

Por uma sociedade com mais Atticus Finch e menos Josef K.

Marion Bach

O sol é para todos. Ou, ao menos, é o que reconhece o título da obra de Harper Lee¹ e o que garante o coração da Constituição Federal. Prevê o *caput* do artigo 5º que, sem distinção de qualquer natureza, *todos são iguais perante a lei*.

A *igualdade* entre os homens, é evidente, não é *conferida* pelas acalentadoras letras literárias ou *concedida* pelas frias letras da lei. A *igualdade* entre os homens preexiste a qualquer letra e em razão de uma verdade incontestável: todos os homens possuem a mesma *origem* e o mesmo *destino final*. Não há sentido em diferenciá-los no breve intervalo entre ambos.

Inerente ao homem é também o instinto de *sobrevivência*. Na perspectiva sociológica, prévia à configuração jurídica, a *defesa* é nada mais do que um impulso vital, que objetiva garantir um estado de permanência frente às ações que pretendem, contrariamente, aniquila-la. Assim, o instinto humano de sobrevivência se traduz no instinto de *defesa*².

Tal *instinto* sociológico ganhou espaço no campo jurídico e se transformou em *instituto*. O Direito reconhece, em diferentes momentos e de distintas maneiras, o instinto defensivo do homem³. Para o que interessa ao presente artigo, lancemos luzes à Constituição Federal que, através do artigo 5º, inciso LV, dispõe que todos terão direito à ampla defesa diante de processos administrativos e judiciais – o que adquire especial importância diante de processos *criminais*.

Assim, a cada cidadão que vê, do território brasileiro, o sol nascer, é assegurado tratamento igualitário no que refere à possibilidade de defesa, quando de uma acusação criminal: sem privilégios, sem chances distintas de sucesso ou de fracasso.

¹ LEE, Harper. *O sol é para todos*. Trad. Beatriz Horta. 1a ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2015. O romance, que originalmente se chama *To Kill a Mockingbird*, é um dos mais importantes do séc. XX. Ganhou o prêmio Pulitzer de literatura, em 1961 e teve uma adaptação cinematográfica ganhadora do Oscar – melhor roteiro – em 1962.

² CAROCCA PÉREZ, Alex. *Garantia Constitucional de la Defensa Procesal*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1998, p. 13.

³ O Direito reconhece, sem pretensão de exaurir os exemplos, o direito à legítima defesa, a defesa ao consumidor, a defesa do meio ambiente, a defesa da intimidade, a defesa perante abuso de poder, a defesa quando da existência de processos administrativos, etc.

Não obstante as linhas que seguem pretendam muito mais um *desabafo literário* do que propriamente um texto técnico – ou (infelizmente) um texto fictício –, é necessário esclarecer, de saída, que a ampla defesa, em termos jurídicos, é sinônimo de *defesa efetiva*.

O que se está a dizer é que a defesa que honra o instinto humano de sobrevivência não é qualquer defesa. Não pode ser, primeiro, uma defesa restringida⁴. Leia-se: não pode ser uma defesa que encontra obstáculos em seu exercício, como a inacessibilidade ao conteúdo daquilo que é produzido contra o indivíduo.

Josef K., famoso personagem kafkiano que protagoniza a obra *O Processo*⁵, é símbolo de uma defesa restringida. Preso numa manhã, sem haver feito mal algum, Josef K. vê transcorrer o livro – e toda a sua vida – sem conseguir saber *a razão* de sua prisão e de seu processamento. Seja pela celeuma que carimba as leis, pelas tortuosidades advindas da burocracia, pela linguagem técnica e propositadamente rebuscada que adota o jurista, ofuscando para o leigo o sentido, fato é que Josef K. sequer consegue *conhecer a acusação que sofre*. Que dirá dela se defender.

