



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

O CONTROLE JUDICIAL DA EFETIVIDADE DA DEFESA TÉCNICA

GERALDO VILAR CORREIA LIMA FILHO

ORIENTADOR: PROF. DOUTOR PAULO SOUSA MENDES

MESTRADO EM DIREITO

ÁREA DE ESPECIALIZAÇÃO:

CIÊNCIAS JURÍDICO-CRIMINAIS

2016

Resumo

O presente estudo se propõe a analisar os critérios de avaliação da efetividade da defesa técnica e as hipóteses em que o judiciário pode intervir para assegurar tal garantia. Para tanto, inicia-se com uma abordagem dos pressupostos teóricos da defesa técnica, sua natureza jurídica e influência do modelo processual na sua conformação.

Em seguida, passa-se a averiguar o tratamento do direito à defesa técnica nos principais sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, em especial a partir da jurisprudência do TEDH e da CIDH, que apontam para um conteúdo mínimo a ser seguido pelos ordenamentos internos e que apontam para a necessidade de se garantir um conteúdo mínimo de proteção da efetividade da defesa técnica, não sendo suficiente a mera nomeação de defensor.

O direito brasileiro é analisado a partir do enunciado nº 523 da súmula do STF, sendo feita a necessária crítica à jurisprudência relativa à efetividade da defesa técnica. Do mesmo modo, é realizada uma análise do ordenamento jurídico norteamericano e do português, procedendo-se a uma análise comparativa a partir da decomposição do controle judicial da efetividade da defesa técnica em quatro aspectos: o formal, o material, a constatação de prejuízo e a possível distinção de tratamento conforme se trate de defensor de confiança ou fornecido pelo Estado.

Por fim, são apreciados os principais problemas jurídicos decorrentes do controle judicial da efetividade da defesa técnica, chegando-se à conclusão de que o mesmo é possível e necessário, de modo a ultrapassar a observância apenas formal da defesa técnica.

Deve, contudo, respeitar a autonomia do defensor, de confiança ou oficioso, para fazer as escolhas estratégicas na condução da defesa, porém impondo como limitação de tal liberdade a presença de um conteúdo com um mínimo de razoabilidade, que pode ter como referência orientações gerais pré-estabelecidas, sem a necessidade de demonstração de prejuízo, além daquele inerente a toda decisão desfavorável.

Palavras-chave:

Processo Penal. Defensor. Defesa técnica. Efetividade. Controle judicial.

Abstract

This study focuses the issue of the judicial review of the effective assistance of counsel. Therefore, it begins with an approach of the theoretical assumptions of technical defense, legal status and influence of the procedural model in its conformation.

Analyzes the treatment of the right to assistance of counsel in the main international systems of human rights protection, in particular from the case law of the ECtHR and the IACHR, which point to a minimum content to be followed by domestic systems and point to the need to guarantee a minimum amount of effective assistance of counsel, not being enough the mere appointment of counsel.

Brazilian law is analyzed from the statement No. 523 of the Supreme Court docket, and made the necessary criticism of the case law on the effective assistance of counsel. Similarly, an analysis is made of the American legal system and the Portuguese, proceeding to a comparative analysis from the decomposition of judicial review of the effectiveness of counsel's assistance in four aspects: the formal, the material, the prejudice finding and the possible treatment of distinction according to whether the counsel is retained or appointed.

Finally, the major legal problems arising from judicial review of the effectiveness of effective assistance of counsel are appreciated, coming to the conclusion that it is possible and necessary in order to overcome the only formal observance of counsel's assistance.

It should, however, respect the autonomy of the defense lawyer, retained or appointed, to make strategic choices in the conduct of the defense, but imposing a limitation of such freedom the presence of a content with a minimum of reasonableness, which may have guidelines without the need to demonstrate prejudice, beyond that inherent in every unfavorable decision.

Keywords

Criminal Procedure. Counsel. Assistance of Counsel. Effectiveness. Judicial Review.

