

DANIEL BRUNO CAETANO DE OLIVEIRA

**A IMPORTÂNCIA DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA A EFETIVAÇÃO DO
GARANTISMO PENAL DE LUIGI FERRAJOLI NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO**



Vitória/ES

2008

DANIEL BRUNO CAETANO DE OLIVEIRA

**A IMPORTÂNCIA DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA A EFETIVAÇÃO DO
GARANTISMO PENAL DE LUIGI FERRAJOLI NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Ciências Penais, na modalidade Formação para o Magistério Superior, como requisito parcial à obtenção do grau de especialista em Ciências Penais.

Universidade do Sul de Santa Catarina -
UNISUL
Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes - REDE LFG

Orientador: **Professor Paulo Calgaro de Carvalho**

Vitória/ES

2008

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito e que se fizerem necessários, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, as Coordenações do Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Ciências Penais, a Banca Examinadora e o Orientador de todo e qualquer reflexo acerca da monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Vitória, um de outubro do ano de dois mil e oito.

DANIEL BRUNO CAETANO DE OLIVEIRA

DANIEL BRUNO CAETANO DE OLIVEIRA
A IMPORTÂNCIA DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA A EFETIVAÇÃO DO
GARANTISMO PENAL DE LUIGI FERRAJOLI NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO

Esta monografia foi julgada adequada para a obtenção do título de Especialista em Ciências Penais, na modalidade Formação para o Magistério Superior, e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Ciências Penais da Universidade do Sul de Santa Catarina, em convênio com a Rede Ensino Luiz Flávio Gomes – REDE LFG.

Vitória/ES, um de outubro do ano de dois mil e oito.

Dedico esta monografia a todos os assistidos da Defensoria Pública que buscam nesta nobre instituição um alento para suas aflições e esperança para seus anseios de justiça.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, aos meus pais por terem me dado a oportunidade de me formar como profissional da área jurídica e, especialmente, a Cíntia Cristieli Borgo pela ajuda incondicional para a conclusão deste trabalho científico.

“Para a pessoa suspeita é melhor o movimento do que a calma, pois o que está quieto pode, sem que ele o saiba, ser posto em uma balança e pesado com seus pecados.”

Franz Kafka

RESUMO

O presente trabalho monográfico apresenta um estudo sobre a importância da instituição Defensoria Pública para a implementação do Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli. Com base nos fundamentos de tal teoria, o estudo visa demonstrar a importância da valorização do órgão de execução da Defensoria Pública para a efetiva utilização das normas constitucionais em nível processual-penal e penal, a importância do fortalecimento da instituição Defensoria Pública para o desenvolvimento de políticas criminais de redução dos índices de criminalidade, o reconhecimento do Princípio do Defensor Público Natural como garantia do jurisdicionado ao direito à ampla defesa e ao contraditório, bem como o direito de defesa do acusado exercido por um órgão de defesa que possua patamar de igualdade constitucional e real em relação ao órgão de acusação e ao órgão de julgamento. Por fim, a pesquisa tem por objetivo demonstrar a relevância do fortalecimento da instituição para o próprio reconhecimento da existência do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Defensoria Pública, Garantismo, defesa, acusado

ABSTRACT

This monograph presents a study about the importance of the "Public Defense Institution" for the establishment of the Penal Guarantee by Luigi Ferrajoli. From an analysis of this theory, the research demonstrates that is necessary to understand the worth of this execution agency to consolidate the utilization of the Constitutional norms in their distinct levels and to strengthen this Institution to develop Criminal policies able to reduce the crime, the valorization of the Natural Public Attorney basis as a guarantee of the defense rights and the contradictions. Also the accused rights need to be executed by a Defense Organ that has a constitutional equality. The object of this research is to show that is really important to strengthen the Public Defense for the self-recognition existence of the social state and democratic rights.

Key words: Public Defense, Guarantee, accused, defense

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
1.1 O que é o Garantismo?	11
1.2 O Garantismo Penal e os axiomas Garantistas	13
1.3 Principais questões entre Defensoria Pública e Garantismo Penal	15
2. PRERROGATIVAS CONSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA	18
2.1 O reconhecimento do Princípio do Defensor Público Natural como efetivação da Teoria Garantista no Ordenamento Jurídico	18
2.2 A posição dos operadores do Direito nos tribunais e a influência psicológica no sistema de garantias	23
3 A DEFENSORIA PÚBLICA E O PROCESSO PENAL NO PRAZO RAZOÁVEL	28
3.1 A Defensoria Pública, a realização do Processo Penal no prazo razoável e o décimo axioma Garantista	28
3.2 Fortalecimento da Defensoria Pública em relação ao Princípio da Humanidade e ao Processo Penal no prazo razoável	31
4 GARANTISMO, POLÍTICA CRIMINAL E DEFENSORIA PÚBLICA	35
4.1 Relação entre o Estado Social de Direito, a segurança pública e a Defensoria Pública	38
CONCLUSÃO	42
REFERÊNCIAS	44
ANEXOS	46

1 INTRODUÇÃO

A Defensoria Pública, instituição cujas atribuições são retratadas no artigo 134 da Constituição Federal de 1988, apresenta como função essencial, a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus de jurisdição, dos mais necessitados.

Em que pese a sua relevância dentre as funções estatais, posto que a ela cabe a assistência àqueles que mais precisam da proteção estatal, o que se observa, ainda, é a existência de uma instituição carente de recursos humanos, físicos e financeiros. Isso porque, na maioria dos estados, o número de defensores públicos ainda é insuficiente para atendimento a todas as localidades em que se faz necessária a presença da defesa pública e, quando esta está presente, seu funcionamento é precário em face do pouco investimento que tal instituição recebe, seja em recursos materiais, seja em recursos financeiros. Todo este quadro influencia no exercício de sua função precípua.

Nesse contexto, o estudo ora elaborado tem o escopo de pesquisar a importância do fortalecimento da instituição Defensoria Pública como fator que possibilite a real inserção da Teoria Garantista de Luigi Ferrajoli no ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda, ao longo deste trabalho acadêmico será abordada a produção da prova denominada 'interrogatório' e a importância da intervenção da defesa técnica em sua realização pelo Poder Judiciário. A ausência de defesa técnica, diga-se 'real', resulta na inobservância do décimo axioma Garantista de Luigi Ferrajoli, e, conseqüentemente, reflete em todos os demais axiomas que são retratados na Teoria Garantista.

Portanto, a presente monografia visa explicar sobre a filosofia Garantista de Luigi Ferrajoli e sua correlação com o fortalecimento da instituição a qual cabe o exercício da defesa pública e técnica no Brasil, isto é, a Defensoria Pública.

1.1 O que é o Garantismo?

O Garantismo tem suas bases conceituais descritas na obra “Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal”, do jurista italiano Luigi Ferrajoli. O capítulo 13 da referida obra, inclusive, é totalmente destinado à proposição de definições do que vem a ser o Garantismo.

Inicialmente, para Ferrajoli (2002, p. 684), o Garantismo é “um *modelo normativo de direito*: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade”.

Nesse contexto, o Princípio de Legalidade é a base do Estado de Direito, caracterizando-se, no plano jurídico, como o conjunto de normas impostas pelo Estado, com vistas à garantia dos cidadãos.

Em um segundo significado (p. 684-685), o jurista define o Garantismo como “uma *teoria jurídica* da “validade” e da “efetividade” como categorias distintas não só entre si, também pela “existência” ou “vigor” das normas.”

A validade e a efetividade são, portanto, categorias diferentes, que separam, conseqüentemente, o ‘ser’ e o ‘dever-ser’ no direito, despontando, a partir daí, divergências existentes entre os modelos normativos e as práticas operacionais. Trata-se, portanto, conforme expõe o filósofo, de uma *teoria de divergência*. Nesta perspectiva, o Garantismo requer um comportamento constantemente crítico e respaldado na dúvida quanto à validade das leis e sua eficácia.

Por fim, em um terceiro significado (2002, p. 685), o Garantismo é uma *filosofia política* que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade”. Tal conceito é caracterizado pela separação que faz entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista externo e interno, destacando-se, inclusive, a importância do ponto de vista externo, representado por valores extra-jurídicos que fazem despontar a necessidade de atendimento aos interesses e necessidades naturais do indivíduo, a serem satisfeitos pelas instituições ‘artificiais’, jurídicas e políticas.

Tais conceitos de Garantismo, apresentados por Luigi Ferrajoli, não se excluem, mas sim se complementam, levantando, cada um deles, questões relevantes para a definição mais precisa da Teoria Garantista. É importante ressaltar que, embora apresentem pressupostos aplicáveis a quaisquer ramos do direito, foram elaborados, pelo autor, com conotação exclusivamente penal e é na

exploração deste aspecto penal e processual penal, bem como nas conseqüências de tal teoria neste ramo do direito que o presente estudo vai aprofundar-se.

1.2 O Garantismo Penal e os axiomas Garantistas

O Garantismo Penal surgiu como forma de contemporizar os movimentos abolicionistas, caracterizados como movimentos radicais, pois apregoavam a supressão de toda forma de pena, e o movimento de lei e ordem, também caracterizado como movimento radical, de “tolerância zero” e de penas elevadas. O Garantismo atua, portanto, como um intermediário entre estes dois movimentos que se viram fracassar em seus objetivos, dadas as suas radicalidades.

Trata-se de uma filosofia jurídica que tem como alicerce dez axiomas básicos, conforme expõe Luigi Ferrajoli no texto abaixo:

Denomino garantista, cognitivo ou de legalidade estrita o sistema penal SG, que inclui todos os termos de nossa série. Trata-se de um modelo-limite, apenas tendencialmente e jamais perfeitamente satisfável. Sua axiomatização resulta da adoção de dez axiomas ou princípios axiológicos fundamentais, não deriváveis entre si, que expressarei, seguindo uma tradição escolástica, com outras tantas máximas latinas:

- A1 Nulla poena sine crimine
- A2 Nullum crimen sine lege
- A3 Nulla lex (poenalis) sine necessitate
- A4 Nulla necessitas sine injuria
- A5 Nulla injuria sine actione
- A6 Nulla actio sine culpa
- A7 Nulla culpa sine iudicio
- A8 Nullum iudicium sine accusatione
- A9 Nulla accusatio sine probatione
- A10 Nulla probatio sine defensione

Denomino estes princípios, ademais das garantias penais e processuais por eles expressas, respectivamente: 1) princípio da retributividade ou da conseqüencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdicioriedade, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do ônus da prova ou da verificação; 10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade

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

do direito penal. Foram elaborados, sobretudo, pelo pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, que os concebera como princípios políticos, morais ou naturais de limitação do poder penal “absoluto”. Já foram posteriormente incorporados, mais ou menos integra e rigorosamente, às constituições e codificações dos ordenamentos jurídicos desenvolvidos, convertendo-se, assim, em princípios jurídicos do moderno Estado de direito. Sua análise teórica se desenvolverá na terceira parte deste trabalho, onde discutirei pormenorizadamente as questões da legitimação política expressas pelas perguntas acerca do “quando” e do “como” da intervenção penal. Justamente, analisarei no capítulo 78 os princípios A1, A2 e A3, que respondem às perguntas “quando e como punir” e expressam as garantias relativas à pena; no capítulo 8, os princípios A4, A5 e A6 que respondem às perguntas “quando e como proibir” e expressam as garantias relativas ao delito; no capítulo 9, os princípios A7, A8, A9 e A10, que respondem às perguntas “quando e como julgar” e expressam as garantias relativas ao processo. [...]¹

Como se verifica através da citação supra, a filosofia Garantista tem o escopo de fortalecer e embasar os direitos e garantias fundamentais, não apenas como normas, mas como instrumentos efetivos e de combate para assegurar o respeito aos direitos humanos.

A inobservância de qualquer um dos axiomas Garantistas redundando em uma espécie de “efeito dominó” em toda a estrutura processual, ou seja, do exercício do *ius punendi* pelo Estado.

