

ADWILHANS LUCIANO DE SOUZA

O CONTEÚDO DA DEFESA TÉCNICA NO PROCESSO PENAL

CURITIBA

2001

ADWILHANS LUCIANO DE SOUZA

O CONTEÚDO DA DEFESA TÉCNICA NO PROCESSO PENAL

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em direito, Curso de Bacharelado em Direito Público, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: João Gualberto Garcez Ramos

CURITIBA

2001

SUMÁRIO

LISTA DE ABREVIATURAS	iv
RESUMO	v
1 INTRODUÇÃO	1
2 CONTEÚDOS PRÉ-JURÍDICOS	2
2.1 CONTEÚDO SEMÂNTICO	2
2.1.1 Conteúdo Semântico do Termo "Defesa"	2
2.1.2 Conteúdo Semântico do Termo "Técnica"	3
2.1.3 Conteúdo Semântico da Expressão "Defesa Técnica"	4
2.2 CONTEÚDO AXIOLÓGICO	5
2.3 CONTEÚDO TELEOLÓGICO-IDEOLÓGICO	6
3 CONTEÚDOS NORMATIVOS	7
3.1 SUPORTE CONSTITUCIONAL	7
3.2 SUPORTE LEGAL	9
3.2.1 A Defesa Técnica no Código de Processo Penal	9
3.2.2 O Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil	11
3.2.3 Conteúdo Legal – Conclusão	12
4 CONTEÚDO JURÍDICO-INTERPRETATIVO	12
4.1 ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO	12
4.2 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL	15
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	25
REFERÊNCIAS	27

LISTA DE ABREVIATURAS

CPP	Código de Processo Penal
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TACrimSP	Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo
TAMG	Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais
TJPR	Tribunal de Justiça do Estado do Paraná
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

RESUMO

O conteúdo do instituto da defesa técnica pode ser investigado sob três aspectos: pré-jurídico, normativo e jurídico-interpretativo.

O primeiro é dividido em conteúdo semântico da expressão "defesa técnica", conteúdo axiológico e conteúdo teleológico-ideológico.

O segundo traz à análise o conteúdo veiculado nas entrelinhas das normas, constitucionais e legais, que lhe dão suporte.

Já o terceiro, que interessa mais diretamente, compõe-se dos entendimentos doutrinário e jurisprudencial, condicionados e vinculados aos anteriores, mas com traços peculiares.

O correto entendimento do conteúdo do instituto possibilita aferir com maior precisão se houve o seu efetivo exercício no curso de um processo criminal, e com isso avaliar eventuais nulidades processuais relativas à ausência ou insuficiência de defesa técnica.

1 INTRODUÇÃO

Todo indivíduo, quando submetido à possibilidade de ser privado de sua liberdade, tem, inclusive a nível instintivo, o impulso de defender-se. A eventualidade de o motivo da perseguição ser justo, do ponto de vista social, torna-se repentinamente irrelevante: ainda que o próprio perseguido compartilhe do repúdio ao fato reprovado pela sociedade, sua tendência natural será defender-se veementemente da restrição ao seu *status libertatis*.

Nas complexas sociedades modernas, entretanto, a voluntariedade do indivíduo pode ser, e as mais das vezes é, insuficiente para levar a cabo uma defesa suficiente. O alto grau de evolução que os diversos sistemas jurídicos apresentam torna praticamente impossível para quem não os domina tirar proveito de seus meandros e particularidades. Nesta situação, o risco que o leigo corre de ver-se confinado deixa de ser meramente um reflexo do ato que lhe é imputado e de sua efetiva responsabilidade, mas também e principalmente decorrência do uso adequado dos mecanismos de defesa postos à sua disposição.

Daí advém a necessidade de o perseguido por um ato socialmente indesejável ser assistido por um especialista no manejo do sistema normativo. À defesa prestada pelo profissional especializado neste sistema dá-se o nome de defesa técnica.

O instituto da defesa técnica é dos mais relevantes no processo penal brasileiro, sendo por isso mesmo constitucionalmente protegido.

Seu conteúdo encontra-se na comunhão dos vários elementos que o compõem, sendo certo que a correta compreensão do mesmo conduz a uma maior adequação das soluções dadas aos casos concretos.

Nos atuais Estados Democráticos de Direito, a importância dada às garantias individuais são fundamentais para a legitimação e manutenção das relações sociais. No caso específico da reprimenda oficial aos delitos, a garantia da igualdade de condições entre acusado e Estado passa pela garantia do acesso à defesa técnica efetiva.

O presente trabalho pretende explorar exatamente o conteúdo da defesa técnica. Qual a sua real dimensão, quais os seus requisitos, quais os seus fundamentos, como esta se processa, em que bases, quais as conseqüências do seu não atendimento, quais os remédios jurídicos para garanti-la.

Destaque-se a importância do tema: atualmente, muita polêmica há quanto à real extensão da defesa técnica. Quando o não atendimento de seus requisitos importa na nulidade de todo um processo criminal, ou de partes deste; quando se presume nulo todo um procedimento em virtude do não atendimento destes requisitos, e outras situações concretas que revelam este conteúdo.

Enfim, busca-se a verdadeira feição deste instituto, que ao mesmo tempo que é basilar, é um dos mais incompreendidos.

Fica aqui um alerta: embora muito se discuta nestas linhas acerca de temas constitucionais, não é este o prisma de análise nem o foco; ocorre que matérias como esta recebem um tratamento especial do legislador constitucional, através da tão falada "constitucionalização do direito processual", mais sensível no direito processual civil, mas que também lança seus efeitos sobre o processo penal.

2 CONTEÚDOS PRÉ-JURÍDICOS

2.1 CONTEÚDO SEMÂNTICO

Antes de mais nada, mister é compreender o exato conteúdo semântico contido na expressão "defesa técnica".

Não há, nos dicionários de língua portuguesa, menção a esta expressão. O caminho a trilhar para desvelar o significado da mesma, então, é avaliar separadamente os termos que a compõem, reunindo os resultados ao final.

2.1.1 Conteúdo Semântico do Termo "Defesa"

Consultando inicialmente o termo "defesa", tem-se:

Defesa: s.f. acto de defender; o que serve para defender; contestação de uma acusação; acto de repelir um ataque; pessoa que, em juízo, patrocina outra.¹

¹ Dicionário Universal da Língua Portuguesa, versão *online*. Texto Editora. Disponível em <<http://www.priberam.pt/DLPO/>> Acesso em 04 jul. 2001.

Defesa: 1. Ação de defender ou de defender-se. 2. Tudo o que serve para defender-se. 3. Resistência a um ataque. 4. Sustentação do que é impugnado ou contestado. 5. Contestação ou impugnação do que é acusado. 6. Dir. Exposição dos fatos e produção de provas em favor de um réu. 7. O advogado ou procurador de um réu em juízo. 8. (omissis)²

Defesa. Derivado do latim *defensa*, é aplicado, em sentido amplo, para indicar todos os meios que assistem a cada pessoa para contrapor-se aos ataques dirigidos à sua pessoa ou a seus bens, em virtude dos quais opõe justa repulsa às ofensas físicas ou jurídicas, pelos mesmos intentados. (...) Na técnica processual, por defesa entende-se toda produção de fatos ou dedução de argumentos apresentada por uma pessoa em oposição ao pedido ou alegado por outrem, numa causa ou acusação. Compõe-se, assim, de alegações que procuram destruir as pretensões de outrem quando investem contra o direito, ou anular as acusações, quando são imputadas a alguém.³

Depreende-se da leitura atenta dos significados acima que o termo "defesa" carrega em seu bojo uma ampla noção de proteção a um determinado bem. Todos os dicionários consultados trazem claramente este sentido.