Siglas e abreviaturas

ABA	-	<i>American Bar Association</i>
ADI	-	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	-	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AgRg	-	Agravo Regimental
ARESP	-	Agravo em Recurso Especial
art., arts.	-	artigo, artigos
cap.	-	capítulo
CEDH	-	Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem
cf.	-	confira, confronto
CIDH	-	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CNJ	-	Conselho Nacional de Justiça
coord., coords	-	Coordenador, coordenadores
CPP	-	Código de Processo Penal
CPPB	-	Código de Processo Penal Brasileiro
CRFB	-	Constituição da República Federativa do Brasil
CRP	-	Constituição da República Portuguesa
CSJ	-	Corte Suprema de Justiça
DGPJ	-	Direcção-Geral da Política de Justiça
<i>e. g.</i>	-	exempli gratia (por exemplo)
ed., eds.	-	edição, edições; editora, editoras
<i>et al.</i>	-	et alii (e outros)
EUA	-	Estados Unidos da América
HC	-	<i>Habeas Corpus</i>
<i>Ibid.</i>	-	<i>Ibidem</i> (no mesmo lugar)
MP	-	Ministério Público
MS	-	Mandado de Segurança
n.º, n.ºs	-	número, números
OAB	-	Ordem dos Advogados do Brasil
ob. cit.,	-	obra citada
OEA	-	Organização dos Estados Americanos
org.	-	organizador, organização
p., pp.	-	página, páginas
parág.	-	parágrafo
PIDCP	-	Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos
RE	-	Recurso Extraordinário
reimp.	-	reimpressão
RESP	-	Recurso Especial
RHC	-	Recurso Ordinário em <i>Habeas Corpus</i>
s., ss.	-	seguinte, seguintes
STF	-	Supremo Tribunal Federal
STJ	-	Supremo Tribunal de Justiça
STJB	-	Superior Tribunal de Justiça Brasileiro
TC	-	Tribunal Constitucional
TEDH	-	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TJSP	-	Tribunal de Justiça de São Paulo
TRC	-	Tribunal da Relação de Coimbra

TRE	-	Tribunal da Relação de Évora
TRF	-	Tribunal Regional Federal
TRG	-	Tribunal da Relação de Guimarães
TRL	-	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	-	Tribunal da Relação do Porto
U.S.		<i>United States Reports</i>
vol., vols.	-	volume, volumes
vs.	-	<i>versus</i>

Sumário

Introdução	8
I. Natureza jurídica da defesa técnica e modelo processual penal	14
II. A efetividade da defesa técnica no direito internacional dos direitos humanos	21
1. Visão geral	21
2. Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos	22
<i>a) Caso Tibi vs. Equador (2004)</i>	22
<i>b) Caso Chaparro Álvarez e Lapo Iñiguez vs. Equador (2007)</i>	23
<i>c) Caso Barreto Leiva vs. Venezuela (2009)</i>	24
<i>d) Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México (2010)</i>	24
<i>e) Caso Vélez Loor vs. Panamá (2010)</i>	25
<i>f) Síntese da jurisprudência da CIDH</i>	26
3. Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem	27
<i>a) O caso Artico vs. Itália (1980)</i>	27
<i>b) O caso Daud vs. Portugal (1998)</i>	29
<i>c) O caso Czekalla vs. Portugal (2002)</i>	31
<i>d) O caso Sannino vs. Itália (2006)</i>	34
<i>e) O caso Panasenko vs. Portugal (2008)</i>	37
<i>f) O caso Bogumil vs. Portugal (2009)</i>	40
<i>g) Apreciação dos precedentes do TEDH</i>	41
III. Análise comparativa do controle da efetividade da defesa técnica pelo tribunal	45
1. Brasil: o enunciado n° 523 da súmula do STF	45
<i>a) Visão geral da defesa técnica no processo penal brasileiro</i>	45
<i>b) Precedentes do enunciado n° 523 da súmula do STF</i>	49

c) <i>Aplicação pela jurisprudência do enunciado n° 523 da súmula do STF</i>	51
2. Estados Unidos: o Standard de Strickland vs. Washington	66
a) <i>A evolução do right to effective assistance of counsel</i>	66
b) <i>O caso Strickland vs. Washington</i>	70
c) <i>A crítica a Strickland e a evolução da jurisprudência</i>	78
3. Portugal: o impacto do TEDH	83
4. Síntese comparativa	97
IV. Dilemas do controle judicial da efetividade da defesa técnica	104
1. Sindicabilidade da defesa técnica e liberdade do defensor	104
2. Distinção de tratamento conforme se trate de advogado contratado ou fornecido pelo Estado	107
3. Critérios de controle judicial da inefetividade da defesa técnica	111
a) <i>A inefetividade da defesa em sentido estrito</i>	111
b) <i>(Des)necessidade de comprovação de prejuízo</i>	118
Conclusão	123
Bibliografia	126

Introdução

Além da autodefesa, exercida diretamente pelo próprio acusado, o princípio da ampla defesa reconhece a todo acusado o direito do acusado a contar com a assistência de um defensor em seu favor, a chamada defesa técnica.

O defensor, quer seja ele um advogado contratado pelo acusado, quer seja um profissional designado para quem não possa contratar um, deve ser um profissional devidamente habilitado com a necessária formação jurídica para se contrapor ao não menos capacitado representante do Ministério Público - MP ou acusador particular, quando admissível.

Com efeito, a simples possibilidade, ou mesmo obrigatoriedade, abstrata de atuação de um advogado em favor do acusado não garante, por si só, que a defesa seja exercida de maneira adequada e efetiva.

Entretanto, o texto de nenhuma das principais normas internacionais de direitos humanos ou mesmo das Constituições dos países objeto do presente estudo (Brasil, Estados Unidos - EUA e Portugal), chega a mencionar explicitamente o direito à efetividade da defesa exercida pelo defensor.