- Posso ver os livros? – perguntou K., sem curiosidade especial, mas simplesmente para que a sua visita não fosse completamente em vão.
- Não – disse a mulher, voltando a fechar a porta –, isso não é permitido. Os livros pertencem ao juiz de instrução.
- Ah, bom! – disse K. concordando. – São sem dúvida códigos, e é da natureza desta justiça que sejamos condenados não só em completa inocência, mas ainda em completa ignorância da lei.
- Assim deve ser – disse a mulher, que não o tinha compreendido exatamente.⁶

A defesa não pode ser, em segundo, uma defesa deficiente⁷. Considere-se, nesse ponto, que a ampla defesa a que tem direito o acusado *pode* ser exercida por ele próprio e *deve* ser exercida por profissional técnico. Dito de outra forma, a ampla defesa engloba a *autodefesa* e a *defesa técnica*⁸.

⁴ FELDENS, Luciano. O Direito à Defesa Penal Eficaz e o Juiz. In *Reformas Penais: homenagem aos 70 anos do Curso de Direito e aos 20 anos do Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da PUCRS*. Coord. Fabrício Dreyer de Avila Pozzebon, Ruth Chittó Gauer, Alexandre Wunderlich. 1a ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 190.

⁵ KAFKA, Franz. *O Processo*. Trad. Guimarães Editores. Portugal, 2009.

⁶ LEE, Harper. *O sol é para todos*. Trad. Beatriz Horta. 1a ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2015.

⁷ FELDENS, Luciano. O Direito à Defesa Penal Eficaz e o Juiz. In *Reformas Penais: homenagem aos 70 anos do Curso de Direito e aos 20 anos do Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da PUCRS*. Coord. Fabrício Dreyer de Avila Pozzebon, Ruth Chittó Gauer, Alexandre Wunderlich. 1a ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 191.

⁸ Há que se pensar a ampla defesa, como sugere Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, como “a garantia de todas as outras garantias: onde ela existe e é efetivada, há o *due process of law*; há o contraditório;

A *autodefesa* é aquela realizada pelo próprio sujeito, por exemplo, na ocasião do interrogatório, podendo ocorrer na forma *positiva* - quando o acusado dá livremente a sua versão, esclarece e justifica os fatos narrados nos autos - ou na forma *negativa* - quando o acusado opta por se calar, sem que isso seja considerado em seu prejuízo.

A *defesa técnica*, por sua vez, é realizada por profissional especializado e técnico e revela a preocupação do legislador em homenagear o equilíbrio entre as partes, promovendo a paridade de armas, uma vez que a acusação é realizada invariavelmente por profissionais especializados⁹.

Justamente por tal razão é que, não obstante a *autodefesa* seja renunciável, a *defesa técnica* não o é. Acaso o profissional incumbido da defesa, dispondo da possibilidade de exercê-la, o faça de modo negligente, seja por triste displicência ou por preocupante falta de capacitação técnica¹⁰, a defesa não alcança o status de *efetiva* e, conseqüentemente, o processo é eivado por nulidade.

Reconhecido, assim, que a Constituição Federal traz em sua espinha dorsal os princípios da *igualdade* e da *ampla defesa*, a questão que se põe é: será que tais princípios, de fato, *caminham de mãos dadas sob o sol*?

Antes de (tentar) responder à questão, uma história deseja ser contada. Não é a história de Josef K., muito embora a ela se assemelhe em tantos pontos. Mas é a história de José. Um comum personagem brasileiro. E por isso é a história de João, de Maria, de Antônio, de Francisco, de Ana, de Carlos, de Paulo, de Luiz, de Rita. De muitos.