Termos como "em favor de um réu", "resistência a um ataque", "o que serve para defender", "ato de repelir um ataque", "todos os meios para contrapor-se a um ataque", denotam um conteúdo de efetividade, de esforço diligente que é inerente à própria idéia de defesa. Isto reside em sua significação.

2.1.2 Conteúdo Semântico do Termo "Técnica"

Com relação ao termo "técnica":

Técnica: s.f. Conjunto de procedimentos metódicos empregados para obter um determinado resultado; conjunto de processos que acompanham os conhecimentos científicos e são utilizados na investigação e na transformação da realidade; conjunto de conhecimento de

² Michaelis Moderno Dicionário da Língua Portuguesa, versão *online*. Disponível em <<http://uol.com.br/michaelis>> Acesso em 04 jul. 2001.

³ Silva. De Plácido e. Vocabulário Jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 245.

aplicação prática; habilidade ou saber fazer, numa arte ou ofício; jeito especial para executar algo; maneira; prática; arte⁴

Técnica: 1. Conhecimento prático; prática. 2. Conjunto dos métodos e pormenores práticos essenciais à execução perfeita de uma arte ou profissão. 3. (omissis)⁵

Técnica s.f. 1. Os meios materiais utilizados na confecção de uma arte: técnica do sfumato. 2. Conjunto de regras para fazer coisas determinadas e atingir fins estabelecidos. 3. Maneira (hábil) de agir; método. 4. Prática.⁶

Técnica. Forma feminina de técnico, do grego *technikos*, de *techné* (arte), entende-se, propriamente, o processo ou o procedimento, que é seguido segundo as regras da arte, ou consoante os preceitos emanados da ciência. (...) Praticamente, a técnica resulta num sistema, que serve de forma ao procedimento, ou estrutura à parte material de uma arte, indicando a perícia, ou a habilidade, que se deve empregar na execução de certo mister.⁷

Também aqui o conteúdo do termo "técnica" sobressai: em todos os dicionários consultados, há uma aproximação à noção de instrumental que visa a uma finalidade. Evidencia-se o afirmado em expressões como "conjunto de procedimentos metódicos para obter um determinado resultado", "habilidade ou saber fazer, numa arte ou ofício", "conjunto dos métodos e pormenores práticos essenciais à execução perfeita de uma arte ou profissão".

2.1.3 Conteúdo Semântico da Expressão "Defesa Técnica"

Do confronto entre os resultados obtidos com respeito aos significados dos termos "defesa" e "técnica", chega-se ao conteúdo semântico da expressão "defesa técnica" para o processo penal: é a proteção de um determinado bem, no caso a liberdade daquele que é perseguido criminalmente, utilizando-se do instrumental jurídico de forma hábil, com a finalidade de manter o *status libertatis* daquele ou, ao menos, minimizar os efeitos de sua restrição.

⁴ Dicionário Universal da Língua Portuguesa, *op. cit.*

⁵ Michaelis Moderno Dicionário da Língua Portuguesa, *op. cit.*

⁶ Grande Dicionário Larousse Cultural da Língua Portuguesa. São Paulo: Nova Cultural Ltda., 1999, p.

2.2 CONTEÚDO AXIOLÓGICO

Como qualquer instituto jurídico, também a defesa técnica possui uma carga valorativa relevante, que legitima sua normatização e o próprio *jus puniendi*.

Valorando o instituto da defesa técnica, vê-se que o mesmo representa uma noção idealizada de justiça: um processo criminal onde são postos ao serviço do acusado recursos técnicos que nivelam a balança, oportunizando-lhe o combate ao *jus puniendi* estatal com a utilização de todo um arcabouço de possibilidades defensivas.

Com a presença do advogado de defesa, exercendo seu mister, há um controle natural do poder punitivo estatal. Isto corresponde a um valor fundamental para o corpo social: a igualdade, no sentido de oportunidades iguais.

Em verdade, há toda uma gama de valores que possuem relevância jurídica e que são protegidos com o instituto da defesa técnica. Embora seja possível encontrar traços caracterizadores de diversos valores, para o restrito campo desta obra suficiente destacar os mais importantes: liberdade, segurança, igualdade, dignidade humana e justiça, valores estes consagrados já nos primeiros artigos da constituição.

Liberdade por motivos óbvios: a ausência de defesa técnica dificulta sobremaneira a proteção dos interesses do acusado, face à complexidade dos modernos ordenamentos jurídicos. E não há que se olvidar serem todas as pessoas "alvos" potenciais de uma eventual pretensão punitiva estatal.

Segurança, por extensão: estando todos os cidadãos sujeitos à perseguição criminal, sejam culpados ou não, é fundamental que haja um instituto que traga uma certa tranqüilidade. A garantia à defesa técnica representa essa tranqüilidade aos indivíduos, pelo afastamento em tese da possibilidade de arbitrariedades, e pela certeza de que em um hipotético julgamento aqueles não estarão ao desamparo.

Igualdade, no sentido da isonomia de oportunidades no processo. Com a defesa técnica, o acusado trava a batalha pela liberdade em igualdade de condições com o poder estatal, que é também representado por um especialista na técnica

⁷ Silva, De Plácido e. *op. cit.*, p. 797.

jurídica. Este certamente é o principal valor ínsito no instituto da defesa técnica, inestimável para a sua legitimação.

Dignidade humana, ao garantir a todos, independentemente de quaisquer características pessoais, econômicas, sociais, religiosas, a proteção não apenas de seu *status libertatis*, mas também a de sua pessoa, na plena acepção do termo; esta acepção inclui valores acessórios, como a honra objetiva (boa fama) e subjetiva (foro íntimo), e a integridade psicológica, que é certamente abalada em havendo uma perseguição.

Justiça, ao buscar com a contraposição entre acusação e defesa descobrir a "verdade real", e efetivamente dar ao caso concreto a decisão adequada. Este valor, como é evidente, tem um caráter programático, pela impossibilidade, as mais das vezes, em se provar de forma inequívoca todas as circunstâncias do fato imputado ao acusado.

2.3 CONTEÚDO TELEOLÓGICO-IDEOLÓGICO

As finalidades que o instituto da defesa técnica busca realizar dizem respeito a uma orientação ideológica contida na Carta Política nacional.

A Constituição Federal, promulgada em outubro de 1988, foi uma reação aos resquícios do regime autoritário que vigiu no Brasil desde o golpe militar de 1964; daí sua orientação democrática e garantista.

Esta orientação marca toda a produção legislativa nacional, inclusive as publicadas anteriormente à própria Constituição, através da técnica hermenêutica conhecida por "interpretação conforme a Constituição".

A defesa técnica tem por finalidade a realização da justiça e a efetivação dos direitos e garantias individuais.

Não se pode imaginar uma sociedade democrática moderna que possa prescindir do respeito a estas duas premissas.

Busca realizar a justiça proporcionando ao cidadão em choque com o ordenamento penal o auxílio para que não veja seus direitos vilipendiados, nem sua liberdade, integridade e honra violados desnecessariamente.

Idêntico fim persegue ao disponibilizar a utilização dos intrincados remédios legais para toda uma gama de pessoas que, sem a ajuda do defensor, acabariam por ver reduzidas suas possibilidades de êxito na batalha processual.

Não se está aqui a dizer que a defesa técnica tenha por objetivo precípuo a manutenção da liberdade do acusado em qualquer caso ou seja um mecanismo a serviço da impunidade; constitui-se sim em um contrapeso ao *jus puniendi* estatal. Através dela legitima-se, por paradoxo, a própria pena porventura imposta, por ter oportunizado ao condenado as condições para que lutasse eficazmente contra injustiças.

Intenta operar a efetivação dos direitos e garantias individuais ao estender ao perseguido os efeitos das discussões técnico-jurídicas que interessam diretamente à decisão da lide que o acossa.

É cada vez mais marcante a forma como os grupos que defendem os direitos humanos, tais como Organizações Não Governamentais, específicas ou não, defendem este instituto, pelas implicações que o seu afastamento traz no âmbito da relação entre sociedade civil e Estado.