Contudo, não faria qualquer sentido prever o direito à defesa técnica, como qualquer direito, sem que o mesmo fosse dotado de alguma efetividade, pois tornaria a previsão letra morta, o que explica o grande nível de consenso no âmbito da doutrina e da jurisprudência dos mais diversos países e cortes internacionais acerca da necessidade de a defesa técnica possuir um mínimo de efetividade.

Assim, uma vez reconhecido o direito à efetividade da defesa técnica, é natural que o tribunal, palco por excelência do processo penal, exerça o controle judicial da efetividade da defesa técnica, tema do presente trabalho.

Nessa toada, o problema central a ser enfrentado no presente trabalho consiste na análise dos parâmetros utilizados pelos tribunais para aferir a efetividade da defesa técnica, criticando-os e investigando a tensão entre medidas de garantia de tal efetividade com a independência do defensor.

Com efeito, fatores como as restrições do acesso do advogado ao acusado ou a outros elementos do processo, a exiguidade de tempo de preparação da defesa, entre outros, podem prejudicar ou mesmo anular a efetividade da defesa. Contudo, esta não é a preocupação central da presente dissertação, que prioriza a análise da efetividade da defesa técnica a partir da qualidade da intervenção do defensor.

Em grande medida, a forma e o nível de controle judicial da efetividade da defesa técnica dependem dos pressupostos teóricos que a informem, de modo que o primeiro capítulo do presente trabalho se propõe a situar as diferentes visões acerca da defesa técnica.

É mister analisar a natureza da defesa técnica, perquirindo se deve preponderar a visão da mesma como um direito disponível do acusado e protegido nessa condição ou se constitui um verdadeiro pressuposto de validade do processo penal, posto que prevalece o interesse público na tutela da inocência do acusado.

Nesse sentido, é relevante situar se o direito à assistência jurídica em processos criminais, e por via de consequência o direito à defesa técnica efetiva, possui autonomia com relação ao direito ao processo equitativo, posto que de tal definição decorrem importantes consequências na solução do problema central no presente trabalho: os parâmetros de controle judicial da efetividade da defesa técnica.

Cabe ainda situar a análise da efetividade da defesa técnica de acordo com os principais modelos de processo existentes no mundo ocidental: o *adversarial system* e o europeu continental, já que certas distinções entre os dois modelos possuem influência sobre o controle judicial da efetividade da defesa técnica, a exemplo do maior protagonismo das partes no modelo adversarial e do papel mais ativo do tribunal na busca da verdade, típico do modelo europeu continental.

Isso posto, estabelecidos os pressupostos teóricos, será realizada uma análise do tratamento da efetividade da defesa técnica nos principais sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, com especial destaque para os principais julgamentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH e do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos – TEDH sobre o tema.

Em seguida, será realizada uma análise do controle judicial da efetividade da defesa técnica no direito brasileiro, comparando-o com o ordenamento jurídico norteamericano e o português, com ênfase nas posições adotadas pelas respectivas jurisprudências.

O estudo do direito brasileiro, no qual inúmeros casos são submetidos aos tribunais para que se avalie a efetividade da defesa técnica, iniciar-se-á com uma análise do regime jurídico da defesa técnica, porém tendo como elemento central a apreciação crítica do enunciado nº 523 da Súmula do Supremo Tribunal Federal - STF o qual dispõe que “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”.

Nesse diapasão, serão estudados tanto os precedentes que deram origem ao enunciado quanto será efetuado um levantamento de uma ampla gama de acórdãos do STF e do Superior Tribunal de Justiça brasileiro - STJB, a partir dos quais se analisará a interpretação que os tribunais superiores brasileiros vêm conferindo ao controle judicial da efetividade da defesa técnica, bem como apreciando as críticas elaboradas pela doutrina e as inovações legislativas sobre o tema.

O ordenamento jurídico norte-americano é, sem sombra de dúvidas, o que mais desenvolveu a temática entre os sistemas ora estudados. Sua análise tem como elemento central o estudo do célebre caso *Strickland v. Washington*¹ no qual a Suprema Corte fixou os standards de avaliação dos recursos fundados na inefetividade da defesa técnica.

Nessa toada, iniciar-se-á pela evolução do *right to assistance of counsel* na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos até o caso *Strickland*, passando a uma narrativa mais pormenorizada e estudo das regras fixadas no mesmo e culminando com o estudo das críticas elaboradas pela doutrina e a evolução posterior da jurisprudência da Suprema Corte sobre o tema.

Em Portugal, a efetividade da defesa técnica é tema de poucos julgados. Contudo o fato de o Estado português ter sido condenado pelo TEDH por não ter tomado medidas para garantir que arguidos dispusessem de defesa técnica efetiva em ao menos quatro ocasiões entre os anos de 1998 e 2009 parecem indicar que há algo de errado a merecer consideração.

