ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

O FUNDAMENTO POLÍTICO DO DIREITO DE DEFESA E O SEU CONTRASTE NA CONTEMPORANEIDADE

THE POLITICAL BACKGROUND OF THE RIGHT OF DEFENSE AND ITS CONTRAST IN CONTEMPORANEITY

Fábio Wellington Ataíde Alves*

RESUMO: O texto trata do sentido político do direito de defesa, desde a sua concepção no Estado Liberal, apresentando, ao fim, uma abordagem sobre os seus desafios na época em que vivemos.
Palavras-chave: Processo Penal Constitucional. Defesa. Estado de Direito.

ABSTRACT: The text deals with the political sense of the right for anyone to defend themselves, since the conception of defense in the Liberal State. It presents, at the end, an approach of its challenges in the time we live.
Keywords: Constitutional criminal proceeding. Defense. State of Law.

* Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Especialista em Direito e Cidadania pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Professor da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte – ESMARN. Juiz de Direito no Rio Grande do Norte. Natal – Rio Grande do Norte – Brasil.

1 O FUNDAMENTO POLÍTICO DO DIREITO DE DEFESA

Apesar de seu histórico reconhecimento humanista, o direito de defesa ainda não penetrou nos sistemas penais, coerente e inteligivelmente. Nem todas as Nações que proferem a teoria da defesa, planeiam um caminho prático para o seu exercício.

Fatores políticos, e não somente financeiros, determinam os motivos pelos quais a letra da lei não coincide com o nosso cotidiano. No Brasil, *v. g.,* a essencialidade das defensorias públicas, incumbidas da orientação jurídica e da defesa dos necessitados (arts. 134 e 5º, LXXIV, CF-88), não encontra nenhuma correspondência na prática habitual dos foros judiciais. Por esse motivo, como explica Luis Alberto Warat, a análise pragmática, vinculada à temática da ideologia, impõe a necessidade de realizar leituras ideológicas dos discursos da ciência, permitindo a compreensão de que a ideologia é um fato indissociável da estrutura conceitual explicitada nas normas. Não se pode fazer ciência social ou jurídica sem sentido histórico, sem nenhum compromisso direto com as condições materiais da sociedade e com os processos mediante os quais os sujeitos sociais são dominados e coisificados[1].

Assim, a lei penal, quando observada sob esse aspecto, revela uma aplicação que remete consecutivamente a um contexto político-social em que os significados, as mais vezes, se apartam daqueles que seriam obtidos a partir de uma leitura neutra. O Direito Penal encontra-se entre os ramos do Direito que mais se acomodam aos interesses ideológicos do governo[2], admitindo, inclusive, afirmar que a evolução (ou involução) dos conceitos penais caminha *pari passu* com os golpes de Estado. Logo, é de mister sintomatizar que as leis penais – mesmo as menos pretensiosas – serviram, historicamente, de abrigo aos mandos mais despóticos.

Por isto, ao sabor dessa exposição, impõe-se conjugar o fim cardeal do direito de defesa a certa análise política, desde o Estado Liberal até o Estado Democrático, arrematado pelas tendências atuais do modelo penal da

1 **O Direito e sua Linguagem**. 2. ed., Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 47.

2 Segundo afirma Francisco Muñoz Conde, o teórico Hans Welzel reconhecia o Direito Penal como o "setor mais ideologizado de todos os ramos do Direito" (**Edmundo Mezger e o Direito Penal de seu Tempo**: estudos sobre o Direito Penal no Nacional-Socialismo. 4. ed., trad. de Paulo César Busato, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 51).

contemporaneidade. Neste desiderato, descabe enfrentar o direito à defesa como um tópico isolado do processo penal constitucional; mas, sim, com a capacidade de encontrar confluência marcante no Direito Penal, cujos conceitos teóricos formam a base da dilatação ou retração do poder de justificação da conduta do réu.

2 A DEFESA FORMAL NO ESTADO LIBERAL

A declaração americana do Estado de Virgínia, de 1776, e a dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, foram precursoras do Estado Liberal. Valorizam a importância da liberdade infiltrada nos direitos políticos e civis – hoje concebidos como direitos de primeira dimensão[3]. Mesmo depois da eliminação do absolutismo, imbuía-se muita desconfiança para com o Estado, versado como inimigo[4] a ser dominado, razão de tanta ansiedade relativamente às liberdades individuais, freios ao que antes não tinha limites. No entanto, a igualdade não encontrara nesse momento a sua concretização. Direitos, o homem sabia que os possuía, mas não os encontrava em lugar nenhum.