E, o que vem se observando na prática é, principalmente, a inobservância do décimo axioma Garantista, qual seja, *nulla probatio sine defensione*, em razão da falta de aparelhamento da Defensoria Pública, instituição mais importante no exercício do direito de defesa pública no país.

O décimo axioma Garantista, que significa “nula a prova sem defesa”, em verdade, é o axioma que erige a garantia de defesa a um patamar fundamental dentro do exercício da função jurisdicional. A prova não terá qualquer validade se não for oportunizada à defesa o direito que, na realidade, se torna um poder-dever de analisar sua produção, sua legitimidade, sua constitucionalidade e sua legalidade no que diz respeito à produção da prova denominada ‘interrogatório’ e a importância da intervenção da defesa técnica em sua realização pelo Poder Judiciário.

A ausência de defesa técnica resulta na inobservância do décimo axioma Garantista de Luigi Ferrajoli, e, conseqüentemente, se desencadeia o “efeito dominó” acima mencionado, onde todas as demais peças, diga-se axiomas, serão “derrubadas”.

¹ FARRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p.74-75.

1.3 Principais questões entre Defensoria Pública e Garantismo Penal

Existem movimentos no sentido de conceder paridade de armas à defesa, com o escopo de se realizar, na prática, as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Nesse sentido, Luigi Ferrajoli destaca que:

[...] A epistemologia da falsificação que está na base desse método não permite de fato juízos potestativos, mas exige, em tutela da presunção de inocência, um processo de investigação baseado no conflito, ainda que regulado e ritualizado entre partes contrapostas.

Essa concepção do processo como disputa ou controvérsia remete, como se disse no parágrafo 10.4, ao paradigma da *disputatio* elaborado pela tradição retórica clássica e legado, por meio da experiência inglesa, ao processo acusatório moderno. E exprime os valores democráticos do respeito da pessoa do imputado, da igualdade entre as partes contendoras e da necessidade prática – além da fecundidade lógica – da refutação da pretensão punitiva e da sua exposição ao controle do acusado. [...]

Para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária, por outro lado, a perfeita igualdade entre as partes: em primeiro lugar, que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação; em segundo lugar, que o papel contraditor seja admitido em todo o estado e grau do procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciárias e das perícias ao interrogatório do imputado dos reconhecimentos aos testemunhos e às acareações.

A primeira dessas duas concepções exige que o imputado seja assistido por um defensor, de modo a competir com o Ministério Público. Em um ordenamento cujas “leis fossem simples e acessíveis a todos”, escreveu Bentham, os cidadãos “poderiam cuidar de suas causas judiciárias como todos geram seus negócios”, e seria, portanto, suficiente a auto-defesa. Mas “onde a legislação é obscura e complicada e o processo é empedernido de formalidades e nulidades”, é necessária a defesa técnica de um advogado profissional “para restabelecer a igualdade das partes quanto à capacidade e para contrabalançar, por outro lado, as desvantagens ligadas à inferioridade da condição de imputado”²

Na linha de pensamento de Luigi Ferrajoli, exposta no trecho acima, a Proposta de Emenda Constitucional nº 487/2005 (vide ANEXO 2), de autoria de Roberto Freire, e em tramitação junto ao Congresso Nacional Brasileiro, vem estabelecer prerrogativas de igualdade entre os membros da Defensoria Pública e do Poder Judiciário.

Como se constatará nas próximas páginas, o órgão de acusação, Ministério Público, alcançou efetivamente este desiderato, qual seja: de isonomia constitucional com o Poder Judiciário, após a Constituição da República de 1988.

² FARRAJOLI, op. cit., p.490.

Antes da Carta Magna, a acusação fazia parte do Poder Executivo e exercia papel secundário na persecução criminal, que poderia iniciar-se até por uma Portaria expedida pelo juiz ou pelo delegado de polícia.

Inclusive, o artigo 26 do Código de Processo Penal (2008, p. 627), quando dispõe que “A ação penal, nas contravenções, será iniciada com o auto de prisão em flagrante ou por meio de portaria expedida pela autoridade judiciária ou policial.” reflete uma reminiscência do antigo sistema de 1940, que já na exposição de motivos buscava separar órgão de execução e julgador.

Vários dispositivos na proposta supramencionada vêm confirmar a intenção do legislador em igualar as prerrogativas da defesa com as da acusação e, conseqüentemente, confirmar a efetiva aplicação do décimo axioma Garantista no ordenamento jurídico pátrio.

Tal passo significa a efetiva instauração da Teoria Garantista de Luigi Ferrajoli, em vários aspectos, que podem ser assim enumerados:

- 1) paridade de armas da defesa técnica com a acusação;
- 2) efetiva instauração do processo penal no prazo razoável com o fortalecimento da Defensoria Pública;
- 3) a efetivação de um Direito Penal Mínimo com uma defesa técnica mais fortalecida, vez que vários processos serão arquivados em seu nascedouro, com base no Princípio da Intervenção Mínima e demais princípios limitadores ao poder de punir;
- 4) fortalecimento do Princípio da Presunção de Inocência;
- 5) fortalecimento do Princípio da Verdade Substancial em detrimento da Verdade Processual;
- 6) a independência funcional e autonomia financeira e administrativa, das Defensorias Públicas, como garantias do jurisdicionado de uma defesa tecnicamente preparada, em atendimento pleno aos Princípios da Ampla Defesa e da Plenitude de Defesa, nos juízos comuns e no Tribunal do Júri, e o conseqüente reconhecimento do Princípio do Defensor Público Natural;
- 7) Efetiva instauração de um Estado Social de Direito, com o implemento de uma justiça social acessível a todos
- 8) O acesso irrestrito ao Poder Judiciário e elevação do prestígio deste Poder com o fortalecimento da instituição Defensoria Pública, em cumprimento ao Princípio da Inafastabilidade.

É importante ressaltar que a obra de Luigi Ferrajoli também explana sobre o direito de defesa quando afirma, em seu décimo axioma o seguinte: *Nulla probatio sine defensione*.

Os axiomas, em analogia à lei mosaica, possuem entre si correlação, sendo que a quebra de qualquer um deles gera a desestruturação de todos os demais, ou seja, a inobservância de um dos dez axiomas gera o já citado 'efeito dominó' em relação aos demais, que se encontram tenuamente coligados entre si.

Infelizmente, no Brasil, o décimo e último axioma Garantista ainda não encontrou o seu norte, pois não é plenamente exercido devido à precariedade do principal e único órgão constitucionalmente legitimado a realizar a defesa de, praticamente, a maior parte dos processos criminais em tramitação em todos os tribunais do país.

No contexto atual, é nula a prova sem defesa. E o que vem a ser defesa? Seria unicamente a presença de um advogado no processo? Ou seria a presença de um defensor constitucionalmente, legalmente e previamente investido, conforme o Princípio do Defensor Público Natural, capacitado por concurso público (Princípio do Concurso Público), tecnicamente preparado (Princípio da Eficiência) e munido de prerrogativas paritárias às da acusação (Princípio da Igualdade Processual e da Ampla Defesa).

A resposta a estes questionamentos pode ser encontrada nos próprios Tribunais. Através de uma singela observação de um operador de direito é possível concluir-se que, na maior parte dos processos, a defesa não foi exercida satisfatoriamente, seja por falta de um profissional tecnicamente preparado que, via de regra, não foi investido no cargo por concurso público, seja pela falta de estrutura orgânica e material para o exercício da defesa pelo defensor público tecnicamente preparado e investido no cargo via concurso público.

2. PRERROGATIVAS CONSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA

2.1 O reconhecimento do Princípio do Defensor Público Natural como efetivação da Teoria Garantista no Ordenamento Jurídico

Nestor Eduardo Araruna Santiago (2007), no texto “O novo artigo 306 do CPP e o Princípio do Defensor Natural”, retrata que:

Partindo do pressuposto que o direito à defesa técnica é corolário do princípio da ampla defesa, e abraçando-se a idéia de que se trata de um direito inalienável e irrevogável, a Constituição Federal (CF) determina, expressamente, que o preso ou acusado seja informado sobre o direito de ter acesso a ela (art. 5º, LXIII, CF). Esta regra, embora expressa, nunca foi aplicada em termos de acompanhamento por defensor nomeado pelo Estado durante a fase persecutória pré-processual. Daí, em bom tempo veio a Lei n. 11.449/07, a fim de tornar efetivo o direito de defesa durante o inquérito policial, em especial para aqueles que não têm condições financeiras de constituir um defensor.

Implicitamente, o que se consagra é o princípio do defensor natural, aplicável *in totum* no processo penal brasileiro. Como já mencionado anteriormente, o direito a advogado (*rectius*: defensor) durante o inquérito policial é - e sempre foi - imprescindível, pois neste momento pré-processual, embora não haja acusação, há a possibilidade de restrição da liberdade do acusado, além de outras medidas que possam ser tomadas pela autoridade policial ou requeridas por esta à autoridade judiciária que venham a prejudicar ou dificultar o exercício posterior da ampla defesa, seja por meio da autodefesa, seja por meio da defesa técnica.

Assim, o princípio do defensor natural é garantidor do *status libertatis* do cidadão e essencial para o equilíbrio de forças na persecução penal: lembre-se que, na acusação feita pelo Estado, vigora o princípio do promotor natural, como mola-mestra da acusação isenta de caráter pessoal ou extraordinário. E equilibrando as forças opostas na relação processual-penal, tem-se o juiz natural, necessário a toda decisão que se quer justa e imparcial. Tudo em razão dos princípios da isonomia processual, do contraditório, da ampla defesa e da verdade processual.

O princípio do defensor natural significa, em última análise, a garantia da defesa técnica em todos os momentos da persecução penal. E, em se tratando de acusado sem recursos financeiros, a nomeação de defensor desde a prisão em flagrante é corolário inafastável deste princípio. Obviamente, o art. 134, caput, CF, estipula que a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º LXXIV, CF.[...] ¹

¹ SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. **Princípio do Defensor Público Natural**. Disponível em Associação Nacional dos Defensores Públicos: www.anadep.org.br. Acesso em 15/03/2008.

O texto acima ressalta a importância do reconhecimento do Princípio do Defensor Natural para a defesa técnica do acusado. Em nosso país, a doutrina e jurisprudência constitucionalista, penal e processualista penal reconhecem a existência do Princípio do Juiz Natural e, mais recentemente, do Princípio do Promotor Natural, como forma de garantia dos cidadãos de serem processados e julgados pelos juízes e promotores previamente investidos e com competência e atribuições definidas pela Constituição da República e pelas normas infraconstitucionais, em explícita adesão ao sistema Garantista, notoriamente aos axiomas oitavo e nono, quais sejam: *nullum iudicium sine accusatio* e *nulla accusatio sine probatione*.

Entretanto, na prática, o que ocorre é uma supervalorização dos órgãos de execução acusatórios e julgadores como garantia dos cidadãos, sem outorgar a estes a mesma garantia no que diz respeito a serem defendidos por um defensor previamente investido e com atribuições antecipadamente definidas para tal tarefa, ou seja, sem a devida valorização ao décimo axioma – *nulla probatio sine defensione*.

O artigo 5º da Carta Magna reconhece uma série de prerrogativas aos cidadãos no que tange aos limites negativos do Estado Democrático de Direito, mas tais prerrogativas, na prática forense, encontram-se prejudicadas pela ausência de previsão de qual a forma de que tais direitos e garantias, diga-se, direitos à ampla defesa e contraditório, serão efetivamente exercidos, e, principalmente, por quem serão definitivamente exercidos.

Em suma, não há regulamentação infraconstitucional suficiente sobre a defesa técnica. Interessante frisar que a doutrina penalista e processualista penal é rica em citações sobre o exercício do poder jurisdicional e sobre as atribuições do Ministério Público, mas ainda muito deficitária no que tange ao exercício do direito de defesa e, principalmente, de defesa técnica pela instituição pública constitucionalmente designada para o exercício dessa atribuição, isto é, a Defensoria Pública.

