



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

Faculdade de Direito

Curso de Graduação em Direito

LUCAS NASCIMENTO MINCHILLO

**OS LIMITES DA DEFESA TÉCNICA NAS RAZÕES DE APELAÇÃO DO
PROCESSO PENAL APRESENTADAS PELA DEFENSORIA PÚBLICA**

Brasília

2017

LUCAS NASCIMENTO MINCHILLO

**OS LIMITES DA DEFESA TÉCNICA NAS RAZÕES DE APELAÇÃO DO
PROCESSO PENAL APRESENTADAS PELA DEFENSORIA PÚBLICA**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito e orientada por Paulo Cesar Villela Souto Lopes Rodrigues.

Brasília

2017

Nome: Minchillo, Lucas Nascimento.

Título: Os limites da defesa técnica nas razões de apelação do Processo Penal apresentadas pela Defensoria Pública.

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Paulo Cesar Villela Souto Lopes Rodrigues (Orientador)

Professora Doutora Bistra Stefanova Apostolova (Avaliadora)

Defensora Pública Especialista Karoline Ribeiro Leal (Avaliadora)

Brasília, 22 de Novembro de 2017

AGRADECIMENTOS

Esta monografia é fruto da grande generosidade do professor Paulo Rodrigues, que, além de incentivar o tema, se dispôs a ministrar uma disciplina semanalmente neste semestre de modo a viabilizar sua condição de orientador. Sua excelência e empolgação enquanto docente e magistrado certamente servem de inspiração para todos em sua volta quererem fazer deste país um lugar ainda melhor.

À Biblioteca Ministro Victor Nunes Leal, do Supremo Tribunal Federal, agradeço pelo amplo acervo de acesso gratuito e irrestrito que me levou ao contato das obras necessárias para desenvolver o presente trabalho. As Bibliotecas Nacional e Central dos Estudantes da UnB também me acolheram para um estudo silencioso e atento durante esses meses.

À Defensoria Pública de Planaltina/DF, agradeço pela oportunidade de lidar com problemas práticos que, para além de outras importâncias, permitem neste caso fazer da academia um lugar de repensar e melhorar a atividade jurídica brasileira.

À Universidade de Brasília, devo agradecer pela oportunidade de estar próximo de pessoas que pensam a sociedade com obstinação e relevância. Os professores, dentre os quais destaco a Bistra Apostolova, o Marcelo Neves, o João Costa Neto, a Gabriela Delgado, o Thiago Sombra e, novamente, o Paulo Rodrigues, fizeram despertar em mim, mais do que o gosto pelo estudo, o gosto por fazer as coisas de forma bem feita.

Indiretamente, propiciando todo o conforto material e mental que tenho para estudar, agradeço aos meus pais, à minha irmã, à minhas avós, à minha enorme família de Passos/MG e a meus amigos, cujos nomes são tantos que nem me arrisco a escrever aqui.

Por último, agradeço à Música, uma segunda vocação que muito evoluiu na minha vida durante a graduação e se intercalou com a elaboração deste trabalho trazendo leveza em meio às preocupações.

RESUMO

A partir de uma constatação qualitativa sobre a má atuação da Defensoria Pública em razões de apelação nos casos de justa condenação, o trabalho opta por investigar, de maneira dogmática, o dilema de o defensor público defender o sentenciado sem estar provido de teses jurídicas defensivas. Principalmente, tal problema é encarado sob o ponto de vista do direito à defesa técnica que o réu possui. Nesse sentido, diversas manifestações da ampla defesa são trabalhadas, de modo a se concluir que trata-se de um direito liberal o qual, ao mesmo tempo, exige da defesa técnica substancial efetividade. Entretanto, essa efetividade, que mostra-se variável, barra na exata premissa de que não há para o réu nenhum direito a uma condenação diferente. Diante dessa ausência de prejuízo, a ampla defesa é satisfeita, sem qualquer nulidade, ao ser pedido o total reexame dos fatos e dos direitos na segunda instância. Ainda, essa estratégia é conveniente em função do dever de eficiência que o serviço público da assistência jurídica requer.

Palavras-chave: defesa técnica; Defensoria Pública; razões de apelação.

ABSTRACT

Regarding the initial qualitative statement that points to a unsuccessful execution of the public defense's work on appeal briefs against fair sentences, this research aims to investigate, in a dogmatic way, the challenge faced by the public defense attorney to defend the sentenced without juridical arguments for that. Mainly, this problem is treated by the defendant's right of a technical defense. Hence, the right of defense is deeply analyzed, in a way that concludes by its liberal aspect and by its urge to a massive effectiveness on the technical defense. However, this effectiveness, which is variable, is blocked by this work's assumption that the fairly sentenced defendant has no right of a different situation. Considering the lack of damage for the sentenced, the full defense is satisfied, without any procedural deficiency, when the public defense attorney claims for the complete reexamination of the case. In addition, this strategy works together with the idea of efficiency in the public service of juridical assistance.

Key-words: technical defense; public defense; appeal brief.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
------------------------	----------

1. QUESTÕES METODOLÓGICAS

1.1 Materiais.....	16
1.2 Que área do conhecimento priorizar?.....	16
1.3 A dogmática para além da magistratura.....	18
1.4 A dogmática e seus modelos.....	20

2. DIREITOS DO APELANTE

2.1 A ampla defesa.....	24
2.1.1 A ampla defesa como uma vertente do devido processo legal processual.....	24
2.1.2 A noção doutrinária de ampla defesa: auto defesa e defesa técnica.....	27
2.1.3 A ampla defesa no ordenamento jurídico brasileiro.....	30
2.1.3.1 A ampla defesa subsistindo mesmo se não expressa.....	30
2.1.3.2 Dispositivos normativos sobre a ampla defesa.....	32
2.1.3.2.1 Na Constituição.....	32
2.1.3.2.2 Em tratados internacionais.....	34
2.1.3.2.2.1 Digressão sobre direitos liberais e sociais.....	36
2.1.3.2.3 No Código de Processo Penal.....	38
2.1.3.3 Os efeitos no processo de uma defesa técnica mal assegurada.....	40
2.2 O duplo grau de jurisdição.....	44

3. A ATUAÇÃO DO DEFENSOR PÚBLICO

3.1 O serviço público e sua eficiência.....47

3.2 A moralidade na administração pública.....49

CONCLUSÃO.....53

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....54

INTRODUÇÃO

Tendo em vista a aparente falta de alternativas que leva a Defensoria Pública a construir defesas extremamente fracas nas razões de apelação em casos de condenação justa, o presente trabalho busca dogmaticamente, de maneira analítico-hermenêutica, resolver difícil situação com a qual o defensor se depara: saber até que ponto vai o direito à defesa técnica do condenado na prestação eficiente desse serviço público de assistência judiciária. A defesa técnica então se mostra, enquanto vertente da ampla defesa, um braço do Devido Processo Legal processual presente de diversas formas no ordenamento jurídico brasileiro. Por um lado, sua origem conceitual e os tratados internacionais evidenciam seu aspecto liberal e fiscalizatório. Por outro, lei, jurisprudência e doutrina brasileiras são contundentes na exigência de efetividade da defesa técnica. Contudo, essa efetividade, tanto para a doutrina quanto para a jurisprudência, varia de acordo com cada etapa processual, de modo que a nulidade da sua falta é flexibilizada. No caso das razões de apelação de uma justa condenação, o pedido de ampla reapreciação do caso para a segunda instância já satisfaz a garantia da ampla defesa, em função da falta de prejuízo do réu em não ter teses jurídicas defensivas a seu favor.

Na prática, quando acionada para dar a fundamentação jurídica ao recurso de um recém condenado em primeira instância, a Defensoria Pública do Distrito Federal em Planaltina usa, dentre outros modelos, o seguinte:

Assim, pode-se verificar tamanha relevância da confissão à justiça, mas tal fato não vem sendo reconhecido nem pelo Judiciário nem pela lei, que desproporcionalmente beneficia mais o “traidor”, pelo instituto da delação premiada, de base ética amplamente reprovada pela doutrina, do que aquele que delata a si próprio, merecendo este apenas uma atenuante genérica, que se traduz em poucos meses, quando não, em dias. Nesse sentido:

“A nosso ver, a confissão deveria ser melhor tratada pelo legislador mesmo porque, da maneira como se encontra disciplinada (uma mera circunstância atenuante que, na opinião da jurisprudência majoritária, não permite a redução da pena abaixo do mínimo) traz, na prática, nenhum ou quase nenhum benefício ao acusado. Acreditamos que seria salutar para o próprio sistema que a confissão fosse tratada, em eventual e futura reformulação legislativa, como uma causa geral de diminuição de pena, reduzindo-a, por exemplo, de um sexto a um terço.” (Celso Delmanto [et al]. *Código penal comentado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 216).

Logo, merece o mesmo prêmio do delator, certamente até mais, aquele que responsabiliza a si próprio pela autoria dos fatos apurados, devendo eventual pena a

ser imposta ao acusado sofrer a minoração de 2/3, em analogia aos dispositivos previstos no art. 41 da Lei n.º 11.343/06, art. 6º da Lei n.º 9.034/95¹, art. 8º, § único, da Lei n.º 8.072/90, art. 16, § único, da Lei 8.137/90, art. 25, § 2º, da Lei n.º 7.492/86 e § 4º, art. 159, do CP.

É inegável a similitude das hipóteses, não sendo razoável que a delação seja premiada só em casos determinados e muito mais graves.”Vale lembrar que essa ‘delação premiada’ é também uma confissão e, do ponto de vista psicológico, considerando a percepção ordinária dos juizes, será tratada dessa maneira. É possível, portanto, traçar um paralelo entre a delação premiada e a confissão e recordar a remissão de Hélio de Bastos Tornaghi, sobre a confissão, no sentido de que *‘é sumamente tranqüilizador... ouvir dos lábios do réu (delator) uma narrativa convincente do fato criminoso, com a declaração de havê-lo praticado’*. Acrescenta o processualista que *‘isso, aliás, acontece a qualquer homem normal’* (PRADO, Geraldo. Da delação premiada: aspectos de direito processual. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.13, n.159, p. 10-12, fev. 2006).

Desse modo, a melhor jurisprudência já vem reparando tamanho despropósito, em sua relevante função de readequação normativa, direcionando no mesmo caminho justiça, direito e realidade:

ASSALTO. Atenuante da confissão pode baixar a pena aquém do mínimo abstratizado: aplicação analógica do benefício concedido ao delator. Declaração de voto. Apelo parcialmente provido. Extinção da punibilidade pela prescrição.’ (Apelação Crime Nº 70000741223, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Alçada do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 21/08/1996 – grifo nosso).²

Seguramente, o modelo não é genérico em absoluto. Está restrito a casos em que o réu confessou ter cometido o crime e teve sua pena devidamente atenuada, porém não reduzida para abaixo da pena mínima prevista em lei. Como se percebe no próprio texto da defesa, essa barreira na atenuação está consolidada na prática jurídica do país.

Dessa forma, uma fundamentação contrária ao entendimento vigente tem a obrigação de argumentar juridicamente os motivos de se aplicar a equiparação pedida. Contudo, o modelo é assumidamente falho em tentar justificar o que pleiteia.

Inicialmente, traz uma citação que transfere o problema para o Poder Legislativo, mostrando, num plano deontológico, como acredita que o ordenamento deveria tratar a confissão. Tal postura implicitamente reconhece que o atual sistema jurídico não comporta o que foi solicitado pela defesa.

Depois, num juízo valorativo, traz a delação como uma traição e, portanto, como categoria mais reprovável do que a confissão, merecedora dos mesmos direitos por analogia. As confusões são inúmeras.

¹ Substituída pela nova Lei de Organizações Criminosas, 12.850/13.

² De Agosto a Outubro de 2016, o estudante Lucas Nascimento Minchillo foi estagiário da Defensoria Pública do Distrito Federal em Planaltina, onde teve contato com o presente trecho de defesa. Sendo um modelo disponível a todos os defensores e estagiários, o trecho era usado reiteradamente nas defesas apresentadas.

A analogia é um meio supletivo de integração previsto no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Nessa categoria, pressupõe, para ser usada, que a lei seja omissa. Disso, surge um dos grandes problemas na constatação e preenchimento de lacunas: a lei é de fato omissa ou apenas merece uma interpretação mais cuidadosa?³. Interpretar é algo inerente a toda aplicação de uma norma jurídica. Por sua vez, a integração por analogia requer insuficiência normativa quanto ao caso concreto.

A atenuação por confissão está explicitamente disposta no artigo 65, III, *d* do Código Penal. Com isso, a discussão é mera interpretação sobre o *caput* do dispositivo, que diz que as enumeradas circunstâncias sempre atenuam a pena. Não se pode afirmar que há uma lacuna legal pedindo integração analógica, até porque há caminhos simplesmente interpretativos caso seguida a literalidade da norma⁴. Contudo, cumpre adiantar que trata-se de um caminho extremamente minoritário e superado na unificação da jurisprudência atual.

Se eventualmente fosse reconhecida a omissão, esse não seria o erro mais gritante. Constatada a lacuna, deve-se procurar como paradigma uma lei usada em casos semelhantes⁵. A semelhança, entretanto, não está somente no fato jurídico. Deve haver, também, uma razão pra julgar de igual modo as duas situações⁶.

No presente caso, não há quaisquer dessas semelhanças. A começar, a atenuação de pena por confissão e as reduções por delação⁷ pertencem a categorias diferentes de alteração da pena. A primeira é uma circunstância atenuante genérica, levada em conta logo após a

³ DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro interpretada*. 17 ed., rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 132.

⁴A situação da defesa apresentada na Defensoria é ainda mais dramática pois bastava alegar que, por interpretação literal, o enunciado do artigo 65 do Código Penal, se sempre atenua a pena, o faz mesmo quando já se está no mínimo legal. O posicionamento continuaria minoritário, mas é tecnicamente razoável. Há também, na corrente contra-majoritária, quem invoque os princípios da legalidade e da igualdade. Sobre as linhas doutrinárias, conferir SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. - 3. Ed. - Curitiba: ICPC; Lumen Júris, 2008. p. 603.

⁵ DINIZ, Maria Helena. op. cit. p. 133.

⁶ Ibid. p. 136.

⁷ Aqui não se usa delação como sinônimo de colaboração premiada, que é restrito à lei de Organizações Criminosas. Delação é um gênero, concretizado especificamente em vários dispositivos diferentes e independentes.

fixação da pena-base do crime. A segunda, uma causa especial de diminuição específica a cada tipo penal e que incide como último elemento a ser considerado na pena⁸.

Dentre as principais distinções, está a discussão sobre exceder o mínimo legal. Enquanto para as causas especiais, em que se encontra a diminuição em dois terços por delação, a redução abaixo da pena mínima é pacificamente permitida⁹, para as atenuantes genéricas a mesma sorte não é concedida. "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal", diz a Súmula 231 do STJ.