O Estado Liberal, fruto da superação do antigo regime, concentra o núcleo de decisão no Poder Legislativo, sendo, pois, a vontade do legislador o condão da interpretação judicial[5]. As concisas constituições liberais ignoram a sociedade; enfatizam o indivíduo, como se ele não estivesse inserido num contexto social, sobrepondo-o ao Estado[6] – posição esta que somente se inverterá no Estado Social.

A liberdade, nesse período, é apenas formal; o indivíduo tem autonomia para realizar seus desejos, expressar-se, ir e vir, mas lhe faltam instrumentos que lhe permitam o exercício efetivo da vontade. No processo penal, o acusado pode defender-se; contudo, sem que o Estado lhe assegure os meios necessários.

3 É preferível o emprego da terminologia "dimensão", ao invés de "geração". A designação "geração" transmite a falsa noção de que tais direitos precedem uns aos outros, à medida que decorre o tempo, o que não é verdade.

4 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 249.

5 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(em) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 6. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 55.

6 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 203.

3 A DEFESA NO ESTADO SOCIAL: A PROMETIDA DEFESA MATERIAL

O rompimento do modelo de igualdade meramente formal cede com o reconhecimento da fisionomia social do Estado e, com isso, imprime-se outra direção aos fenômenos crime e processo penal, conferindo-lhes um novo condicionamento, condizente com o sentido do novo paradigma. Ainda que sugestione algum paradoxo, é crível abordar o crime por um prisma social, nada impedindo que se reconheça o direito à ampla defesa material, na concreta acepção de um Estado Social. A igualdade formal dá oportunidade à material, na dependência de que o delito também será reconhecido como um produto da inércia do Estado Social.

No Estado Social, o núcleo de decisão desloca-se do Poder Legislativo em direção ao Executivo, motivando o posicionamento do Estado sobre o indivíduo. Por esta razão, o paradigma hermenêutico passa a legitimar os anseios sociais[7], muito embora, nesta fase, as aspirações populares também tenham sido objeto da expressão máxima dos regimes totalitários.

A liberdade começava a ceder lugar à igualdade material. O Estado do bem-estar diferencia-se de qualquer outro, porque, na compreensão de H. L. Wilensky, os meios de assistência – saúde, educação, moradia, etc. – são reconhecidos a "todo o cidadão, não como caridade mas como direitos políticos[8]".

Mesmo a despeito de ser o crime um saldo negativo da antiga inércia estatal, reivindica-se, do Estado do Bem-Estar, um alargamento da legislação penal, "produto da multiplicação das providências salutares ou sociais do Estado"[9].

4 A DEFESA NO NACIONAL SOCIALISMO

Corolário da derrota na Primeira Guerra, a crise econômica durante a República de Weimar promove a abertura dos princípios penais conservadores, os quais, sem resistência eficaz, avolumar-se-iam até desaguar no nacional-socialismo. Parece contraditório, mas foi no seio desse Estado do

7 STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 55 e 98.

8 BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. v. 1, p. 416.

9 COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito Penal**: Parte Geral. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 29. v.1. t.1.

Bem-Estar em que o direito de defesa encontrara grande oposição, antes de ser derradeiramente digerido pelo imaginário totalitário do nazismo, em vigor na Alemanha a partir de 1933.

O advento do terceiro Reich adota uma política criminal voltada a uma finalidade peculiar, qual seja, o Direito Penal deve moldar-se à necessidade de purificar a raça ariana. Vem a tempo a filosofia de Nietzsche, ao equiparar o bem ao mal – cada qual com funções diferentes –, engatando o "progresso da humanidade" aos mais fortes e maldosos, porque o homem de bem é o antigo e adverso às mudanças[10]. Hitler, leitor da Gaia Ciência, acredita que a verdade começa com a coesão nacional em torno de um objetivo[11].

A peça central dessa política criminal nazista tem um nome: Edmund Mezger, professor da Universidade de Munique. Mezger é conduzido, juntamente com outros juristas, à comissão de adaptação da lei penal, a fim de proteger a supremacia alemã como o único bem jurídico. O principal penalista do nacional-socialismo concebe a raça como um fator determinante do comportamento do sujeito na comunidade, em função de que deve o Direito Penal esmerar-se para assegurar a pureza étnica, mediante a eliminação dos "estranhos à comunidade" (*Gemeusehaftsfremde*), sem se importar se o inimigo encontra-se dentro ou fora do território nacional[12].