3 CONTEÚDOS NORMATIVOS

Nenhuma pesquisa jurídica pode dispensar a consideração do ordenamento jurídico. Em primeira ou última análise, o direito posto dá consistência às noções idealizadas dos diversos institutos.

Não é diferente o caso da defesa técnica. O correto entendimento do ordenamento pátrio, no que regula este instituto, é fundamental para uma adequada compreensão do mesmo e, principalmente, para que se possa avaliá-lo criticamente.

3.1 SUPORTE CONSTITUCIONAL

A Lei Maior, com a inclinação já apontada, consolidou a nível constitucional direitos e garantias relativos à defesa dos indivíduos perseguidos criminalmente. A defesa técnica apresenta-se como um corolário destas amplas garantias lá incluídas.

Já no artigo V, o legislador constitucional resolveu erigir à condição de invioláveis alguns direitos ditos fundamentais, dos quais interessam a esta análise o direito à liberdade, à igualdade e à segurança. Como já dito, estes valores norteiam toda a estrutura constitucional no que concerne às garantias individuais.

Nos incisos deste artigo, encontram-se várias disposições importantes para que se possa compreender o respaldo constitucional dado à defesa técnica, analisadas na seqüência:

"XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei. assegurados: a) a plenitude da defesa". Aqui cabe uma primeira indagação: que se entende por "plenitude de defesa"? Evidentemente, trata-se daquela em que todos os mecanismos postos à disposição do pronunciado, e que se apresentam úteis ao mesmo, são efetivamente utilizados. Daí decorre a necessidade da assistência técnica: não seria razoável esperar que, em todos os casos, o leigo conseguisse, por si só, defender-se a contento.

"LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". Este é o grande embasamento constitucional para o instituto da defesa técnica, ao garantir aos acusados a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes. Ao analisar este inciso, BASTOS et al.⁸ afirmam:

A defesa dentro do âmbito jurisdicional implica também a assistência de um advogado. [...] A assistência do defensor é um direito do acusado, em todos os atos do processo sendo obrigatória, independentemente da vontade dele. Não basta portanto que haja um defensor nem é suficiente que este se limite a participar formalmente do processo. É necessário que da sua atividade se extraia uma defesa substantiva do acusado. [...] Estas exigências de uma defesa real, substantiva, impõem-se a nosso ver mesmo nos casos em que o réu, por ser advogado, resolva assumir a própria defesa.

Outro item de fundamental importância, e que garante as condições para que o defensor possa exercer seu mister sem ser molestado pessoalmente por isso, é o disposto no artigo 133: "O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei".

⁸ Bastos, Celso Ribeiro; Martins, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil: São Paulo, 1988-1989. pp. 270-271.

Este artigo consagra um princípio – o da essencialidade da advocacia, que é uma garantia a todo cidadão que se defronta com a pretensão punitiva estatal, e institui uma garantia, a da inviolabilidade pessoal do advogado, que pode ser vista como a pedra fundamental da viabilização da atuação livre do mesmo.

Assim, pode-se traçar o conteúdo do suporte constitucional do instituto da defesa técnica: faz parte das garantias fundamentais do cidadão, tendo sua significação vinculada a uma ideologia democrática, constituindo-se em um dos instrumentos de salvaguarda dos direitos à liberdade e à igualdade, e com garantias à livre e conseqüente atuação do advogado.

3.2 SUPORTE LEGAL

3.2.1 A Defesa Técnica no Código de Processo Penal

O Código de Processo Penal, mais que regulamentar o processo penal em si, também realiza alguns preceitos constitucionais. Para esta análise, importarão as previsões no CPP que atendam ao instituto da defesa técnica e sua salvaguarda.

Os dispositivos do CPP que se destacam por sua relevância neste tocante são:

"Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor." Este dispositivo expõe diretamente a questão da defesa técnica. Contudo, sua interpretação por vezes traz alguma dificuldade.

O artigo *supra* veda a ausência de defensor para o acusado em qualquer hipótese. Porém, isto não quer dizer que basta com que o defensor esteja presente aos atos processuais ou que apresente as peças processuais obrigatórias; a interpretação do mesmo deve ser feita à luz de tudo quanto já foi aqui aventado.

Com efeito, não teria sentido exigir-se a presença de um defensor que não defendesse. Não há espaço na moderna técnica legislativa para a busca de formalidades inócuas. O defensor previsto pelo artigo 261 do CPP é aquele que busca, substantivamente, proceder à proteção dos interesses do réu, ainda que a contragosto deste.

"Art. 263. Se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação." Este artigo espanca qualquer dúvida quanto à qualificação do defensor. Ao prescrever que o próprio acusado só poderá defender-se sozinho caso possua habilitação, evidentemente quer significar que o defensor, seja ele constituído ou nomeado, necessariamente deverá também possuir esta habilitação.

Mas de que habilitação se está a falar? TOURINHO FILHO⁹ é incisivo:

Não basta ser bacharel em Direito; é preciso esteja inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados. Caso contrário, estará violado o mandamento constitucional que assegura plena defesa aos acusados, e não se poderá dizer tenha havido plena defesa quando esta não for confiada a um órgão técnico para se opor ao Ministério Público. [não destacado no original]

"Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes [...] Par. 1º. As provas antecipadas serão produzidas na presença do Ministério público e do defensor dativo."

Este artigo e, em especial, o parágrafo primeiro, prescreve a obrigatoriedade da presença de defensor técnico na eventualidade de produção antecipada de provas. Ou seja: prova à qual não se possibilitou a contradita, não tem valor jurídico. E isto pelo singelo motivo de não se ter atendido ao mandamento da disponibilização, ao acusado, de defensor, ou seja, não se lhe ter dado acesso ao contraditório.

Art. 533. [...] Par. 3º. A inquirição de testemunhas será precedida de qualificação do réu, se este comparecer, e do respectivo termo deverá constar a declaração do domicílio, de acordo com o disposto no artigo seguinte. Se o réu não comparecer, serão ouvidas as testemunhas, presente o defensor que lhe for nomeado.

⁹ Tourinho Filho, Fernando da Costa. Código de Processo Penal Comentado, 2ª ed., rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 263.

Sempre o ponto fundamental na legislação é o da efetiva representação do réu em qualquer etapa processual e, principalmente, na de produção de provas. Ainda que ausente, não poderá em hipótese alguma ficar o réu indefeso.

"Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: [...] III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes: [...] c) a nomeação de defensor ao réu presente, que o não tiver, ou ao ausente, e de curador ao menor de vinte e um anos." Localizado no Título I do Livro III do CPP, que trata das nulidades, este dispositivo trata não propriamente da defesa técnica, mas principalmente, das conseqüências à sua não observância.

Interessante discussão hermenêutica poderia surgir da avaliação conjunta desta previsão com o artigo antecedente que prevê: "Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa".

Ora, se em um artigo há a previsão de nulidade somente havendo prejuízo, e no subsequente há uma previsão extensa de casos de nulidade, pode-se inferir que se tratam propriamente de situações em que se presume o prejuízo, sendo desnecessária sua demonstração. Esta assertiva, porém, não é ponto pacífico nas decisões concretas.

"Art. 796. Os atos de instrução ou julgamento prosseguirão com a assistência do defensor, se o réu se portar inconvenientemente." Novamente, a questão da representação.

3.2.2 O Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil

Também merecem destaque alguns dispositivos contidos na lei 8.906, de 04.07.1994, conhecida como Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, por darem suporte à atuação do defensor:

g) Art. 7º São direitos do advogado:[...]