Ainda, a opção pela causa especial de redução de pena, nos delitos em que é prevista, está intimamente ligada à identidade dos próprios delitos. Inclusive, a diminuição da pena pela colaboração no desmantelamento de associações criminosas está inserido no contexto de associações voltadas para crimes hediondos, apenas. Em contrapartida, a atenuante de confissão pode ser usada em qualquer cálculo independentemente do delito, abstraindo qual o crime confesso no caso concreto.

Verificada, então, a distante identidade entre as duas categorias que se pretende equiparar sob a técnica analógica, resta, se eventualmente ignorados os pontos que já por si só invalidam o pedido, atentar para a razão legal de se conceder ao delator o direito de ter sua pena reduzida em até dois terços. Nesse ponto, a previsão de diminuição da pena nas referidas leis citadas na peça não se deve à moralidade que existe em entregar, desmascarar ou revelar a identidade do criminoso. Busca-se, naqueles dispositivos, que a colaboração seja utilitária. Ou seja, a contribuição corrobora na liberação de um sequestrado, no desmantelamento de associações criminosas, na recuperação de produtos traficados, no desvendamento de uma trama delituosa contra o sistema financeiro¹⁰.

⁸ O ato delatatório pode atuar como causa especial de diminuição de pena em todos os dispositivos mencionados em que se pede analogia na peça da Defensoria. Contudo, a Lei 12.850/13 de Organizações Criminosas, por exemplo, ultrapassa essa classificação ao instituir a "colaboração premiada" no artigo 3º, I, como um acordo a ser realizado em qualquer estágio da persecução penal como método de investigação. Sendo um negócio jurídico, pode não só resultar na clássica causa especial de redução de pena mas também, dentre outras consequências, na extinção de punibilidade por perdão judicial, como dispõe o *caput* do artigo 4º, ou na não submissão ao processo judicial, como prevê o artigo 4º, §4º. Como o modelo trazido apenas questiona a redução da pena em dois terços, é prudente tratar a delação como uma causa especial de diminuição de pena.

⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. op. cit. p. 603.

¹⁰ Os exemplos dados estão, respectivamente: no artigo 159, § 4º do Código Penal; no artigo 8º, parágrafo único, da Lei 8.072/90, dos crimes hediondos; no artigo 41 da Lei 11.343/06, de drogas; no artigo 16, parágrafo único, da Lei 8.137/90, de crimes contra a ordem tributária, econômica e das relações de consumo, e no artigo 25, §2º da Lei 7492/86, dos crimes contra o sistema financeiro nacional. Estes são os mesmos dispositivos citados pela Defensoria.

A presença dessa teleologia utilitária é inequivocamente expressa na Lei 12.850/13, de Organizações Criminosas, que apenas garante a redução da pena, ou até o perdão judicial ou o não oferecimento de denúncia, se a colaboração ajudar nos resultados elencados em um dos seus incisos do artigo 4º¹¹.

Assim, não há que se falar no juízo moral entre assumir uma conduta delituosa e delatar a ação criminosa de outrem. Essa revelação de autoria está longe de ser suficiente para dar semelhança jurídica às duas categorias. Mais longe ainda, está a razão legal entre atenuar uma confissão e reduzir a pena de um delator.

Seguindo com a argumentação da peça analisada, um novo fato salta aos olhos. De brinde, a defesa ainda traz uma jurisprudência que, de tão pejorativa, parece querer assumir de forma jocosa que não acredita no que escreve. Não bastasse a data de 1996 e a arcaica designação do Tribunal como de Alçada, o julgado procede da rebelde e vanguardista segunda instância gaúcha. Se a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul atual já é, em potencial, conhecida como minoritária, imagine a situação dos julgados com vinte anos de desatualização.

Demonstrados todos os inconvenientes jurídicos que tal defesa possui, cumpre ressaltar que o presente trabalho não quer denunciar a má qualidade da prestação de assistência gratuita pela Defensoria Pública. Antes de tudo, quer refletir sobre as alternativas jurídicas que encurralam o órgão em um serviço ilógico e sobrecarregado. A qualificação de seus servidores, submetidos a um concorrido concurso público, é incontestável.

Trazer essa tese defensiva serve de exemplo para evidenciar o cinismo de uma defesa que já nasce sabendo ser insustentável. Sem ter onde se apoiar, cria uma lacuna que não existe e a preenche sem solidez. Por isso, é muito improvável, ou quase impossível, que o modelo trazido seja capaz de algum êxito no tribunal. Aliás, o fracasso já é esperado, pois a peça analisada envolve situações de pouco ou nenhum conteúdo técnico de defesa.

¹¹ Artigo 4º da Lei 12.850/13: "I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada". Texto completo desta lei disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 15 ago. 2017.

Caso provado num processo hipotético sem irregularidades, um crime confesso sentenciado ao mínimo legal em tese nada tem a ser questionado do ponto de vista defensivo¹². Com isso, o esforço criativo de se conseguir escrever alguns parágrafos de fundamentação, ainda que descabidos, já é algo de certa forma heroico.

Entretanto, por quê é feito um serviço desses? O absurdo trabalho de se criar teses descaradamente desacreditadas deve existir para garantir ao réu o direito a recorrer? Não tem como recorrer sem que se invente uma fundamentação jurídica? Nesse sentido, a presente monografia se presta a avaliar o limite da necessidade de defesa técnica nas razões de apelação, que consistem na peça jurídica que busca fundamentar o recurso contra a sentença condenatória de primeira instância.

O momento processual da Apelação tem uma escolha motivada em detrimento das demais etapas do processo na primeira instância e nos tribunais superiores. Durante a instrução do processo em primeira instância, o acompanhamento técnico pode ser estratégico ou programático. Estratégico pois, na primeira aparição com a Resposta à Acusação, é muito comum que, não sendo o caso de absolvição sumária e nem de rejeição da denúncia¹³, a defesa se manifeste apenas no sentido de indicar que segurará os fundamentos para as Alegações Finais, que é a última manifestação das partes antes da sentença e, conseqüentemente, não pode ser rebatida pela acusação.

É também programático pois, ainda que a instrução probatória já tenha comprovado a autoria e a materialidade do crime necessárias para a condenação, o réu tem o direito a uma pena justa. Assim, cabe à defesa técnica pedir que a pena aplicada seja pelo menos a mínima

¹² Exceto a já vista minoritária e jurisprudencialmente superada interpretação literal de que a pena sempre é atenuada pela confissão.

¹³ Quando a acusação oferece uma denúncia, esta é recebida pelo juiz e apresentada à defesa para uma resposta. Embora seja irrestrito o tratamento de mérito permitido, a Resposta à Acusação prevista no artigo 396-A do Código de Processo Penal é a oportunidade que tem o réu de fazer o juiz rever o ato de recebimento liminar, se alguns dos requisitos do artigo 395 não tiverem sido observados, ou de mostrar que o réu pode ser antecipadamente absolvido sem a necessidade de se continuar com o processo, se presente alguma situação do artigo 397. Conferir BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2015. pp. 595 e 596.

possível¹⁴, num juízo de razoabilidade. Aqui, não se trata de pura retórica. Pleiteia-se que a sentença se atente para princípios os quais realmente devem ser seguidos.

Os tribunais superiores, por sua vez, não são contemplados pelo princípio do duplo grau de jurisdição em um processo comum original da primeira instância. Portanto, a fase do recurso para a segunda instância parece a mais interessante para o trabalho por explorar, dentro de um contexto em que o réu tem o direito ao reexame da sua condenação, o limite conceitual do direito à defesa técnica.

Quanto ao recorte funcional, a escolha da Defensoria Pública se dá em função da obrigatoriedade da prestação do serviço público de assistência judiciária. Dessa forma, o defensor público está aparentemente mais encurralado a exercer esse desafiador papel de defender um réu em casos sem teses jurídicas a seu favor.

¹⁴ Não é pacífico que as alegações finais pedindo apenas a pena mínima seja considerada uma defesa efetiva, vide o *Habeas Corpus* 82.672-RJ do STF que tratou do caso como sendo situação de nulidade. Conferir STF, HC 82672, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 14/10/2003, DJ 01-12-2006 PP-00076 EMENT VOL-02258-02 PP-00297. Inteiro Teor do acórdão disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=393050>>. Acesso em: 9 nov. 2017.

1. QUESTÕES METODOLÓGICAS

1.1 Materiais

Tirando o modelo de defesa na introdução, trazido do núcleo de Planaltina da Defensoria Pública do Distrito Federal, as informações contidas nesta monografia basicamente se respaldam em livros, textos, revistas e artigos científicos, leis, súmulas e acórdãos. Muitos deles foram indicados pelo orientador e outros tantos foram encontrados por referência cruzada nos materiais lidos. Uma parte residual foi encontrada na internet a partir de difundidas plataformas de busca.

Ainda, vários textos e livros que fizeram parte da bibliografia obrigatória das disciplinas de graduação foram revisitados para o presente trabalho, no intuito de consolidar o conhecimento jurídico que é veiculado na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Além disso, a preocupação em, sempre que possível, valer-se da produção intelectual de professores da casa é um dever de propagação da relevância desta faculdade para tratar de assuntos jurídicos de transcendência nacional e internacional.

1.2 Que área do conhecimento priorizar?

Talvez muitas conclusões aqui tomadas não sejam uma novidade na prática de diversas unidades da Defensoria Pública pelo Brasil, as quais já podem ter se deparado com o problema e encontrado uma solução. Entretanto, reportar essas soluções requer um esforço jornalístico que escapa a capacidade de desenvolvimento de uma monografia de graduação em Direito. Por isso, não há como saber se, por acaso, a Defensoria Pública de onde foi retirado o arquivo mostrado na introdução é a única que se vê presa a criar defesas técnicas sabidamente descabidas para colocar nas razões de apelação. Mesmo assim, tal fato já é suficientemente relevante por ressaltar a possibilidade de um serviço público de assistência judiciária apresentar esse impasse, que inclusive é moral.

Também, o levantamento sobre a hipotética ineficiência dos recursos feitos pela Defensoria, pela obrigatoriedade de defender tudo, em comparação com a média geral de eficiência das apelações no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios apenas poderia gerar um pouco mais de atenção para o problema apontado, mas não o resolveria. Criaria apenas um novo ponto de partida para uma nova análise jurídico-dogmática a partir

da produção de efeitos que a situação gera¹⁵. O cerne da questão, na verdade, lida diretamente com o dilema decisório na atuação do defensor público.

Diferentemente da ciência que seria necessária para esse estudo de eficiência ou para o mapeamento das soluções já dadas ao problema, a qual tem o dever de uma intenção de verdade verificável sobre uma realidade a ser desvendada¹⁶, o Direito é uma área de conhecimento que define as próprias regras¹⁷. Assim sendo, não está sob um problema de verificação ou refutação da verdade, e sim sob uma questão de decidibilidade, cuja correção é mais ligada aos instrumentos utilizáveis¹⁸.

Nesse sentido, tentar dignificar a monografia com critérios científicos de análise sociológica não seria capaz de desenvolver as condições mais pertinentes ao problema jurídico trazido, que envolve as possibilidades de atuação do defensor público em uma defesa. Por isso, este trabalho não pretende cortar as asas da racionalidade jurídica específica, sob pena de outros campos do saber atuarem em um imperialismo disciplinar que reprime a análise dogmática do que é juridicamente possível¹⁹.

Tércio Sampaio exprime bem essa ideia no seguinte trecho:

“ [...] há correntes que praticam uma espécie de sociologismo jurídico com a expressa intenção de fazer do pensamento jurídico uma ciência social empírica nos moldes das ciências do comportamento. Mas não é a elas que nos reportamos neste passo. Mantemos, por isso, a ideia diretriz que comanda nossa exposição: a de que o pensamento dogmático é um pensamento tecnológico específico voltado para o problema da decidibilidade normativa de conflitos”²⁰.

Se, na percepção supracitada, interferências externas ao Direito podam a dogmática, esta seria um genuíno expoente do conhecimento jurídico. Como tal, deve ser valorizada ante outras ciências que aparentam maior confiabilidade.

¹⁵ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 139.

¹⁶ *Ibid.* p. 82.

¹⁷ Fala-se em princípio da inegabilidade dos pontos de partida. Conferir FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *op. cit.* p. 92.

¹⁸ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *op. cit.* pp. 86 e 87.

¹⁹ NEVES, Marcelo. “Pesquisa interdisciplinar no Brasil: o paradoxo da interdisciplinaridade”. *In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2005, pp. 209 e 210.

²⁰ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *op. cit.* pp. 156 e 157.

O Direito não é pior e nem menos rigoroso por não ser uma ciência comum. Ressaltar a ciência jurídica²¹ como algo descritivo e que flerta com ideais de objetividade e avaliabilidade das outras ciências²² é um tanto forçado e desnecessário. Dessa forma, um trabalho de conclusão de curso de Direito deve prestar uma homenagem à área de conhecimento estudada em cinco anos de graduação, mesmo que essa área, jurídica, não se aproxime da abordagem científica tradicional.

O cenário de alternativas para tratar o mesmo assunto é desafiador. O Direito oferece uma contingência de probabilidades sobre as medidas que podem estar sendo tomadas quanto a esse problema nos diversos núcleos de Defensoria Pública pelo Brasil e também oferece base argumentativa para poder se tratar um problema sobre diversos pontos de partida²³. Apesar do seu valor, o questionamento fora do ordenamento não é, de início, essencial para o presente trabalho, que, se possível, pretende dar uma solução fundamentada que possa ser usada na prática pelos defensores.

Na medida das contingências tratadas, tanto no plano casuístico quanto no normativo, o estudo dogmático entraria como um limitador de possibilidades para controlar a credibilidade do dilema de decidir juridicamente²⁴. Portanto, parece que os limites da disponibilidade da defesa técnica nas razões de apelação feitas pela Defensoria Pública precisam principalmente de uma abordagem dogmática, que atue entre os dois polos fluidos “como instrumento mediador entre a generalidade das normas e a singularidade dos casos concretos”²⁵.

1.3 A dogmática para além da magistratura

A pendência da dogmática para o lado do Juiz é um fato reconhecido, e não desejável. A dogmática se desenvolve na aplicação do direito por um terceiro e precisa ser corrigida por

²¹ Giuseppe Lumia usa o termo jurisprudência, que assim é encontrado nas correntes de Jurisprudência Analítica ou da Jurisprudência dos Conceitos, por exemplo. Tem o sentido de “faculdade de jurisprudência”, que se equivale à concepção de ciência jurídica. Contrapõe-se à noção de repertório jurisprudencial usada para se referir a um todo de decisões judiciais. Conferir LUMIA, Giuseppe. *Elementos de teoria e ideologia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 5. Parece remeter à *jurisprudencia* romana, que é “um conjunto de práticas institucionais e intelectuais mediante as quais os romanos passaram a tratar de muitos dos problemas de sua vida social” resultante da aplicação do método estoico da dialética na prática. Erroneamente, a ela, que era desprovida de formalismo sistemático, se atribui o surgimento de uma nova ciência de cunho jurídico. Conferir CASTRO, Marcus Faro de. *Formas jurídicas e mudança social: interações entre o direito, a filosofia, a política e a economia*. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 35 e 39.

²² LUMIA, Giuseppe. op. cit. p. 9.