Essa história não foi escrita cuidadosamente. Não exigiu criatividade ou inspiração. Essa história se escreveu sozinha, em dias abafados, sobre a mesa empoeirada de uma Delegacia de Polícia e sob olhares desconfiados do Poder

há um *fair trial*; há Justiça. Isso porque, conforme leciona Alberto Binder, “*el derecho de defensa cumple, dentro del proceso penal, un papel particular: por una parte, actúa en forma conjunta con las demás garantías; por otra, es la garantía que torna operativas a todas las demás*”, podendo-se concluir de forma sucinta sua importância: “*la inviolabilidad del derecho de defensa es la garantía fundamental con la que cuenta el ciudadano, porque es el único que permite que las demás garantías tengan una vigencia concreta dentro del proceso penal*”. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Ampla defesa e direito à contraprova: parecer*. In *Doutrinas Essenciais de Processo Penal*: vol. 4, p. 213 – 233, jun. 2012.

⁹ Para leitura mais cuidadosa sobre autodefesa e defesa técnica, sugere-se a doutrina de Aury Lopes Jr, Gustavo Henrique Badaró, Eugenio Pacelli de Oliveira, Alexandre Moraes da Rosa, bem como o estudo “Direito à autodefesa e à defesa técnica na corte interamericana de direitos humanos: análises de casos e cotejo com as regras nacionais” de Ana Carolina Carlos de Oliveira e Debora Mota Cardoso, publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 110, p. 201 – 225, set. 2014.

¹⁰ MALAN, Diogo Rudge. *Defesa Penal Efetiva*. In *Doutrinas essenciais do processo penal*, vol.1. Coord. Guilherme de Souza Nucci, Maria Thereza Rocha de Assis Moura. São Paulo: RT, 2012, p. 78.

Judiciário. Essa história é feita de carne e osso, tem sangue pulsando nas veias e um coração – angustiado – batendo no peito.

José estava em um difícil processo de divórcio com sua esposa. O fim do casamento, por si só, já causava sofrimento. Mas José e a esposa tinham um pequeno filho, de três anos de idade. O casal não conseguia mais entrar em consenso sobre nada. Seja sobre a divisão dos bens ou a guarda do filho. Os ressentimentos eram mútuos. As banais acusações, também. Mas eis que a ex-esposa de José trouxe acusação grave: a de que o ex-marido teria abusado sexualmente do próprio filho.

José soube, por terceiros, de que estaria sendo acusado. Não sabia, assim como Josef K., exatamente *do que* e *o porquê*. Procurou a Delegacia e pediu acesso ao Inquérito, de modo a se informar e esclarecer os fatos. Nada tinha a esconder. Mas a Delegada carimbou a negativa de acesso. José não insistiu. Não sabia se podia insistir. Ou se devia.

Em meio à escuridão de José, o Inquérito foi encerrado e a denúncia, ofertada. José foi citado. Foi a primeira notícia que teve sobre a sua acusação: a de que, de fato, havia sido *denunciado* pelo estupro do próprio filho. José se deprimiu. O pouco dinheiro de que dispunha foi investido em remédios. Não sobrou qualquer valor a ser gasto com um advogado.

A Defensoria Pública assumiu o caso. Mas não procurou por José, não obstante seus contatos estivessem disponíveis nos autos. Não ouviu sua versão dos fatos, de modo que não pôde arrolar testemunhas, produzir provas ou elaborar qualquer tese convincente. Não restou claro se a ausência de dedicação a José resultou de puro descaso, de volume desumano de trabalho¹¹ ou da cultura da inércia: *as coisas funcionam assim mesmo...*

José desconhecia os obscuros trâmites judiciais. A linguagem jurídica lhe escapava. Era grego. A *autodefesa* foi, assim, aniquilada. Disputava com outros tantos a atenção dos funcionários para, quem sabe, obter alguma informação. Ou, se o