IX - sustentar oralmente as razões de qualquer recurso ou processo, nas sessões de julgamento, após o voto do relator, em instância judicial ou administrativa, pelo prazo de quinze minutos, salvo se prazo maior for concedido;

X - usar da palavra, pela ordem, em qualquer juízo ou tribunal, mediante intervenção sumária, para esclarecer equívoco ou dúvida surgida em relação a fatos, documentos ou afirmações que influam no julgamento, bem como para replicar acusação ou censura que lhe forem feitas;

XI - reclamar, verbalmente ou por escrito, perante qualquer juízo, tribunal ou autoridade, contra a inobservância de preceito de lei, regulamento ou regimento;

Embora estes "direitos" do advogado nada mais sejam que desdobramentos dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, bem como o da essencialidade do advogado, tem-se que os mesmos servem para explicitar o conteúdo daqueles e concretizá-los no processo.

3.2.3 Conteúdo Legal - Conclusão

Muitos outros preceitos legais poderiam ser aqui citados; contudo, isto fugiria ao objetivo deste trabalho, que não visa elencar as normas que protegem o exercício da atividade da advocacia ou as que garantem os princípios constitucionais relativos à defesa dos acusados em geral, mas sim traçar-lhes os pontos de convergência, o que já é possível com o material reunido.

Condensando o aqui exposto, pode-se chegar ao conteúdo legal do instituto da defesa técnica.

A defesa técnica, sob o aspecto legal, recebe o tratamento de garantia do acusado, sobretudo do ponto de vista formal, sendo que sua não observância conduz à nulidade em se provando ou presumindo o prejuízo, e constitui-se, basicamente, da presença física do defensor a todos os atos de instrução – exceto o interrogatório.

4 CONTEÚDO JURÍDICO-INTERPRETATIVO

4.1 ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO

Pouco tem sido escrito acerca do tema, no Brasil. Via de regra, os grandes doutrinadores têm tangenciado o mesmo, concentrando seus esforços em outras temáticas, apenas afirmando a relevância da defesa técnica e a obrigatoriedade de sua observância.

Contudo, alguns autores fizeram boas análises do mesmo, que auxiliam a revelar o conteúdo do instituto.

BUENO FILHO¹⁰ posiciona seu entendimento calcado na idéia da indispensabilidade do advogado. Afirma que "[...] a Constituição não se preocupou com o direito formal à defesa, mas com um real e efetivo direito a ela". Mais adiante aduz que "[...] é imperativo que a parte seja assistida e representada por um profissional que reúna conhecimento e formação técnica, de modo que seja propiciada ao litigante a defesa dos seus interesses e direitos".

O eminente jurista MIRABETE¹¹ é quem faz uma análise mais detida e minuciosa:

Diante do princípio constitucional que assegura aos acusados em geral a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV, da CF) e face à complexidade da vida moderna, em especial com relação ao processo judicial, é indispensável que o réu seja amparado por pessoa com conhecimentos técnicos suficientes para que se tome efetiva a referida garantia. [...] O defensor, procurador ou representante da parte, é o advogado, sujeito especial no processo porque a sua atuação é obrigatória.

Interessante notar neste trecho a alusão à necessária atuação de alguém com "conhecimentos técnicos suficientes". Ora, esta é uma clara afirmação de a defesa técnica não se restringir ao cumprimento de uma formalidade do processo, mas sim ser efetiva, até para justificar a própria exigência dos conhecimentos. Segue o mestre:

Seja constituído ou nomeado, cabe ao advogado representar e assistir tecnicamente o acusado, apresentando ao órgão jurisdicional tudo o que possa contribuir para absolvê-lo ou, ao menos, favorecer de alguma forma a sua condição no processo.¹²

Aqui o enfoque é outro: recai sobre a iniciativa do advogado em procurar produzir as provas úteis a seu patrocinado.

Também interessante o posicionamento de RAMOS¹³:

Quanto à atividade do defensor técnico, seja público ou não, é preciso deixar claro ser ela marcada pela parcialidade, sem dever de objetividade, bem como pelo dever de buscar sempre a melhor posição processual possível ao seu defendido.

¹⁰ Bueno Filho, Edgard Silveira. *O Direito à Defesa na Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 50.

¹¹ Mirabete, Júlio Fabrini. *Processo Penal*, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1992, pp. 323.

¹² Mirabete. *op. cit.*, p. 323.

¹³ Ramos. João Gualberto Garcez. *Audiência Processual Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 322.

TUCCI et al.¹⁴ reforçam este entendimento:

[...] ao defensor técnico incumbe esforçar-se ao máximo para que a verdade da inocência do patrocinado desponte, a fim de ser sobrelevada no pronunciamento final do julgador da causa penal. Longe de alvitrar a absolvição do acusado, prestando, com o Ministério Público, ou outro acusador, um serviço à sociedade e à justiça, que, indubitavelmente, deverá ser feita ao processado.

MIRABETE, ao tratar do advogado dativo¹⁵, afirma:

A nomeação deve recair sobre advogado, pessoa habilitada legalmente para exercer a representação com capacidade postulatória. [...] Tem se decidido, reiteradamente, que a defesa do acusado não pode ser feita exclusivamente por acadêmico de direito, mesmo estagiário, sob pena de nulidade do processo".

Esta preocupação é decorrência da idéia que se tem da defesa técnica como uma habilidade especial no manejo do ferramental jurídico: o estagiário e o acadêmico de direito estão aprendendo a manejá-lo, não sendo ainda peritos.

Ainda sobre advogado dativo, aduz o ilustre penalista¹⁶ que "*Constitui nulidade absoluta do processo, ferindo o princípio da ampla defesa, quando conflitantes as defesas, pluralidade de réus são assistidos por um único advogado*". Aqui a questão paira na inviabilidade de se prestar a assistência técnica a duas pessoas simultaneamente quando para favorecer uma é necessário prejudicar outra. O advogado estaria, formalmente, representando dois, mas atuando em favor de apenas um, o que é inadmissível.

Traz ainda uma definição de defesa que reafirma o conteúdo semântico, e trata da questão da nulidade da atuação deficiente do defensor¹⁷:

Defesa, em sentido amplo, é toda atividade das partes no sentido de fazer valer, no processo penal, seus direitos e interesses, não só quanto à atuação da pretensão punitiva [sic], como também para impedi-la, conforme sua posição processual. [...] Considera-se virtual a defesa deficiente, que pode anular o processo. [não destacado no original]

¹⁴ Tucci, Rogério Lauria; Tucci, José Rogério Cruz e. Devido Processo Legal e Tutela Jurisprudencial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 1993, p. 54.

¹⁵ Mirabete, *op. cit.*, p. 327.

¹⁶ Mirabete, *op. cit.*, p. 327.

¹⁷ Mirabete, *op. cit.*, p. 330.

4.2 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

As discussões travadas em âmbito doutrinário são extremamente relevantes para a evolução do pensamento jurídico e para o aprimoramento da ciência do direito. Contudo, é na esfera do Judiciário que as discussões tomam corpo, acaloram-se e insuflam paixões, pois milita-se no âmbito do real, do concreto, da efetiva ameaça ao *status libertatis* do acusado.

No seio destas batalhas judiciais, merecem relevo algumas decisões por sua lucidez. As que foram selecionadas para este trabalho denotam um trabalho intelectual do magistrado que, sem sombra de dúvida, foi grandemente auxiliado pelo contato dialético entre as versões ministeriais e da defesa.

Não se deve extrair da seleção, contudo, o entendimento de buscar-se fazer um tratado sobre nulidades processuais; ocorre que o Judiciário somente se depara com a questão da defesa técnica e o correto entendimento do seu conteúdo quando suscitado o seu não preenchimento, ou seja, no âmbito da discussão da eventual nulidade.

Seguindo a mesma sistemática de seções anteriores, após as citações jurisprudenciais apresentam-se breves comentários quanto às mesmas.