²³ Como exemplo, dá para questionar as próprias normas jurídicas a partir do conceito de Justiça, o que teria valor prático substancial diante da possibilidade positivista de que o ordenamento jurídico mude.

²⁴ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. op. cit. pp. 96 e 97.

²⁵ Ibid. p. 95.

estratégias advocatícias com elementos estranhos à imparcialidade natural da sua racionalidade²⁶.

Nesse ponto, uma tênue diferenciação precisa ser feita. A imparcialidade que requer o magistrado é diferente da que requer a dogmática. A primeira deve ser encarada com relação às partes. O juiz não pode se mostrar mais favorável a uma parte em relação a outra, a ponto de querer condená-la de qualquer forma. Contudo, desde que se respeite todas as regras e garantias que o processo requer, o juiz brasileiro, sem compromisso estrito com a ciência jurídica mais adequada, tem livre convencimento motivado²⁷ diante das provas produzidas e pode ir, se fundamentar, pelo rumo interpretativo que preferir.

A dogmática, por mais que possa incidir sobre diversos objetos de estudo, não é de aplicação muito livre. É possível que assuma um modelo analítico, que sistematiza regras de modo formalista para depois tentar adequar decisões aos conflitos dentro dessa sistematização²⁸. Nessa medida, a imparcialidade não é sobre as partes do conflito, mas sim sobre as normas postas sob análise, sendo este tipo de imparcialidade plenamente compatível com outras carreiras jurídicas que não a magistratura.

Se a imparcialidade não é a mesma nos dois contextos, assim também não é a decidibilidade. Em sentido processual, decisão é uma categoria de atos feitos pelo juiz, englobando a sentença. Pressupõe uma solução encontrada para resolver o conflito dizendo o direito no caso concreto com força definitiva²⁹. Nesse sentido, as decisões judiciais têm imperatividade suficiente para encerrar uma disputa, mas não necessariamente têm a melhor fundamentação possível para o assunto.

Embora a decisão solucione o problema sem o eliminar³⁰, seria bastante desejável que um magistrado se valesse da boa dogmática para que a forma encontrada para resolver o caso também seja espelho para elucidar o debate jurídico como um todo³¹. Porém, um juiz não está

²⁶ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. op. cit. pp. 79 e 80.

²⁷ O artigo 200 do Código de Processo Penal exige que o livre convencimento seja fundado no exame de provas em conjunto.

²⁸ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. op. cit. pp. 117 e 118.

²⁹ Esse é um dos conceitos de Jurisdição. A força definitiva que possui decorre do plano interno da Soberania, o qual se baseia na ideia de monopólio do uso da força estatal.

³⁰ DINIZ, Maria Helena. op. cit. p. 128.

³¹ A dogmática deve ter uma visão holística para o Estado Democrático de Direito. Como já dito, vale lembrar que ela não se aplica somente às leis. Esta monografia não se coaduna com decisões cegas que se passam por técnicas quando, na verdade, ignoram uma série de garantias e direitos fundamentais.

obrigado a resolver o problema de acordo com a ciência jurídica mais adequada. Está, antes de tudo, obrigado a decidir e a fundamentar³².

Portanto, sabendo que a atividade decisória do juiz nem sempre toma o cuidado de limitar seus parâmetros com consistência dogmática, é importante perceber que a decidibilidade no presente trabalho não se assemelha com a decidibilidade jurisdicional. Simplesmente, diz sobre a situação de se deparar com as confusões do ordenamento jurídico e escolher qual direção argumentativa parece mais adequada.

Ao contrário da atividade jurisdicional, é intelectualmente honesto que um problema sem solução normativa seja de fato reportado dessa forma, ainda que o estudo recue para pontos de partida mais abstratos. Por isso, academicamente, os limites iniciais e finais da jurisdição devem ser ultrapassados: tanto é possível ousar encontrar a posição mais certa para o assunto, na pretensão de eliminar o impasse, quanto é louvável concluir que não há fundamentação suficiente para que o ordenamento se debruce sobre o caso.

Assim, seja pela questão da decidibilidade ou seja pela questão da imparcialidade, a atividade de um juiz é diferente e independente da análise dogmática, que comporta outros olhares. Dessa forma, um estudo dogmático feito sob o ponto de vista do defensor público não é um erro.

1.4 A dogmática e seus modelos

Escolhido o caminho, novos dissabores podem surgir em função do potencial destrutivo que possui a abstração classificatória da ciência jurídica. Embora seja tecnológica e queira facilitar ou estabilizar questões práticas de decidibilidade, a dogmática tem muito gosto pela conceituação histórica e pela aferição sistemática sobre o objeto de estudo trabalhado³³.

Acaba, com isso, indo longe demais da realidade não só nos assuntos em que versa, mas também na forma com que os trata. Por um lado, quer explorar noções de “abstração da

³² Não decidir por falta de fundamentação cabível é proibido na atividade de um magistrado. Em decorrência da inafastabilidade da apreciação judiciária constatada no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, o artigo 140 do Código de Processo Civil, por exemplo, dispõe que "O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico". Nessa linha, o artigo 93, IX da Constituição registra que “[...] todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”.

³³ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. op. cit. p. 6.

abstração, função das classificações, natureza dos conceitos”³⁴. Por outro, quer fazer perfeitas subdivisões sem perceber que não está lidando com conceitos de mesma natureza³⁵.

O flerte com deslizes conceituais é inevitável em uma área que é obrigada a entender conjuntamente elementos mecânicos, que funcionam a partir do encaixe estanque de conceitos excludentes entre si, e elementos orgânicos, que necessitam de compreensão conceitual unitária e subjetiva³⁶. No entanto, mesmo se articulando por dicotomias³⁷, o estudo dogmático pode ser entendido a partir de propósitos muito claros para encarar problemas de decidibilidade. Procura encontrar funcionalidade: em novos fatos relevantes; na assimilação de sentido das relações entre o conflito e a possível decisão; na organização sistemática do objeto de estudo. Tais funções predominam, respectivamente, em instrumentos dogmáticos de modelo empírico, hermenêutico e analítico³⁸.

Pelo modelo empírico, busca-se alternativas práticas para a decidibilidade. O operador do direito encara até mesmo as possibilidades extra-formais de atuação, pois o foco está na interação e adaptação do comportamento humano com as exigências do sistema normativo³⁹. É o que acontecia, por exemplo, quando um promotor desistia de fazer uma denúncia pela quase certa chance de o crime vir a prescrever quando a pena for calculada⁴⁰. Trata-se do modelo menos interessante para este trabalho, que estuda os caminhos possíveis de defesa em uma peça jurídica própria: as razões de apelação. O fato de um defensor tentar convencer o réu a não recorrer é irrelevante enquanto solução para o problema do que se pode alegar dentro das razões. Aliás, o contato entre defensor e réu muitas vezes nem existe.

³⁴ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. op. cit. p. 5.

³⁵ Ibid. pp. 74 e 75. De fato, é necessário muito pouco contato com o direito para saber que está rodeado de sistematizações didáticas ontologicamente constrangedoras. Um célebre exemplo é a subdivisão do processo, adotada no Código de Processo Civil de 1973, em de conhecimento, execução e cautelar, como defendia Liebmann. Calamandrei chamou a atenção de que os critérios que levaram o processo a ser dividido nessas três categorias são tão díspares quanto os de quem quiser dividir os seres humanos em homens, mulheres e europeus. Sobre a divisão do processo, conferir PACHECO, Iara Alves Cordeiro. Revisão da autonomia do processo cautelar. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região — Direção e Coordenação da Escola da Magistratura*— n.13. Campinas: Editora LTr., 2001. p. 69. Disponível em:<http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/2647700/R+13-2000.pdf/9a8aaa2b-603c-4c3b-a458-09d02692e798>. Acesso em: 20 set. 2017. Sobre a crítica de Calamandrei, conferir BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. “*Curso de Processo Civil*”, Vol. 3, Processo Cautelar, SP: RT, 1998. pp. 103 e 104, *apud*: PACHECO, Iara Alves Cordeiro. op. cit. p. 69. Disponível em:<http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/2647700/R+13-2000.pdf/9a8aaa2b-603c-4c3b-a458-09d02692e798>. Acesso em: 20 set. 2017.

³⁶ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. op. cit. p. 137.

³⁷ LUMIA, Giuseppe. op. cit. pp. 7 e 8.

³⁸ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. op. cit. pp. 119 e 120.

³⁹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1991. p. 92.

⁴⁰ Acontecia, mas não deve acontecer mais. A prática dessa prescrição virtual foi considerada inadmissível na Súmula 438 do STJ.

O modelo analítico é o mais formalista e exegetico. Trabalha com procedimentos dialéticos de encaixe, aproximação e diferenciação do sistema normativo. Em vez de encarar as normas a partir da realidade, filtra as situações pelo olhar normativo⁴¹. Tal linha de enfrentamento da decidibilidade é de grande valor para o trabalho, pois mapear as normas que incidem sobre a atuação do defensor público é indispensável para resolver o problema do limite da defesa técnica. Ainda, se achada uma resposta no plano analítico, a monografia sairia cumprindo um grande papel social na medida em que entregaria uma fundamentação formal a ser usada pelos defensores.

Entretanto, esse formalismo puro e simples não se sustenta diante da dinâmica do mundo jurídico. Assim, o modelo analítico inaugura um espectro que se desloca, para fins de completude, cada vez mais para interpretações do ordenamento. Conforme preciso, a analiticidade vai se valendo de técnicas hermenêuticas. Por isso, não deixa de trabalhar com o sentido do texto visando uma coerência conceitual que ultrapassa o juízo estritamente lógico-formal e exegetico⁴².

Por último, o modelo hermenêutico se preocupa com o que a decisão significa e responde muitas dúvidas que o modelo anterior seria incapaz de resolver sozinho. Tendo a liberdade do intérprete como pressuposto, atenta para a legitimidade jurídica de consequências geradas pela decisão. Nesse sentido, a hermenêutica se abre muito para a teleologia dos princípios⁴³.

Pelo descrito, a interpretação hermenêutica é peça chave para encarar os problemas da pesquisa. Traduzir para o sistema normativo a ilegitimidade do que parece já um contrassenso na prática é o que se pretende fazer para entender a anti-juridicidade de a Defensoria apresentar defesas técnicas inadequadas pela sua simples inevitabilidade. Por outro lado, a principiologia penal também quer que elementos extra-analíticos atentem para as consequências jurídicas de uma decisão satisfatoriamente fundamentada em regras.

⁴¹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. pp. 117, 118, 124, 125, 131 e 148.

⁴² FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. op. cit. pp. 145 e 147. Sobre o tema, um caso engraçado de exagero de literalidade ante a coerência conceitual acontece no Direito das Sucessões. Maria Berenice Dias, em posição extremamente minoritária, acredita que o cônjuge herda em concorrência com os os filhos quando não há bens particulares do autor de herança. Fundamenta sua posição em função de um ponto-e-vírgula presente no artigo 1829, I do CC. Conferir DIAS, Maria Berenice. Ponto-e-vírgula. *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 3, n. 74, 10 mai. 2003. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/artigos/125-artigos-mai-2003/4840-ponto-e-virgula>. Acesso em 24 set. 2017. A discussão acerca do artigo 1829 é muito bem levantada no REsp 1.117.563/SP do STJ.

⁴³ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. op. cit. pp. 118, 140, 143 a 145, 149 e 150.

Dessa forma, uma mistura analítico-hermenêutica guia muito bem a busca por soluções dentro do sistema normativo. Nessa mistura, as regras e os princípios que dizem respeito à defesa técnica e aos deveres do defensor público devem ser sistematizadas em harmonia e coerência. O estudo de estruturas, hierarquias e relações de posição entre as normas está totalmente dentro dos instrumentos que o trabalho se propõe a fazer⁴⁴.

Estando o limite conceitual de defesa técnica em dúvida, tal objeto de estudo da dogmática não é um dogma. Dogma é tudo aquilo que o circunda e é oferecido em uma investigação que foca em respostas com raciocínio jurídico. Enquanto isso, as incertezas antecedem a experiência jurídica e podem pautar o estudo em perguntas⁴⁵ que rompem com a deontologia⁴⁶.

Com isso, o estudo da defesa técnica requer algo além de sua posição sistemático-normativa. Por aparente sorte, não dá pra estudar um princípio como a ampla defesa sem notar que o conceito possui vida própria. A sorte é aparente pois talvez aí esteja a origem do problema: como decorrência do devido processo legal⁴⁷, a ampla defesa não só é um princípio como também vem de uma tradição distante da realidade codificadora. Por tal razão, os instrumentos analítico-hermenêuticos devem se abrir para uma ampla investigação conceitual que admita compreensões não necessariamente positivadas na lei.

⁴⁴ Separar a dogmática da teoria geral do direito, sendo esta responsável por aspectos formais e aquela entendida como uma mera análise de conteúdo, não fará muita diferença. Se estiver dentro da dogmática, as questões formais serão um próprio dogma usado pra responder as dúvidas sobre o limite conceitual da defesa técnica. Se não for entendida como pertencente ao estudo dogmático, a teoria geral do direito entra neste trabalho como um pressuposto, de qualquer jeito. Sobre a dogmática como mera análise de conteúdo, conferir LUMIA, Giuseppe. op. cit. p. 5.

⁴⁵ A elas, Tércio Sampaio dá o nome de questões zetéticas.

⁴⁶ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. op. cit. pp. 88 a 91.

⁴⁷ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*: (processo civil, penal e administrativo). 12. ed. rev., ampl. e atual. com as novas Súmulas do STF (simples e vinculantes) e com o novo CPC (Lei 13.105/2015). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 105.

2. DIREITOS DO APELANTE

2.1 A ampla defesa

Se o que se quer é entender até onde pode ir o defensor público para defender o réu, deve-se ter por base os direitos do condenado a serem respeitados. Como não poderia deixar de ser, o principal direito em jogo quando alguém recorre e não encontra respaldo jurídico para ser defendido é o direito à ampla defesa. Portanto, entendê-la e analisar tudo em sua volta é imprescindível.

2.1.1 A ampla defesa como uma vertente do devido processo legal processual

Assim como a isonomia, o juízo natural, a inafastabilidade, o contraditório, a proibição da prova ilícita, a publicidade, o duplo grau de jurisdição, a motivação, a presunção de inocência e a celeridade⁴⁸, a ampla defesa decorre logicamente da construção conceitual do devido processo legal. Sendo este princípio a origem da matéria visada, estudá-lo é também estudar a ampla defesa antes de ela se diferenciar.

O devido processo legal nasceu no direito inglês, que surgira como alternativa ao direito canônico ou romano num período de dominação normanda na Inglaterra⁴⁹. Foi pela primeira vez positivado no item 39 da Magna Carta de 1215 ao prever que qualquer lesão jurídica a um homem livre somente seria cancelada pelo Estado após um julgamento entre pares ou pela lei do país⁵⁰. Em sentido muito semelhante, o devido processo legal era o meio pelo qual seria legítimo interferir no trinômio vida-liberdade-propriedade de acordo com as declarações de direito que surgiram no processo de independência americana⁵¹.