Preconiza o artigo 134 da Constituição da República (2008, p. 46) que “A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV.”

Tal artigo do texto constitucional reconhece a existência da Defensoria Pública como instituição garantidora dos direitos à ampla defesa e ao contraditório dos hipossuficientes, diga-se, “em todos os graus”, mas tal reconhecimento não gera efeitos práticos, vez que os membros da instituição não gozam de prerrogativas que lhes proporcionem paridade de armas com a acusação, que já alcançou em 1988 tal desiderato.

Nesse contexto, o reconhecimento do Princípio do Defensor Público Natural é necessário para o cumprimento das garantias e direitos fundamentais, especialmente os Princípios da Ampla Defesa e do Contraditório, pois o acusado, quando não possui condições financeiras para escolher seu defensor, fica *a mercê* do Poder Judiciário que nomeará defensor dativo ou, em raras situações, a Defensoria Pública, nos casos em que esta encontra-se aparelhada adequadamente com membros suficientes e infra-estrutura necessários para o exercício de suas funções.

Na prática, os magistrados, por terem ciência da precariedade em que se encontra a Defensoria Pública, nomeiam advogados particulares que não são previamente investidos para o exercício de tais atribuições e que sequer têm conhecimento do caso concreto tratado no processo, com o seu respectivo desenvolvimento, não possuindo, muito menos, real interesse na demanda.

Assim, nestes casos, não são observados o direito à ampla defesa e ao contraditório, pois a defesa técnica tem o direito/dever de previamente tomar conhecimento do processo, desde o seu nascedouro até o seu deslinde. Frise-se que tomar conhecimento não é apenas ler o processo, mas adentrar em seu âmago, com todas as suas nuances, com o objetivo de influenciar o livre convencimento do juiz.

A instrução criminal, momento em que serão coletadas as provas e realizada a busca da verdade real, é realizada por defensores *ad hoc* e, *verbis gratia*, se desenrola sem o referido defensor sequer ter uma entrevista com seu constituinte e saber sobre sua versão dos fatos.

O interrogatório é mais um instrumento de formalismo processual, constituindo-se em um mero cumprimento de texto de lei, do que propriamente um meio de prova e, principalmente, de auto-defesa. Isto ocorre porque, simplesmente, ao próprio interrogando não é explanada, para o exercício da auto-defesa, a versão dos fatos que lhe são mais favoráveis, pois a defesa pública ainda é exercida por

alguns advogados não integrantes da carreira, que desenvolvem suas atividades de forma relapsa e sem qualquer compromisso profissional.

Via de regra, o juiz decide com base em provas produzidas pela acusação e a defesa arrola testemunhas fictícias apenas *pro forma* ou exerce sua defesa com base no depoimento das testemunhas de acusação, que geralmente são compostas por pessoas já viciadas em seus depoimentos (policiais). A situação é ainda pior nos casos em que figura o acusado-carente, pois este é condenado muitas vezes com base em depoimentos pré-fabricados.

Sabe-se, entretanto, que, na contramão de toda a situação relatada, o interrogatório é o momento de produção de prova, mas principalmente momento de autodefesa do acusado. E o exercício desta denominada autodefesa deve ser monitorada pela defesa técnica, para que o Princípio da Ampla Defesa seja realmente respeitado.

Contudo, a produção probatória é realizada unicamente com a finalidade de dar uma satisfação ao texto de lei infraconstitucional e à consciência dos operadores do Direito. Não são observados apenas os direitos e garantias fundamentais e constitucionais, mas o próprio texto de lei que prescreve o direito de entrevista do acusado com seu defensor.

O Princípio do Livre Convencimento Motivado, que possibilita ao juiz uma margem na valoração das provas, é, por conseqüência, prejudicado, pois tais provas não são produzidas de forma satisfatória para tal fim. Já o Princípio da Verdade Real torna-se, na realidade, a verdade do processo a qual, na maioria das vezes, não reflete a verdade dos fatos e, muitas vezes, a verdade dos fatos não revela a verdade social das partes envolvidas no crime.

De todo o exposto, o que se verifica é que o acusado não é realmente ouvido nem pelo juiz, nem pelo promotor e muito menos por seu defensor público ou dativo.

Instaura-se uma relação de confiança entre Poder Judiciário e Ministério Público, mas não se estabelece tal relação fiduciária entre o órgão julgador e a defesa, vez que esta não é previamente investida e encontra-se presente apenas para satisfazer a consciência dos referidos órgãos.

Neste cenário, a encenação jurídica torna-se a regra, pois o acusado, chega algemado e sem conhecimento de seu direito de permanecer “calado” no momento do interrogatório. Diante do desconhecimento, tal direito se torna uma

ausência de escolha, pois o acusado, que poderia dar a sua versão dos fatos ou permanecer calado, sequer tem ciência do que pode ser dito em seu benefício, mesmo que seja para atenuar a pena de uma sentença condenatória. Assim, a ampla defesa, que concede o direito ao acusado de apenas relatar o que lhe seja favorável, fica totalmente prejudicada.

Por isso, verifica-se a necessidade do reconhecimento do Princípio do Defensor Público Natural pela doutrina, pela jurisprudência, e, principalmente, pelo próprio texto de lei e pela Carta Constitucional, com o objetivo de dar paridade de armas à defesa, vinculando esta ao processo como um todo e “em todos os graus”, conforme dispõe o artigo 134 da Constituição da República.

É verdade que tal discussão é recente, mas a inobservância de tal direito é antiga e remonta à época dos julgamentos medievais da Santa Inquisição e da Ditadura Militar.

Em suma, o Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli está intimamente correlacionado com o fortalecimento constitucional e legal da instituição Defensoria Pública em nosso país, tendo em vista que a citada instituição é responsável pela grande maioria dos processos em tramitação junto às Varas Criminais e nos assuntos concernentes à proteção dos direitos humanos.

Portanto, a importância do reconhecimento legal, jurisprudencial e doutrinário do Princípio do Defensor Público Natural para o efetivo reconhecimento, no ordenamento jurídico, da existência e aplicação do Garantismo Penal encontra-se no estabelecimento de uma relação de confiança entre o Poder Judiciário e o Defensor Público, mas, principalmente, uma relação de confiança entre o acusado e seu defensor, que deve ser previamente investido em suas atribuições legais em um juízo prévio e específico.

Nesta nova realidade, todos os processos dos hipossuficientes seriam obrigatoriamente monitorados pela Defensoria Pública, pois não poderia o juiz, com o reconhecimento do Princípio do Defensor Público Natural, nomear advogados *ad hoc* ou dativos.

O defensor público, por ser um profissional previamente investido para defender os direitos dos hipossuficientes, teria um interesse pela causa muito maior do que um advogado simplesmente nomeado pelo juiz e, por tal motivo, exerceria seu *múnus* de forma muito mais completa e dedicada do que outro profissional, apenas nomeado para os atos processuais de forma intercorrente.

Ainda, o defensor público, na atual conjuntura do processo penal contemporâneo, é o verdadeiro fiscal da real aplicação dos direitos e garantias fundamentais ínsitos na Constituição da República, pois não está limitado pela imparcialidade e inércia do julgador e não se encontra na situação de acusador, que não deixa de ser, para o órgão de execução do Ministério Público, um *múnus* mais exigido pela sociedade do que de um simples *custus legis*.

O interesse do órgão de execução da Defensoria Pública, como fiscal do correto cumprimento dos direitos e garantias fundamentais, é apenas como uma espécie de *custus legis* da Constituição e da lei, pois é remunerado pelos cofres públicos e investido no cargo através do Princípio do Concurso Público, previsto no artigo 37, inciso II da Constituição da República vigente.

Contudo, é importante ressaltar que não basta tal situação constitucional e reconhecimento da existência do Princípio do Defensor Público Natural. É necessário que se realize o verdadeiro aparelhamento da instituição Defensoria Pública, o que significa dizer que é necessário, também, mais recursos humanos, tecnológicos, orçamentários e estruturais, o que não se verifica na realidade das Defensorias.

A título de ilustração do exposto acima, bem como da realidade vivenciada pela Defensoria Pública atualmente, o ANEXO 1 do presente trabalho de pesquisa traz o posicionamento, através do texto 'Ministro diz que Executivo falha na defesa do cidadão', do Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, acerca da situação das Defensorias Públicas no país e, em um momento específico, da Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo.

2.2 A posição dos operadores do Direito nos tribunais e a influência psicológica no sistema de garantias

Todos os Tribunais, sejam monocráticos ou colegiados, possuem um sistema de posicionamento dos operadores do Direito em seus espaços físicos.

No Direito norte-americano, o magistrado fica à frente e acima dos demais operadores do Direito que se posicionam no mesmo patamar topográfico. Isso acontece porque no sistema norte-americano, o juiz representa a imparcialidade e os

demais operadores do Direito representam interesses parciais, mesmo quando uma das partes seja o promotor público, que defende interesse da coletividade.

No Brasil, a posição topográfica dos operadores do Direito ainda reflete um sistema inquisitorial, pois a defesa se posiciona em patamar abaixo dos demais operadores do Direito.

No sistema do Tribunal do Júri, tal posição é ainda mais patente, vez que pelo Princípio da Plenitude de Defesa, a posição em que se encontra o réu e sua defesa técnica, de imediato, gera um impacto na *psique* dos jurados, que vêm no juiz e no promotor público a representação de órgãos superiores, em razão do posicionamento topográfico ocupado no Tribunal pelos mesmos.

Em princípio, tal influência poderia ser considerada uma questão juridicamente superficial e irrelevante, mas, na realidade, define muito o pensamento dos julgadores e, principalmente, das testemunhas, da sociedade e do próprio acusado no momento do interrogatório, em explícita contrariedade às idéias Garantistas expostas alhures.

Neste contexto, o acusado encontra-se irremediavelmente em uma posição inferiorizada, vez que comparece ao Tribunal, via de regra, algemado. Entretanto, o acusado, quando do exercício de seu direito de defesa, deveria sentir-se tão à vontade quanto os demais personagens do cenário jurídico, sob pena de se realizar uma “meia-defesa” e, conseqüentemente, uma “meia-justiça”.

Mas como sentir-se à vontade para relatar a sua versão dos fatos observando que o indivíduo que o representa judicialmente está, como ele, inferiormente posicionado? Não são raras as situações em que o defensor público é confundido socialmente com o acusado, pois está, em tese, defendendo interesses de um “criminoso”. Ocorre uma condenação antecipada, sem o devido processo legal, o direito à ampla defesa e ao contraditório e em explícita afronta ao Princípio da Presunção de Inocência.

A situação se agrava ainda mais quando ao interrogado sequer lhe é dado o direito de audiência prévia com seu defensor público que, em muitos casos, apenas toma conhecimento do processo e da acusação no momento do interrogatório. O texto abaixo confirma tal afirmação:

É no interrogatório que se manifestam e se aferem as diferenças mais profundas entre método inquisitório e método acusatório. No processo inquisitório pré-moderno, o interrogatório do imputado representa “o início

da guerra forense”, isto é, “o primeiro ataque” do Ministério Público contra o réu de modo a obter dele, por qualquer meio, a confissão. Daí não só o uso da tortura “ad veritatem ereuendam”, mas, também, a recomendação ao juiz para não contestar nem o título do crime atribuído ao inquirido, nem sua qualidade e suas circunstâncias específicas e tampouco os indícios precedentemente colhidos. Daí, em geral, a elaboração de uma sofisticada “ars interrogandi et examinandi reos” e de uma densa série de regras sádicas de deslealdade processual informadas unicamente pelo princípio “non curamus de modo dummodo haeamus effectum”. “Felicitas interrogantis est extorquere quod rei nolunt”, ensinava então Chartarius no seu tratado sobre o interrogatório que atingira em dois séculos cinco edições. E acrescentava: “iudex debet reis vultum ostendere terribilem dum eos interrogat”; e pode tramar armadilhas, “quando a reo vult confessionem extorquere, fingens scire veritatem totius facti”; e pode dissimular “promissiones impunitatis” que não serão mantidas, “quia hic dolus bonus est, et ad publicam pertinet utilitatem... Item quia in male promisis fides servanda non est”, e além disso porque “lex permittit adversus delinquentes dolos et fraudes instrui, ut delicta ipsa puniantur”. Obviamente, se o interrogante só tinha poderes, o interrogado só tinha deveres: e portanto “réus tenetur iudici respondere”, “et potest pluribus modis cogi et compelli ad respondendum: vel mulcta indicta quia factis tribus monitionibus, sub poena ipsum mulctabit; vel captis pignoribus, vel per torturam... At vero in atrocibus sceleribus tormentis rei responder cogendi sunt”, e deve responder apenas “affirmative vel negative, nulla arte verborum a reo veritas offuscetur, ainda que depois o juiz avalie “na aliqua ex dictis rei variatio sit, trepidatio et vultus pallor, et omnia haec per notarium annotari faciat”.