Com esse propósito, após uma visão geral do regramento da defesa técnica no ordenamento jurídico lusitano, situando a legislação sobre o tema, a posição de sua doutrina e analisando os acórdãos de seus tribunais que, mesmo que de modo indireto, refiram-se à efetividade da defesa técnica, com especial destaque aos que tratam de situações semelhantes às dos casos em que Portugal foi condenado pelo tribunal de Estrasburgo.

¹ *Strickland v. Washington*, 466 U.S. 668 (1984).

Estabelecidas as narrativas dos ordenamentos jurídicos acima mencionados, proceder-se-á a uma análise comparativa entre os mesmos, extraindo o que há de comum entre os sistemas, assim como as distinções.

Elaborado o estudo comparativo, passa-se a enfrentar os principais problemas jurídicos decorrentes do controle judicial da efetividade da defesa técnica, quais sejam: 1) a tensão entre a sindicabilidade da defesa pelo tribunal e a independência do defensor; 2) a eventual distinção de tratamento consoante se trate de advogado contratado pelo acusado ou fornecido pelo Estado; 3) a definição de critérios para avaliação pelo tribunal da inefetividade da defesa técnica.

Importante questão a ser enfrentada é a tensão entre o controle judicial e a necessidade de se preservar a independência de atuação do advogado, sem a qual também não é possível o pleno exercício do direito de defesa.

Nesse diapasão, tem-se por objetivo avaliar se e até que ponto é possível sindicat a atuação do defensor sem que se ponha em causa sua independência e liberdade de escolha e condução das estratégias defensivas, de modo a, conseqüente e paradoxalmente, também por em causa a própria efetividade da defesa técnica que visa proteger.

Também é necessário averiguar se o fato de a defesa técnica ser fornecida pelo Estado implica uma distinção nos critérios utilizados para o controle judicial em relação à defesa exercida por advogado contratado.

Tratamento distinto parece decorrer da ideia de que a responsabilidade do Estado por fornecer a defesa técnica ensejaria uma obrigação acessória de maior vigilância e poder de supervisão do mesmo sobre a sua efetividade.

A tal incremento de intervenção estatal opõem-se duas objeções: a) à ampliação da supervisão corresponde uma maior restrição da independência do defensor, que pode, a exemplo do tratado no tópico anterior, prejudicar a própria efetividade da defesa; b) a efetividade da defesa técnica é uma garantia de todo acusado e dever de todo defensor, de maneira que não se justificaria eventual distinção de tratamento com base na forma de investidura do advogado.

O derradeiro e possivelmente mais difícil dos problemas a serem enfrentados é a definição de critérios de avaliação de (in)efetividade da defesa técnica. Tal dificuldade decorre em grande medida da própria variabilidade de possibilidades de estratégias defensivas, as quais podem abarcar desde a versão de como ocorreram os fatos, passando pelo

enquadramento jurídico dos mesmos, defesas de ordem processual ou até a assunção da culpa com vistas a firmar acordos com o órgão responsável pela acusação.

Com efeito, se não é fácil definir *a priori* o acerto de a defesa valer-se de uma determinada tese em lugar de outra também possível, lado outro há situações em que a falha na atuação do defensor é tão evidente que fica nítida a inobservância da garantia da defesa efetiva.

Nesse cenário, mesmo considerando ser inadequado exigir do defensor uma defesa perfeita, pretende-se estudar que *standards* podem ser utilizados pelo judiciário para controlar a efetividade da defesa técnica.

Para tanto, iniciar-se-á pela análise da atuação do defensor propriamente dita, o que denominamos como efetividade da defesa técnica em sentido estrito, apreciando alguns critérios que variam desde a participação formal do defensor que, independente do conteúdo de sua manifestação, comparecesse aos atos processuais e apresentasse as peças defensivas, até critérios que avaliem o conteúdo da defesa, a exemplo do *farce and mockery of justice standard* e do *reasonably competent attorney standard*, desenvolvidos pela jurisprudência norteamericana, bem como apreciando a adequação de utilização das orientações de instituições como as *guidelines* da *American Bar Association* - ABA dos EUA.

Além da avaliação da defesa técnica em sentido estrito, é forçoso averiguar se controle da efetividade da defesa técnica deve levar em consideração a demonstração de prejuízo decorrente da inefetividade constatada, bem como definir o que consistiria tal demonstração de prejuízo, que pode ir da simples constatação de decisão contrária aos interesses do acusado até a comprovação de nexo causal entre a falha defensiva e o resultado desfavorável.

Percorrido o caminho acima descrito, chega-se à conclusão de que o controle judicial da efetividade da defesa técnica é uma necessidade do processo penal, sem a qual o mesmo, em grande parte dos casos, não terá condições de cumprir o seu papel de limitador do arbítrio estatal e garante dos direitos individuais.