A partir de um amplo trabalho de revelação conceitual que estabelece limites ao poder governamental desde o século XVIII, a Suprema Corte americana passa a sinalizar que o devido processo legal também tem repercussão fora da esfera processual, atuando mediante princípios fundamentais da liberdade e justiça. Engloba, entre outras coisas: a garantia dos

⁴⁸ NERY JUNIOR, Nelson. op. cit. p. 106.

⁴⁹ CASTRO, Marcus Faro de. op. cit. pp. 49 a 64.

⁵⁰ A expressão *due process of law* não estava presente, pois veio a surgir só no século XIV. Conferir NERY JUNIOR, Nelson. op. cit. p. 107.

⁵¹ NERY JUNIOR, Nelson. op. cit. p. 108.

direitos fundamentais, podendo inclusive fazer revisão judicial de atos administrativos que os desrespeitem; o princípio da legalidade; os limites do poder de polícia; a irretroatividade penal⁵².

Nesse sentido, pode-se encarar o devido processo legal tanto na sua concepção processual, mais tradicional, quanto na sua concepção material. Contudo, a despeito de a Constituição Federal prever respectivamente esses dois aspectos nos incisos LV e LIV do artigo 5º⁵³, predomina doutrinariamente o tratamento adjetivo.

Chamado na Europa de justo processo, o devido processo legal processual é que está previsto, por exemplo, no artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem⁵⁴, em que se fala do direito do acusado de defender de si próprio ou ter a assistência de um defensor⁵⁵. Mais uma vez, a ampla defesa está dentro da noção de devido processo legal processual.

Sabendo disso, o primeiro ponto de flexibilidade da ampla defesa começa a surgir, antes de este trabalho ingressar na analiticidade dos dispositivos legais: o sentido processual do devido processo legal é restrito e variável⁵⁶. Assim, a depender da natureza da ação, os direitos garantidos podem mudar sensivelmente para se adequarem às necessidades processuais.

Quando Nelson Nery Junior elenca todas as decorrências do devido processo legal processual no direito brasileiro e logo depois faz o mesmo adaptado ao processo civil, há uma enorme discrepância⁵⁷. Como um todo, o devido processo legal processual resulta no direito: a ser citado e conhecer o teor da acusação; a um rápido e público julgamento; ao arrolamento de testemunhas e sua notificação; ao contraditório; à irretroatividade; à igualdade entre acusação e defesa; à legalidade na busca e apreensão; à proibição de provas ilícitas; à assistência judiciária gratuita; à não auto-incriminação. No processo civil brasileiro, o devido

⁵² Já em 1798, no caso *Calder vs. Bull*, falava-se em *judicial review* para garantir direitos fundamentais. Conferir NERY JUNIOR, Nelson. op. cit. pp. 109 a 113.

⁵³ Importa notar que a correlação feita entre os dispositivos citados associa a ampla defesa, presente no inciso LV, como uma vertente do sentido processual. Conferir VELLOSO, Carlos Mário. Devido processo legal e acesso à justiça. *Correio Braziliense*, Distrito Federal, 01 dez. 2008. Direito & Justiça, p. 1. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/CarlosVelloso/ArtigosJornais/834150.pdf>>. Acesso em: 02 out. 2017.

⁵⁴ NERY JUNIOR, Nelson. op. cit. pp. 115 e 118.

⁵⁵ O texto da CEDH está disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em 03 out. 2017.

⁵⁶ NERY JUNIOR, Nelson. op. cit. p. 113.

⁵⁷ NERY JUNIOR, Nelson. op. cit. pp. 113 e 114.

processo legal se concretiza, para o autor: na igualdade das partes; na garantia da ação; no direito de defesa; no contraditório.

Mudam de uma área pra outra, é claro, sempre incorporando o máximo possível de garantias que fazem sentido para determinada prática judicial. O fato de o processo civil observar menos tutelas ao réu do que o processo em geral e do que o processo penal não quer dizer que foram feitos cortes deliberadamente arbitrários no devido processo legal daquela seara. Com o mesmo nível de saturação que o processo penal, o processo civil brasileiro tenta encaixar tudo que consegue do devido processo legal processual, mas mesmo assim muita coisa ainda fica de fora, por simples incompatibilidade.

Se de uma área para outra faz sentido essa adaptação, também não faria sentido que o princípio se adequasse de maneira semelhante nos diversos assuntos dentro do processo penal? A obrigatoriedade de defesa técnica fundamentada tentando obter vantagem para o apelante em casos indefensáveis nas razões de apelação não estaria sobrando enquanto direito que simplesmente não tem como ser usufruído?

O argumento não é analógico em relação a outras manifestações mais brandas do princípio. Compreende a fisiologia de como um princípio incide de forma variável em realidades diferentes. Aliás, é exatamente nessa otimizada possibilidade⁵⁸ de se encaixar entre o tudo ou o nada⁵⁹ que o princípios se diferenciam das regras.

Para esse raciocínio, o pressuposto de que o caso a ser defendido é juridicamente indefensável é imprescindível. Do contrário, não haveria sobra no direito à defesa técnica, pois ela seria possível e, diante dessa possibilidade, deveria ser garantida. Agora, nos termos do problema do trabalho, o preenchimento do processo penal pelo devido processo legal processual não tem a menor necessidade de que haja esse tipo de defesa técnica, que por ser incompatível transborda para fora de onde as garantias são de fato aproveitáveis. O resultado trágico dessa obrigatoriedade já foi conhecido qualitativamente na introdução desta monografia.

⁵⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. pp. 90 e 91.

⁵⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39.

Em um primeiro momento, a tautologia de que não deveria haver defesa técnica fundamentada de modo a beneficiar o réu nas razões de apelação de um caso não defensável parece um vício do próprio trabalho, que se apoia no pressuposto da impossibilidade de defesa para constatar que não há espaço para ela. Entretanto, esse é o próprio absurdo que se pretende trazer à tona. Como visto pelo modelo trazido no início, a Defensoria Pública tem tanto medo de ferir direitos do réu que se submete a tal tipo de serviço ilógico.

Portanto, a ampla defesa, enquanto vertente do devido processo legal processual, é um princípio restrito e variável que deve ser espremido ao máximo de sua utilidade e potencialidade⁶⁰ dentro de cada área em que atua. A maior incidência em um momento do que em outro não pode ser feita por cortes arbitrários ao direito do réu, mas puramente seguir critérios de viabilidade e compatibilidade desse princípio no contexto processual em discussão. Nesses termos, a defesa técnica das razões de apelação parece não ter espaço pra ser sempre obrigatória em absoluto.

2.1.2 A noção doutrinária de ampla defesa: autodefesa e defesa técnica

Sempre imbricada com o contraditório⁶¹, a ampla defesa se concretiza nas estratégias usadas nas oportunidades que o contraditório dá⁶² de o réu falar, ser ouvido e poder influenciar em uma decisão. Como pressuposto para ser praticada, requer que a acusação dê completa informação sobre o que acusa⁶³. Enfim, a sua manifestação se dá por duas formas: pela autodefesa ou pela defesa técnica.

A autodefesa compreende tudo que envolve a atuação do próprio réu. Por um lado, a autodefesa garante de maneira restrita e objetiva⁶⁴ o direito de o réu mostrar que as acusações não procedem, por exemplo, explicando espontaneamente para o juiz a situação que se apura, posicionando-se em relação a novos fatos no processo⁶⁵ ou contraproduzindo provas se

⁶⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. p. 99.

⁶¹ Mesmo quando a defesa vem só depois de uma decisão, fala-se em contraditório diferido.

⁶² CHAVEIRO, Jovenal Junio. O princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa no processo administrativo disciplinar. In: *Revista Digital de Direito Administrativo*. Ribeirão Preto, v. 2, n. 1, p. 426, 2015. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/86875/92278>>. Acesso em: 7 ago. 2017.

⁶³ CHAVEIRO, Jovenal Junio. op. cit. p. 426.

⁶⁴ SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*; prefácio Maria Thereza Rocha de Assis Moura. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2004. p. 225.

⁶⁵ Fala-se em direito de audiência e direito de presença. Conferir: NERY JUNIOR, Nelson. op. cit. p. 286.; CHAVEIRO, Jovenal Junio. op. cit. p. 431.

necessário⁶⁶. Essa é a chamada perspectiva positiva da autodefesa⁶⁷. Por outro lado, também se garante o direito de não colaborar com as investigações, valendo-se do conhecido chavão de que um acusado não é obrigado a produzir provas contra si mesmo⁶⁸. Trata-se, agora, do aspecto negativo da autodefesa⁶⁹.

É interessante salientar que nas duas formas de autodefesa é possível que o réu renuncie às garantias. Em tese, faz isso, no primeiro caso, quando opta por não produzir provas e, no segundo caso, quando se submete a colaborar assoprando o bafômetro em uma blitz de trânsito. Contudo, essas meras participações ou estratégias não incriminadoras não parecem bem uma renúncia em certa medida. Somente se transita de uma ponta a outra dentro da noção de autodefesa.

No fundo, quem se dispõe da autodefesa negativa exerce a autodefesa positiva, pois não participar do interrogatório também é usar o direito ao silêncio, e fazer questão de produzir uma prova potencialmente prejudicial é usar o direito de provar a própria inocência. Só se renuncia, de fato, quando espontaneamente o acusado se auto incrimina, como na confissão ou na situação de assoprar o bafômetro quando está dirigindo alcoolizado.

Ainda que possa vir a ter um papel central dentro da fundamentação técnica, a autodefesa não é o foco do trabalho, pois este não quer investigar que opções o condenado tem para a sua defesa, mas sim quais as alternativas decisórias que restam para um defensor que deve atuar em prol do condenado. Aliás, a situação trazida na introdução se depara com o fato de que o réu não nega que praticou o crime provado. Apenas recorre pela simples e pura garantida possibilidade de fazê-lo.

Diferentemente da autodefesa, a defesa técnica é indisponível⁷⁰ e prevalece mesmo se o réu não quiser se defender⁷¹. De acordo com a doutrina, a defesa técnica funciona de modo a enriquecer a participação defensiva ampliando os argumentos do debate que serve de substrato para a decisão judicial⁷². Deve buscar um equilíbrio funcional entre defesa e

⁶⁶ O direito de se mostrar inocente é tão forte que a doutrina admite uso de provas ilícitas pelo réu, em uma leitura ampla acerca do estado de necessidade. Conferir OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. op. cit. pp. 46 e 47.

⁶⁷ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. pp. 98 e 99.

⁶⁸ Consolidado no brocardo *nemo tenetur se detegere*.

⁶⁹ LOPES JR., Aury. op. cit. pp. 100 e 101.

⁷⁰ SAAD, Marta. op. cit. pp. 211 e 227; LOPES JR., Aury. op. cit. pp. 97 e 98,

⁷¹ Até o STF registrou esse entendimento na Súmula 705: "A renúncia do réu ao direito de apelação, manifestada sem a assistência do defensor, não impede o conhecimento da apelação por este interposta".

⁷² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. op. cit. p. 100.

acusação e garantir tranquilidade tanto para o réu quanto para a sociedade, que também está interessada na verificação da correição na persecução penal⁷³. Dessa forma, a defesa técnica atua de modo a fiscalizar o processo, prevenindo-o de arbitrariedades⁷⁴.

Além disso, não pode ser burocrática, exigindo uma contribuição efetiva⁷⁵, sob pena de o réu ser considerado indefeso e ter para si outro defensor nomeado. Diante de possíveis dificuldades para tentar juridicamente livrar o réu da acusação, Eugênio Pacelli de Oliveira constata:

“Em alguns casos, excepcionais, por certo, a orientação técnica no sentido da confissão, acompanhada da impugnação de determinadas qualificados ou causas de aumento, quando presentes provas robustas da autoria do fato, poderá se revelar a mais adequada em algumas situações, até para que a defesa não se veja fragilizada, do ponto de vista de sua consistência lógica. Insistir, por exemplo, na tese da negativa de autoria, para em seguida argumentar, como eventualidade na impugnação, acerca da existência de legítima defesa, nem sempre será possível”⁷⁶.

Como se percebe, a noção de defesa técnica que culmina por concluir sobre a sua indisponibilidade envolve situações que não se encaixam no problema recursal do presente trabalho. Para a doutrina, é como se a defesa técnica fizesse sentido em momentos pré-decisórios. Desse jeito, defesa técnica estaria presa na relação processual entre juiz, acusação e defesa, cabendo ao defensor promover uma nivelação entre as partes para que esse equilíbrio resulte em uma decisão judicial justa.

Quando não vista nessa delimitação dialética anterior à sentença, a defesa técnica atuaria de modo fiscalizador em prol do réu e da sociedade. Porém, conforme se vê no trecho citado acima, esse trabalho de apuração sobre a correição do processo, na medida em que deve ser sempre efetivo, é tido como infinito, numa certeza cínica ou inocente de que sempre há algo a se questionar. A possibilidade lógica e, como vimos na introdução, fática de o Estado cumprir seu papel de maneira escoreita no processo não é cogitada.

Tal crença não existe na atuação do Ministério Público, que pode, ao longo do processo, chegar à conclusão de que a defesa está com a razão jurídica, não havendo motivos para o *parquet* continuar insistindo na condenação ou no agravamento da pena do réu⁷⁷.

⁷³ LOPES JR., Aury. op. cit. pp. 96 e 97.

⁷⁴ NERY JONIOR, Nelson. op. cit. p. 290.

⁷⁵ Ibid. pp. 286 a 288.

⁷⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. op. cit. pp. 479 e 480

⁷⁷ Quando assim o faz, trabalha dentro da ação que propôs argumentando na mesma linha que a defesa. Porém, não pode desistir da denúncia ou do recurso que fez, devendo o processo obrigatoriamente ser concluído. Conferir OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. op. cit. p. 496.

É claro que aqui não se pretende equiparar a Defensoria Pública com o Ministério Público, ainda que os dois tenham compromisso com a sociedade⁷⁸. Esse tipo de comparação entre defesa e acusação pode ter efeitos desastrosos: uma defesa fiscalizadora que, aos moldes do *parquet*, seja tão independente a ponto de pedir a condenação do acusado seria uma catástrofe lógica e uma desobediência ao artigo 4º-A, IV da Lei Complementar 80/94, o qual dá ao assistido direito “(a)o patrocínio de seus direitos e interesses pelo seu defensor natural”⁷⁹. Entretanto, vale a ressalva de que um dos órgãos envolvidos no processo não tem o menor interesse em manter de forma teatralizada as relações processuais que normalmente se espera de cada personagem.

2.1.3 A ampla defesa no ordenamento jurídico brasileiro

Enquanto direito fundamental, a ampla defesa é um direito humano constitucionalmente positivado no ordenamento jurídico interno. Se Direitos Humanos são todos aqueles devidos a um ser humano em decorrência da sua própria natureza humana, então qualquer pessoa, simplesmente por ser uma pessoa, tem o direito à ampla defesa.