Ao contrário, no modelo garantista do processo acusatório, informado pela presunção de inocência, o interrogatório é o principal meio de defesa, tendo a única função de dar vida materialmente ao contraditório e de permitir ao imputado contestar a acusação ou apresentar argumentos para se justificar. Nemo tenetur se detegere é a primeira máxima do garantismo processual acusatório, enunciada por Hobbes e recebida desde o século XVII no direito inglês. Disso resultaram como corolários: a proibição daquela “tortura espiritual”, como a chamou Pagano, que é o juramento do imputado; o “direito ao silêncio”, nas palavras de Filangieri, assim como a faculdade do imputado de responder o falso; a proibição não só de arrancar a confissão com a violência, mas também de obtê-la mediante manipulação da psique, com drogas ou com práticas hipnóticas, pelo respeito à pessoa do imputado e pela inviolabilidade de sua consciência; a conseqüente negação do papel decisivo da confissão, tanto pela refutação de qualquer prova legal como pelo caráter indisponível associado às situações penais; o direito do imputado à assistência e do mesmo modo à presença de seu defensor no interrogatório, de modo a impedir abusos ou ainda violências das garantias processuais.²

No romance “O Processo”, de Franz Kafka (KAFKA, 2007), o personagem Joseph K. passa por situação similar ao acordar em um dia qualquer e, no seu próprio quarto, encontrar-se detido sob a vigilância de dois policiais sem tomar conhecimento sequer do que está sendo acusado. Depois desse incidente, Joseph K. passa por uma espécie de sonho (ou pesadelo) em que busca, de forma incompreensível, um meio de se ver livre do processo, quer seja através de um advogado, quer seja através de pessoas influentes no meio jurídico.

² FERRAJOLI, op. cit., p. 485/486.

O processo penal é similar à esdrúxula situação narrada no romance “O Processo” de Franz Kafka. Tal situação é kafkiana!

Acrescente-se que a concatenação de atos processuais nem sempre resulta na realidade psicológica do acusado, ou seja, o momento do interrogatório nem sempre é aquele em que o acusado encontra-se definitivamente preparado a produzir sua auto-defesa, através do auxílio da defesa técnica.

Esta condição se agrava quando se trata de acusados hipossuficientes, que não recebem visitas de seus defensores públicos, simplesmente porque o quadro de carreira não está estruturado organicamente para realizar tal atendimento. Daí a importância da defesa e do contraditório.

O jurista Francesco Carnelutti, em dado momento de sua obra “As misérias do Processo Penal”, relata sobre a defesa nos seguintes termos:

De qualquer modo, a vantagem que o juiz obtém (com a defesa) não é apenas de ordem intelectual. O contraditório o auxilia principalmente porque é um escândalo: o escândalo da parcialidade, o escândalo da discórdia, o escândalo da Torre de Babel. A repugnância pela parcialidade se transforma, para o juiz, na necessidade de superá-la, ou seja, de superar-se. Nessa necessidade, está a salvação do juiz.³

Assim, sem a defesa técnica bem aparelhada, o acusado se torna objeto de Direito, ao invés de ser um sujeito de direitos. O juiz, por fim, se torna um agente político parcial, pois enxerga apenas o ângulo explanado pela acusação. Este panorama influencia no décimo axioma Garantista: *Nulla probatio sine defensione*, pois a prova fica inexoravelmente maculada sem a verdadeira e real auto-defesa exercida pelo acusado no interrogatório.

O drama kafkiano mencionado acima, inclusive, é rico em detalhes psicológicos que não se encontram muito distantes da realidade existente em nosso país, principalmente em relação aos acusados hipossuficientes. No citado romance, o personagem principal, Josep K. é submetido a um processo que ao longo da obra não é concluído e não possui sequer uma razão lógica de existir. O próprio acusado se vê compelido a buscar seu direito de ser interrogado sem lograr êxito em muitas circunstâncias.

Nos Tribunais, a situação não é distinta. Ao acusado hipossuficiente não é dado o direito de entrevista com seu defensor, sendo que este direito deveria ser um

³ CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do Processo Penal**. São Paulo: Editora Edicamp, 2001. p. 43.

pré-requisito para o início do interrogatório e sem o qual o mesmo não poderia ser realizado, sob pena de nulidade, de acordo com o décimo axioma Garantista.

Outrossim, ao defensor não é dado o direito de conhecer o processo, pelo menos com antecedência razoável para estudar sua colocação perante as perguntas realizadas pelo Poder Judiciário, pelo Ministério Público e pelas partes. E, em casos mais absurdos, o acusado é condenado com base unicamente em seu depoimento, pois as testemunhas de acusação sequer são presenciais, em flagrante inobservância ao décimo axioma.

3 A DEFENSORIA PÚBLICA E O PROCESSO PENAL NO PRAZO RAZOÁVEL

3.1 A Defensoria Pública, a realização do Processo Penal no prazo razoável e o décimo axioma Garantista

Existem várias espécies de penas legalmente previstas na legislação penal brasileira. Algumas vedadas constitucionalmente, outras previstas infraconstitucionalmente, e, finalmente, outras implicitamente oriundas de uma realidade desconhecida até mesmo pelos operadores do direito.

Uma destas penas desconhecidas no sentido de sanção (preceito secundário não declarado e não previsto) é a não realização do processo no prazo razoável.

Os réus que se encontram presos provisoriamente, sem o respeito ao processo penal no prazo razoável, sofrem verdadeiras penas antecipadas, sem julgamento pré-determinado, pois o excesso de prazo, habitualmente, não é observado pelos Tribunais, conforme expõe o professor Dr. Aury Lopes Júnior a seguir.

O direito de defesa e o próprio contraditório também são afetados, na medida em que a prolongação excessiva do processo gera graves dificuldades para o exercício eficaz da resistência processual, bem como implica um sobrecusto financeiro para o acusado, não apenas com os gastos em honorários advocatícios, mas também pelo empobrecimento gerado pela estigmatização social. Não há que olvidar a eventual indisponibilidade patrimonial do réu, que por si só é gravíssima, mas que se for conjugada com uma prisão cautelar, conduz a inexorável bancarrota do imputado e de seus familiares. A prisão (mesmo cautelar) não apenas gera pobreza, senão que a exporta, a ponto de a "intranscendência da pena" não passar de romantismo do direito penal.

A lista de direitos fundamentais violados cresce na mesma proporção em que o processo penal se dilata indevidamente.

Mas o que deve ficar claro é que existe uma pena processual mesmo quando não há prisão cautelar, e que ela aumenta progressivamente com a duração do processo. Seu imenso custo será ainda maior a partir do momento em que se configurar a duração excessiva do processo, pois então essa violência passa a ser qualificada pela ilegitimidade do Estado em exercê-la.¹

¹ JUNIOR, Aury Lopes. Ciências Penais. **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 1, n 1, junho/dezembro 2004. Disponível em <http://www.cienciaspenales.net>, consulta em 25/11/2007.

Tal situação atua sobre o indivíduo como uma verdadeira “guilhotina” pendente até o final do processo, arrastando-se por longos meses ou anos nos Tribunais.

A situação do réu, nos casos em que o processo não se desenvolve em um prazo razoável, é pior do que a pena definitiva, pois pode ser considerada pena antecipada e de natureza cruel, conforme prevê o artigo 5º, inciso XLVII, alínea ‘e’ da Constituição da República, em razão de sua atrocidade e insuportabilidade.

Isto porque na situação de preso provisório, este, na grande maioria dos casos, tem a esperança de uma sentença absolutória e, em muitos casos, até mesmo uma sentença condenatória, mas com conteúdo não privativo de liberdade e com penas a serem cumpridas em regime semi-aberto ou aberto, com possível substituição de pena por restritiva de direitos e multa, ou ainda, pode ser beneficiado pela Suspensão Condicional da Pena – Sursis, pela primariedade de grande maioria dos presos encarcerados provisoriamente.

Destaque-se que pena cruel não é apenas aquela que exerce um excesso de sofrimento sobre o corpo físico do “condenado”, mas aquela que também exerce um excesso de sofrimento moral, psíquico e emocional sobre o mesmo. Trata-se, portanto, de pena antecipada.

O estado de presunção de inocência simplesmente não existe nesses casos. E, conseqüentemente, por este estado de inocência estar intimamente coligado ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, existe uma verdadeira situação de desrespeito, não apenas às leis ordinárias, que exigem a realização da *persecutio criminis* no prazo razoável, mas também ao princípio reitor de todo o ordenamento jurídico, verdadeira diretriz do Estado Constitucional e Democrático de Direito, qual seja, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

O professor e Doutor em Ciências Penais pela Universidade Complutense de Madri, Dr. Aury Lopes Júnior, em sua aula sobre Processo Penal no Prazo Razoável, ministrada no curso de pós-graduação em Ciências Penais do ano de 2007/2008, Turma 4, fez expressa referência à situação caótica que se encontra a Defensoria Pública em comparação com o aparelhamento dos órgãos executores do Ministério Público e do Poder Judiciário.

Afinal, o Ministério Público tem dupla função no processo penal, função de parte acusatória e função de *custus legis*. Essa segunda função tem sido esquecida pelo órgão de execução acusatório que, não obstante ser parte

acusatória no processo, como *custus legis* na persecução criminal, vela pela correta aplicação da lei e deveria exigir, apesar de sua condição de acusador, a presença de defensor público que realize defesa efetiva, sob pena de se invocar, por analogia, a situação de indefesa no rito do Tribunal do Júri a todos os processos criminais de crimes que tramitam em Vara Comum.

Diante desse panorama, o preso provisório é vítima da morosidade do processo e do desrespeito ao mais novo e moderno direito do cidadão, qual seja, de ser julgado no prazo razoável, conforme preceitua o artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição da República de 1988.

Ressalte-se que no direito e garantia fundamental de um julgamento em prazo razoável subentende-se que este será realizado com a máxima qualidade e dignidade, o que ressalta a necessidade de valorização da defesa pública como forma de se respeitar tal direito e garantia fundamental, insito no texto constitucional pela Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2007.

Novamente, reporte-se às prerrogativas da Defensoria Pública na solução deste problema. *Via de regra*, as Defensorias Públicas não são aparelhadas para atender ao número de demandas, em razão da falta de recursos humanos, materiais e financeiros destinados ao monitoramento dos processos em tramitação que se desenvolvem com a decretação de prisão em flagrante e preventiva.

A liberdade provisória que pode ser concedida de ofício, não é concedida e, nestes casos, o acusado fica encarcerado por longos meses sem qualquer amparo legal e profissional, em razão da mencionada falta de estruturação da Defensoria Pública.

Novamente, estas situações distanciam a realidade forense da ideologia Garantista de Luigi Ferrajoli em reconhecer a defesa como uma máxima no sistema jurídico de um Estado Democrático, Garantista e Constitucional de Direito (não ideal, mas como Luigi Ferrajoli expôs alhures, pelo menos “*satisfável*”).

Infelizmente, este é o panorama atual em todos os Estados Federados, à exceção de alguns poucos, como o Estado do Rio de Janeiro que vem aparelhando extraordinariamente a Defensoria Pública, após o reconhecimento de sua autonomia funcional, administrativa e financeira em relação ao Poder Executivo Estadual.