O princípio constitucional da ampla defesa [...] não se satisfaz com a formal nomeação de defensor ao acusado, notadamente quando, ao invés de defendê-lo, o acusa, mais se assemelhando a assistente de acusação.¹⁸

Exemplo clássico de ausência de defesa. O defensor, ao invés de manejar o direito em prol de seu representado, fá-lo na direção oposta. Evidentemente, neste caso não se pode crer ter cumprido seu papel o defensor.

A nomeação de defensor dativo do acusado não deve recair em advogado que patrocina a vítima, ainda que em outra causa de natureza cível. Princípio constitucional da ampla defesa.¹⁹

¹⁸ Apelação Criminal n. 338673-6 – Taubaté – TACrimSP – 4ª Câmara – Rel. Juiz Sérgio Carvalho – julgada em 27.03.1985 – votação unânime. *In Ramos, op. cit., p. 164.*

¹⁹ Recurso de Hábeas Corpus n. 66748-1/PR – STF – 2ª Turma – Rel. designado Ministro Célio Borja – julgado em 25.10.1988 – votação por maioria. *In Ramos, op. cit., p. 165.*

Exemplo clássico de suspeição do defensor técnico. Não há como se negar que um defensor que tenha ligação com pessoa interessada na condenação, tanto mais sendo contratado da mesma, dificulta sua relação de confiança, necessária, com o acusado.

Se o defensor, em sinal de protesto, abandona o plenário do Júri com ânimo definitivo, a sessão deve ser suspensa, não se permitindo o prosseguimento enquanto não equacionada a questão. Porém, se o advogado permanece na ante-sala e retorna em seguida para a tréplica, o réu não chegou a ficar indefeso, não havendo portanto, que se falar em nulidade do julgamento por falta de defesa.²⁰

Claro está que, se o defensor retira-se em meio à audiência e não retorna, a mesma deve ser suspensa. O réu não pode permanecer sem defensor, e a nomeação de outro no decurso da audiência poderia trazer-lhe prejuízo, o que provocaria nulidade insanável. Porém, para que a correção do julgado acima seja completa, há que se verificar se não houve, no interregno em que se ausentou o causídico, qualquer evento que pudesse ser danoso ao acusado, como uma declaração infeliz, caso em que poder-se-ia argüir uma nulidade por ausência de defesa – ainda que de forma pontual.

Externando o réu, no interrogatório, o desejo de arrolar testemunhas, com a indicação, até, do nome e endereço de uma delas, a falta de apresentação de defesa prévia pelo defensor nomeado pelo juiz acarreta a nulidade do processo, por cerceamento de defesa.²¹

Novamente está-se a tratar das atuações meramente formais dos defensores dativos. Com suas defesas esquemáticas, pré-produzidas, com texto padronizado tal como "as testemunhas serão arroladas oportunamente" ou "provar-se-á a inocência no decorrer do processo", não há entender-se cumprida a exigência constitucional plenamente: apenas seu elemento formal foi realizado. Note-se que, embora de regra considere-se que a não apresentação de alegações prévias possa constituir estratégia da defesa, a ótica é totalmente diversa quando esta configura-se como desídia ou desinteresse do defensor.

²⁰ Apelação Criminal n. 60344-3 – São Paulo – TJSP – 4ª Câmara Criminal – Rel. Desembargador Corrêa Dias – julgada em 13.06.1988 – votação unânime, *in Ramos, op. cit.*, p. 166.

²¹ Apelação Criminal n. 344251 – Moji das Cruzes – TACrimSP – 9ª Câmara – Rel. Juiz Ricardo Andreucci – julgada em 09.11.1983 – votação unânime, *in Ramos, op. cit.*, p. 166.

Apelação. Interposição pelo defensor constituído do réu. Conhecimento, embora tenha sido este pessoalmente intimado da sentença, não recorrendo no prazo legal.

[...] A defesa técnica é imprescindível em todos os momentos do curso procedimental e seria verdadeiro contra-senso obstá-la no instante mais culminante do processo, ou seja, quando o juiz, através da sentença, entrega a prestação jurisdicional. É aí, mais do que em qualquer outra fase processual, que sua presença se mostra de extraordinária relevância, pois, em verdade, só um técnico em Direito poderá orientar o condenado no sentido da oportunidade ou da necessidade do reexame de uma decisão.²²

Perfeita a inteligência contida neste acórdão: de nada valeria indeferir de plano a apelação intempestiva, sendo que isto poderia conduzir à ausência de defesa e, conseqüentemente, à nulidade do processo. Valendo-se da noção de instrumentalidade do processo, corretamente conheceu-se da apelação.

Constitui nulidade absoluta a falta de nomeação de defensor *ad hoc* quando ausente o defensor constituído à audiência.²³

Se a defesa técnica não se perfaz tão-somente com a concatenação de atos formais, tanto mais evidente é a sua ausência em não sendo garantidos sequer estes.

Produzida prova na audiência de instrução sem que do ato participasse o acusado e sem nomeação de defensor *ad hoc*, ferido resta o princípio do contraditório, fazendo-se tábula rasa do mandamento também inscrito na Constituição Federal que assegura ao réu a plenitude do direito de defesa [...]²⁴

Presume-se o prejuízo ao réu que deixa de ser representado em audiência, esteja presente ou não. Em especial se na mesma produz-se prova em seu desfavor. Este entendimento é tão óbvio e depreende-se tão diretamente da lei que surpreende a falta de zelo do magistrado.

²² Recurso Criminal em sentido estrito n. 165671 – Moji das Cruzes – TACrimSP – 2ª Câmara – Rel. Juiz Silva Franco – julgado em 06.09.1977 – votação por maioria, *in Ramos, op. cit.*, pp. 168-169.

²³ Recurso Criminal em sentido estrito n. 23726-3 – Eldorado – TJSP – 5ª Câmara Criminal – unânime, *in Ramos, op. cit.*, p. 170.

²⁴ *Habeas Corpus* n. 68366-3 – São Paulo – TJSP – 1ª Câmara Criminal – Rel. Desembargador Jarbas Mazzoni – julgado em 27.06.1988 – unânime, *in Ramos, op. cit.*, p. 170.

A função da defesa ultrapassa o eventual interesse subjetivo do defendido, para cumprir tarefa que interessa à própria comunidade jurídica. Daí por que a Constituição Federal, no seu art. 153, par. 15, assegura aos réus ampla defesa, inclusive no tocante aos recursos.²⁵

Este entendimento é fundamental para o sistema jurídico brasileiro, no que toca ao processo penal: o direito à defesa técnica é indisponível. Interessante destacar que este julgado é do período anterior à atual Constituição.

1. Recurso ajuizado por defensor público que deixou de ser recebido no juízo da sentença condenatória tendo em vista manifestação expressa do réu em não apelar. Decisão mantida pelo tribunal *a quo* em sede de *habeas corpus* sob o fundamento de que "o direito de recorrer é do réu, e não do seu defensor".
2. Impetração originária que colima substituir recurso ordinário: impossibilidade.
3. Ordem concedida de ofício para o fim de assegurar o processamento e julgamento do recurso interposto, em atenção ao magistério do STF no sentido de que cabe ao defensor, dativo ou constituído, decidir sobre a conveniência ou não do exercício da faculdade de apelar (RHC 60261 e 62737).²⁶ [não destacado no original]

Novamente a indisponibilidade do direito à defesa técnica. O trecho destacado é relevantíssimo: ainda que contra a vontade do réu, poderá o defensor apelar, julgando conveniente. Mas a recíproca não é verdadeira: querendo o réu apelar, deverá o defensor fazê-lo, sob pena de nulidade por cerceamento de defesa.

[...] Houve, na verdade, o vício procedimental argüido.

É que, com a renúncia do Advogado indicado pelo réu em seu interrogatório (fls. 29 e 34), tendo o MM. Juiz despachado que se o intimasse para, em 10 dias, constituir outro (ainda fls. 34), era indispensável se aguardasse o decurso do prazo, antes de se partir para a realização de qualquer ato instrutório da causa.