2.1.3.1 A ampla defesa subsistindo mesmo se não expressa

Ainda que não fosse prevista em lei, a ampla defesa não deixaria de ser imperativa no país, pois os conceitos que apontam para o sistema de direito internacional dos direitos humanos fazem parte do *ius cogens*⁸⁰, ou seja, são tidos como “norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto, como uma norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por uma norma de direito internacional da mesma natureza”⁸¹.

⁷⁸ Eugênio Pacelli fala em não haver partes no processo penal, o que é bem problemático de se acatar. Com isso, o Ministério Público nunca deixaria a condição de fiscal da lei. A disponibilidade de que o órgão goza decorre do poder de agir por conta própria de maneira imparcial. No entanto, o autor argumenta usando o termo "voluntariedade" como fundamento para a disponibilidade da acusação. Tal termo soa bem equivocado, já que o papel de um fiscal da lei não se concretiza com medidas opcionais. Sobre o MP não ser uma parte do processo penal e sobre a disponibilidade da acusação, conferir OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. op. cit. pp. 100 e 496.

⁷⁹ Lei Complementar 80/94, artigo 4º-A, IV. Texto completo da lei complementar disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp80.htm>. Acesso em: 9 nov. 2017.

⁸⁰ ACCIOLY, Hildebrando, *Manual de Direito Internacional Público*. Hildebrando Accioly, G. E. Do Nascimento e Silva e Paulo Borba Casella. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 43.

⁸¹ Redação do artigo 53 da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados de 1969. Texto completo da convenção disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 9 nov. 2017.

Nesses exatos termos, expressos no artigo 53 da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, o Brasil, que ratificou essa convenção em 2009, tem plena convicção da força jurídica das normas internacionais cogentes⁸². Contudo, vale notar que estas normas não foram criadas pela Convenção de Viena e nem versam apenas sobre tratados. O texto basicamente reconhece um leque normativo amplo e o aplica pontualmente, sem prejuízo de que esse reconhecimento se efetive para além da matéria tratada na convenção⁸³.

Reconhecidas mas não criadas, as normas imperativas fazem parte, como indica a doutrina de Hildebrando Accioly, de um suposto “direito natural rejuvenescido pela concepção pós-moderna do direito natural de conteúdo progressivo”⁸⁴, e, dessa forma, ultrapassaram a condição de costumes e se tornaram princípios gerais do direito⁸⁵.

Porém, para além da problemática revisitada ao direito natural, é muito curiosa essa noção doutrinária de que o direito cogente subiu de vida quando suas fontes passaram de costumes para princípios gerais. Curiosa, primeiro, porque, no direito internacional, tanto costumes quanto princípios de direitos das nações civilizadas são fontes primárias de normas jurídicas. Segundo, porque, no direito brasileiro, princípios gerais do direito são mencionados apenas depois dos costumes na fila para a integração de leis omissas do artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁸⁶. Portanto, os costumes não são de uma hierarquia inferior à dos princípios gerais.

Fora da perspectiva internacionalista, Nelson Nery Junior defende que o registro constitucional específico da ampla defesa também não seria de todo necessário para a imperatividade da observância desse direito no sistema jurídico nacional, uma vez que não há outra forma de se garantir a dignidade da pessoa humana no devido processo legal⁸⁷.

⁸² ACCIOLY, Hildebrando. op. cit. p. 142.

⁸³ Ibid. pp. 138 e 139

⁸⁴ Ibid. p. 142.

⁸⁵ Ibid. p. 142.

⁸⁶ Artigo 4º da Lindb: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Texto completo da lei disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De14657compilado.htm>. Acesso em: 9 nov. 2017. Essa técnica hermenêutica também vale para o processo penal, onde muitas das regras da ampla defesa se concretizam. Apesar de no artigo 3º do Código de Processo Penal, equivalente ao 4º da Lindb, não estar previsto o costume, a lei processual indica se distanciar das restrições que o direito penal material exige quando aquela não interfere neste. Por isso, a doutrina também traz os costumes como fontes jurídicas para o processo penal. Nesse sentido, Conferir CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. pp. 103 a 109.

⁸⁷ NERY JUNIOR, Nelson. op. cit. pp. 289 e 288.

2.1.3.2 Dispositivos normativos sobre a ampla defesa⁸⁸

Contudo, a ampla defesa é felizmente expressa no ordenamento jurídico brasileiro de modo a não restar dúvidas sobre sua observância.

2.1.3.2.1 Na Constituição

Em evidência, a ampla defesa está constatada junto ao direito ao contraditório no artigo 5º, LV da Constituição Federal: "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"⁸⁹.

Embora o direito abstrato de todo ser humano esteja concretizado em texto apenas para os litigantes e acusados em geral, a Constituição parece na verdade querer ser bastante abrangente, se analisada numa perspectiva histórica. Diferentemente da Constituição de 1946, que previa em seu artigo 151, § 25 o direito de plena defesa estritamente aos acusados, a redação atual insinua que a condição de acusados em geral envolve suspeitos, indiciados, acusados e também condenados, além de outras situações cíveis abarcadas pelo termo litigante⁹⁰. Com isso, percebe-se que o apelante presente na situação-problema deste trabalho certamente possui o direito constitucional à ampla defesa na condição de condenado.

Fora do inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal, a ampla defesa também pode ser vista como direito fundamental no inciso LXXIV do mesmo artigo, que garante acessibilidade a uma defesa técnica mediante prestação estatal de "assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos". Importante notar que a assistência jurídica integral não é só a judiciária, ou seja, comporta um trabalho consultivo e de assessoria que deve ir além da mera postulação e acompanhamento processual⁹¹.

⁸⁸ Certamente, as referências à ampla defesa no ordenamento brasileiro elencadas neste trabalho não são as únicas. Convém já trabalhar de maneira mais delimitada ao tema da monografia.

⁸⁹ Texto completo da Constituição Federal disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 9 nov. 2017.

⁹⁰ SAAD, Martha. op. cit. pp. 229 a 236.

⁹¹ NERY JUNIOR, Nelson. op. cit. p. 284.

Conforme registra o parágrafo §1º do artigo 5º do texto constitucional, esses direitos fundamentais, assim como os tantos outros que estão na Constituição⁹², possuem aplicação imediata. Talvez esse dispositivo seja o grande impulsionador do tipo de modelo trazido na introdução do trabalho, pois, se até agora nada limita a defesa técnica nas razões de apelação, o direito à ampla defesa parece ter eficácia plena, máxima e incontestável.

No entanto, a aplicação imediata não significa que todos os direitos fundamentais, que são normas muito complexas e heterônomas, tenham a mesma eficácia plena⁹³. Como já visto, a característica principiológica de muitos dos direitos fundamentais traz de volta a questão de um juízo de possibilidade: a aplicação imediata, para além da desnecessidade de lei efetivadora, aponta no sentido da “máxima eficácia e efetividade possível (d)as normas de direito fundamental”⁹⁴. Na prática, apenas existe uma presunção de eficácia plena na medida em que nenhum direito fundamental pode ser deixado de aplicar por falta de regulamentação⁹⁵.

Nesse sentido, há duas saídas para se aceitar que o direito a uma garantia fundamental é limitado: a primeira é a impossibilidade prática de esse direito ser garantido e a segunda é apresentar restrições legais que tiram da garantia fundamental a presunção de eficácia plena. Pela primeira saída, o pressuposto de não haver fundamentação jurídica que traga algum benefício ao réu tira dele as condições de que a garantia da defesa técnica seja efetivada para além da presença do defensor no sentido de acompanhar a higidez da persecução penal.

A segunda saída envolve a análise de legislação ordinária, que será feita em momento oportuno. Além disso, é muito tênue o espaço entre uma norma limitar a eficácia de direitos fundamentais ou ser inconstitucional por restringir os direitos fundamentais⁹⁶. Portanto,

⁹² Majoritariamente se reconhece a disposição de direitos fundamentais fora do Título II da CF. Nesse sentido, o parágrafo discutido não vale só pro seu artigo e nem só pro seu título, mas sim pra toda a Constituição. Conferir SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit. p. 328.

⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit. p. 329.

⁹⁵ Eficácia plena é aquela cuja norma constitucional não depende de regulamentação legal para se efetivar, mas admite exceções constitucionais. Conferir SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit. p. 330.

⁹⁶ A Lei 12.654/12, ao prever coleta de material biológico para a identificação criminal, claramente relativiza a não autoincriminação. Seria ela, por isso, inconstitucional? A matéria teve repercussão geral reconhecida pelo STF e deve ser julgada em breve no Recurso Extraordinário 97.3837/MG.

convém tratar da delicadeza desses limites caso a caso na lei, embora seja prudente adiantar que, de fato, algumas restrições estão presentes⁹⁷.

Ainda na Constituição, falta mencionar que a defesa técnica não deixa de se fazer indiretamente presente nos artigos 133 e 134, que ressaltam respectivamente a advocacia como indispensável à administração da justiça e a Defensoria como uma função essencial à justiça proporcionando "orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados".

2.1.3.2.2 Em tratados internacionais

Fora do plano constitucional e acima da legislação⁹⁸, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos pormenoriza um pouco mais a ampla defesa. Consta que:

- “ 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.
2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...]
- c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa;
- d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
- e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
- f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
- g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada;

⁹⁷ O artigo 563 do Código de Processo Penal impede qualquer nulidade que não cause prejuízo ao réu, deixando passar alguns atos processuais que eventualmente pecam na efetivação da ampla defesa.

⁹⁸ No Recurso Extraordinário 466.343/SP, a CADH foi enquadrada pelo STF como supralegal. Essa construção doutrinário-jurisprudencial é uma alternativa à possibilidade de se considerar todos os tratados de direitos humanos como normas materialmente constitucionais. Com isso, respeita-se a rigidez da aprovação das normas constitucionais em cada Casa do Congresso, em dois turnos, por três quintos dos membros. Sobre o debate acerca do status constitucional ou supralegal dos tratados sobre direitos humanos, conferir MAUÉS, Antônio Moreira. *Supralegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Interpretação Constitucional*. In: *SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos*. Vol. 10, n. 18. Semestral. São Paulo: jun. 2013.

h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.[...]“⁹⁹

Muita coisa se extrai desse trecho. A princípio, vê-se que o direito de audiência¹⁰⁰ e tantos outros decorrentes no devido processo legal deve ser igualmente respeitado em questões não penais. Com exclusividade, versa também sobre o aspecto negativo da autodefesa, dando fundamentação expressa na alínea “g” para que uma pessoa não produza provas contra si mesmo¹⁰¹.

Além disso, engrossa o arcabouço legal que prevê a defesa técnica enquanto direito de ser assistido por um defensor, com o qual pode livremente se comunicar. Tal comunicação não se confunde com aquela prevista no artigo 5º, LXII da CF que informa sobre uma prisão. É um tipo de comunicação esquecida pela doutrina e pela Constituição, mas essencial na efetivação da defesa técnica na prática¹⁰².

Em uma Defensoria Pública, a comunicação entre apelante e defensor raramente existe. Ao condenado, é perguntado sobre o interesse em recorrer e sobre a inexistência de advogado particular. Se as duas respostas forem afirmativas, os autos processuais são remetidos à Defensoria para a elaboração de razões de apelação, sem que o defensor venha a estar na presença do recorrente.

Dessa forma, um impasse prático já aponta um outro limite para a efetivação da defesa técnica: se por diversos aspectos há um aparente excesso de obrigatoriedade pela dificuldade em se apresentar teses fundamentadas, nesse ponto conclui-se que um dos problemas é o fato de ser tirada a oportunidade de fazer uso da totalidade de garantias que a ampla defesa dá.

Seguindo com os tratados que asseguram a ampla defesa, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos merece ser citado ainda que não traga nenhuma novidade de conteúdo em relação a tudo já mencionado até agora. O que há de mais relevante é a própria previsão do direito a ter um defensor de forma gratuita em um rol de direitos civis e

⁹⁹ Artigo oitavo da Convenção Americana de Direitos Humanos. Texto completo da convenção disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 08 out. de 2017

¹⁰⁰ Reforçando o que já foi visto, o direito de audiência está dentro da noção de autodefesa.

¹⁰¹ Indiretamente, o artigo 5º, LXIII da CF, ao prever o direito ao silêncio, protege de alguma forma esse aspecto da ampla defesa. Nesse sentido, foi aceito como fundamentação alternativa ao artigo 8º, 2, “g” do decreto 678/92 (CADH internalizada) na peça do VI Exame Unificado da OAB. O padrão de respostas está disponível em: <<http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/Exame-de-ordem/pratico-profissional/Penal.pdf>>. Acesso em 08 de out. de 2017.

¹⁰² Badaró ressalta a importância dessa comunicação para a efetivação da ampla defesa ao falar sobre a Resposta à Acusação. Conferir BADARÓ, Gustavo Henrique. op. cit. p. 597.

políticos¹⁰³, em vez de estar disposto no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹⁰⁴.

Os dois Pactos acima mencionados foram adotados em 1966 pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em plena guerra fria. As duas distintas convicções sobre o papel do estado estão claras em cada um deles. Basta observar que os Estados Unidos até hoje não são parte do Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹⁰⁵, enquanto Cuba e China também nunca foram parte do Pacto sobre Direitos Cívicos e Políticos¹⁰⁶. Com isso, estar em um texto em vez de estar no outro indica algumas características ou até mesmo algumas complicações sobre a noção do direito à defesa técnica.

2.1.3.2.2.1 Digressão sobre direitos liberais e sociais

Os direitos cívicos e políticos são didaticamente intitulados direitos de primeira dimensão, ou primeira geração¹⁰⁷, e compreendem garantias liberais contra a interferência prejudicial do estado na individualidade. Nesse sentido, são referidos como direitos defensivos ou negativos. Panoramicamente, podem ser exemplificados no direito à vida, liberdade e propriedade, no direito à igualdade perante à lei, nos direitos de liberdade de expressão coletiva, no direito à participação política e em garantias processuais¹⁰⁸.

Noutro passo, os direitos sociais são vistos como a segunda dimensão, também chamada de positiva por assegurar prestações estatais que garantem, materialmente e socialmente, a liberdade e, sobretudo, a igualdade dos indivíduos¹⁰⁹.

¹⁰³ Da mesma forma, a Constituição Portuguesa, no artigo 32º que compõe o liberal Título II, garante um defensor ao arguido. O texto completo da Constituição Portuguesa está disponível em: <<https://www.parlamento.pt/parlamento/documents/crp1976.pdf>>. Acesso em: 9 nov. 2017.

¹⁰⁴ Desde 1992, O Brasil faz parte tanto desses Pactos Internacionais das Nações Unidas quanto da Convenção Americana de Direitos Humanos. As normas neles contidas foram internalizadas nos decretos 591, 592 e 678, todos do mesmo ano supracitado. Texto completo do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 9 nov. 2017. Texto completo do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 9. Nov. 2017.

¹⁰⁵ Lista dos países que compõem o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&lang=en. Acesso em 09 de out. de 2017.

¹⁰⁶ Lista dos países que compõem o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos: <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&clang=en>. Acesso em 09 de out. de 2017.

¹⁰⁷ A ideia de geração vem sendo desprestigiada por dar uma errônea ideia de linearidade e progresso contínuo na incorporação de direitos fundamentais nos países. Conferir SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit. p. 274.