Nesse sentido, o controle judicial deve ir além da observância meramente formal da defesa técnica. Para tanto, deve respeitar a liberdade do defensor, seja ele contratado pelo réu ou fornecido pelo Estado, de fazer as escolhas estratégicas para a condução da defesa.

Entrementes, tal liberdade deve ter como limite a verificação da presença de um conteúdo com um mínimo de razoabilidade, que pode ter como referência orientações gerais, sem a necessidade de demonstração de prejuízo, além daquele inerente à decisão desfavorável.

I. Natureza jurídica da defesa técnica e modelo processual penal

La storia del processo penale è la storia della difesa.

*Julius Glaser*²

Tido como verdadeiro sismógrafo da Constituição³ por regular, de modo mais intenso do que qualquer outro ramo do direito, os conflitos entre os interesses individuais e coletivos, o direito processual penal só pode ser entendido, como sugere Julius Glaser, a partir do exercício do direito de defesa, que é um ato de resistência do indivíduo em face do aparelho repressor do Estado.

Nesse sentido, os modos de exercício e amplitude de tal garantia constituem importantes indicadores do respeito às garantias individuais, mormente quando se considera que no processo o acusado é exposto a um ambiente novo e, por vezes, hostil.

A arquitetura e tipologia da sala de audiências, indumentária, linguagem, ritual, tudo lhe é estranho, enquanto os agentes do Estado movem-se em ambientes que lhe são inteiramente familiares. Tais símbolos e rituais apontam para sua inferioridade e reduzida competência de ação.⁴

O cenário acima descrito tem o potencial de transformar o processo penal, instrumento de aplicação do direito penal, na sua caricatura tão bem retratada em *O processo*, de Franz Kafka, em que o diálogo é impossível.

Contudo, um processo penal antikafkiano, em que sejam respeitados os direitos fundamentais, tem por função elevar a discussão sobre o crime concreto para um plano de diálogo entre o acusado e a sociedade, o qual pressupõe a compreensão das razões do

²Em tradução livre: “A história do Processo Penal é a história da defesa”. GLASER, Julius. Handbuch des Strafprozess, Leipzig, II, 1885, p.223, apud CARULLI, Nicola. *Il diritto di difesa dell' imputato*. Napoli: Casa Editrice Jovene, 1967, p.5.

³ ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p.10.

⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge.; COSTA ANDRADE, Manuel. *Criminologia: O homem delinquente e a sociedade criminógena*. 2ª Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p.377.

processo, e tem na comunicabilidade um instrumento a favor da prevenção geral de integração e de estabilização do conflito social.⁵

Isso posto, a fim de possibilitar tal comunicação, é mister estabelecer instrumentos hábeis a dotar o acusado de efetiva competência de ação, ou seja, de capacidade de antecipar as ações dos órgãos estatais na reconstrução do fato pretérito e na aplicação do direito, de orientar-se conforme tal atuação, de controlar o desenrolar da persecução penal e de efetivar estratégias hábeis para evitar um resultado negativo do processo para ele. Sem isso, o acusado não possui efetiva capacidade de fazer valer seus direitos.⁶

Para tanto, a defesa pessoal do acusado, embora essencial, é absolutamente insuficiente e precisa ser complementada pela atuação do defensor, um experto na ciência jurídica, capaz de fazer frente ao Ministério Público, também técnico, por sua vez.

Nesse sentido, Giuseppe Riccio⁷ estabelece uma distinção entre a autodefesa e a defesa técnica, ao afirmar que a primeira consiste na possibilidade de gestão do mérito do caso penal e integra os direitos individuais de liberdade que fundam a própria personalidade humana, enquanto à defesa técnica cabe garantir o adequado desenvolvimento da jurisdição, consistindo em verdadeiro instrumento de validade do processo, responsável pela efetividade do contraditório e pela paridade de armas, desenvolvendo a concepção técnico-jurídica da defesa.

Ademais, visto que a eventual imposição de sanção penal é, necessariamente, jurisdicional, basta a existência do juiz para que nasça também a exigência de alguém que possa com ele dialogar, que fale sua língua. Uma vez que o acusado, em princípio, não conhece o Direito, é necessário que seja assistido por alguém que o conheça e possa garantir a efetividade da defesa e a paridade de armas, conforme lição de Girolamo Bellavista a seguir colacionada, *in verbis*:

[...] [a defesa técnica] tem suas raízes e sua razão de ser na dialética processual, no contraditório. Fala-se daquele cidadão romano que diante do juiz, ciente da própria inocência quanto da insuficiência defensiva, diante de um acusador da força de Celso, teria dito: “seria eu culpado porque Celso é um grande advogado? A verdade é que a eficácia do contraditório implica

⁵ PALMA, Maria Fernanda. O problema penal do processo penal. In: PALMA, Maria Fernanda (Coord.). *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004, p.42-44.