3.2 Fortalecimento da Defensoria Pública em relação ao Princípio da Humanidade e ao Processo Penal no prazo razoável

O Princípio da Humanidade é o princípio norteador de toda a intervenção estatal na liberdade individual dos cidadãos em um sistema democrático. Consiste esse princípio em uma diretriz tanto ao legislador, quanto ao intérprete do Direito. Ao legislador, limita a edição de leis que afrontam o artigo 5º, inciso XLVII da Constituição da República. Ao intérprete do Direito, a observância desse princípio é mais ampla, englobando, inclusive, a limitação na decretação de prisões cautelares, como será exposto nos próximos parágrafos.

Sobre o Princípio da Humanidade, dispõe o texto abaixo:

A humanidade como princípio do Direito Penal proíbe a tortura assim como o tratamento cruel, desumano ou degradante (CF, art. 5º, III) e, ao mesmo tempo, impõe respeito à integridade física do detento (CF, art. 5º, XLIX), a separação dos presos, etc. A Regra 6.2 (das Regras de Tóquio, que serão devidamente estudadas na Trigésima Quinta Seção – v. 2) refere-se expressamente à humanidade com que deve ser administrada a prisão preventiva. Despiciendo salientar que, na verdade o princípio da Humanidade é válido e informador de todo e qualquer tipo de intervenção penal no âmbito dos direitos fundamentais da pessoa.²

O legislador avançou quando determinou a distribuição de autos de prisão em flagrante previamente à Defensoria Pública, para que esta tome conhecimento, juntamente com o juiz prevento sobre a prisão cautelar de indiciados.

Entretanto, qual a conseqüência prática de tal avanço sem a necessária estruturação da instituição Defensoria Pública no sistema constitucional de garantias que, conseqüentemente, tem como norte o Princípio da Humanidade e da Dignidade da Pessoa Humana?

A falta de aparelhamento da Defensoria Pública impossibilita esta instituição de dar suporte a presos nos próprios presídios e a dar assistência jurídica, psicológica e social aos detentos e seus familiares por falta de recursos humanos, materiais e estruturais, dentre várias outras mazelas já conhecidas pela população em geral, bem como pelos operadores do Direito. Assim, construiu-se um “barco

² GOMES, Luiz Flávio; de MOLINA, Antonio García Pablos; BIANCHINI, Alice. **Direito Penal - Introdução e princípios fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007, v 1. p. 550.

sem velas” ou um “avião sem turbinas”, pois de nada adianta a fixação de atribuições sem a devida estruturação da instituição de forma a possibilitar o exercício das mesmas.

O Princípio da Humanidade em sentido amplo, que também pode se referir ao fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, fundamento este reitor de toda Constituição da República, como já reconhecido pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, nunca será devidamente observado sem uma defesa técnica forte, autônoma e organicamente estruturada com condições materiais e humanas para sua realização.

Infelizmente, no Brasil, os presos ainda vivem em masmorras medievais. Estão esquecidos pela sociedade, pelo Estado e, muitas vezes, pelos próprios familiares, além da defesa técnica que, lamentavelmente, como já exposto, não é aparelhada para dar o suporte necessário para que vivam condignamente e de acordo com a Lei de Execuções Penais.

Nesse ponto, faz-se necessária referência à lei acima mencionada, de nº 7.210/1984 (2008, f. 1330). Vários dispositivos da citada lei, que lamentavelmente não é aplicada em nosso país, vêm fortalecer o ideal Garantista no Brasil, como se observa abaixo:

Art. 41. Constituem direitos do preso:

- I – alimentação suficiente e vestuário;
- II – atribuição de trabalho e sua remuneração;
- III- previdência social;
- IV – constituição de pecúlio;
- V – proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho descanso e a recreação;
- VI – exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;
- VII – assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;
- VIII – proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;
- IX – entrevista pessoal e reservada com o advogado;
- X – visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dia determinado;
- XI – chamamento nominal;
- XII - igualdade de tratamento, salvo quanto às exigências da individualização da pena;
- XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;
- XIV- representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;
- XV- contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes;
- XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.

Art. 42. Aplica-se ao preso provisório e ao submetido à medida de segurança, no que couber, o disposto nesta Seção.”

Todos os dispositivos supramencionados visam à correta observância do Princípio da Humanidade e da Dignidade da Pessoa Humana e, conseqüentemente, a direitos e garantias constitucionalmente previstos, notoriamente: direito de assistência jurídica, garantia de individualização da pena, direito de ampla defesa e contraditório, direito ao devido processo “constitucional” penal, direito a tratamento humano e condigno, dentre outros.

Aos presos provisórios, em observância ao princípio e garantia constitucional da Presunção de Inocência, é garantido o direito de ser encarcerado em estabelecimento distinto dos condenados definitivamente e determina as exigências de cada unidade carcerária, de acordo com artigo 84 e 88 da Lei de Execuções Penais (2008, p.1334):

Art. 84. O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado.

Parágrafo 1º. O preso primário cumprirá pena em seção distinta daquela reservada para os reincidentes.

Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

- a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;
- b) área mínima de 6 m² (seis metros quadrados)

Infelizmente, tais dispositivos foram esquecidos. Infraconstitucionalmente, são dispositivos que vêm dar aplicabilidade às normas programáticas previstas no artigo 5º da Constituição da República, no que diz respeito ao conteúdo penal e processual-penal.

Nesse contexto, o Garantismo, como ideologia humanitária e, como ideologia que visa a realização do exercício de normas constitucionais de combate, é uma realidade distante.

Novamente, faz-se referência ao fortalecimento da Defensoria Pública. Todas as penitenciárias deveriam possuir um espaço para a instalação de órgãos da Defensoria Pública, com o escopo de se chegar o mais próximo possível da realidade dos dispositivos da Lei de Execuções Penais.

Entretanto, não existe tal previsão na Lei de Execuções Penais, qual seja, instalação de Defensorias Públicas nas unidades penitenciárias, exatamente porque o legislador laborou sobre um ideal dificilmente factível sem a interferência da Defensoria Pública, órgão de defesa por excelência.

Na realidade, as unidades penitenciárias deveriam possuir não apenas espaço físico para a instalação da defesa, mas também do Ministério Público, como *custus legis*, e do órgão do Poder Judiciário como diretor do processo de execução.

O drama ainda se torna ainda mais drástico quando analisamos a situação das prisões cautelares ou provisórias. Nesses casos, não há separação de presos provisórios e condenados definitivos. Na realidade, presos provisórios cumprem penas definitivas em hedionda afronta ao Princípio da Presunção de Inocência, pois não só os crimes previstos na Lei 8.072/90 são hediondos, mas a forma de cumprir suas prisões cautelares e penas definitivas também os são.

4 GARANTISMO, POLÍTICA CRIMINAL E DEFENSORIA PÚBLICA

No texto abaixo, o professor de Direito Penal e doutrinador, Dr. Fernando da Rocha Galvão, expõe de forma muito clara a importância do reconhecimento dos direitos e garantias fundamentais, de forma a se criar mecanismos para seus efetivos exercícios, para reconhecer, inclusive, a existência real de uma Constituição em um país democrático.

A efetiva proteção aos direitos humanos é o ideal que se pretende alcançar, pois não basta declarar que o homem possui direitos, é necessário estabelecer mecanismos eficientes de proteção aos direitos reconhecidos. Assim, pode-se dizer que a fase das declarações de direitos e liberdades fundamentais do homem foi ultrapassada e, hoje, a humanidade preocupa-se com o estabelecimento de um sistema jurídico que assegure a concreta observância dos direitos humanos. Já a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu art.16, afirmou que “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada carece de constituição”. Nesse sentido, Paulo Bonavides esclarece que o evoluir do processo protetivo dos direitos humanos busca esclarecer uma universalidade material e concreta, em substituição à universalidade abstrata produzida, pelo jusnaturalismo do século XVIII.

Contudo, se o tema dos direitos fundamentais fez evoluir a discussão para a identificação dos mecanismos mais eficazes para sua proteção – e nesse contexto se insere a idéia de garantias institucionais -, a própria noção de direitos fundamentais do homem também se tornou mais enriquecida.¹

No texto acima, em certo momento, o citado professor expõe que a idéia de garantias institucionais é inserida no próprio contexto de direitos fundamentais. Uma garantia institucional dos cidadãos é a existência, em perfeito funcionamento, de uma defesa pública àqueles que não possuem condições para promover sua defesa particular.

O Estado detém o interesse econômico, social, jurídico e político de fortalecimento da Defensoria Pública. Não resta dúvida que uma boa política criminal resultaria em menores gastos ao próprio Estado, em decorrência da não inclusão, no sistema carcerário, de quem realmente não deve estar inserido nele, isto é, presos que já cumpriram pena; prisões em flagrante em que são cabíveis o relaxamento, dentre outras situações.

¹ GALVÃO, Fernando da Rocha. **Política Criminal**. 2.ed. Belo Horizonte: Editora Mandamentos. 2002. p.63

A noção de direitos fundamentais enriquecida, conforme expõe o texto acima referenciado, redundaria na efetiva proteção por mecanismos eficientes e de combate na produção de defesa técnica.

O décimo axioma *Nulla probatio sine defensione* está inserido nesse contexto. Esse axioma não se resume apenas em sua tradução literal, qual seja: nula a prova sem defesa. Na realidade, o décimo axioma surge para indicar a diretriz ao legislador e, principalmente, ao intérprete do Direito, que deve se pautar na aplicação do direito ao caso concreto, observando a conjuntura político-social em que se encontra o país, posto que a letra fria da lei não possui o condão de solucionar questões às quais a política criminal é capaz de resolver.

Para Fernando da Rocha Galvão

Os membros do Poder Judiciário, geralmente, mantêm postura conservadora, excessivamente dogmática e formalista, que fundamenta a aplicação do Direito na neutralidade do órgão julgador. Essa visão tradicional-liberal trabalha sob o pressuposto da igualdade formal de todos os indivíduos perante a lei, bem como aceita as colocações do discurso institucional, no sentido de que o legislador é neutro e coerente na produção legal, o direito penal é justo e não possui contradições, pois a ordem é finalista e protege indistintamente a todos os indivíduos.

Acreditar ingenuamente nessas formulações é olvidar que as condições pessoais do indivíduo, detentor do poder de eleição do que seja socialmente adequado, influenciam-lhe a escolha e que as leis refletem sempre os interesses de quem as faz. Na realidade, o discurso institucional espelha a racionalização do poder atuante em trabalho de justificação/legitimação e o juiz, no cotidiano de sua atividade jurisdicional, enfrenta a concreta desigualdade dos indivíduos. A excessiva abstração dos métodos de aplicação do Direito produz o afastamento de seus operadores da realidade social, estabelece ligação da jurisprudência ao mundo dos conceitos abstratos e, assim, os reduz a meros instrumentos do sistema dominante.

Vale notar que a dinâmica da realização do justo não pode ser determinada unicamente pela atenção à lógica formal, que apresenta indiferente às lições da experiência e do bom senso. O sistema jurídico não é lógico-formal – não podendo ser comparado aos sistemas matemáticos – mas sim axiológico, pois apenas um sistema valorativo pode equacionar soluções capazes de restaurar as desigualdades naturais aos homens.²

Nesse sentido, o sistema infra-constitucional penal não se encontra elaborado satisfatoriamente para solucionar os problemas jurídico-sociais de nosso país. O juiz deve analisar cada caso concreto para proferir um julgamento e deve igualar os desiguais à medida de suas desigualdades.

Entretanto, igualar os desiguais à medida de suas desigualdades não cabe unicamente ao Poder Judiciário. Como exposto alhures, a garantia institucional

² Ibidem, p. 111-112.

encontra-se inserida nos direitos fundamentais. E, uma forma definitiva de igualar os desiguais é fortalecendo a defesa pública em todos os sentidos.