¹⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit. p. 274.

¹⁰⁹ Ibid. p. 274.

Considerando sua previsão no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, o direito à defesa técnica, dessa forma, está dentro de garantias contra a intervenção arbitrária do Estado, que se daria por meio de uma condenação injusta ou cheia de nulidades. Entretanto, passada essa falha premissa do Estado como injusto punidor em todas as suas condenações, o direito à defesa técnica basicamente se resumiria, na finalidade negativa ou defensiva, na presença ou existência de um defensor para fiscalizar com o intuito de ver se o réu poderia ser menos prejudicado ou mais beneficiado.

Tal entendimento é coerente com a já estudada origem histórica do conceito e também com a Constituição Federal, que apesar de não distinguir os direitos de liberdade e os direitos individuais¹¹⁰, garante defesa técnica ao acusado em geral, em um claro contexto finalístico de ser defendido dentro do processo acusatório.

Tudo que ultrapassa essa percepção entra na seara prestacional, que também é garantida na Constituição Federal mas não é puramente o direito à defesa técnica: é o direito à assistência judiciária gratuita. Quando se exige uma defesa para as razões de apelação de uma condenação justa, não se exige um direito que garante ao acusado a oportunidade de questionar a interferência estatal. Apenas, requer que um serviço essencial seja prestado.

O direito à defesa técnica e o direito à assistência judiciária gratuita se confundem na maioria das vezes. Tanto é que no tópico sobre a Constituição, este trabalho constatou que o direito à defesa técnica não deixa de estar previsto quando se fala em assistência judiciária gratuita, pois esta pode se concretizar realizando, ao mesmo tempo, a defesa técnica. Ainda, são ambos direitos fundamentais cuja dimensão subjetiva garante aos seus titulares o direito de ter seu interesse judicialmente imposto ao destinatário, quando cabível¹¹¹. Aliás, podem ter os mesmo titulares, na figura do réu, e os mesmo destinatários, que são os defensores.

Assumir que a defesa técnica contempla de forma multifuncional¹¹² direitos prestacionais de cunho social não prejudica o argumento, pois este, mediante essa nova concepção, traria consigo todas as repercussões diferenciadas que um direito prestacional tem em relação a um direito liberal para a nova dimensão de defesa técnica que seria abordada. Seja a atuação uma defesa técnica ou uma assistência judicial, o que importa é saber

¹¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit. p. 327.

¹¹¹ Ibid. p. 307.

¹¹² Ibid. pp. 313 a 315.

identificar seu caráter de direito fundamental social quando assim ela se manifestar. A polêmica acerca dos direitos sociais é enorme, havendo muita divergência sobre a sua exigibilidade¹¹³, ressaltando mais um ponto de flexibilidade do direito à defesa técnica nas razões de apelação.

2.1.3.2.3 No Código de Processo Penal

Apesar de no processo civil a defesa técnica ser um ônus¹¹⁴, no processo penal ela entra como pressuposto processual de validade¹¹⁵.

"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 não o tiver, ou ao ausente, e de curador ao menor de 21 anos"¹¹⁶

Tal registro é condizente com as características da defesa técnica discutidas até aqui, mas essa previsão bastante enxuta de nulidade, que se basta na mera nomeação de um defensor para que tudo seja válido, não é suficiente. No mínimo, algum tipo de satisfação o defensor deve dar, mesmo que ela se resume a verificar e acompanhar a persecução pedindo e, depois, confirmando que nenhum direito foi ferido durante o processo.

Contudo, é curioso perceber, a partir da letra seca da lei, que, se apenas a não nomeação causasse nulidade, o problema da falta de defesa técnica nunca seria da responsabilidade do defensor nomeado, mas sim do juiz.

Uma defesa ruim, em tese, não seria capaz de nulificar algo. Tudo se daria indiretamente pelo dever de o juiz nomear outro defensor quando considerar o réu indefeso¹¹⁷. Por isso, tanto a doutrina quanto a jurisprudência ampliam o rol de nulidades do Código de processo Penal, considerando a defesa nula com base no não cumprimento de outros artigos do código.

Dentre eles, o artigo 261 e seu parágrafo único protagonizam uma ampla discussão sobre a defesa técnica:

¹¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit. p. 307.

¹¹⁴ Aqui se nota mais um ponto de não intersecção entre o direito à defesa técnica e o direito à prestação judiciária, pois no Brasil tem-se o direito a ser gratuitamente defendido em processos cíveis.

¹¹⁵ NERY JUNIOR, Nelson. op. cit. p. 289.

¹¹⁶ Artigo 564 do Código de Processo Penal. Texto completo do código disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> . Acesso em: 9 nov. 2017.

¹¹⁷ Artigos 263, 396-A, § 2º, 456 e 497, V do Código de Processo Penal

“ Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.

Parágrafo único. A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada.”

Com esse registro, fica evidente a percepção de que a defesa técnica requer efetividade, sob pena de não ser aceita. Ao que tudo indica, a efetividade se concretiza em manifestações fundamentadas. Entretanto, essa efetividade na defesa, que é mais importante do que a própria existência de um defensor¹¹⁸, nem sempre se dá pela tradicional tomada de posição¹¹⁹. Às vezes, convém optar estrategicamente pelo silêncio¹²⁰ e por não negar a autoria e a materialidade já provadas¹²¹.

Em outras situações, como na instrução, uma defesa efetiva passa longe de ser aquela que fornece manifestações fundamentadas, uma vez que uma atuação intensa e pertinente do defensor segue outros critérios que não a fundamentação jurídica. Nesse sentido, no lugar da falta de fundamentação, a ausência de defesa efetiva viria em função da postura omissa do defensor¹²².

Em razão disso, o claro comando do parágrafo único do artigo 261 do Código de Processo Penal perde um pouco do seu sentido literal e passa a ser um indicativo de que a defesa técnica deve prezar sempre pela sua efetividade, sem, é claro, deixar de tomar cuidado para que a defesa, em prol da fundamentação, venha a tornar-se um “simulacro daquilo que efetivamente *não tem lugar*”¹²³. Assim, continua fazendo sentido sustentar que nas razões de apelação o defensor não seja obrigado encontrar uma tese jurídica descabida apenas para defender o réu.

Aliás, nem se chegou a problematizar o que seriam manifestações fundamentadas. Por certo, não se resumem a um posicionamento radical e cego que pede tudo o que se pode

¹¹⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. p. 547.

¹¹⁹ *Ibid.* p. 550.

¹²⁰ Da ementa do Recurso em *Habeas Corpus* 90.196/SE do STF, extrai-se que a “não-apresentação de defesa prévia e da contrariedade ao libelo não caracteriza ausência de defesa. Trata-se de oportunidades de manifestação das quais a defesa pode, ou não, se utilizar, segundo estratégia processual eleita”. STF, RHC 90196, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 17/04/2007, DJe-047 DIVULG 28-06-2007 PUBLIC 29-06-2007 DJ 29-06-2007 PP-00059 EMENT VOL-02282-06 PP-01244. O inteiro teor do acórdão está disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=469784> > Acesso em 26 de out. de 2017.

¹²¹ Mesmo com a honestidade de negar o a autoria e a materialidade, os autores persistem na inocência de que sempre será possível pedir atenuações. Conferir OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. *op. cit.* p. 552.

¹²² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. *op. cit.* p. 550.

¹²³ *Ibid.* p. 552.

imaginar de favorável ao condenado. Sendo a manifestação fundamentada uma constatação de fatos e de direito¹²⁴, diversas estratégias processuais podem entrar no conceito, salvando a defesa apresentada de vícios por falta de efetividade.

2.1.3.3 Os efeitos no processo de uma defesa técnica mal assegurada

Com base na doutrina e na jurisprudência, os problemas que podem surgir quando não se produz uma defesa efetiva são a nulidade absoluta e a nulidade relativa. De forma bem simplória, inclusive em função de muitas vezes o tradicionalmente distintivo efeito preclusivo da nulidade relativa não operar no processo penal¹²⁵, convém definir que a nulidade relativa leva a prejuízos que só podem ser valorados sob o ponto de vista da parte, enquanto a nulidade absoluta acontece quando desconformidades afetam a própria ordem processual¹²⁶.

Infelizmente, não há palavra única para os efeitos que uma defesa não efetiva gera. Em alguns casos, a inefetividade aparece como insanável ausência de defesa¹²⁷, o que levaria à nulidade absoluta do processo nos termos da Súmula 523 do STF¹²⁸. Já na doutrina, a falta de manifestação fundamentada não desconsidera a defesa toda e resulta geralmente em nulidade relativa quando essa deficiência causar prejuízo ao réu¹²⁹.

Para Eugênio Pacelli, apenas em uma oportunidade, devido à importância processual de esse momento possuir uma tomada de posição com respaldo jurídico, o fato de não se manifestar fundamentadamente causaria nulidade absoluta: nas alegações finais¹³⁰. No entanto, o STF já se pronunciou de forma a rechaçar tal entendimento quando atribuiu

¹²⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. op. cit. p. 475.

¹²⁵ O artigo 109 do Código de Processo Penal, por exemplo, fala no dever de o juiz declarar-se incompetente mesmo se as partes nada alegarem. Com isso, cai por terra, no processo penal, a Súmula 33 do STJ, que impede que incompetência relativa seja declarada de ofício. Sobre a dificuldade de adaptar as doutrinas sobre nulidade para o processo penal, conferir OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. op. cit. pp. 1050 e 1051.

¹²⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. op. cit. pp. 1050 e 1051.

¹²⁷ Foi o que se entendeu no *Habeas Corpus* 79418/SP do STJ. Conferir STJ, HC 79.418/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 11/09/2007, DJ 19/11/2007, p. 255. Inteiro teor do acórdão disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=720310&num_registro=200700619450&data=20071119&formato=PDF >. Acesso em: 26 out. 2017.

¹²⁸ "No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu". Súmula 523 do STF.

¹²⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. op. cit. p. 476.

¹³⁰ *Ibid.* p. 476.

nulidade relativa à falta das próprias alegações finais¹³¹, deixando o problema da fundamentação em segundo plano. Em se tratando de alegações finais não apresentadas, a referida decisão, do *Habeas Corpus* 94.168/PB, contraria¹³² a Súmula 523 do STF¹³³, que exige nulidade absoluta quando a defesa não existe.

Se, para a doutrina, as alegações finais são o único momento em que a apresentação de manifestações fundamentadas em sua forma tradicional, com teses jurídicas que baseiam uma posição clara de beneficiar o réu, seria indispensável, as razões de apelação prescindem da mesma imposição. Ainda, havendo arcabouço jurisprudencial que flexibiliza tal imperatividade até mesmo nas alegações finais, nada mais justo do que a falta de efetiva defesa nas razões de apelação se consolidar operando no máximo a mesma nulidade relativa, que dependerá de prejuízo causado ao réu nos termos da súmula 523 do STF.

Embora doutrina e jurisprudência aprontem uma confusão sobre os efeitos jurídicos decorrentes da falta de defesa efetiva, não há motivo algum para tratá-la como nulidade absoluta nas razões de apelação. No mais, sendo a ausência de prejuízo para o réu um pressuposto lógico desse trabalho, que ao analisar o limite do direito fundamental à ampla defesa não pretende ferir outros direitos e garantias, o possível entendimento de haver nulidade relativa na falta de defesa efetiva importa na validade do ato de apresentar razões de apelação meramente formalistas, como na prática já são, sem precisar teatralizar fundamentos descabidos.

Considerando que, eventualmente, alguém resolva enquadrar o caso como nulidade absoluta, faz-se prudente invocar também o artigo 563 do Código de Processo Penal, que submete qualquer das nulidades em um ato processual ao crivo utilitário do não-prejuízo: “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”. Prezando pela instrumentalidade das formas e concretizando a célebre expressão *pas de nullité sans grief*, o artigo 563 não “se compadece de atos inúteis ou onerosos (economia processual), nem solertes, muito menos insinceros”¹³⁴.

¹³¹ Conclusão do STF no julgamento do *Habeas Corpus* 94.168/PB, em 2008. STF, HC 94168, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 05/08/2008, DJe-177 DIVULG 18-09-2008 PUBLIC 19-09-2008 EMENT VOL-02333-02 PP-00431. Inteiro teor do acórdão disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=548631> >. Acesso em: 25 out. 2017.

¹³² Contraria conceitualmente, mas na prática anulou o processo do mesmo jeito. No caso, foi constatado o prejuízo.

¹³³ A Súmula 523 do STF é de 2003.

¹³⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. op. cit. pp. 1045 e 1046.

No mesmo sentido, registra o *Habeas Corpus* 85.155/SP do STF:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PROCEDIMENTO. LEI 10.409/2002. NULIDADE. PREJUÍZO.

1. A demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que, conforme já decidiu a Corte, "o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades - pas de nullité sans grief - compreende as nulidades absolutas" (HC 81.510, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, unânime, DJ de 12.4.2002).

2. Ordem indeferida

(HC 85155, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 22/03/2005, DJ 15-04-2005 PP-00038 EMENT VOL-02187-03 PP-00568)¹³⁵

De fato, a nulidade é uma questão muito delicada de ser declarada a cada vez que uma defesa falha. Como bem atentou o Ministro Carlos Britto, em seu voto no julgamento do *Habeas Corpus* 82.672/RJ, de sua relatoria,

“se o simples ato do defensor de não requerer a absolvição ensejasse, necessariamente, nulidade absoluta, de modo a tornar despicienda a análise por parte do judiciário sobre o caso concreto, estar-se-ia permitindo que se generalizasse a prática de o advogado pugnar propositadamente pela condenação de seu cliente, com o intuito exclusivo de futuramente poder invocar a nulidade do feito”.¹³⁶

Com isso, reconhecer nulidades construídas fora da lei por falta ou deficiências na defesa técnica deve ser algo muito restrito, sob pena de até mesmo incentivar o erro proposital do defensor de modo a protelar o processo.

Por sorte, nem é preciso adentrar fundo nessa aproximação dos efeitos da inefetividade da defesa técnica nas razões de apelação com o tratamento dado nos outros atos processuais. De forma muito mais relaxada¹³⁷, o *caput* do artigo 601 do Código de Processo Penal nem sequer exige expressamente o oferecimento de razões na apelação pela a defesa¹³⁸ antes de os autos serem remetidos ao tribunal, admitindo que o recurso suba sem elas: “Findos os prazos para razões, os autos serão remetidos à instância superior, com as razões ou sem elas, no prazo de 5 (cinco) dias, salvo no caso do art. 603, segunda parte, em que o prazo será de trinta dias”.

¹³⁵ O inteiro teor do acórdão está disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=358711> >. Acesso em 26 de out. de 2017.

¹³⁶ STF, HC 82672, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 14/10/2003, DJ 01-12-2006 PP-00076 EMENT VOL-02258-02 PP-00297, pp. 308 e 309. O inteiro teor do acórdão está disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=393050> >. Acesso em 26 de out. de 2017.