⁶ HARTMANN, Érica de O. *Processo Penal e rito democrático: a simplificação dos procedimentos como condição de possibilidade do contraditório e da ampla defesa*. Curitiba, 2010. 341 fls. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná, p.128.

⁷ RICCIO, Giuseppe. *Processo penale e modelli di partecipazione*. Napoli: Jovene, 1977, p.219-220.

paridade de poder entre os contraditores. Daí a necessidade de que as partes intervenham no processo penal com a assistência de sujeitos que tenham uma específica capacidade técnico-profissional. *Iura novit curia, reus nescit*: o imputado que não sabe o direito tem necessidade de ser assistido por alguém que o saiba, já que a estrutura dialética do processo quer um duelo com armas iguais e não são iguais as armas de um acusador perito em direito e de um acusado sem tais conhecimentos. Eis porque, ao lado do acusado [...] se desenha uma sombra obrigatória contida em todas as legislações civis, o defensor, o “eu formal do acusado”, a “sua orelha e a sua boca jurídica”, segundo a imagem plástica de VARGHA. Contudo, a rigor, a defesa técnica não se impõe apenas pelo conhecimento do direito a que se propõe. O acusado (Ainda que *Cicero pro domo sua*) não tem sempre o sangue frio e a indiferença necessários para fazer frente ao acusador, e o ordenamento jurídico não despreza tal consideração. Assim nasce a defesa técnica, o advogado.⁸

A fim de descortinar o papel da defesa técnica, Trechsel⁹ analisa os propósitos do direito de defesa em quatro aspectos distintos: o técnico, o psicológico, o humanitário e o estrutural.

O aspecto técnico, o mais evidente de todos, refere-se à assistência que o defensor fornece ao acusado a partir de seus conhecimentos das ciências jurídicas, de modo a habilitar o acusado a fazer uso dos demais direitos que lhe são concedidos pelas leis penais e processuais penais.

Tal aspecto do direito de defesa tem por escopo proporcionar ao acusado a sua melhor chance de obter um resultado favorável no julgamento e está diretamente ligado ao princípio da paridade de armas, bem como cumpre o papel de controlar as atividades das autoridades.¹⁰

⁸ BELLAVISTA, Girolamo. La difesa giudiziaria penale. In: *Studi sul processo penale*. v.III (1960-1965). Milano: Giuffrè, 1966, p.178, tradução própria. No original: “Questa affonda le sue radici e la stessa sua ragion d’essere nella dialettica processuale, nello stesso contraddittorio. Si racconta di quel contadino romano che avanti ai giudici, consapevole della propria innocenza quanto della propria pochezza defensiva, specie di fronte ad un accusatore della forza di Celso, se ne fosse uscito col dire: ‘sono io forse colpevole, perchè Celso è un bravo avvocato?’. Il vero è che l’efficacia del contraddittorio implica parità di potenza nei contraddittori. Da ciò la necessità che le parti agiscano ed intervengano nel processo penale con la coadiuvazione di soggetti che abbiano una specifica capacità tecnico-professionale. *Iura novit curia, reus nescit*: l’imputato che non sa il diritto, ha bisogno di essere assistito da qualcuno che lo sappia, poichè la stessa natura dialética del processo vuole un duelo ad armi eguali e non sono eguali le armi di un accusatore giurisperito e di un accusato digiuno di diritto. Ecco perchè, accanto all’accusato [...], si profila, *umbra* obbligatoria presso tutte le legislazioni civili, il difensore, l’ ‘io formale dell’accusato’, il ‘suo orecchio e la sua bocca giuridica’, secondo la plastica immagine del VARGHA. Ma a ben guardar ella difesa tecnica non si impone solo per la conoscenza del diritto in chi ad essa è preposto. L’accusato (fosse anche *Cicero pro domo sua*) non ha sempre il sangue freddo ed il distacco necessari per equilibrare l’accusatore, e l’ordinamento giuridico non sottovaluta codesta considerazione. Così nasce la difesa tecnica, l’avvocato.”

⁹ TRECHSEL, Stefan. *Human Rights in Criminal Proceedings*. New York: Oxford University, 2005, p.244-247.

¹⁰ TRECHSEL, Stefan. *Human Rights in Criminal Proceedings*. New York: Oxford University, 2005, p.245.

Também o aspecto psicológico visa ampliar as chances de o acusado conseguir uma decisão favorável no julgamento e reforça a importância da atuação de um defensor em favor do acusado.

Seu fundamento reside no fato de que, mesmo em casos relativamente simples, que não demandem profundos conhecimentos jurídicos, ou em casos em que o próprio acusado possua formação jurídica adequada, o acusado tem o direito de ter a sua defesa exercida por um profissional que possa manter a objetividade, uma vez que não está pessoalmente implicado pela acusação que deve enfrentar.¹¹

O caráter humanitário da defesa técnica, que não possui aceitação geral, não se vincula diretamente à busca pelo resultado mais favorável ao acusado no processo e se relaciona mais aos meios do que aos fins do processo.