A doutrina nazista, julgando aprioristicamente a culpa pela linhagem genética do homem, reduz a zero as possibilidades do exercício de defesa e, por igual, transforma definitivamente o processo penal em instrumento de investigações antropológicas e psicológicas. Não somente judeus, mas os estranhos à comunidade em geral (aqui abrangidos comunistas, ciganos, inimigos de guerra, etc.); os arianos classificados como inferiores (Lebensunwert); os doentes mentais; os viciados; os criminosos sexuais (aí abrangidos os homossexuais e as prostitutas); os pequenos infratores; os desocupados; os mendigos e toda sorte de párias estavam no alvo central do delírio eugênico do Terceiro Reich[13].

10 **A Gaia Ciência**. Trad. de Antonio Carlos Braga. São Paulo: Escala, 2006, p. 43.

11 O anti-semitismo descobre todo o vigor em Nietzsche, para quem "um grande objetivo torna superior à própria justiça e não somente a suas ações e a seus juízos" (*ibid* , p. 159). O seu desvariamento filosófico justifica o controle das massas, quando afirma: "um só nunca tem razão; mas no dois começa a verdade. – um só não se pode provar, mas quando são dois, já não se pode mais refutar" (*ibid*, p. 158).

12 CONDE, Francisco Muñoz. Op. cit. , p. 101 e ss.

13 *Ibid* , p. 85 e 108.

O modelo nacional-socialista exerceu ação decisiva sobre a intelectualidade brasileira daquela época, sendo responsável pela introdução legislativa de vários princípios autoritários, muitos dos quais ainda encontrados na prática estatal.

5 O DIREITO DE DEFESA DESPERTADO PELO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A contemporaneidade se destaca pelo primor da verdade; da segurança; da liberdade; da participação; da igualdade e da certeza, entre outros atributos, mas, em lugar bem próximo daí, somente vemos a crescente desordem descolando-se em reta de colisão com todos esses valores. A globalização acelera o processo de exclusão social, em razão de que se intensifica a violência nos grandes centros urbanos. Aos poucos, desmontam-se as "estruturas institucionais do Estado moderno, gerando uma situação de medo e de total insegurança"[14], propiciamente isenta de restrições aos movimentos penais de lei e ordem.

O aparente desrespeito à lei penal marca a contemporaneidade. Os índices crescentes de criminalidade não seguem autonomamente; entre tantas outras causas, eles resultam também da interdependência entre o desenvolvimento econômico de reduzida parcela da sociedade e a multiplicação de uma juventude periférica, sem perspectivas ou oportunidades de trabalho. Esta combinação, reiteradamente celebrada pelos sociólogos, sinaliza um mau caminho, ou melhor, indica uma abertura em direção ao avanço do medo social causado pelo acréscimo de vítimas de delitos[15]. O medo é o tributo que se paga pelo crime. Neste contexto, a ideia de garantias penais ou de proteção de direitos, sob o véu do devido processo legal, atemoriza a opinião pública, ainda mais quando se advoga a inimputabilidade penal para menores de dezoito anos, ou a prevalência de um Direito Penal mínimo, o que faz qualquer cidadão comum tiritar com calafrios.

O medo cria um estado de anestesia às garantias penais, ante o qual

14 DELLA CUNHA, Djason B.**Crise do Direito da Regulação Jurídica nos Estados Constitucionais Periféricos**: modernidade e globalização. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 36.

15 Cf. DAHRENDORF, Ralf. **A Lei e a Ordem**. Trad. de Tamara D. Barile. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1997, p. 18.

o texto constitucional não encontra aplicação prática.

Sem dúvida, o sentido da Constituição transmitido pela tradição dos juristas dissente da realidade amedrontada. Acolhemos, sem timidez, o descumprimento quase integral da lei de execuções penais, simplesmente porque aquilo que ela diz que deve ser está fora do sentido comum teórico dos juristas, e continuamos a interpretá-la como se o objeto (o sistema penitenciário) correspondesse ao que idealizou o sujeito ideal (o legislador). Não parece ser o Brasil signatário das regras mínimas para tratamento de presos (Resolução de 30 de agosto de 1955, I Congresso das Nações Unidas).