[...] Vale afirmar, não se cumpriu o mandamento processual-penal que estabelece o direito do réu de se ver defendido, em princípio, por Advogado de sua escolha.²⁷

Para o acórdão acima transcrito foi decisivo o fato de ter o réu constituído novo defensor dentro do prazo estabelecido. Contudo, o juiz monocrático nomeou advogado

²⁵ Apelação Criminal n. 167609 – São Paulo – TACrimSP – 6ª Câmara – Rel. Juiz Cunha Camargo – julgada em 06.12.1977 – unânime, *in Ramos, op. cit.*, p. 173.

²⁶ *Habeas Corpus* n. 65572-6 – DF – STF – 2ª Turma – Rel. Ministro Célio Borja – julgado em 13.11.1987 – unânime, *in Ramos, op. cit.*, p. 173.

²⁷ Apelação Criminal n. 235043 – São Paulo – TACrimSP – 5ª Câmara – Relator Dirceu de Melo – julgado em 30.09.1980 – unânime, *in Grinover, Ada Pellegrini. O Processo Constitucional em Marcha. São Paulo: Max Limonad. 1985, p. 141.*

"ad hoc" para seguir o curso do processo desde logo; a partir daí, presume-se o prejuízo, pela violação da liberdade de escolha do patrono.

[...] Ao ser interrogado em juízo [...] declarou que, nos dias em que ocorreram as subtrações [...] se encontrava nas cidades de Jundiaí e Marília, respectivamente, trabalhando nas firmas G. e T. E.; na oportunidade, deixou a cargo do advogado, que então lhe foi nomeado pelo juiz, Dr. A. B. B., a produção de sua defesa prévia.

Na fase do art. 395 do Código de Processo Penal, o Dr. A. B. B. asseverou apenas que o apelante era inocente e que 'provaria o alegado durante a instrução processual' (fls. 152).

Mas nada mais fez – quando poderia fazê-lo para comprovar os álibis apresentados, bastando para tanto que providenciasse a exibição da carteira profissional do apelante ou, pelo menos, que oficiasse às duas firmas para a confirmação de que ele trabalhara naqueles locais nos dias já mencionados.

E, em alegações finais, resumiu-se em afirmar que não havia no processo prova capaz de suportar um decreto condenatório, impondo-se a absolvição do apelante.

Nenhuma outra palavra sobre a prova efetivamente contida no processo foi, então, redigida. Em suma, alegações finais genéricas que poderiam servir para todo e qualquer acusado, menos, como é evidente, para defender o recorrente das imputações que lhe tinham sido endereçadas.

[...] Destarte, o exercício da função defensiva não pode ser meramente aparente: necessita ser real e efetivo pois são equípolentes a não nomeação de defensor e o desinteresse do defensor nomeado.

[...] Em consequência, acompanho o voto do Dr. Juiz Relator e anulo também a partir da defesa prévia, dando-se ao apelante oportunidade de comprovar os álibis apresentados.²⁸

Novamente o prejuízo ao réu provocado por uma atuação mecânica e padronizada do defensor dativo, com o agravante de haver uma diligência flagrantemente necessária, que não foi requerida ou providenciada.

[...] Nada mais é preciso acrescentar, para concluir-se que o apelante esteve indefeso durante a instrução do processo, o que constitui nulidade insanável.

Não basta nomear-se defensor ao réu que não o tenha constituído. É preciso garantir-lhe a defesa, recaindo a nomeação em quem se encontre apto a exercê-la, cuidando-se que seja intimado de todos os atos do processo, a fim de preservar-se o princípio do contraditório.

[...] Quanto ao co-réu, recomenda-se que seja requisitado, para, depois de esclarecido pelo MM. Juiz, dizer se quer ou não apelar, tomando-se por termo sua declaração, e abrindo-se vista ao defensor.

[...] Ante o exposto, deram provimento, para anular o processo em relação ao apelante, a partir da defesa prévia, devolvendo-se o prazo desta, expedindo-se alvará de soltura clausulado.²⁹

A posição do defensor, no processo penal, não é a de simples representante do réu e o exercício de suas funções não se fundamenta, com exclusividade, no mandado, na indicação

²⁸ Apelação Criminal n. 288545 – Marília – TACrimSP – Declaração de voto vencedor – Juiz Silva Franco – julgado em 15.12.1981, in Grinover, *op. cit.*, pp. 149-151.

²⁹ Apelação Criminal n. 336099 – São Paulo – TACrimSP – 6ª Câmara – Rel. José Pacheco – julgado em 16.08.1983 – unânime, in Grinover, *op. cit.*, pp. 151-153.

feita no interrogatório judicial ou na nomeação do juiz. Os poderes exercidos pelo defensor são mais amplos e escapam ao contrato ou à nomeação, buscando sua origem no princípio constitucional que lhe atribui a missão básica de falar no processo o que for favorável ao acusado, materializando, em suma, a *ampla defesa* que a todos os réus é assegurada.

Não é por outra razão que Gaetano Foschini acentua que o defensor 'age no processo não só em atenção aos direitos do réu mas o faz também no interesse público', de sorte que defende o réu 'não como um indivíduo mas como um da coletividade e, portanto, defende, num seu membro, a própria coletividade social' (*Sistema di diritto processuale penale*, vol. I, p. 251, Giuffrè, Milão, 1956). E, na mesma linha de entendimento, Figueiredo Dias observa que 'a função da defesa ultrapassa o eventual interesse subjetivo do argüido para cumprir uma tarefa que interessa à própria comunidade jurídica: a de que só sejam punidos, em processo penal, os *verdadeiros* culpados e, para isso, a de que sejam juridicamente protegidos *todos* os argüidos' (*Direito processual penal*, p. 471-472, Coimbra Editora, 1974).

Se se confere ao defensor o exercício da função de defesa, que não fica vinculada às instruções ou à vontade do réu; se essa função de defesa é pública e tem assento no direito constitucional; se essa função existe no interesse da própria coletividade para atuar exclusivamente em favor do réu, não se compreende como possa um ato procedimental de instrução ser efetuado sem defensor.

Além disso, de nenhuma valia seria o princípio constitucional da ampla defesa sem a presença de um defensor nos atos instrutórios. O princípio do contraditório, que participa do conceito de ampla defesa, implica 'na paridade de potência nos contraditores' e, como ensina Bellavista (*Difesa giudiziaria penale, Enciclopedia del diritto*, vol. XII, p. 458, Giuffrè, Milão, 1964), 'o imputado que não conhece o direito tem necessidade de ser assistido por alguém que o conheça, pois a própria natureza dialética do processo exige um duelo de armas iguais, e não são iguais, as armas de um acusador, perito em direito, e de um acusado, jejuno em direito'.³⁰

Em um belo e erudito voto o relator fundamenta o próprio direito à defesa técnica, conquanto instrumento da igualdade processual, para embasar sua decisão no sentido de anular o processo a partir do momento em que o réu esteve indefeso.

A escolha de advogado para substituir o defensor dativo é válida e deve ser respeitada, não podendo, em princípio, ser mantida a defesa contra a vontade do réu.

A partir do momento em que o ato de constituição do novo defensor é comunicado, a atuação da defesa não pode mais ser exercida pelo advogado substituído, devendo ser desentranhadas – se assim foi requerido – as razões recursais.

Tanto a escolha do defensor, como o exercício da defesa pelo advogado constituído, não podem ser desconsiderados, sob pena de manifesto cerceamento (art. 5º, LV, da Carta Magna).³¹

Novamente a questão da liberdade de escolha, por parte do acusado, do defensor que o representará. Inquestionável o entendimento contido neste acórdão. Destaque para o fato de o advogado constituído poder solicitar o desentranhamento de

³⁰ Apelação Criminal n. 271835 – TACrimSP – 5ª Câmara – Rel. Silva Franco – julgado em 23.06.1981, *in Franco, Alberto Silva e Stoco, Rui. Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 108.