¹³⁷ Confirmando a impressão que a análise doutrinária passou de que a defesa técnica tem um sentido muito mais forte e pleno na relação processual angular clássica do contexto instrutório e pré-condenatório. Os problemas na apresentação de razões de apelação nem são tratados no capítulo da ampla defesa no Curso de Processo Penal do Eugênio Pacelli. Estão somente na parte dedicada à apelação. Conferir OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. op. cit. pp. 969 a 976.

¹³⁸ Já o Ministério Público precisa apresentá-las. Conferir OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. op. cit. pp. 970 e 971.

Nessa toada, um caso concreto em que o defensor constituído não apresentou as razões de apelação e nem as contrarrazões do recurso do Ministério Público foi considerado válido tanto no STJ quanto no STF, pois o reexame total que o tribunal fez culminou em não prejudicar a parte defensivamente. Tem-se, respectivamente, as seguintes ementas:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ARTIGOS 12, § 2o, INCISO III, E 14 DA LEI No 6.368/76. APELAÇÃO. INTIMAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DAS RAZÕES E CONTRA-RAZÕES RECURSAIS. INÉRCIA DO DEFENSOR CONSTITUÍDO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO CARACTERIZAÇÃO.

I - A não apresentação das razões do recurso de apelação e de contra-razões ao apelo da defesa por parte do defensor constituído, devidamente intimado para tal fim, não enseja, só por si, a nulidade da decisão que julgou os respectivos recursos. (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ).

II - Ademais, o e. Tribunal a quo, em homenagem ao princípio da ampla defesa, reexaminou amplamente a matéria posta em juízo, razão pela qual não há se falar, in casu, em cerceamento de defesa e, como consequência, em prejuízo ao paciente, até mesmo porque teve seu recurso parcialmente provido.

Writ denegado¹³⁹

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. INÉRCIA DA DEFESA INTIMADA PARA APRESENTAÇÃO DAS RAZÕES E CONTRA-RAZÕES RECURSAIS: CERCEAMENTO DE DEFESA: NÃO CARACTERIZAÇÃO. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a ausência de razões de apelação e de contra-razões à apelação do Ministério Público não é causa de nulidade por cerceamento de defesa, se o defensor constituído pelo réu foi devidamente intimado para apresentá-las. Precedentes.

2. Habeas corpus denegado.

(HC 91251, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 19/06/2007, DJe-082 DIVULG 16-08-2007 PUBLIC 17-08-2007 DJ 17-08-2007 PP-00059 EMENT VOL-02285-04 PP-00824 RT v. 96, n. 866, 2007, p. 580-583)¹⁴⁰

Como elas próprias indicam, não se trata de um caso isolado. Há vários precedentes que indicam a mesma posição¹⁴¹. Contudo, quase todos¹⁴² esses julgados expressam uma peculiaridade: o não oferecimento das razões diz apenas respeito aos advogados constituídos. Teriam os réus assistidos por defensores públicos um direito à defesa técnica diferente dos demais?

Não parece sensato escolher esse caminho. O direito à ampla defesa continua o mesmo. Mais uma vez, entra em cena o direito à assistência judiciária, que requer uma contrapartida

¹³⁹ STJ, HC 59.889/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/10/2006, DJ 18/12/2006, p. 428. Íntegra do acórdão disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/m_e_d_i_a_d_o_/componente=ITA&sequencial=657467&num_registro=200601139203&data=20061218&formato=PDF > . Acesso em 26 de out. de 2017.

¹⁴⁰ Inteiro teor do acórdão disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=479192> > . Acesso em 26 de out. de 2017.

¹⁴¹ A saber, no STF: HC 78.729-9/MG; HC 70.916-8/BA; HC 71543-5/RS; HC 77994/RJ; HC 77270/MS; HC 72485/PR; HC 72665/SP; RHC 79974/RJ. No STJ: HC 44246/ES; HC 44727/RJ; HC 35448/SP; HC 32053/PR; HC 24730/SC.

¹⁴² Exceto o HC 24730/SC, do STJ, e o HC 70.916-8/BA, do STF.

prestacional para além do que a defesa técnica exige. Como salienta a Ministra Carmen Lúcia em seu voto no *Habeas Corpus* 91.251/RJ, a garantia à ampla defesa, na fase da apelação, satisfaz-se na mera devolução completa do caso para a segunda instância julgar.

"De se enfatizar que, no presente caso, apesar de ter sido o recurso da defesa apreciado sem as respectivas razões, a garantia constitucional da ampla defesa foi efetivamente assegurada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que, admitindo a maior amplitude assegurada ao efeito devolutivo, reexaminou toda a controvérsia da lide e deu parcial provimento ao recurso da defesa. [...]

Assim, com o efetivo e completo reexame da sentença penal condenatória pelo Tribunal de Justiça carioca, não se pode falar em prejuízo causado ao réu em virtude da ausência das razões, afastando-se, portanto, a alegação de nulidade do ato."¹⁴³

Estando esse efeito devolutivo em tese seguindo a ideia do *tantum devolutum quantum appellatum*¹⁴⁴, é arriscadíssimo não oferecer as razões de apelação. Em tese, só se devolve a matéria ao tribunal nos limites da impugnação¹⁴⁵. No caso agora visto, a segunda instância, por acaso, acabou reapreciando tudo de modo a não causar prejuízo para o réu e nem a nulidade do processo. Dessa forma, não se pretende aqui estabelecer que o defensor não apresente as razões de apelação. Essa jurisprudência apenas serve pra mostrar que o caso elucida a prescindibilidade de teses defensivas fundamentadas para que a ampla defesa se concretize sem nulidades.

Inclusive, não é de se enxergar com bons olhos a iniciativa de um tribunal julgar tudo que chegou a ele já que não sabia o que foi pedido pelo réu. A apelação é voluntária, e pode ser imposta em relação a apenas parte do julgado¹⁴⁶. Essa é uma das grandes virtudes do efeito devolutivo associado ao *tantum devolutum quantum appellatum*, pois impede-se que a instância seguinte tenha a liberdade de eventualmente prejudicar o réu¹⁴⁷.

2.2 O duplo grau de jurisdição

Pelo exposto, o acionamento da revisão da matéria pelo juízo *ad quem* é parte importante do que se entende por ampla defesa, na medida em que possibilita uma segunda oportunidade de apreciação do caso somada a um controle sobre o primeiro processo

¹⁴³ STF, HC 91251, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 19/06/2007, DJe-082 DIVULG 16-08-2007 PUBLIC 17-08-2007 DJ 17-08-2007 PP-00059 EMENT VOL-02285-04 PP-00824 RT v. 96, n. 866, 2007, pp. 580-583. A citação é da página 831 do Inteiro teor do acórdão, disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=479192>>. Acesso em: 9 nov. 2017.

¹⁴⁴ CAPEZ, Fernando. op. cit. p. 781.

¹⁴⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. op. cit. p. 964.

¹⁴⁶ Artigos 574 e 599 do Código de Processo Penal.

¹⁴⁷ Há ainda uma baliza legal no artigo 617 do Código de Processo Penal impedindo que a reforma feita pela segunda instância seja prejudicial ao réu quando só este recorre.

decisório feita por um órgão diverso e superior. Sendo o reexame indispensável apenas nos casos de remessa necessária¹⁴⁸, a voluntariedade de sua existência o alinha com a disponibilidade da autodefesa.

Já não se garante mais constitucionalmente o direito ao duplo grau de jurisdição desde o artigo 158 da Constituição de 1824¹⁴⁹. De lá pra cá, só aparecem na Constituição os recursos, sujeitos a restrições legais¹⁵⁰. Nesse sentido, tal princípio está formalmente despido de caráter fundamental e não faz frente com as hipóteses constitucionais de julgamento por instância única¹⁵¹. De forma expressa, encontra-se na Convenção Americana de Direitos Humanos, no mesmo artigo oitavo¹⁵² já mencionado neste trabalho quando se fala sobre a ampla defesa nos tratados internacionais. Estando na parte do artigo que se refere a delitos, é literalmente previsto somente para matéria penal.

Na situação-problema da presente monografia, não há motivo para não aplicar ou para restringir o princípio do duplo grau de jurisdição. O condenado em um processo penal comum não está diante de nenhuma exceção capaz de barrar esse reexame total do caso. Já, por exemplo, o condenado pela soberana íntima convicção dos jurados nos crimes contra a vida não tem a mesma sorte, estando a reapreciação da sua condenação vinculada a fundamentos que a encaixe nas hipóteses previstas para reexame no Código de Processo Penal¹⁵³.

Assim, se o Tribunal tem ampla capacidade para, ao ser provocado dessa maneira no caso das apelações no processo penal comum, fazer um novo entendimento sobre a condenação, defender a obrigatoriedade das razões de apelação manifestamente fundamentadas pode ser um jeito de querer limitar as possibilidades benéficas do réu a teses

¹⁴⁸ No Código de Processo Penal, encontra-se nos artigos 574 e 746: "Art. 574. Os recursos serão voluntários, excetuando-se os seguintes casos, em que deverão ser interpostos, de ofício, pelo juiz: I - da sentença que conceder **habeas corpus**; II - da que absolver desde logo o réu com fundamento na existência de circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena, nos termos do art. 411"; "Art. 746. Da decisão que conceder a reabilitação haverá recurso de ofício".

¹⁴⁹ "Art. 158. Para julgar as Causas em segunda, e ultima instancia haverá nas Provincias do Imperio as Relações, que forem necessarias para commodidade dos Povos". Texto completo da Constituição de 1824 disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 9 nov. 2017.

¹⁵⁰ NERY JUNIOR, Nelson. op. cit. pp. 321 e 322.

¹⁵¹ Para um debate mais aprofundado sobre o assunto, conferir o acórdão do Recurso em *Habeas Corpus* 79.785-7/RJ. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102661> >. Acesso em 30 de out. 2017.

¹⁵² Artigo 8, 2, h): "direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior".

¹⁵³ Diz a Súmula 713 do STF que o "efeito devolutivo da apelação contra decisões do júri é adstrito aos fundamentos da sua interposição". As hipóteses restritivas de cabimento do artigo 593, III do Código de Processo Penal são quando: "a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia; b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados; c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança; d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos".

defensivas. Por isso, por mais que pareça contraditório, a não exigência de uma defesa técnica efetiva nas razões de apelação dá mais chances de que o princípio do duplo grau de jurisdição seja inteiramente respeitado. Uma fundamentação igual à do modelo trazido na introdução levará a uma apreciação certamente pior e mais desacreditada do que se a Defensoria apenas dissesse que quer o reexame total do caso, ainda que de forma genérica¹⁵⁴, para ver se não deixou passar nada vantajoso para o réu.

Convém aqui explicar também que pleitear o amplo reexame fático e jurídico do caso não é requerer a remessa necessária do caso para a segunda instância. Aliás, pedir uma remessa necessária é um verdadeiro oxímoro. Sendo inexorável a apreciação pela segunda instância nos casos em que essa remessa é prevista, tal procedimento nunca precisaria ser requerido.

O fato de a remessa necessária não ter a voluntariedade dos recursos aponta para o interesse do Estado em reavaliar questões importantes para ele. Nesse sentido, não há que se falar em efeito devolutivo, pois nada da sentença teve de ser impugnado. A remessa necessária vem como uma manifestação do efeito translativo que acontece no processo¹⁵⁵, o qual expande o pronunciamento sobre questões relevantes a despeito de manifestações das partes.

Seguindo esse conceito, é possível observar que o reexame necessário não vincula o tribunal a qualquer pedido. Essa liberdade, infinitamente maior do que a dada pelo efeito devolutivo, culmina na possibilidade de que o reexame necessário possa prejudicar o réu¹⁵⁶. Não sendo viável pedir uma remessa necessária e sendo ela em teoria um risco para o condenado, é melhor deixá-la de lado neste trabalho.

¹⁵⁴ Não tem problema o pedido ser genérico. Como acabou de ser visto, essa potencial nulidade por inefetividade da defesa técnica cai diante da falta de prejuízo para o condenado.

¹⁵⁵ NERY JUNIOR, Nelson. op. cit. p. 152.

¹⁵⁶ Há também uma baliza na súmula 45 do STJ dizendo que a fazenda pública não pode ser prejudicada com a remessa necessária. De pouco valor para o processo penal, o presente enunciado é confrontado por Nelson Nery Junior, que, a partir do correto entendimento sobre os efeitos devolutivos e translativos e também a partir da noção de isonomia, defende que a reforma prejudicial é uma potencial possibilidade nas remessas necessárias. Conferir NERY JUNIOR, Nelson. op. cit. p. 152.

3. A ATUAÇÃO DO DEFENSOR PÚBLICO

3.1 O serviço público e sua eficiência

O defensor público ocupa um cargo inserido em um órgão público, a Defensoria Pública, que goza de autonomia funcional e administrativa¹⁵⁷. Nesse sentido, o cargo de defensor público, que exerce uma função essencial à justiça, guarda evidente posição na estrutura da administração pública.

Daí, já é possível saber que o defensor público é um agente público, pois "o desempenho de todas as atividades estatais é feita por agentes públicos"¹⁵⁸. Dentro dessa categoria, a sua subclassificação como servidor público ou como agente político é tema para uma segunda monografia: se, por um lado, é intuitivo considerá-los servidores, o regime legal próprio¹⁵⁹ e a independência funcional¹⁶⁰, em meio à repriminção do regime jurídico único dos servidores públicos¹⁶¹, não faria dos defensores públicos uma classe diferente? Servidores ou não, o fato é que os defensores prestam serviço público, que consiste na "atividade de satisfação das necessidades da população, desenvolvida pelo Estado ou por particulares, por meio da qual são postas utilidades ou comodidades à disposição da coletividade"¹⁶².

Essa definição destacada reforça a importância democrática da escolha de necessidades de uma população, mas parece pecar por falta de garantia ao serviço, como se a prestação fosse sempre apenas um bônus facilitador e não uma obrigação para com direitos fundamentais como a assistência jurídica. Assim, Lucas Furtado depois complementa

¹⁵⁷ Apesar de historicamente vinculada ao Poder Executivo, foi levantado na Ação Direta de Inconstitucionalidade com Medida Cautelar 5.296/DF do STF que a Defensoria não integra nenhum dos três poderes tradicionais da República. Conferir páginas 159 a 165 do inteiro teor do acórdão, disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12013131>>. Acesso em 3 de nov. de 2017. Diante dessa controvérsia, melhor ser literal apontando a autonomia e a independência funcional expressas nos §§ 2º e 4º do artigo 134 da Constituição.

¹⁵⁸ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. 4a edição revista e atualizada. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 714.

¹⁵⁹ Os Defensores Públicos da União, por exemplo, têm a Lei Complementar 80/94 no lugar da Lei 8.112/90 dos servidores públicos federais.

¹⁶⁰ Qualidades características do agente políticos. Conferir FURTADO, Lucas Rocha. op. cit. p. 723.

¹⁶¹ A alteração feita no artigo 39 da Constituição de modo a acabar com o regime jurídico único pela Emenda Constitucional 19/98 foi suspensa pela Ação Direta de Inconstitucionalidade 2135-4/DF em 2008. Inteiro teor do acórdão disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=513625> >. Acesso em 3 de nov. de 2017.