É preciso contextualizar a interpretação do texto constitucional, de um lado posicionando-a no âmago da realidade do Estado Democrático de Direito, e, de outro, produzindo um novo significado para tudo que está em desarmonia com ele. Os "pré-juízos inautênticos" aproximam-se do que Streck chama de sentido comum teórico dos juristas, levando-nos às interpretações descontextualizadas "do sentido da história, desbordantes do Estado Democrático de Direito", notadamente porque "olhar o novo com os olhos do velho transforma o novo no velho!"[16].

O direito de defesa defronta-se com uma reação política autoritária de um Estado-Juiz que responde ao medo coletivo por meios de posturas agressivas às garantias individuais. Os movimentos de lei e ordem e as políticas penais de tolerância zero originam-se desta era pós-moderna. Se, por um lado, os jogos de linguagens permitem o alargamento das possibilidades de decisões para cada caso, por outro, o modelo penal neoliberal diminui a capacidade interpretativa do juiz, quando elege, previamente, os inimigos sobre os quais deva agir a persecução criminal. A justiça penal da contemporaneidade opera predominantemente contra aqueles muitos que não tiveram acesso ao Estado Social, o que não rara sugestiona o juiz criminal no sentido de abandonar as conquistas dos ideais humanistas.

O novo Estado Liberal, embora capitaneie a diminuição da participação do Estado, recorre, antagonicamente, a um Estado penal máximo, no que diz respeito às políticas criminais. Nada obstante os projetos da burguesia tenham sido interrompidos pelo Walfare State, o fim do socia-

16 **Hermenêutica Jurídica e(em) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 6. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 280-1.

lismo garante, ao modelo capitalista, um Estado Liberal sem concorrentes; apto, portanto, a retomar a ascensão individualista, mesmo que, para tanto, ignore problemas sociais e deprecie os respectivos direitos fundamentais consolidados nas últimas décadas[17].

O enfraquecimento do Estado causado pela tendência neoliberal fortalece a concentração de desigualdades sociais, principalmente nos países periféricos, o que naturalmente provoca o avanço da criminalidade e o crescente rigor da política criminal, cujo êxito não se condiciona ao emprego de ações favoráveis aos Direitos Humanos[18]. Não existe nenhuma evidência de que as violações de garantias individuais contribuam para a diminuição da criminalidade; pois, decerto convergem para o incremento do medo coletivo.

O intérprete neoliberal, de alguma forma, alia-se às emblemáticas políticas de tolerância zero e às tendências vinculantes, que associam segurança jurídica à diminuição da capacidade interpretativa do juiz, em busca de recompor o magistrado tal qual um novo modelo montesquieuniano. Desta maneira, o direito de defesa se submete a uma equação simples de resolver: A prisão empobrece e, para o pobre, um Direto Penal igualmente pobre em garantias, basta.[19]

A pós-modernidade redescobre o individuo e restaura a filosofia do subjetivismo.[20] Por outro lado, os jogos de linguagem, próprios da viragem linguística contemporânea, assinalam em direção inversa, ampliando as possibilidades de decisões para cada demanda. Destarte, o juiz criminal não deve abandonar o humanismo em favor do individualismo de um novo Estado Liberal, porque, no Estado Democrático, o juiz não somente age como um solucionador de casos, mas, acima de tudo, como um garantidor de direitos individuais.

A promessa pós-moderna para o tratamento penal deve ser recep-

17 MAGALHÃES, Fernando. *Op. cit.* , p. 97.

18 GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. Direitos Humanos e Neo-Liberalismo. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio; GUIMARÃES, Samuel Pinheiro (Org.). **Direitos Humanos no Século XXI**: Parte II. Brasília: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais Fundação; Alexandre de Gusmão; Senado Federal, 1998, p. 1043. Outrossim, o articulista acresce que "as políticas neo-liberais tendem a agravar as violações de direitos humanos, de todo tipo e assim as três gerações de direitos humanos têm sido igualmente afetadas pelos efeitos perversos dessas políticas" (*ibid*, p. 1041).

19 WACQUANT, Loïc. *Op. cit.*, p. 143.

20 MAGALHÃES, Fernando. *Op. cit.*, p. 86.

cionada com certa suspeita, porquanto ainda sequer concluímos o processo de acabamento do regime garantista constitucional. Em adequada análise, o nosso modelo hermenêutico predominante guarda resquícios autoritários, incompatíveis com as pretensões de uma nova era penal, sem meios para, evidentemente, dar vazão à massa de delinquentes sociais, estranhos à comunidade e, consequentemente, carentes das promessas de um Estado Social.