No Brasil, o Estado do Rio de Janeiro já realizou este fortalecimento. Em verdade, o governo fluminense realmente se preocupou com o Estado Social de Direito ao fortalecer a defesa pública. O hipossuficiente bem representado é um indivíduo que possui menos chances de reincidir no crime, porque sentirá a justiça ser cumprida em sua melhor expressão. A exclusão social e a violência existentes nas favelas não teriam a chance de serem contidas sem o fortalecimento da defesa pública, pois a cada um é dado a justiça que se merece.

Deve-se realizar uma separação entre “trabalhador favelado” e “marginal favelado”. O Poder Judiciário sozinho não detinha condições de realizar tal separação entre “o joio e o trigo”. No caso do Rio de Janeiro, a violência no Estado chegou a tal ponto que o próprio governo reconheceu a importância de uma defesa pública forte.

Fernando da Rocha Galvão, inclusive, faz referência ao assunto quando apregoa que “Em uma versão moderada, ou reformadora, o abolicionismo pugna pela construção de um direito penal de mínima interferência na liberdade individual e máxima garantia, o que é moldado para um Estado Democrático de direito social”.³

O doutrinador, nesta passagem, se reporta exatamente à filosofia do Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli.

Mas o que vem a ser um Estado Democrático de Direito Social? É um Estado pautado na participação de todos, por isso democrático, e com o objetivo de realizar um direito que atenda aos reclames e à realidade existente no seio da sociedade (direito social).

Em um Estado Democrático de Direito Social, a solução dos problemas da violência não pode se concentrar unicamente na boa ou má aplicação da lei. A questão é de ordem macroestrutural e pluridisciplinar.

Entretanto, quando se observa o exercício do poder jurisdicional não se pode, sob pena de se reportar a um Estado Medieval de Direito, deixar de valorizar a defesa pública.

Obviamente, existe a necessidade de investimentos em melhores condições de cumprimento das penas nos sistemas carcerários e, principalmente, a

³ Ibidem, p. 116.

separação, em condições humanas de cumprimento, entre presos definitivos e presos provisórios, e, entre os presos definitivos, a separação por gravidade de conduta delitiva.

Mas, tal ação política não seria realizada sem a defesa. A defesa é, nesses casos, o fiscal da lei por excelência. Em um país onde muito se condena, como é o caso do Brasil que ainda não se adequou ao axioma *nulla lex sine necessitate* - Direito Penal Mínimo, muito se deve investir na defesa pública, pois muitas atribuições serão exercidas por ela.

4.1 Relação entre o Estado Social de Direito, a segurança pública e a Defensoria Pública

É público e notório o investimento que os Estados Federados têm realizado em prol da segurança pública preventiva e repressiva. Este fator é positivo, pois o Estado Democrático e Constitucional de Direito prevê, no artigo 144 da Constituição da República vigente, o dever de o Estado promover a segurança pública.

Mas o que vem a ser segurança pública em sentido amplo? Segurança pública é um direito e garantia fundamental, previsto implicitamente no artigo 5º da Constituição da República. A título de exemplo, quando a polícia judiciária ou preventiva respeita a inviolabilidade do domicílio ou o direito à intimidade dos cidadãos, está exercendo a segurança pública em sentido lato.

Daí decorre o papel da Defensoria Pública: resguardar o cidadão contra o desrespeito aos referidos direitos fundamentais, e, conseqüentemente, o exercício em nome de seus constituintes, da própria segurança pública.

Mas e quando tal desrespeito é praticado no seio de uma família humilde, como costumeiramente acontece? Nesses casos, o papel de doutrinador e jurista é transferido para a defesa técnica que, *verbis gratia*, é promovida pela Defensoria Pública.

Obviamente, devem ser respeitados os princípios constitucionais implícitos da Razoabilidade e Proporcionalidade, pois cada caso guarda sua particularidade. Entretanto, o que se verifica nos casos concretos é que, de forma

desarrazoada e desproporcional, são realizadas diligências em favelas e condomínios populares por trás dos bastidores policiais. Confissões ainda são retiradas através de torturas psicológicas e físicas, em flagrante desrespeito ao previsto no artigo 5, incisos XLI, XLII e XLIII da Constituição da República.

Portanto, pode-se concluir que a Defensoria Pública é uma instituição que compõe a segurança pública em sentido amplo, pois sem a existência desta instituição, o exercício do poder de polícia judiciária se tornaria um instrumento de barbárie e de afronta aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos brasileiros.

No que diz respeito à valorização do indivíduo, Lenio Luiz Streck, autor do texto abaixo, esclarece sobre tal questão quando da aplicação do direito. Traça, ainda, um paralelo entre o Estado Social de Direito e o Garantismo, proporcionando a este a missão de modernizar as relações sociais existentes através do Direito.

A perspectiva garantista de Ferrajoli tem como base um projeto de Democracia Social, que forma um todo único com o Estado Social de Direito: consiste na expansão dos direitos dos cidadãos e dos deveres do Estado na maximização das liberdades e na minimização dos poderes, o que pode ser representado pela seguinte fórmula: Estado e Direito mínimo na esfera penal, graças à minimização das restrições de liberdade do cidadão e à correlativa extensão dos limites impostos à atividade repressiva; Estado e Direito máximo na esfera social, graças à maximização das expectativas materiais dos cidadãos e à correlativa expansão das obrigações públicas de satisfazê-las.

À evidência, Ferrajoli trabalha com a idéia de que a legitimação do Direito e do Estado provém de fora ou desde abaixo, entendida como a soma heterogênea de pessoas, de forças e de classes sociais. Ou seja, como contraponto às teorias autopoieticas do Direito, que visam, mediante um direito do tipo "reflexivo", não adaptar o Direito aos anseios da sociedade, mas, sim, aos limites do establishment, reduzindo, com isto, a complexidade social, Ferrajoli parte de uma perspectiva heteropoiética, é dizer, desde um ponto de vista externo, que significa sobretudo dar primazia axiológica à pessoa, e, portanto, de todas as suas específicas e diversas identidades, assim como da variedade e pluralidade de pontos de vista externos expressos por ela.

Dito de outro modo, o garantismo não significa um retorno a um "Estado bom" que já houve. Nos países avançados da Europa, beneficiários do welfare state, isso até seria possível.

No Brasil, ao contrário, onde o Estado Social foi um simulacro, o garantismo pode servir de importante mecanismo na construção das condições de possibilidades para o resgate das promessas da modernidade.⁴

Na esfera penal, a modernização exige uma modificação de fatores extrajurídicos. Luigi Ferrajoli, em vários momentos, alerta para o caráter

⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Da Utilidade de uma Análise Garantista para o Direito Brasileiro.** Disponível em: www.femargs.com.br/revista02_streck, consulta em 06/12/2007.

heteropoiético do Direito, ou seja, do ponto de vista externo do Direito, como o próprio filósofo esclarece.

Portanto, a solução das mazelas criminais não estaria no Direito Penal, mas em fatores externos. Em um Estado Social de Direito, a solução encontra-se na valorização do próprio ser humano.

Assim, fatores como educação, psicologia e assistência social são cruciais nessa luta contra a criminalidade. Além disso, a existência de uma instituição que, além de assistência jurídica aos necessitados, possa também dar um direcionamento multidisciplinar aos réus hipossuficientes, resultaria em uma conseqüente queda dos índices de reincidência e criminalidade.

Nesse contexto, a Defensoria Pública deve seguir tal objetivo de modernidade. A estruturação da instituição com as demais ciências afins ao Direito, proporcionando o estudo social e familiar do preso, a assistência social a seus familiares, a análise psicossocial dos infratores e de seu meio, é fundamental na luta contra o crime e a violência.

Recentemente, o Brasil se deparou com um fenômeno social e jurídico, que vale citar neste estudo a título de exemplo: a evolução do crime organizado no Estado de São Paulo, denominado 'PCC- Primeiro Comando da Capital'.

A evolução desse fenômeno apresenta direta correlação com o que foi citado alhures em relação à segurança pública, pois surgiu em decorrência da desorganização do Estado, em razão da ausência de monitoramento de entrada e saída de presos, bem como seu cumprimento de pena redundou na eclosão de uma série de eventos sociais, com uma conseqüente série de atos atentatórios à segurança pública e aos cidadãos.

Longe de ser um fenômeno oriundo da impunidade, tal ocorreu em decorrência da falência do Estado em aplicar eficazmente a Lei de Execuções Penais. Assim, criminosos mais influentes e com um nível cultural mais privilegiado aproveitaram da falência estatal para controlar a entrada e saída de presos e sua atuação na sociedade.

O informativo constante do ANEXO 3 desta pesquisa esclarece muito bem a origem e o progresso da facção criminosa denominada PCC.

As falhas de um Estado Social de Direito geram a evolução de tais facções que buscam, inicialmente, reivindicar simples direitos dos presos, previstos

na Lei de Execuções Penais e na Constituição da República, ou seja, via de regra as reivindicações são legais e legítimas.

Em um Estado onde os cidadãos (os presos também são cidadãos, na concepção ampla da palavra) não têm seus direitos básicos e constitucionais observados, a revolução velada é inevitável. O PCC não é senão o resultado da falta de assistência jurídica, social, familiar e educacional aos presos.

O Estado do Rio de Janeiro também observou a origem de tais movimentos e fortaleceu a Defensoria Pública. O resultado dessas medidas serão observados ao longo do tempo, pois à medida que o preso percebe que seus direitos e garantias constitucionais estão assegurados, torna-se menos suscetível à influência de movimentos e organizações criminosos.

Pode-se concluir que a instituição Defensoria Pública é imprescindível para a instalação de um Estado Social de Direito e do Sistema Garantista no país. Como o próprio filósofo Luigi Ferrajoli esclarece no início do presente trabalho, quando define o Garantismo: “Trata-se de um modelo-limite, apenas tendencialmente e jamais perfeitamente satisfável.”⁵

Isso porque a solução não se encontra em fatores jurídicos, mas metajurídicos como: emprego, habitação, saúde, educação e assistência familiar.

No plano jurídico, o fortalecimento da Defensoria Pública é um fator extremamente importante a ser considerado, pois a defesa pública realiza o objetivo de dar a cada um a justiça devida.

⁵ FERRAJOLI. Op. cit. p.74.

CONCLUSÃO

A sociedade brasileira vem passando por uma profunda transformação social, econômica e jurídica. A classe média, a cada dia, empobrece mais e, com isso, os serviços da instituição Defensoria Pública, antes requisitados prioritariamente somente por aqueles membros da classe mais pobre e carente, estão sendo mais procurados por cidadãos com nível de escolaridade médio ou, até mesmo, superior.

O empobrecimento da classe média tem alertado para a relação entre criminalidade e pobreza, sendo que se pode afirmar, através do estudo apresentado, que não há como resolver um problema conjuntural apenas através de soluções pontuais e isoladas.

Diante de tal realidade, o fortalecimento da instituição ora em estudo e que tem como função essencial a representação dos menos favorecidos, inevitavelmente, significaria a redução no índice de criminalidade em decorrência, inclusive, do maior respaldo que passaria a ter o ordenamento jurídico aos olhos do próprio delinqüente.

Neste jogo onde não se sabe mais quem é a “caça” e quem é o “caçador”, com o fortalecimento da defesa pública, o “criminoso” não poderia mais justificar seus atos pela falta de amparo social e jurídico.

O antigo binômio “prevenção geral” e “prevenção especial”, missão do Direito Penal de acordo com os prevencionistas, com o fortalecimento da Defensoria Pública, adquiriria uma nova roupagem, qual seja: de prevenção pela educação e pela representação digna daqueles a quem a lei se dirige.

O Direito Penal é um ramo do Direito que possui motivação e razão de existir extremamente elitista. Tal afirmação justifica-se porque, através de uma simples consulta ao ordenamento jurídico penal, é possível verificar que um crime de furto possui preceito secundário equitativo a um crime de violência doméstica ou de lesão corporal de natureza grave, o que afronta, explicitamente, o Princípio da Proporcionalidade, posto que supervaloriza-se mais o bem jurídico propriedade em nosso Direito pátrio, em detrimento do bem jurídico vida/integridade física.

