

ENGAJAMENTO RESPONSÁVEL: POR UM SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL CONFORME À ORDEM DEMOCRÁTICA

Paula Brener

Advogada criminalista. Mestranda na Faculdade de Direito da UFMG.
Professora dos cursos de pós-graduação da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos
Advogados do Brasil – Minas Gerais (ESA/MG)

A convite da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil (ESA/MG), apresento o presente ensaio, reunindo alguns apontamentos críticos sobre o sistema de justiça criminal e advocacia, chamando atenção para os desafios a serem enfrentados no dia a dia do exercício profissional do advogado. Especialmente por ocasião dos 35 anos da Escola Superior de Advocacia, instituição dedicada à qualificação e aprimoramento de profissionais para o exercício de uma advocacia de vanguarda, torna-se pertinente uma reflexão sobre a atuação no direito criminal, seus novos rumos e desafios.

Discorrer sobre o sistema de justiça é tarefa nada fácil. Afinal, requer uma reflexão sobre a interação entre instituições, os influxos de poder, os ideais de correção e equidade, em suma: um enorme arcabouço positivado de normas que se pretendem completas e justas em sua articulação prática pela efetivação da Justiça. Não por outro motivo, o tema parece sempre despertar opiniões discordantes e emotivas. Falar do tema é um “desafio particularmente desafiador” para aqueles que atuam na advocacia criminal, área em que as mazelas do sistema e as próprias clivagens sociais se manifestam em toda a sua crueza.

De um modo geral, na sociedade contemporânea, verifica-se uma crescente percepção do direito como um instrumento de efetivação de interesses, conquista de direitos e emancipação. Em outros termos, passou a ser percebido pelos cidadãos como um recurso para alçar força política e voz em sociedade. Esse fenômeno pode ser observado, exemplificativamente, pela observação da evolução do Supremo Tribunal Federal, o qual se tornou protagonista na determinação de pautas políticas centrais para a sociedade¹.

¹ Vale apresentar em nota alguns exemplos apenas ilustrativos desse protagonismo, representativos da crescente judicialização de pautas políticas essenciais no STF: AgRg/RE 271.286-8-RS (distribuição do

No entanto, a percepção do direito como uma arena para a resolução de problemas, definição de políticas e conquista de interesses pessoais e patrimoniais, acarretou severas consequências para o direito penal. Compreendido como um forte instrumento coercitivo para a proteção de bens jurídicos, o direito penal avançou e se expandiu para as mais diversas searas jurídicas. Aproveita-se do seu valor simbólico para fazer valer interesses antes reduzidos às esferas negociais, familiares, políticas, concorrenciais, dentre outras. Essa expansão pode ser identificada não apenas na prática jurídica, como também apresenta reflexos nas próprias reformas sobre o direito e processo penal, as quais convergem para a expansão de espaços de consenso e negociação no sistema de justiça criminal. Também há uma tendência à discussão sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica, a ampliação da participação da vítima no processo e mesmo a inclusão da parte civil no processo penal².

Diante desse quadro de crescente reformismo sobre o sistema de justiça penal, no presente ensaio gostaria de convidar o leitor a uma reflexão um pouco dura, deixando de lado o olhar romantizado, que percebe no direito penal um instrumento para salvaguardar bens jurídicos. Buscaremos com isso observar o sistema de justiça penal despido de toda essa roupagem que lhe confere leveza, para que possa ser percebido pelo que é.