¹⁶² FURTADO, Lucas Rocha. op. cit. p. 588.

afirmando que é dever do Estado prestar tudo aquilo que é considerado serviço público¹⁶³, ao qual os cidadãos têm direito subjetivo pelo artigo 175 da Constituição¹⁶⁴.

Pela imperatividade em sua materialização, a inevitável discricionariedade está, na verdade, na forma da prestação e não na prestação em si, que é obrigatória¹⁶⁵. Mesmo sendo discricionária, a forma deve obedecer alguns parâmetros, que se identificam como os princípios do serviço público. São eles: continuidade, igualdade, mutabilidade, eficiência, modicidade tarifária e cortesia¹⁶⁶.

O problema que os defensores públicos enfrentam na elaboração de peças processuais envolve claramente um emaranhado impasse norteado pela continuidade, pela igualdade e pela eficiência. Por continuidade, entende-se a não interrupção do serviço¹⁶⁷, e a igualdade impede discricionariedade no acesso à prestação¹⁶⁸. Então, há o grande desafio de se conseguir que a ampla utilização não inviabilize a assistência por limitações quantitativas. Nesse sentido, vem a eficiência com planejamentos que objetivam uma estratégia que tenha o melhor custo benefício¹⁶⁹.

O uso de modelos prontos de peça jurídica pela Defensoria já é um grande avanço na eficiência do serviço, uma vez que não é preciso reescrever toda vez a mesma argumentação. Contudo, na falta de teses defensivas, os modelos tradicionais passam a ser um problema. Inicialmente, são problemáticos porque as fundamentações descabidas não servem para todo caso. Basta lembrar da introdução deste trabalho, em que aparece uma argumentação específica sobre a confissão.

Além disso, o volume de teses defensivas tecnicamente incorretas para cada assunto cria ampla e avassaladora jurisprudência contrária que acaba com a chance de uma defesa dessas obter sucesso. A repetição constante de pedidos idênticos faz com que um magistrado de logo rejeite o caso, devendo o defensor estar sempre atualizando suas defesas infundadas para tentar alguma sorte que escape aos direitos do próprio réu.

¹⁶³ FURTADO, Lucas Rocha. op. cit. p. 588.

¹⁶⁴ Art. 175 da Constituição: "Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos".

¹⁶⁵ FURTADO, Lucas Rocha. op. cit. p. 588.

¹⁶⁶ Os três primeiros são clássicos princípios que vêm da doutrina francesa, e os outros três são extraídos do ordenamento brasileiro. Conferir FURTADO, Lucas Rocha. op. cit. p. 588.

¹⁶⁷ FURTADO, Lucas Rocha. op. cit. p. 589.

¹⁶⁸ Ibid. p. 590.

¹⁶⁹ Ibid. pp.76 e 591.

Portanto, a estratégia de adotar fundamentações descabidas é mais penosa em termos de eficiência do que assumir a falta de questões técnicas a serem alegadas e pedir o respectivo envio ao tribunal com ampla apreciação dos fatos, dos direitos e dos procedimentos. Desse jeito, não seriam precisos vários modelos para cada condenação diferente e nem seria necessário atualizar ou trocar a tese defensiva de tempos em tempos.

Eventualmente, alguém poderia achar que essa prática em nada garante a ampla defesa porque o tribunal com certeza optaria por não examinar os casos que lá chegassem com a defesa assumindo não haver o que pedir. No entanto, esse cenário não deve ser diferente do atual quando chegam teses sabidamente inconsistentes.

Ainda, o fim da banalidade de fundamentações pode se reverter em maior credibilidade para a Defensoria sustentar suas posições contra-majoritárias quando achar que deve. Se, por exemplo, os defensores públicos, a despeito da jurisprudência que se estabeleceu no Brasil¹⁷⁰, resolvessem de maneira eloquente e bem demonstrada lutar de forma destacada pela invalidade dos depoimentos de agentes policiais como prova, teriam mais chances de conseguir êxito. No contexto atual, o pedido de invalidade de um depoimento policial é só um dentre inúmeros pedidos a serem ignorados por remeterem a assuntos já superados pela cômoda jurisprudência dos tribunais frente aos muitos recursos que atiram pra qualquer lado.

3.2 A moralidade na administração pública

A possível má-fé da segunda instância também não é pior que do que o cinismo em escrever uma defesa que finge ser efetiva. Tendo em vista a realidade desta situação, não teria o defensor público, enquanto agente público, o dever de observar o princípio da moralidade da administração pública? Previsto no *caput* do Artigo 37 da Constituição¹⁷¹, tal princípio é imposto a toda a administração pública direta e indireta dos poderes de quaisquer entes federativos.

De incidência subjetiva absoluta em qualquer forma que o Estado assume, o princípio da moralidade, assim como os outros do artigo 37, interessa materialmente ao Direito

¹⁷⁰ Vide *Habeas Corpus* 74.522-9/AC do STF. Inteiro teor do acórdão disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=75297> >. Acesso em: 4 nov. 2017.

¹⁷¹ "A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência". Art. 37, *caput*, da Constituição.

Administrativo. Contudo, por diversas vezes, a atuação estatal se dá sob um regime jurídico diferente: há atos contratuais de natureza privada e há atos judiciais e legislativos de cunho processual próprio aos quais o Direito Administrativo não é aplicado¹⁷².

Se a natureza jurídico-administrativa do cargo de defensor público já trouxe angústias, o mesmo é de se esperar da classificação da atividade feita por tal agente público. O ato de apresentação das razões de apelação, certamente processual, não é propriamente nem privado, nem administrativo, nem judicial e muito menos legislativo.

O fato de não ser legislativo dispensa explicações.

O fato de não ser judicial se dá pela Defensoria não ser um órgão integrante do Poder Judiciário exercendo atividades típicas da magistratura¹⁷³.

Além disso, não é privado pois trata-se de uma prestação de um serviço fundamental ao assistido e essencial à justiça. Nesse sentido, submeter a relação entre defensor público e assistido ao Código de Defesa do Consumidor é algo por demais controverso para ser aqui proposto, mesmo que o consumidor seja tratado de forma privilegiada. Na falta de um Estatuto de Proteção do Usuário do Serviço Público¹⁷⁴ que o §3º do artigo 37 da Constituição insinua¹⁷⁵, há que se reconhecer a eficácia limitada¹⁷⁶ do dispositivo Constitucional que ainda não recebeu a regulamentação adequada. Tal omissão não pode convenientemente dar lugar a um regulamento do Direito Privado.

¹⁷² FURTADO, Lucas Rocha. op. cit., pp. 46 e 193.

¹⁷³ Os atos judiciais é restrito a órgãos do Poder Judiciário. Conferir: FURTADO, Lucas Rocha. op. cit. p. 46.

¹⁷⁴ Lucas Furtado defende a aplicação do Código de Defesa do Consumidor por causa dessa falta de regulamentação. Conferir FURTADO, Lucas Rocha. op. cit. pp. 592 a 594. Nota-se ser um argumento analógico, que de forma correta compreende haver omissão legal. No entanto, a grande diferença na natureza das relações jurídicas faz com que essa analogia seja interrompida no juízo de semelhança entre as situações. Sobre a analogia, conferir DINIZ, Maria Helena. op. cit. pp. 133 a 142.

¹⁷⁵ . "A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)". Art. 37, §3º da Constituição Federal.

¹⁷⁶ Há três categorias didáticas para a eficácia das normas constitucionais: plena, contida e limitada. As duas primeiras se referem a dispositivos autoexecutáveis, ou seja, que conseguem ter força normativa sozinhos, sendo que os dispositivos de eficácia contida podem vir a ser restringidos por alguma lei. Já as normas de eficácia limitada dependem de lei regulamentadora para poderem ser aplicadas. Sobre o tema, conferir: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. pp. 117 e 118.

Não é também administrativo pois não é uma manifestação de vontade do Estado no exercício de suas funções executivas¹⁷⁷. Inclusive, o princípio da moralidade perde alguma força de incidência no caso em razão disso, já que serve muito como controle de legitimidade para a anulação de atos administrativos¹⁷⁸.

O fracasso no encaixe dessa atividade material do Estado em alguma categoria que dê uma luz sobre a natureza da apresentação de razões de apelação já era esperado. Afinal, “na prestação de serviços públicos, a teoria dos atos administrativos, conforme historicamente apresentada, é quase de nenhuma utilidade”¹⁷⁹. Realmente, a multiplicidade de maneiras com as quais o Estado Democrático de Direito atua desmancha quaisquer pretensões de conseguir submeter o ordenamento jurídico a uma análise dogmática simples e objetiva.

No entanto, não seria a primeira vez que princípios do direito administrativo seriam aplicados para agentes públicos fora de um contexto administrativista puro. Os empregados públicos, contratados pela CLT e portanto sob o crivo da Justiça Trabalhista, devem, por exemplo, obrigatoriamente se submeterem ao concurso público da mesma forma que os servidores estatutários: segundo a Súmula 363¹⁸⁰ do TST, o artigo 37, II e §2º da Constituição¹⁸¹, típico do direito administrativo, também vincula os contratos de trabalho celetistas.

Diante desse entendimento, mesmo que a apresentação de razões de apelação não guarde tantas relações com o Direito Administrativo, a condição de agentes públicos dos defensores públicos é um ponto que talvez sustente o dever de moralidade. Ainda, sendo agentes públicos, os defensores estão sujeitos à lei de improbidade administrativa, que trata de ilícitos civis¹⁸² de difícil configuração em uma prestação de assistência judiciária gratuita e que por isso não merecem ser discorridos no presente trabalho.

¹⁷⁷ FURTADO, Lucas Rocha. op. cit. p. 40.

¹⁷⁸ Ibid. p. 87.

¹⁷⁹ Ibid. p. 40.

¹⁸⁰ Súmula 363 do TST: “CONTRATO NULO. EFEITOS (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS”.

¹⁸¹ Art. 37 da Constituição Federal: “II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; [...] § 2º A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei”.

¹⁸² FURTADO, Lucas Rocha. op. cit. p. 89.

Com altos e baixos na argumentação, a afirmação da imperatividade da observância do princípio da moralidade da administração pública é tecnicamente insegura, apesar de parecer desejável que ele seja aplicado. Em se tratando de uma função e de uma atuação tão *sui generis*, somente é certo que o defensor público é um agente público que presta um serviço público devendo sobretudo prezar pela continuidade, igualdade e eficiência da sua atuação.

CONCLUSÃO

De forma analítico-hermenêutica, o trabalho fez uma abordagem dogmática sobre o dilema de até onde vai a obrigatoriedade de uma defesa técnica nas razões de apelação apresentadas pela Defensoria Pública, diante da dificuldade de apresentar defesas em casos de uma justa condenação. A ausência de teses defensivas é um pressuposto desta monografia.

A partir da formação conceitual da ampla defesa, verifica-se que ela é de bases liberais e processuais, o que ressalta sua função fiscalizatória, embora tal princípio fundamental conviva de maneira sensível com o prestacional direito à assistência judicial.

Ainda, tratar a ampla defesa fora do contexto pré-sentença é algo raro na doutrina estudada, o que dificulta um rigor maior na observância da defesa técnica na fase recursal. Além disso, a efetividade exigida na defesa ressalta ampla desconfiança ou inocência por parte dos juristas e operadores do direito em relação às persecuções penais, que, em suas convicções, sempre vão ter um defeito a ser ressaltado pela defesa. Simplesmente, a possibilidade de um processo justo acontecer na primeira instância não é considerada.

Levando em conta todos os problemas conceituais, o defensor não deixa de ser obrigado a se manifestar de forma fundamentada, sob pena de uma nulidade construída doutrinariamente e jurisprudencialmente. Essa nulidade, entretanto, tem limite no prejuízo que a falta de efetividade da defesa técnica causa no réu. Sabendo-se que o trabalho pressupõe que o defensor está diante de um caso sem defesa, a nulidade perde o sentido e a defesa técnica pode atuar de maneira mais relaxada.

Se, por um lado, a defesa técnica pode relaxar, a ampla defesa como um todo ainda deve ser garantida. Nesse sentido, é fundamental que o defensor peça a ampla devolução de fatos e de direitos para o segundo grau de jurisdição de modo que ainda haja oportunidade para reapreciação do caso e para, eventualmente, reverter a situação original em uma mais benéfica ao condenado.

Por fim, o tipo de defesa técnica proposto no presente trabalho se coaduna com o dever de eficiência, igualdade e continuidade que possui o defensor público na condição de Agente Público prestador de um serviço público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. Hildebrando Accioly, G. E. Do Nascimento e Silva e Paulo Borba Casella. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2015.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. “Curso de Processo Civil”, Vol. 3, Processo Cautelar, SP: RT, 1998. pp. 103 e 104, *apud*: PACHECO, Iara Alves Cordeiro. op. cit. p. 69. Disponível em: <<http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/2647700/R+13-2000.pdf/9a8aaa2b-603c-4c3b-a458-09d02692e798>>. Acesso em: 20 set. 2017.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CASTRO, Marcus Faro de. *Formas jurídicas e mudança social: interações entre o direito, a filosofia, a política e a economia*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CHAVEIRO, Jovenal Junio. O princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa no processo administrativo disciplinar. In: *Revista Digital de Direito Administrativo*. Ribeirão Preto, v. 2, n. 1, p. 426, 2015. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/86875/92278>>. Acesso em: 7 ago. 2017.
- DIAS, Maria Berenice. Ponto-e-vírgula. *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 3, n. 74, 10 mai. 2003. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/artigos/125-artigos-mai-2003/4840-ponto-e-virgula>>. Acesso em: 24 set. 2017.
- DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro interpretada*. 17 ed., rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- _____. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Editora Atlas S.A. ,1991.
- FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. 4a edição revista e atualizada. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- LUMIA, Giuseppe. *Elementos de teoria e ideologia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. pp. 3-22.
- MAUÉS, Antônio Moreira. Supralegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Interpretação Constitucional. In: *SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos*. Vol. 10, n. 18. Semestral. São Paulo: jun. 2013.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: (processo civil, penal e administrativo)*. 12. ed. rev., ampl. e atual. com as novas Súmulas do STF (simples e vinculantes) e com o novo CPC (Lei 13.105/2015). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

PACHECO, Iara Alves Cordeiro. Revisão da autonomia do processo cautelar. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região* — Direção e Coordenação da Escola da Magistratura— n.13. Campinas: Editora LTr., 2001. p. 69. Disponível em: <<http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/2647700/R+13-2000.pdf/9a8aaa2b-603c-4c3b-a458-09d02692e798>>. Acesso em: 20 set. 2017.

SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*; prefácio Maria Thereza Rocha de Assis Moura. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. - 3. Ed. - Curitiba: ICPC; Lumen Júris, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

VELLOSO, Carlos Mário. Devido processo legal e acesso à justiça. *Correio Braziliense*, Distrito Federal, 01 dez. 2008. Direito & Justiça, p. 1. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/CarlosVelloso/ArtigosJornais/834150.pdf>>. Acesso em: 02 out. 2017.