Desse modo, o aspecto humanitário da defesa se relaciona com a necessidade de que o réu, que frequentemente se vê abatido pela desesperança e desespero diante da situação de inferioridade em que se encontra, em especial quando está preso e/ou se vê diante da possibilidade de uma grave pena, tenha com quem contar dentre os atores processuais para lhe dar suporte.¹²

O aspecto estrutural do direito de defesa relaciona-se com a defesa técnica e com a autodefesa e diz respeito à necessidade de o acusado poder jogar um papel ativo no processo, de maneira que seja tratado como um sujeito do mesmo e não como seu mero objeto.

Assim, ao ser tratado como sujeito ativo, pode o acusado influenciar de modo legítimo e efetivo o curso do processo, o que atende aos interesses de um processo equitativo.¹³

Desse modo, posta a relevância da defesa técnica, resta ainda esclarecer se sua importância está limitada ao particular interesse do acusado em se opor à acusação estatal ou se o transcende e diz respeito à coletividade, como condição necessária à regularidade do processo penal.

Apesar de parecer bizantina, tal discussão tem impacto concreto no modo como os ordenamentos jurídicos regulam o tema. Nesse sentido, a visão de que a defesa técnica representa um interesse público para além do mero interesse particular do acusado está

¹¹ Ibid., p.245-246.

¹² Ibid., p.246-247.

¹³ Ibid., p.247.

presente nos ordenamentos que entendem obrigatória a defesa técnica independentemente da vontade do arguido, a exemplo do brasileiro.

Assim, merece atenção a visão segundo a qual a garantia da defesa técnica pode ser definida como um mecanismo de autoproteção do sistema processual penal, com vistas a assegurar o contraditório e a igualdade de armas, porém não chega a se caracterizar como um elemento central do processo penal.

Ainda segundo essa posição, a defesa técnica necessária é uma opção do legislador, na medida em que sua supressão, diferentemente do que ocorre com a garantia de imparcialidade do juiz ou do processo público, não comprometeria os valores do processo penal.¹⁴

Entretanto, se razoável a opinião de que a defesa técnica não pode ser imposta ao acusado, destinatário e titular dos direitos de defesa, o que justifica a não caracterização da defesa técnica como elemento essencial do processo penal, o mesmo não se pode afirmar com relação à necessidade de se disponibilizar ao acusado a possibilidade de contar com uma defesa técnica, a qual é a garantia que torna operativas todas as demais.¹⁵

A fim de garantir uma efetiva paridade entre acusação e defesa, Ferrajoli¹⁶ propõe a instituição de uma particular figura de defensor público, que, a despeito da denominação, difere dos defensores públicos existentes em diversos ordenamentos jurídicos, nomeadamente nos EUA e na América Latina, que são funcionários públicos responsáveis por exercer a defesa penal de quem não tem condições de pagar um advogado particular.

Tal espécie de defensor público, do qual não se tem notícia que tenha sido aplicado em qualquer ordenamento jurídico, seria um magistrado que funcionaria como um Ministério Público da Defesa, contraposto ao Ministério Público da Acusação, e seria dotado dos mesmos poderes, inclusive sobre a polícia, uma vez que a tutela dos inocentes e a refutação das provas da culpa são funções de interesse não menos público do que a punição dos culpados e a recolha das provas da acusação.

Contudo, a despeito de sua função pública, tal magistrado não substituiria o advogado de confiança, funcionando como um órgão complementar, subsidiário e subordinado à estratégia defensiva deste.

¹⁴ MORENO CATENA, Victor. *La defensa en el proceso penal*. Madrid: Civitas, 1982, p.114.

¹⁵ BINDER, Alberto M. *Introducción al derecho procesal penal*. 2.ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000, p.155.

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Teoría del garantismo penal. 6.ed. Madrid: Trotta, 2004, p.583-584.

Nessa toada, a discussão sobre o caráter da defesa técnica ganha relevo quando se passa à etapa seguinte da garantia, que é a exigência de que a mesma, além de meramente formal, tenha efetividade e concretude, conforme já reconhecido pelo TEDH.¹⁷

Nesse diapasão, não se pode perder de vista a necessária relação entre a liberdade do defensor e a opinião do réu na tomada de decisões ao longo do processo, já que há de se conciliar as opções do acusado com o dever do defensor de lhe garantir a liberdade, além do que, não se pode perder de vista que uma defesa ótima só é possível quando houver relação de confiança entre o defensor e o acusado.¹⁸

Cabe ainda situar a efetividade da defesa técnica de acordo com o modelo de processo penal. Embora haja autores que sustentem a perda da utilidade da dicotomia entre os sistemas de tipo acusatório e inquisitivo,¹⁹ mormente considerando o fato de que hodiernamente os sistemas incorporaram características uns dos outros, concordamos com os que entendem que ainda persistem importantes distinções entre o *adversarial system* anglo-saxônico e a tradição europeia continental.²⁰ Outrossim, entendemos que o modo como a efetividade da defesa técnica é encarada é um dos elementos diferenciadores entre os modelos.