Inicialmente, o sistema de justiça criminal é um campo de extremos. É onde os conflitos humanos se manifestam de forma mais intensa e o direito em sua forma mais severa. Momento em que a Justiça observa as mais graves violações a direitos e, como resposta oferece a pena. Onde são julgadas realidade extremas, a partir de um recorte pontual e limitado, descolado do todo que o conforma.

coquetel anti-HIV); ADI 3197 (cotas raciais de ingresso pelo ProUni) e ADPF 186 (cotas raciais de ingresso pela UNB); ADI 3137 (controle do porte de arma de fogo estabelecido no Estatuto do Desarmamento); ADPF 54 (utilização para fins de pesquisa científica de células-tronco embrionárias); MI 670-9-ES (direito de greve dos funcionários públicos); PET 3388 (demarcação de terras indígenas); ADPF 132 e ADI 4277 (união homoafetiva); ADPF 54 (aborto em hipóteses de anencefalia); HC 124 306, decidido pela 1ª turma do tribunal, (avanço inicial rumo à descriminalização do aborto consentido no início da gestação); ADI 4815 (publicação de biografias não autorizadas); ADC 29 e 30 e ADI 4578 (constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa); ADC 43 e 44 (execução provisória de sentença condenatória com a decretação da prisão em segunda instância); ADO 26 e MI 4733 (criminalização da LGBTI+fobia como hipótese de racismo). Para uma análise mais aprofundada sobre esse panorama, cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

² Se o Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019) ampliou os espaços de consenso e as oportunidades de manifestação da vítima – como no arquivamento do inquérito policial –, o Projeto de novo Código de Processo Penal (PL nº 8.045/2010) chegou a ir além, propondo, inicialmente, a inserção no ordenamento da própria figura da parte civil.

Além disso, o sistema de justiça criminal é um espaço de paradoxais contradições. Estrutura-se com base no conflito, com a – suposta – finalidade de assegurar o bem estar do corpo político. Inflige-se um mal, em busca de um bem que já se perdeu. Exige-se uma subsunção eivada de racionalidade, na efetivação da seletividade. Busca-se responsabilidade, quando se aliena a liberdade e a autonomia. Quer-se responsabilidade, mas relega os cidadãos à passividade e submissão.

É também marcado por uma forte desigualdade. Enfrentam-se o particular e o Estado, em toda a sua magnitude. De um lado, a acusação tem em mãos todo um aparato institucional para a realização da apuração, enquanto o sujeito, doutro lado, pode apenas apresentar sua percepção dos fatos, sua realidade, sua individualidade e corporeidade. Ademais, julga-se a parte com o Direito que é do todo. Afinal, a conformação do sistema de justiça é resultado de um inevitável processo de desnaturação da infinidade de realidades que compõem a sociedade contemporânea, para que possa se formar como uma instituição única, geral e – supostamente – racional³.

E, curiosamente, identifica-se na sociedade um constante clamor por esse sistema inflado, contraditório e desigual, para que se lance sobre os problemas da sociedade, sobre as insatisfações da população e sobre o outro, percebido como a causa das misérias da população. Aglomeram-se expectativas, conformando-se uma contraposição artificial entre interesses da sociedade e interesses do acusado, como se a eventual condenação pudesse funcionar como resposta às frustrações e à falência no enfrentamento de problemas desde a criminalidade econômica, até o tráfico de drogas e violência⁴.

O que não se percebe com tanta clareza é que a expansão do direito penal, observada como um todo, não representa um aumento de liberdade e emancipação. Trata-se da simples expansão do sistema punitivo, forma de poder autoritária com a qual o Estado se impõe sobre o indivíduo com toda a sua força. Não é um ganho de autonomia, mas uma intervenção do Estado sobre o particular. E por meio dela, sucumbe a liberdade.

³ DURKHEIM, Émile. *Lições de Sociologia*. Trad. par. Monica Stahel, 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2013. p.88.

⁴ Cf. MARTINS, Rui Cunha. *A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo penal*. São Paulo: Atlas, 2013; JAKOBS, Günther. *Proteção de bens jurídicos? Sobre a legitimação do Direito Penal*. Trad. par. Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018; e ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Trad. par. Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

Diante da desconcertante magnitude do Estado, das contraditoriedades e desigualdades do sistema de justiça, o cidadão que procure por segurança jurídica apenas a encontrará no arcabouço de garantias processuais que o modelo democrático de Estado lhes assegura⁵. Noutros termos, é no sistema de limites substanciais à atuação do Estado-poder, que subordina sua atuação ao direito positivo, que se encontram assegurados os direitos fundamentais do indivíduo⁶. Assim, no modelo de Estado adotado contemporaneamente, este se encontra atrelado ao direito positivo que lhe impõe uma atuação consistente, que não permite condicionar ou reduzir esses direitos.