Nesse sentido, com o fortalecimento da instituição responsável pela representação dos mais carentes, a justiça transforma-se em instrumento menos repressor e mais garantidor.

Em suma, a plena consolidação da filosofia Garantista de Luigi Ferrajoli, no ordenamento jurídico brasileiro, deve passar necessariamente pela dignificação da defesa pública, tendo em vista que o direito de defesa é uma garantia intimamente relacionada com o fundamento republicano da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1998. Diário Oficial da União. Brasília. 05 out. 1998.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Dispõe sobre o Processo Penal e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 13 out. 1941.

BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Dispõe sobre a Lei de Execuções Penais e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 13 jul. 1984.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do Processo Penal**. São Paulo: Editora Edicamp, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GALVÃO, Fernando da Rocha. **Política Criminal**. Belo Horizonte: Editora Mandamentus, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; DE MOLINA, Antonio García-Pablos; BIANCHINI, Alice - DIREITO PENAL. **Introdução e princípios fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. 1º volume.

JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. São Paulo: Ed. Lúmen Júris, 2007.

----- Ciências Penais. **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**, São Paulo Editora Revista dos Tribunais, v. 1, n 1, junho/dezembro 2004.

KAFKA, Franz. **O Processo**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2007.

MELLO, Marco Aurélio. Papel da Defensoria - Ministro diz que Executivo falha na defesa do cidadão. **Revista Consultor Jurídico**. 14 de agosto de 2008. Disponível em <http://www.conjur.com.br/static/text/68976,1>. Acesso em 15/08/2008.

SANTIAGO. , Nestor Eduardo Araruna **Princípio do Defensor Público Natural**. Disponível em Associação Nacional dos Defensores Públicos: www.anadep.org.br, 2008.

STRECK, Lênio Luiz. **Da Utilidade de uma Análise Garantista para o Direito Brasileiro**. Disponível em: www.femargs.com.br/revista02_streck.

WIKIPEDIA. A enciclopédia Livre. **Primeiro Comando da Capital**. Informativo PCC. Disponível em http://pt.wikipedia.org/wiki/Primeiro_Comando_da_Capital. Acesso em 18/01/2008.

ANEXO 1

Ministro diz que Executivo falha na defesa do cidadão

Não é o Judiciário, mas o Executivo quem falha no sentido de garantir a defesa e a Justiça para a população mais pobre. Para o ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, haverá equilíbrio quando as defensorias públicas (federal e estadual) forem equipadas e valorizadas como prevê a Constituição.

Em entrevista ao jornal Correio Braziliense, Marco Aurélio defendeu a ampliação dos quadros da Defensoria Pública e salários mais altos para os profissionais que atuam em nome do cidadão comum, sem condições de contratar advogados.

De acordo com ele, as defensorias estaduais estão sobrecarregadas e não conseguem dar conta da demanda. "Quem pode contratar um advogado tem uma situação muito mais confortável. Está pagando e pode cobrar", disse.

Segundo a Associação Nacional dos Defensores Públicos (Anadep), há cerca de 5 mil profissionais em todo o país. O ideal, na avaliação da entidade, seria um total de cerca de 12 mil profissionais. O salário médio inicial é de R\$ 7 mil a R\$ 8 mil. Mas em Estados como o Espírito Santo a situação é vexatória, sendo a remuneração dos Defensores ínfima, quase que simbólica, levando muitos profissionais ao desespero ou ao abandono da carreira. E quem sofre é o pobre.

Marco Aurélio lembra que é papel constitucional do Estado dar assistência jurídica ao cidadão. "Não é favor, o Estado tem a obrigação de proporcionar, àqueles que não podem contratar um advogado, assistência jurídica e judiciária. Isso está no rol das garantias constitucionais, no rol das garantias do artigo quinto da Constituição, afirmou.

Na avaliação do ministro, há uma falsa percepção das funções do Poder Judiciário. Para ele, se a Justiça é para os ricos é porque existem fragilidades no sistema que levam a essa situação e precisam ser sanadas. O ministro garantiu: quando um processo chega ao STF não tem capa e é julgado de forma imparcial pelos integrantes da Corte, independentemente de quanto o envolvido tem no bolso. Abaixo, os principais trechos da entrevista.

Fortalecimento da defesa dos pobres

Acesso

No campo penal, temos o Habeas Corpus. Se a Defensoria Pública não atua, não há como chegar ao Supremo. Isso depende, quanto aos menos afortunados, da estrutura da Defensoria Pública. Está na hora de o Estado perceber que a assistência jurídica e judiciária para aquele que não pode contratar um advogado é uma garantia constitucional que tem que ser proporcionada pelo Estado. O Estado precisa estruturar devidamente as defensorias públicas, remunerando condignamente os integrantes, no mesmo nível da advocacia acusadora — que é exercida pelo Ministério Público — para ter-se um equilíbrio de armas.

Ampliação

Os quadros da Defensoria Pública são deficientes, considerada a demanda e considerada a busca do exercício da cidadania pelo cidadão. Acaba que

as defensorias estão sobrecarregadas, não estão dando conta da demanda. E quem pode contratar um advogado tem uma situação muito mais confortável. Está pagando e pode cobrar.

Distorção

O leigo não percebe que a Justiça só funciona mediante provocação. É um órgão inerte e depende da provocação do interessado. Evidentemente, não temos iniciativa. A iniciativa é do próprio cidadão, via advogado ou defensor público. O leigo acha que simplesmente a Justiça é apenas para os ricos. É para os ricos porque o sistema é fragilizado. Se as defensorias públicas estivessem realmente bem estruturadas, como o Ministério Público, aí a coisa seria diferente.

Distinção

Repito o que sempre disse na minha vida de juiz: o processo não tem capa, o processo tem conteúdo. Nós julgamos com equidistância, apenas analisando os elementos e os pedidos formulados no processo. Não distinguimos o cidadão por estar situado nessa ou naquela classe.

Dinheiro

O promotor é um advogado público feito para acusar. O defensor público também é um advogado público, mas para defender. O que verificamos, consideradas as carreiras? Os cargos da defensoria são em número insuficiente para atender a demanda. O tratamento é que é um tratamento a partir de certo descaso, parece que o Estado está fazendo um favor ao cidadão. Não é favor, o Estado tem a obrigação de proporcionar àqueles que não podem contratar um advogado assistência jurídica e judiciária. Isso está no rol das garantias constitucionais, no rol das garantias do artigo 5 da Constituição.

Casos

O tempo é distribuído, na forma limitada que surge, e não dou destaque maior a esse ou àquele processo. Busco atender os casos na forma cronológica. Claro que, quando vem um processo com pedido de medida cauteladora (liminar) dou preferência. Dou preferência também ao habeas corpus, ao mandado de segurança. Agora, a avalanche de processos é muito grande, não dá para atender a tempo a todos os processos.

ANEXO 2

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº , 2005

(Do Sr. Roberto Freire)

Dispõe sobre a Defensoria Pública, suas atribuições, garantias, vedações e dá outras providências.

AS MESAS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS E DO SENADO FEDERAL, nos termos do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º Inclua-se a “Seção IV – Da Defensoria Pública”, depois do art. 133 da “Seção III – Da Advocacia e da Defensoria Pública”, no “Capítulo IV – Das Funções Essenciais à Justiça” do “Título IV – DA ORGANIZAÇÃO DOS PODERES”, renomeando-se, conseqüentemente, a referida “Seção III – Da Advocacia e da Defensoria Pública” como “Seção III – Da Advocacia”.

Art. 2º Os arts. 21, 22, 48, 62, 63, 68, 85, 134 e 135 passam a vigorar com a seguinte redação:

“**Art. 21.**

XIII – organizar e manter o Poder Judiciário e o Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios;

.....” (NR)

“**Art. 22.**

XVII – organização judiciária e do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios, bem como organização administrativa destes;

.....” (NR)

“**Art. 33.**

§ 3º - Nos Territórios Federais com mais de cem mil habitantes, além do Governador nomeado na forma desta Constituição, haverá órgãos judiciários de primeira e segunda instâncias, membros do Ministério Público e da Defensoria Pública da União e dos Territórios; a lei disporá sobre as eleições para a Câmara Territorial e sua competência deliberativa.” (NR)

“**Art. 48.**

IX – organização administrativa, judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública da União e dos Territórios e organização judiciária e do Ministério Público do Distrito Federal;

.....” (NR)

“Art. 52.

II - processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República, o Defensor Público-Geral da União e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade;

III -

e) Procurador-Geral da República e Defensor Público-Geral da União;

XI - aprovar, por maioria absoluta e por voto secreto, a exoneração, de ofício, do Procurador-Geral da República e do Defensor Público-Geral da União antes do término de seus mandatos;

.....” (NR)

“Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República, ao Defensor Público-Geral da União e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

.....” (NR)

“Art. 62.

§ 1º -

I -

c) organização do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, a carreira e a garantia de seus membros;

.....” (NR)

“Art. 63.

II - nos projetos sobre organização dos serviços administrativos da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, dos Tribunais Federais, do Ministério Público e da Defensoria Pública.” (NR)

“Art. 68.

§ 1º -

I - organização do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, a carreira e a garantia de seus membros;

.....” (NR)

“Art. 84.

XIV - nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, o Defensor Público-Geral da União, o presidente e os diretores do Banco Central e outros servidores, quando determinado em lei;

.....

Parágrafo único. O Presidente da República poderá delegar as atribuições mencionadas nos incisos VI, XII e XXV, primeira parte, aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República, ao Defensor Público-Geral da União ou ao Advogado-Geral da União, que observarão os limites traçados nas respectivas delegações.” (NR)

“**Art. 85.**

.....
 II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação;

.....” (NR)

“**Art. 96.**

.....
 III - aos Tribunais de Justiça julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público e da Defensoria Pública, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.”

(NR)

“**Art. 102.**

I -

.....
 b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice Presidente-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros, o Procurador-Geral da República e o Defensor Público-Geral da União;

.....
 d) o "habeas-corpus", sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o "habeas-data" contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República, do Defensor Público-Geral da União e do próprio Supremo Tribunal Federal;

.....” (NR)

“**Art. 103.** Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

.....
 VI - o Procurador-Geral da República e o Defensor Público-Geral da União;

.....”

CÂMARA DOS DEPUTADOS

“**Art. 105.**

I -

a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de

Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União e da Defensoria Pública da União e dos Territórios que oficiem perante tribunais;

Segue-se texto da Proposta de Emenda Constitucional 487/2005:

.....

” (NR)

“**Art. 108.**

I -

a) os juizes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União e da Defensoria Pública da União e dos Territórios, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;

.....
” (NR)

“**Art. 109.**

.....
 § 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República ou o Defensor Público-Geral da União, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.” (NR)

“**Art. 134.** A Defensoria Pública é instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, fundamentalmente, como expressão e instrumento do regime democrático, a promoção dos direitos humanos, a orientação jurídica e a tutela em todos os graus e instâncias, judicial e extrajudicialmente, de forma integral e gratuita, dos direitos e interesses individuais e coletivos dos necessitados, na forma da lei.

§ 1º - São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

§ 2º - À Defensoria Pública é assegurada autonomia funcional, administrativa e financeira, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvados os cargos em comissão, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento.

§ 3º - A Defensoria Pública elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.

§ 4º - Se a Defensoria Pública não encaminhar a respectiva proposta orçamentária dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na forma do § 3º.

§ 5º - Se a proposta orçamentária de que trata este artigo for encaminhada em desacordo com os limites estipulados na forma do § 3º, o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fins de consolidação da proposta orçamentária anual.

§ 6º - Durante a execução orçamentária do exercício, não poderá haver a realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites

estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais.”(NR)

“**Art. 135.** A Defensoria Pública abrange:

I – a Defensoria Pública da União e dos Territórios;

II – as Defensorias Públicas dos Estados e do Distrito Federal.