³¹ Recurso em *Habeas Corpus* n. 6296 – STJ – 5ª Turma – Rel. Min. Felix Fischer – julgado em 05.08.1997. *in Franco, op. cit.*, p. 109.

razões recursais já apresentadas pelo dativo; embora discutível a extensão dada neste julgado ao direito à escolha do patrono, parece ser a melhor solução.

Nulo é o processo, por cerceamento de defesa, em que o defensor dativo concorda com a condenação do réu.³²

Pior que ausência de defesa, é defesa com tendência de acusação. Aquela é nula no auxílio ao réu; esta atua em seu desfavor, como no extrato acima.

Ainda que confessada a autoria do delito, é vedado ao defensor dativo aceitar passivamente a condenação do réu, por constituir cerceamento de defesa e ensejar a nulidade do processo.³³

Como já dito, o defensor deve efetivamente contrapor-se à pretensão punitiva estatal. A falta do efetivo exercício da defesa conduz à nulidade do processo.

[...] A prosseguir e generalizar-se a prática de apanhar-se advogado para que cumpra a formalidade de assinar termo de depoimento, sem que ele de fato se dê todo, se envolva no compromisso profundo de integrar a contraditoriedade do processo, estaremos, com uma encenação fictícia, substituindo a contraditoriedade por coisa nenhuma e extinguindo-a.

O Estado custeia um quadro de defensores públicos. Estes têm o dever funcional de preencherem, com as virtudes do nobre ofício de advogar, o quadro da atividade da defesa do indivíduo contra a pretensão punitiva do Estado. A ampla defesa dos acusados é garantia constitucional, e a Administração Pública neste país cria um quadro de Defensores Públicos para que esta garantia seja uma realidade.

[...] A defensoria pública se fez presente ficticiamente, só para assinar o termo do interrogatório, com o ar distante e alheio de quem assina livro de ponto.

[...] Constato que o réu esteve indefeso. Tudo sugere uma simulação de contraditoriedade da ação penal, com defensores mudos, inertes, indiferentes, mas dotados de caneta para criarem a aparência de defesa presente, a cada avanço do processo.³⁴

Outro enfoque da mesma temática: agora sob o ponto de vista conjugado da garantia à ampla defesa com o dever funcional do defensor público, fundamentado fica o presente acórdão para reconhecer a situação do réu, indefeso embora dispusesse de um defensor público, que nada fez além de apor sua rubrica no termo de interrogatório. A crítica mordaz do magistrado a esta forma de atuar do defensor público é um alerta a ser atendido.

³² Apelação Criminal, TJSP, Rel. Cavalcanti Silva, RT 428/314, *apud* Franco, *op. cit.*, p. 109.

³³ Apelação Criminal, TAMG, Rel. Kelsen Carneiro, RT 678/360, *apud* Franco, *op. cit.*, p. 109.

Defesa – Efetividade. “O princípio segundo o qual 'nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor' – art. 261 do Código de Processo Penal – há de ter alcance perquirido considerada a realidade. Exurgindo dos autos que o defensor designado teve desempenho simplesmente formal, em verdadeira postura contemplativa, forçoso é concluir que o réu esteve indefeso. 'A defesa é órgão de administração da Justiça e não mero representante dos interesses do acusado. Isto porque ela se exerce, substancialmente, para a preservação e tutela de valores e interesses do corpo social, sendo, assim, garantia de proteção da própria sociedade' (Nilo Batista, *Defesa Deficiente*, Revista de Direito Penal, p. 169). Por outro lado, 'se estiver evidente a inércia e desídia do defensor nomeado, o réu deve ser tido como indefeso e anulado o processo desde o momento em que deveria ter sido iniciado o patrocínio técnico do juízo penal' (Frederico Marques, *Elementos de direito processual penal*, vol. II, p. 423)”.³⁵

O atual presidente do STF demonstra, neste julgado de que foi relator, ainda um outro enfoque possível: a defesa técnica, mais que um direito do acusado, é um órgão da administração da Justiça. Condena o atuar leniente do defensor, entendendo ser o mesmo que não atuar.

[...] mas a omissão da defensora, já sinalizada, evidenciou-se claramente na oportunidade das alegações finais, em que ela se limitou, confusamente, a requerer a absolvição por nulidade em virtude de falta de interrogatório. Com isto, além de demonstrar desconhecimento jurídico, porque a revelia é episódio processual que não faz o processo parar, deixou de exercer defesa efetiva, uma vez que não entrou no mérito da causa. Assim é que: não apresentou versão exculpante, não levantou dúvida sobre o fato imputado à ré nem fez qualquer apreciação defensiva com base na prova colhida. [...] Tal julgado traz à baila fato cada vez mais freqüente no cotidiano judiciário: o da defesa formal, insubstancial, que em lugar de fazer valer os princípios constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal, alimenta nada mais que uma reserva nos autos, sofre o réu evidente prejuízo. [...] Dentro desse espírito, não basta que o advogado esteja presente e se manifeste. É necessário que ele o faça de maneira adequada a defender efetivamente o réu, contrapondo-se, em igualdade de condições, à acusação. [...] Em suma, defesa meramente formal fere a essência do contraditório e torna o réu substancialmente indefeso. E a solução que se impõe quando isto ocorre, sem que o juiz tenha tomado providência, é, mesmo, anular-se o processo.³⁶

Neste acórdão, a problemática cinge-se à deficiência técnica existente nas alegações finais. Via de regra, tem-se entendido que a exigência de defesa técnica efetiva não equivale a se esperar a melhor defesa possível. Mas claro está que há um patamar mínimo de qualidade exigível na atuação do defensor. Deduzir um único argumento de defesa nas alegações finais, especialmente sendo este um erro de ordem técnica, deixando o réu sem defesa alguma, é um agir do defensor que não

³⁴ Recurso em *Habeas Corpus* n. 59503-1 – STF – Rel. Clóvis Ramalhete – julgado em 11.12.1981, in Franco, *op. cit.*, p. 110.

³⁵ *Habeas Corpus* n. 71961-9 – STF – 2ª Turma – Rel. Marco Aurélio – julgado em 06.12.1994, in Franco, *op. cit.*, p. 110.

³⁶ *Apelação Criminal* – TACrimSP – 16ª Câmara – Rel. Dyrceu Cintra – julgado em 23.11.1995, in Franco, *op. cit.*, pp. 110-111.

pode ser aceito. A destacar ainda o comentário que "en pasant" faz o relator: "[...] sem que o juiz tenha tomado providência". Está aí a criticar nitidamente o atuar complacente do juiz monocrático que permitiu a ocorrência de tal afronta aos direitos do acusado, deixando entender a possibilidade de o juiz, de ofício, tomar alguma atitude para sanar tal irregularidade.

Indispensável é que possa o acusado defender-se realmente, e não só aparentemente, e com a coadjuvação de pessoas que tenham uma específica capacidade técnico-profissional. Isso porque, de regra, não conhece o réu o seu direito e necessita ser assistido por alguém que o conheça e que possa ombrear-se ao acusador no duelo jurídico.³⁷

Novamente a atuação técnica como niveladora das forças atuantes no processo penal, e como expressão do princípio da igualdade. Também a destacar o termo "específica capacidade técnico-profissional": esta referência é ao advogado, pois somente este é que tem por presumida tal capacidade, não se podendo aceitar como defensor o acadêmico ou o estagiário, ainda em fase de aprendizado.