No plano do sistema de justiça criminal, são esses direitos que permitem elevar a condição do indivíduo frente ao Estado, para que aquele possa participar e ter voz, levando para o processo sua versão dos fatos, sua realidade própria e suas peculiaridades. A participação plena e efetiva do acusado no processo leva a democracia para o sistema de justiça, de modo que toda a pluralidade desnaturada para a construção de um Direito uno possa se revelar no processo, conferindo-lhe vida, dando-lhe realidade.

Ao advogado criminalista cabe fazer valer esses instrumentos, levando o indivíduo para o processo. É tornar o pequeno recorte da vida do acusado em um inteiro. É levar a democracia para o processo, conferindo fala e efetivando participação àqueles que, diante de toda a institucionalidade se descobrem, em princípio, sós. À advocacia criminal incumbe a missão de levar ao processo o humano, para além do simples recorte já realizado, localizando-o no mundo e no tempo. Retomando o antes, o depois, o todo, o inteiro. Preenchendo as lacunas que a narrativa em papel oferece ao magistrado, para que, em lugar do inimigo, este possa ver o sujeito em carne e osso, em sua individualidade.

Partem de uma ideia muito simplista aqueles que acreditam que o advogado criminalista tem por frente de atuação somente os autos de um processo. Que basta alguma carga de leitura, uma ou outra menção à jurisprudência e à dogmática. Ou ainda, que seus interesses se opõem aos da sociedade que deposita suas expectativas de progresso no direito penal. Muito antes pelo contrário.

O toque do sistema de justiça criminal sobre a pessoa, por mais sutil e breve, inevitavelmente, percorre-lhe a vida inteira. Acaba por lhe rotular e lhe estigmatizar. Invade-lhe a intimidade, as relações interpessoais e familiares, as perspectivas e os

⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 28

⁶ PICARDI, Nicola. *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*. Milão: Giuffrè Editore, 2007. p. 159.

tempos futuros. Revolve-lhe o passado e lhe determina o futuro. Diante do indivíduo, entrechocado por esse avassalador encontro com o sistema de justiça, coloca-se o advogado na missão de lhe erguer novamente, com coragem para retomar o futuro que lhe pertence.

Incumbe ao advogado, portanto, uma responsabilidade muito mais ampla e irrenunciável. É muitas vezes o ofício e a arte de enfrentar acusações que se lhe apresentam já prontas, pré-conceitos já firmados, clamores entusiásticos por condenações como resposta às frustrações resultantes de conflitos sociais. Muito como o excerto de Guimarães Rosa, no defrontar-se com o papel encontrado em remexidas gavetas, sobre o qual, “[s]ó coisa escrita já, de tinta firme; mas a gente podendo aproveitar o espaço em baixo, ou a banda de trás, reverso dita”⁷.

Mais do que isso, conforme o direito penal se amplia para as esferas econômicas e empresariais, com novas técnicas de atribuição de responsabilidades, também a advocacia criminal se transforma. Crescentemente o advogado se depara com o desafio de antecipar-se, de atuar de modo dinâmico dentro de empresas e grupos econômicos, adaptando-se a uma nova e complexa rede de interesses que precisa enfrentar. Precisa fazer valer direitos e garantias fundamentais de seus clientes, realizando verdadeiros procedimentos de investigação defensiva⁸ no âmbito empresarial para a obtenção de elementos de prova, para que, de modo independente, possa desenvolver estratégias sofisticadas.

A complexificação da ordem democrática, contudo, como demonstram os eventos recentes, não vem sendo acompanhada de um reforço às garantias fundamentais ou às proteções do livre exercício profissional. Em verdade, percebe-se certo esquecimento e desapego aos valores democráticos. Diferentes diagnósticos sociológicos e políticos são apresentados a esse fenômeno, ora apontando para a discrepância entre

⁷ ROSA, João Guimarães. *Grande sertão: veredas*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015. pp. 273-274.