O novo horizonte do Direito Penal abre, com igual vigor, um novo panorama para o direito de defesa. A compreensão da ampla defesa da contemporaneidade precisa publicizar-se; abandonar as armadilhas linguísticas oriundas de resquícios autoritários liberais individuais, muitos destes transmitidos por precedentes e enunciados por súmulas deglutidas acriticamente pelo intérprete.

Na transição para o Estado Democrático, também deveria ter ocorrido a reforma do sistema penal autoritário até então instalado[21]. É que o Brasil ainda não deixou os porões da ditadura, hoje instalados dentro do próprio sistema carcerário. Os presos políticos de ontem são os órfãos sociais de agora, que conglomeram toda sorte de pessoas inaptas ou não assimiladas pela economia neoliberal.

Na verdade, a política criminal estatal pune, em sua grande maioria, aqueles que cometem crimes em razão da ausência ou ineficácia das políticas sociais. O Estado não recorre ao Direito Penal mínimo; mas o próprio Estado, que se faz mínimo, tenta compensar-se com uma política repressora máxima. Muito diferentemente, o Estado Democrático não é o que se limita pelos direitos fundamentais, mas o que se funda nos direitos fundamentais.

6 CONCLUSÃO

a) a ideologia é um fato indissociável da estrutura conceitual explicitada nas normas penais e, por isso, o estudo do direito de defesa remete consecutivamente a um contexto político-social;

21 PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001, p. 48.

b) nestes termos, descabe enfrentar o direito à defesa como um tópico isolado do processo penal;
c) no Estado Liberal, a liberdade é apenas formal e o indivíduo tem autonomia para realizar seus desejos, expressar-se, ir e vir, mas lhe faltam instrumentos para o exercício efetivo da defesa penal;
d) no Estado Social, a igualdade formal dá oportunidade à material, mas foi no seio desse Estado do Bem-Estar onde o direito de defesa encontrara grande oposição, antes de ser derradeiramente digerido pelo imaginário totalitário do nazismo, em vigor na Alemanha a partir de 1933;
e) insegurança e medo são as contingências do direito de defesa na contemporaneidade, quando então este direito de defesa defronta-se com uma reação política autoritária de um Estado-Juiz que responde ao medo coletivo por meios de posturas agressivas às garantias individuais;
f) os movimentos de lei e ordem e as políticas penais de tolerância zero originam-se desta era pós-moderna. A promessa pós-moderna para o tratamento penal deve ser recepcionada com certa suspeita, porquanto ainda sequer concluímos o processo de acabamento do regime garantista constitucional;
g) na transição para o Estado Democrático não fizemos a reforma do sistema penal autoritário anteriormente instalado.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. v. 1.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

CONDE, Francisco Muñoz. **Edmundo Mezger e o Direito Penal de seu Tempo:** estudos sobre o Direito Penal no Nacional-Socialismo. 4. ed. Trad. de Paulo César Busato, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito Penal**: Parte Geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v.1, t. 1.

DAHRENDORF, Ralf. **A Lei e a Ordem**. Trad. de Tamara D. Barile. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1997.

DELLA CUNHA, Djason B. **Crise do Direito da Regulação Jurídica nos Estados Constitucionais Periféricos:** modernidade e globalização. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. Direitos Humanos e Neo-Liberalismo. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio; GUIMARÃES, Samuel Pinheiro (Org.). **Direitos Humanos no Século XXI**: Parte II. Brasília: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais Fundação; Alexandre de Gusmão; Senado Federal, 1998.

MAGALHÃES, Fernando. **Tempos Pós-Modernos**. São Paulo: Cortez, 2004.

NIETZSCHE, Friedrich. **A Gaia Ciência**. Trad. de Antonio Carlos Braga. São Paulo: Escala, 2006.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(em) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 6. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

WACQUANT, Loïc. **As Prisões da Miséria**. Trad. de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua Linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995.

Correspondência | Correspondence:

Fábio Wellington Ataíde Alves
Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte – ESMARN, Rua Promotor Manoel Alves Pessoa Neto, 1000, Candelária, CEP 59.065-555. Natal, RN, Brasil.
Fone: (84) 3215-1855.
Email: fabioalves@tjrn.jus.br

Autor Convidado.