§ 1º - A Defensoria Pública da União e dos Territórios formará, mediante votação plurinominal, lista tríplice dentre os integrantes da carreira, maiores de trinta e cinco anos, para a escolha de seu Defensor Público-Geral da União, que será nomeado pelo Presidente da República, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, para mandato de dois anos, permitida uma recondução.

§ 2º - A destituição do Defensor Público-Geral da União, por iniciativa do Presidente da República, deverá ser precedida de autorização da maioria absoluta do Senado Federal.

§ 3º - As Defensorias Públicas dos Estados e a do Distrito Federal formarão lista tríplice, mediante votação plurinominal, dentre os integrantes da carreira, na forma da lei respectiva, para escolha de seu Defensor Público-Geral, que será nomeado pelo respectivo Chefe do Poder Executivo, para mandato de dois anos, permitida uma recondução.

§ 4º - Os Defensores Públicos-Gerais nos Estados e no Distrito Federal poderão ser destituídos por deliberação da maioria absoluta do Poder Legislativo, na forma da lei complementar respectiva.

§ 5º - Os Defensores Públicos deverão residir na comarca da respectiva lotação, salvo autorização do chefe da instituição.

§ 6º - O ingresso na carreira da Defensoria Pública far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e observando-se, nas nomeações, a ordem de classificação.

§ 7º - Aplica-se à Defensoria Pública, no que couber, o disposto no art. 93.

§ 8º - Leis complementares da União, dos Estados e do Distrito Federal, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Defensores Públicos-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Defensoria Pública, observadas, relativamente a seus membros:

I - as seguintes garantias:

a) vitaliciedade, após três anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado, em processo que poderá ser iniciado por representação ao Ministério Público, inclusive nos casos de:

1) negligência e desídia reiteradas no cumprimento dos deveres do cargo, arbitrariedade ou abuso de poder;

2) procedimento incompatível com o decoro de suas funções;

3) infração do disposto no inciso II deste parágrafo.

b) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente da Defensoria Pública, pelo voto de dois terços de seus membros, assegurada ampla defesa;

c) irredutibilidade de subsídio, fixado na forma do art. 39, § 4º, e ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 150, II, 153, III, 153, § 2º, I;

III - as seguintes vedações:

- a) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais;
- b) exercer a advocacia;
- c) participar de sociedade comercial, na forma da lei;
- d) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salva uma de magistério;
- e) exercer atividade político-partidária;
- f) receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei.”

§ 9º - A capacidade postulatória do Defensor Público decorre exclusivamente de sua nomeação e posse em caráter efetivo para o cargo.” (NR)

Art. 3º A Constituição Federal passa a vigorar acrescida do seguinte artigo:

“**Art. 132-A.** Os servidores integrantes das carreiras disciplinadas nesta Seção deste Capítulo serão remunerados na forma do art. 39, § 4º.”

Art. 4º O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido do seguinte artigo:

“**Art. 95.** Os Poderes Executivos Estaduais e do Distrito Federal deverão encaminhar ao respectivo Poder Legislativo, no prazo máximo de 120 dias contados da publicação desta Emenda Constitucional, projeto de lei instituindo a Defensoria Pública Estadual ou do Distrito Federal, na hipótese de estas ainda não existirem.”

Art. 5º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

ANEXO 3

O **Primeiro Comando da Capital (PCC)** é uma organização de criminosos existente no Brasil, criada para supostamente defender os direitos de cidadãos encarcerados no país. Surgiu no início da década de 1990 no Centro de Reabilitação Penitenciária de Taubaté, local que acolhia prisioneiros transferidos por serem considerados de alta periculosidade pelas autoridades.

A organização também é identificada pelos números **15.3.3**; a letra "P" é a 15ª letra do alfabeto português e a letra "C" é a terceira.

Hoje a organização é comandada por presos e foragidos principalmente no Estado de São Paulo. Vários ex-líderes estão presos (como o criminoso Marcos Willians Herbas Camacho, vulgo *Marcola*, que atualmente cumpre sentença de 44 anos, principalmente por assalto a bancos, no presídio de segurança máxima de Presidente Bernardes e ainda tem respeito e poder na facção).

O PCC conta com vários integrantes, que financiam ações ilegais em São Paulo e em outros estados do país.

História -

O PCC foi fundado em 31 de agosto de 1993 por oito presos no Anexo da Casa de Custódia de Taubaté (130 km da cidade de São Paulo), chamada de "Piranhão", até então a prisão mais segura do estado de São Paulo.

O grupo iniciou-se durante uma partida de futebol, quando alguns detentos brigaram e como forma de escapar da punição - pois várias pessoas haviam morrido - resolveram iniciar um pacto de confiança.

Era constituído por Misael Aparecido da Silva, vulgo "Misa", Wander Eduardo Ferreira, vulgo "Eduardo Cara Gorda", António Carlos Roberto da Paixão, vulgo "Paixão", Isaías Moreira do Nascimento, vulgo "Isaías Esquisito", Ademar dos Santos, vulgo "Dafé", António Carlos dos Santos, vulgo "Bicho Feio", César Augusto Roris da Silva, vulgo "Cesinha", e José Márcio Felício, vulgo "Geleião".

O PCC, que foi também chamado no início como Partido do Crime, afirmava que pretendia "combater a opressão dentro do sistema prisional paulista" e "para vingar a morte dos cento e onze presos", em 2 de outubro de 1992, no "massacre do Carandiru", quando a Polícia Militar matou presidiários no pavilhão 9 da extinta Casa de Detenção de São Paulo.

O grupo usava o símbolo chinês do equilíbrio *yin-yang* em preto e branco, considerando que era "uma maneira de equilibrar o bem e o mal com sabedoria".

Em fevereiro de 2001, Sombra tornou-se o líder mais expressivo da organização ao coordenar, por telefone celular, rebeliões simultâneas em 29 presídios paulistas, que se saldaram em dezesseis presos mortos.

Idemir Carlos Ambrósio, o "Sombra", também chamado de "pai", foi espancado até a morte no Piranhão cinco meses depois por cinco membros da facção numa luta interna pelo comando geral do PCC.

O PCC começou então a ser liderado por "Geleião" e "Cesinha", responsáveis pela aliança do grupo com a facção criminosa Comando Vermelho (CV), do Rio de Janeiro.

"Geleião" e "Cesinha" passaram a coordenar atentados violentos contra prédios públicos, a partir do Complexo Penitenciário de Bangu, onde se encontravam detidos.

Considerados "radicais" por uma outra corrente do PCC, mais "moderada", Geleirão e Cesinha usavam atentados para intimidar as autoridades do sistema prisional e foram depostos da liderança em Novembro de 2002, quando o grupo foi assumido por Marcos Willians Herbas Camacho, o "Marcola".

Além de depostos, foram jurados de morte sob a alegação de terem feito denúncias à polícia e criaram o Terceiro Comando da Capital (TCC). Cesinha foi assassinado em presídio de Avaré, São Paulo.

Sob a liderança de Marcola, também conhecido como Playboy, atualmente detido por assalto a bancos, o PCC teria participado no assassinato, em Março de 2003, do juiz-corregedor António José Machado Dias, o "Machadinho", que dirigia o Centro de Readaptação Penitenciária (CRP) de Presidente Bernardes, hoje a prisão mais rígida do Brasil e para onde os membros do PCC temem ser transferidos. A facção tinha recentemente apresentado como uma das suas principais metas promover uma rebelião de forma a "desmoralizar" o governo e destruir o CRP, onde os detidos passam vinte e três horas confinados às celas, sem acesso a jornais, revistas, rádios ou televisão.

Com o objetivo de conseguir dinheiro para financiar o grupo, os membros do PCC exigem que os "irmãos" (os sócios) paguem uma taxa mensal de cinquenta reais, se estiverem detidos, e de quinhentos reais, se estiverem em liberdade. O dinheiro é usado para comprar armas e drogas, além de financiar acções de resgate de presos ligados ao grupo.

Para se tornar membro do PCC, o criminoso precisa ser, apresentado por um outro que já faça parte da organização e ser "batizado" tendo como padrinho 3 "irmãos", um "irmão" só pode batizar outro membro 120 dias após ele ter sido batizado e o novo "irmão" tem de cumprir um estatuto de dezesseis itens, redigido pelos fundadores e atualizado pelo Marcos Camacho.

Diante do enfraquecimento do Comando Vermelho do Rio de Janeiro, que tem perdido vários pontos de venda de droga no Rio, o PCC aproveitou para ganhar campo comercialmente e chegar à atual posição de maior facção criminosa do país, com ramificações em presídios de vários estados do Brasil como Mato Grosso do Sul, Paraná, Bahia, Minas Gerais e outros mais.

Estatuto do PCC

Ver artigo principal: Estatuto do PCC

O suposto estatuto do Primeiro Comando da Capital foi divulgado em jornais brasileiros no ano de 2001. É uma lista de princípios da organização. O item 7 do documento prevê que os membros "estruturados" e livres devem contribuir com os demais membros presos sob a pena de "serem condenados à morte, sem perdão".

O estatuto prega "lealdade, respeito e solidariedade" aos membros do grupo. Prega também uma luta pela "liberdade, justiça e paz" e clama melhores condições no sistema prisional brasileiro (com foco no estado de São Paulo), alegando que os presos sofrem torturas e atos desumanos.

Movimentos

Em 2001, ocorreu em todo o Estado de São Paulo a maior rebelião generalizada de presos da história do Brasil até então, através do uso de telefones celulares presos se organizaram e promoveram a rebelião. Vários presídios daquele estado, inclusive os do interior se rebelaram.

Anos depois, entre os dias 21 e 28 de março de 2006, diversas unidades prisionais do Estado de São Paulo foram tomadas por revolta de seus internos, inaugurando uma série de atos de violência organizada no país.

Os "CDPs", ou centros de detenção provisória de Mauá, Mogi das Cruzes, Franco da Rocha, Caiuá e Iperó, foram os primeiros a serem tomados pelas rebeliões (21 de março de 2006). Durante aquele período, outras unidades também foram palco de rebeliões (Cadeia Pública de Jundiaí - 22 de março de 2006, e os "CDPs" de Diadema, Taubaté, Pinheiros e Osasco - 27 de março de 2006).

Como reivindicações apresentadas, reclamavam os amotinados da superpopulação carcerária, buscando transferência de presos com condenações definitivas para penitenciárias, bem como o aumento no número de visitantes e a modificação da cor dos seus uniformes. Estavam descontentes com a cor amarela e postulavam o retorno para a cor bege de seus uniformes.

As rebeliões, algumas com reféns, foram contidas, mas os danos provocados nas unidades comprometeram gravemente a normal utilização.

Os ataques do Primeiro Comando da Capital continuaram acontecendo com certa constância, em meio a uma onda de violência e diversos outros atos (nem todos comprovadamente originados da organização) no ano de 2006, nas primeiras horas do dia 13 de agosto de 2006, aproximadamente a meia noite e meia, um vídeo enviado para a Rede Globo de televisão, gravado em um DVD, foi transmitido, no plantão da emissora, para todo o Brasil. Dois funcionários, o técnico Alexandre Coelho Calado e o repórter Guilherme Portanova, haviam sido sequestrados na manhã do dia anterior. Alexandre foi solto, encarregado de entregar o DVD para a Rede Globo. Colocada sob chantagem, a emissora transmitiu o vídeo, com teor de manifesto, após se aconselhar com especialistas e representantes de órgãos internacionais. O repórter Guilherme Portanova foi solto 40 horas após a divulgação do vídeo, à 0:30 do dia 14 de Agosto, numa rua do bairro do Morumbi.

A mensagem, lida supostamente por um integrante do PCC, fazia críticas ao sistema penitenciário, pedindo revisão de penas, melhoria nas condições carcerárias, e posicionando-se contra o Regime Diferencial Disciplinado (RDD).

Alguns trechos foram plagiados de um parecer do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária de 14 de abril de 2003.