⁸ O Provimento nº 188/2018 da OAB representa um grande avanço na regulamentação da atuação profissional do advogado na realização de diligências investigatórias defensivas. Tais investigações defensivas, entretanto, não se confundem com as chamadas investigações internas de compliance. Ambas as formas de investigações no âmbito empresarial devem ser conduzidas conforme os mais elevados padrões de integridade, devendo ser assegurada a transparência e a informação a todos os envolvidos. É, contudo, imprescindível que reste claro que, no caso das investigações defensivas, o que se realiza são diligências investigatórias voltadas especificamente para a Defesa do cliente, para a instrução do respectivo procedimento ou processo criminal, não consistindo em ampla apuração interna de fatos na empresa. Ressalta-se aqui que se trata de prerrogativa profissional e deve ser devidamente protegida e assegurada.

expectativas normativas e políticas⁹, ora concebendo-o como resultado da deterioração econômica do país e de frustrações resultantes dos escândalos de corrupção tornados públicos¹⁰, ora aponta-se para a politização dos corpos e do ser, fator que acentua a dificuldade em lidar com o dissenso que teria proporcionado um forte desgaste político¹¹.

Fato é que esse fenômeno parece convergir para os recentes acontecimentos, em que garantias processuais consolidadas foram colocadas em questão e prerrogativas de advogados infligidas. Em lugar de um processo construído em uma conformação democrática, com a apresentação dos fatos fundamentada na paridade de armas, verifica-se uma crescente criatividade na elaboração de estratégias para retirar do acusado e sua defesa suas garantias e prerrogativas. A título de exemplo, pode-se mencionar a estratégia adotada por autoridades de manter documentos referentes a elementos de prova documentados, sobre procedimentos já realizados não apensados, ilegítima tentativa de se contornar a prerrogativa do advogado de acesso aos autos¹², bem como a própria previsão da súmula vinculante 14 do Supremo Tribunal Federal¹³.

Note-se que esse é apenas um exemplo dos desafios que se colocam no dia a dia da advocacia criminal, o que vai ainda mais longe, envolvendo a ampliação de hipóteses de participação da acusação fora das hipóteses legais, crescente adoção de hipóteses de admissão de provas ilícitas e ilegítimas, a interceptação de comunicações entre clientes e advogados, dentre outros atos judiciais¹⁴ que terminam por confundir a figura dos

⁹ BECK, Ulrich. *Metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade*. Trad. par. Maria Luiza X. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p. 165.

¹⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

¹¹ CASTELLS, Manuel. *Ruptura: a crise da democracia liberal*. Trad. par. Joana Angélica D'Ávila Melo. São Paulo: Zahar, 2018.

¹² Artigo 7º, incisos XIII, XIV, XV da Lei n.º 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)).

¹³ Súmula vinculante 14 – STF: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

¹⁴ E nesse sentido, podem ser lembrados diversos episódios envolvendo buscas e apreensões, quebra de sigilo bancário, dentre outros, os quais levaram à rápida reação de instituições como IAMG, OAB, dentre outras. Do ponto de vista do ordenamento positivo, buscando fazer frente à hipótese aventada anteriormente, a Lei n. 13.245/2016 inseriu o §12 ao Artigo 7º da Lei n.º 8.906/94 assim dispendo: “§ 12. A inobservância aos direitos estabelecidos no inciso XIV, o fornecimento incompleto de autos ou o fornecimento de autos em que houve a retirada de peças já incluídas no caderno investigativo implicará responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade do responsável que impedir o acesso do advogado com o intuito de prejudicar o exercício da defesa, sem prejuízo do direito subjetivo do advogado de requerer acesso aos autos ao juiz competente.”. O mais expressivo resultado dessa reação ao cerceamento de prerrogativas de advogados e de direitos fundamentais de réus e investigados foi a promulgação da Lei n. 13.869/2019, criminalizando o abuso de autoridade, saída que, infelizmente, optou novamente pelo caminho da expansão penal, sem que um debate genuíno sobre a interação das instituições e sobre o compromisso de todos os atores nela envolvidos para com o seu aprimoramento e respeito.

advogados com seus clientes, ensejando constrangimentos ao exercício profissional e aos princípios da ampla defesa e contraditório.