¹¹ Na Defensoria Pública do Rio Grande do Sul, no ano de 2017, foram feitos 66.259 atendimentos criminais, 85.188 audiências criminais, 42.154 recursos aos Tribunais e 699 julgamentos perante o Tribunal do Júri. Se considerarmos todas as áreas, foram feitos, por 410 Defensores Públicos, 737.487 atendimentos, 140.496 audiências e 83.331 recursos. No ano de 2016, por sua vez, foram feitos, por 394 Defensores, 68.575 atendimentos criminais, 97.044 audiências criminais, 26.658 recursos e 917 julgamento perante o Tribunal do Júri. Vale o registro de que tais números dizem respeito tão somente à área criminal, pois, ao todo, foram realizados 679.407 atendimentos, 225.594 audiências e 79.363 recursos aos Tribunais. O Estado do Rio Grande do Sul é um dos mais desenvolvidos no que refere à estruturação da Defensoria Pública: possui Defensoria em praticamente todas as Comarcas. Tais números – bastante atuais - evidenciam o grande volume de trabalho que recai sobre cada Defensor. Disponível em <http://www.defensoria.rs.def.br/lista/366/relatorio-anual>.

destino fosse com ele bondoso, quem sabe *poderia até ser realmente ouvido*. Mas o destino não foi.

A resposta à acusação de José foi feita em duas linhas. Uma negativa genérica. Palavras errantes vagueando no branco do papel. A audiência de José não mereceu a presença do Defensor Público, razão pela qual o juiz – lançando mão de um dos mais insensatos expedientes do Processo penal – nomeou *ad hoc* um advogado que pass(e)ava pelo corredor do Fórum. As alegações finais de José foram feitas em três páginas. Pouca análise, poucos argumentos, pouca individualização do caso. Tanto assim que, na pressa do teclado do Defensor, a *defesa técnica* transformou José em *João*. Perdeu o nome e perdeu a causa. Condenado a quatorze anos e dois meses de reclusão, além da perda do pátrio poder.

Se há, por um lado, dúvida da real *inocência* de José, há, de outro, a certeza de que o *direito à (efetiva) ampla defesa*, estampado no coração da Constituição Federal, não foi respeitado. Houve, e eis a triste constatação, tão somente um *teatro*: todos os atores – exceto José, o único que não representava – já conheciam o *grand finale*. E estavam a ele indiferentes, pois, com o fechar das cortinas, cada um voltava à sua vida. Sem nada mudar. Mas, para José, nenhum daqueles atos era fictício. José teve privada a sua liberdade. Foi privado da criação e da convivência com o único filho. Foi privado da sua dignidade enquanto sujeito, da sua reputação enquanto membro da sociedade e da sua crença na Justiça. E nos homens.

Nem todo acusado tem o triste destino de José ou de Josef K. Nem todos os defensores são como os desse caso. É verdade. Mas, em meio a *um milhão, cento e trinta e dois mil, oitocentos e quarenta e dois* de advogados brasileiros¹², quantos Atticus Finch existem?

Atticus Finch, protagonista da obra de Harper Lee, é um advogado que vive na pacata Maycomb, interior do Alabama, com seus dois filhos pequenos. É escolhido, então, para assumir a defesa de Tom Robinson, um negro acusado, no começo dos preconceituosos anos de 1930, de haver estuprado uma mulher branca. Atticus Finch aceita a missão e passa a sentir, tanto quanto o seu cliente, toda discriminação e intolerância que permeia aquela sociedade.

¹² Segundo o último levantamento da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), esse é o assustador número de advogados inscritos, hoje, no Brasil. Considere-se a discussão, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal como de repercussão geral (RE 609517/RO, de 02.03.2017), sobre a (des)necessidade dos Defensores Públicos estarem efetivamente inscritos na OAB, o que interfere no referido número. Disponível em <http://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadogados>.

Ao ser questionado pela filha pequena a razão de haver aceitado advogar na causa, já que todos ao redor julgam tal decisão, Atticus Finch é taxativo: antes de ser obrigado a conviver com os outros, é obrigado a conviver com a própria consciência. “A única coisa que não deve se curvar ao julgamento da maioria é a consciência de uma pessoa”¹³. Quantos, dentre os nossos um milhão, cento e trinta e dois mil, oitocentos e quarenta e dois advogados elegem a consciência como bússola?