Tem-se como nulo o processo em que funcionou como defensor do réu, ainda que por esse constituído, quem não estava regularmente inscrito em nenhuma seccional da Ordem dos Advogados do Brasil. Não se pode emprestar ao caso a extensão da regra ínsita no art. 365 do CPP, de vez que o réu, outorgante do instrumento de mandato com poderes *ad judicium*, cuja profissão declarada é a de servente de pedreiro, não poderia deduzir que a outorgada, com escritório montado e freqüentando o presídio onde o mesmo se achava preso, era falsa advogada e que se valia da inscrição de profissional habilitado para agir em juízo. Comprovado nos autos o prejuízo para o réu pela inexistência de defesa técnica, porque patrocinada por pessoa inabilitada para o exercício da advocacia, do que resultou, por comprometer o seu *status libertatis*, impõe-se a declaração da nulidade do processo a partir do interrogatório e a expedição do alvará de soltura.³⁸ [não destacado no original]

Este é um julgado modelar para o tema: sendo o réu representado no processo por quem não detém o grau de advogado, tem-se por inexistente a defesa técnica e presume-se o prejuízo. É preciso destacar a correção do mesmo: se ao próprio réu é tolhida a possibilidade de defender-se no caso de não possuir habilitação, igualmente vedada é a defesa prestada por qualquer outra pessoa também inabilitada. A outorga ou não de mandato é absolutamente irrelevante nesta hipótese, assim como irrelevante

³⁷ Apelação Criminal – TACrimSP – Rel. Gonzaga Franceschini – julgado em 22.01.1992, in Franco, *op. cit.*, p. 114.

³⁸ Habeas Corpus – STF – Rel. Min. Mauricio Corrêa – julgado em 23.06.1996, in Franco, *op. cit.*, p. 114.

é a discussão de possuir ou não conhecimentos suficientes a pessoa não habilitada ou de ter esta apresentado uma defesa de boa qualidade técnica.

Réu revel – Princípio da ampla defesa do acusado. "Não cabe recusar ao réu, ainda que revel ou foragido, possa constituir advogado para sua defesa, embora já designado defensor dativo. Prejuízo da defesa.

A lei não faz distinção quanto a ser ou não revel o acusado. Assim, não cabe ao intérprete estabelecê-la.

Sobre o tema, bem acentuou o saudoso Ministro Bilac Pinto no RHC 55.735, publicado na RTJ 85/774, após analisar as várias correntes doutrinárias existentes:

'Dentro do sistema processual brasileiro, que visa assegurar ao acusado a mais ampla defesa, não se lhe pode proibir, mesmo que revel ou foragido, de constituir advogado para sua defesa'.

No RHC 55.735, esta Turma admitiu a possibilidade de constituição de defensor pelo réu, embora revel. Na espécie, não poderia sua defesa, por essa forma, ser inadmitida. O prejuízo à defesa resulta do só fato de impedir-se a intervenção, no curso da instrução, de procurador da confiança do réu. Romeo Pires Campos de Barros, nessa linha, sustenta o direito que tem o foragido ou o revel de ser defendido por patrono de sua confiança e escolha, mostrando, a meu ver, com razão, a improcedência da exegese contrária tirada do art. 564, III, do CP (*Direito processual penal brasileiro*, vol. II, p. 621)³⁹.

Neste acórdão, nítida a opção pela instrumentalidade do processo para o benefício do réu, e nunca em seu prejuízo. Embora o art. 564, III, c, do CPP, prescreva a nulidade para os processos em que ocorra a ausência de nomeação de defensor dativo para o réu revel, não se deve inferir aqui uma vedação à constituição de advogado da confiança do réu. Chega-se ao resultado deste julgado utilizando-se de técnicas de hermenêutica sistêmica.

O art. 265 do CPP não comporta a interpretação draconiana que o seu enunciado aparentemente sugere, pois isso o colocaria em atrito com o preceito do art. 5º, LV, da CF, que consagra o princípio da ampla defesa. Com efeito, um advogado dativo nomeado em cima da hora, ignorante dos fatos da causa e quase sempre pouco interessado no desfecho do processo, não é substituto que se possa dar ao advogado constituído que não pode comparecer por motivo de força maior, plenamente justificado, à audiência designada.

De mais a mais, o apelante ficou indefeso ao longo da mencionada audiência, posto que o advogado dativo, a admitir-se que tenha comparecido apesar de não haver assinado o termo de assentada, portou-se como um monge de pedra.⁴⁰

O relator deste acórdão faz menção ao artigo 265 do CPP, que traz a previsão de que será nomeado defensor para o réu quando o constituído não comparecer, ainda que a ausência seja "motivada". Sendo o termo "motivada" muito mais amplo que

³⁹ Recurso em *Habeas Corpus* – STF – Rel. Néri da Silveira – julgado em 09.05.1986, in Franco, *op. cit.*, p. 115.

⁴⁰ Apelação Criminal – TJPR – Relator Ivan Righi, julgada em 14.12.1989, in Franco, *op. cit.*, p. 117.

"plenamente justificado", utilizado no acórdão, a decisão é certamente polêmica por ir em direção oposta a disposição legal expressa. Contudo, pelo viés da ausência de atuação efetiva do advogado dativo e pelas dúvidas quanto à sua presença na audiência, chegou-se à conclusão acima.

Pode-se, com base nos julgados já transcritos, traçar um panorama geral do conteúdo do instituto da defesa técnica, na forma como é visto pelos magistrados: direito amplo, revestido de garantias constitucionais e legais, indisponível, órgão integrante da Administração da Justiça, estando acima inclusive dos interesses do acusado mas a seu serviço, devendo o juiz de ofício zelar pela sua efetividade sob pena de nulidade do processo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Exsurge de tudo quanto aqui posto que o instituto da defesa técnica possui um conteúdo à primeira vista complexo, mas que pode ser resumido em uma palavra: efetividade.

Efetividade da diligência do defensor, a quem cabe promover a defesa técnica do acusado, lançando mão do seu conhecimento jurídico em prol deste, buscando impedir ou minimizar a condenação do mesmo.

Efetividade na obediência aos mandamentos constitucionais e legais, que garantem o direito à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes, descabendo dúvida quanto a constituir-se a defesa técnica tanto em meio como em recurso inerente à ampla defesa.

Efetividade da administração da justiça, que necessariamente deve possuir uma conformação que proporcione idênticas oportunidades à acusação e à defesa, na busca pela verdade real; e não há falar-se em oportunidades equivalentes se o acusador é um especialista e o defensor não o é.

Efetividade do zelo, por parte do juiz, a fim de que haja a observância dos princípios constitucionais e preceitos legais que regem o processo penal, e, no caso em tela, o direito do acusado à defesa técnica.

Enfim, o conteúdo deste instituto revela-se não pelo seu aspecto formal – que é também importante – mas sobretudo pelo seu substrato, pelo aspecto material, substancial, da atividade defensiva.

A defesa técnica é, mais que qualquer outra coisa, o fiel da balança; vital para o acusado, basilar para o sistema jurídico, fundamental para a sociedade.

REFERÊNCIAS

Dicionário Universal da Língua Portuguesa, versão online. Texto Editora. Disponível em <<http://www.priberam.pt/DLPO/>> Acesso em 04 jul. 2001.

Michaelis Moderno Dicionário da Língua Portuguesa, versão online. Disponível em <<http://uol.com.br/michaelis>> Acesso em 04 jul. 2001.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

Grande Dicionário Larousse Cultural da Língua Portuguesa. São Paulo: Nova Cultural Ltda., 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil: São Paulo, 1988-1989.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de Processo Penal Comentado, 2ª ed., rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1997.

BUENO FILHO, Edgard Silveira. O Direito à Defesa na Constituição. São Paulo: Saraiva, 1994.

MIRABETE, Júlio Fabrini. Processo Penal, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1992.

RAMOS, João Gualberto Garcez. Audiência Processual Penal. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. Devido Processo Legal e Tutela Jurisprudencial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 1993.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Processo Constitucional em Marcha. São Paulo: Max Limonad, 1985.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.