Os advogados não invocam privilégios em sua atuação, apenas exigem a real, plena e efetiva realização de garantias positivadas. Demandam respeito no exercício de seu ministério profissional, momento essencial à Justiça, no qual tornam o processo em Democracia. Seu mister é justamente assegurar à sociedade aquilo que lhe pertence e que mais deveria lhe interessar: todo o conjunto de direitos fundamentais e garantias conquistados ao longo de séculos de luta e desenvolvimento.

É chegada a hora de lembrarmos que “[e]ssas liberdades não são dádivas dos oligarcas. Foram conquistadas pela ação democrática e sua efetividade somente é mantida por meio dessa ação”¹⁵. Assim, imprescindível o compromisso dos diversos setores com o respeito às instituições, com o equilíbrio democrático e, principalmente, com os direitos fundamentais e balizas que fundamentam um sistema de justiça criminal liberal. À advocacia criminal, enquanto atores inseridos diretamente nessa dinâmica, conhecedores de seus meandros e perigos, incumbe o papel essencial de liderar essa retomada, com um engajamento responsável e consciente com os ideais democráticos.

As conquistas da advocacia criminal não se contrapõem aos interesses da sociedade, mas caminham lado à lado, como direitos que pertencem a todos e a cada um, para que o sistema de justiça, seguindo o caminho da legalidade, possa atuar em conformidade aos ideais democráticos de liberdade. Garantias que não podem ser suprimidas quando se trata do “outro”, pois todos estão sujeitos à eventual atuação do Estado, recebendo igual tratamento da lei em um Estado democrático.

Giorgio del Vecchio há muito já afirmava, “[s]e fosse impossível o torto, desnecessário seria o Direito”¹⁶. E é diante dos tortuosos caminhos da história que se conformou o sistema de justiça penal contemporâneo, balizado por direitos e garantias resultantes da luta pela democracia. A atuação na advocacia criminal permite perceber que na verdade não há o torto, mas sim o múltiplo, o diverso, o outro. O desafio está na sensibilidade de conhecer e reconhecer realidades e valores, surpreender-se no jogo de amoldar a tradição e a norma a essas realidades sem perder de vista o ser.

¹⁵ RANCIÈRE, Jacques. *O ódio à democracia*. Trad. par. Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2014. p. 95.

¹⁶ DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. v. II. Trad. par. Antônio José Brandão. 3ª ed. Coimbra: Arménio Amado, 1959.

Encerro o presente ensaio agradecendo novamente à ESA/MG pelo convite e parabenizando pelos 35 anos na promoção da qualificação e transformação da advocacia mineira.

Referências bibliográficas

BECK, Ulrich. *Metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade*. Trad. par. Maria Luiza X. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

CASTELLS, Manuel. *Ruptura: a crise da democracia liberal*. Trad. par. Joana Angélica D'Ávila Melo. São Paulo: Zahar, 2018.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. v. II. Trad. par. Antônio José Brandão. 3ª ed. Coimbra: Arménio Amado, 1959.

DURKHEIM, Émile. *Lições de Sociologia*. Trad. par. Monica Stahel, 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2013.

JAKOBS, Günther. *Proteção de bens jurídicos? Sobre a legitimação do Direito Penal*. Trad. par. Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

MARTINS, Rui Cunha. *A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo penal*. São Paulo: Atlas, 2013.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

PICARDI, Nicola. *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*. Milão: Giuffré Editore, 2007.

RANCIÈRE, Jacques. *O ódio à democracia*. Trad. par. Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2014.

ROSA, João Guimarães. *Grande sertão: veredas*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Trad. *par.* Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.