Atticus Finch esteve ao lado de seu cliente. Dentro e fora dos Tribunais. Foi ameaçado, humilhado e agredido. Não recuou. Atuou de corpo e alma, do início ao fim da causa. Se a *autodefesa* estava subjugada pela discriminação que sofria seu cliente negro, a defesa técnica buscou compensá-la. Atticus tentou convencer os jurados de que naquele país, não obstante tantas diferenças entre as pessoas, havia algo “*diante do qual todos os homens são iguais*. Uma instituição que torna um pobre igual a um Rockefeller, um idiota igual a um Einstein e um ignorante igual a um reitor de universidade. Essa instituição, senhores, é o Tribunal de Justiça”¹⁴.

Atticus Finch tentou convencer os jurados de algo que ele próprio jamais esteve convencido. O advogado *conhecia* a sociedade em que vivia, com seus (pre)conceitos e intolerâncias. Sabia que os membros que comporiam o Júri adviriam justamente dessa sociedade, de modo que apenas podia refleti-la. Um negro, acusado de estuprar uma mulher branca, jamais sairia absolvido por um Júri formado por brancos. Logo que assumiu a causa, Atticus foi interpelado pela sua filha:

- Atticus, nós vamos ganhar?
- Não, querida.
- Então, por que...
- Ainda que tenhamos perdido antes mesmo de começar, não significa que não devamos tentar – ponderou Atticus.¹⁵

O Brasil de hoje está distante, em muitos aspectos, do Alabama que serviu de cenário a Harper Lee ou do caótico e fantasmagórico cenário de Franz Kafka. Mas ainda somos uma sociedade que produz muitos Josef K. e poucos Atticus Finch. Ainda

¹³ No transcorrer da obra, a filha de Atticus descobre que, em verdade, ele foi designado pelo Tribunal para realizar a defesa, ou seja, ele não tinha tido exatamente *opção*. Então Scout se questiona: “Achei estranho ele não ter dito nada sobre isso, podíamos ter usado essas informações várias vezes para defendê-lo e nos defendermos.” Pois a opção de Atticus ao justificar a sua escolha – pela consciência e não pela obrigação – diz muito sobre o que gostaria que fosse compreendido pela sua filha (e por todos nós, leitores). LEE, Harper. *O sol é para todos*. Trad. Beatriz Horta. 1a ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2015.

¹⁴ LEE, Harper. *O sol é para todos*. Trad. Beatriz Horta. 1a ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2015.

¹⁵ LEE, Harper. *O sol é para todos*. Trad. Beatriz Horta. 1a ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2015.

somos marcados por (pre)conceitos e intolerâncias. E é essa sociedade que é refletida, diariamente, em nossos Tribunais e em nossos julgamentos. E essa é a questão que se põe. O sol segue nascendo e se pondo para todos, mas a ampla defesa, para alguns, ainda está *além do horizonte*.

REFERÊNCIAS

CAROCCA PÉREZ, Alex. *Garantia Constitucional de la Defensa Procesal*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1998.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Ampla defesa e direito à contraprova: parecer. In *Doutrinas Essenciais de Processo Penal*: vol. 4, p. 213 – 233, jun. 2012.

FELDENS, Luciano. O Direito à Defesa Penal Eficaz e o Juiz. In *Reformas Penais: homenagem aos 70 anos do Curso de Direito e aos 20 anos do Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da PUCRS*. Coord. Fabrício Dreyer de Avila Pozzebon, Ruth Chittó Gauer, Alexandre Wunderlich. 1a ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

KAFKA, Franz. *O Processo*. Trad. Guimarães Editores. Portugal, 2009.

LEE, Harper. *O sol é para todos*. Trad. Beatriz Horta. 1a ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2015.

MALAN, Diogo Rudge. Defesa Penal Efetiva. In *Doutrinas essenciais do processo penal, vol. 1*. Coord. Guilherme de Souza Nucci, Maria Thereza Rocha de Assis Moura. São Paulo: RT, 2012.