A nosso sentir, o jogo processual e a mais livre disputa entre as partes, inerentes ao modelo adversarial, impõem que a igualdade de armas, da qual a efetividade da defesa técnica é elemento crucial, ganhe maior relevo.

Outrossim, ao deixar para as partes todo o ônus de produzir as provas, a ideia de defesa técnica efetiva nos sistemas de estrutura puramente acusatória tem como antecedente lógico necessário a investigação defensiva.²¹

Já no modelo continental europeu, o tribunal possui um papel mais ativo na busca da verdade e o Ministério Público possui o dever de investigar *à charge et à décharge*, o que retira do defensor a centralidade que possui no sistema adversarial.²²

Lado outro, a maior liberdade pessoal do acusado em conduzir sua própria defesa, característica do processo adversarial, inclusive com a prerrogativa de dispensa da defesa

¹⁷ Imbrioscia vs. Suíça, acórdão de 24 de novembro de 1993.

¹⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p.137.

¹⁹ ARMENTA DEU, Teresa. *Sistemas procesales penales: la justicia penal en Europa y América*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p.20.

²⁰ SOUSA MENDES, Paulo. *Lições de Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 2013, p.26-27.

²¹ MARQUES DA SILVA, Germano. *Curso de Processo Penal I*. Noções Gerais, Elementos do Processo Penal. 6.ed. Lisboa: Babel, 2010, p.346.

²² ROXIN, Claus. op. cit., p.131.

técnica e o exercício direto da mesma independente de habilitação técnica, acaba por diminuir sua importância, mas sempre de acordo com a liberdade de escolha do acusado.

No modelo europeu continental, por sua vez, ao se reconhecer o interesse público na descoberta da verdade e no próprio exercício da defesa, acaba-se por valorizar a defesa técnica, mesmo que eventualmente contraditória com o desejo do acusado.

II. A efetividade da defesa técnica no direito internacional dos direitos humanos

1. Visão geral

O direito de todo acusado a contar com a assistência de um defensor, a chamada defesa técnica, é universalmente reconhecido no plano do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o que se verifica com as previsões estabelecidas nas principais fontes normativas, tanto do sistema universal, conforme estabelecido no Artigo 14º, nº 3, alínea d) do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos - PIDCP, quanto nos três sistemas regionais de proteção, o europeu, com o disposto no artigo 6º, nº 3, alínea c) da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais - CEDH; o americano, conforme previsão do artigo 8º, nº 2, alíneas d) e e), da Convenção Americana de Direitos Humanos - CADH, o Pacto de São José da Costa Rica; e o africano, consoante previsão do artigo 7º, nº 1, alínea c) da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos.

Contudo, a despeito do consenso na previsão abstrata do direito à defesa técnica, o reconhecimento da necessidade de tal direito ser dotado de efetividade e concretude ainda não atingiu o mesmo patamar de consenso e proteção em todos os sistemas.

No âmbito do sistema universal, o Comitê dos Direitos Humanos das Nações Unidas já entendeu²³ que a simples designação de advogado oficioso não é suficiente para assegurar que a assistência seja efetiva e garanta um processo equitativo, bem como que um Estado tem o dever de intervir e substituir um defensor apenas se for manifesto que o comportamento do mesmo é incompatível com os interesses da justiça.²⁴

Outrossim, as Nações Unidas reconhecem os princípios básicos sobre o papel do advogado,²⁵ os quais estabelecem, entre outras coisas, salvaguardas especiais em questões de justiça criminal, que conferem a quaisquer indivíduos que não tenham advogado o direito de acesso a um defensor de experiência e competência proporcionais à natureza do delito atribuído a eles para fornecer efetiva assistência jurídica, bem como deveres dos advogados

²³ Comunicação nº 315/1988, R.H. c/ Jamaica, 6/11/90, CCPR/C/40/D/315/1988, par. 6.4.

²⁴ Comunicação nº 607/1994, Michael Adams v. Jamaica, 1/11/94, CCPR/C/58/D/607/1994, par. 8.4.

²⁵ NAÇÕES UNIDAS. *Oitavo Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção ao Crime e Tratamento de Infratores*. Havana, 27 de agosto a 7 de setembro de 1990. Relatório elaborado pelo Secretariado (Publicação das Nações Unidas. Número de venda E.91.IV.2), cap. I, seção B.3, anexo.

que incluem o de assistir seus clientes de modo adequado e de agir livre e diligentemente de acordo com a lei e padrões e éticas reconhecidas pela advocacia.

Dentre os sistemas regionais, o sistema africano não será abordado, já que muito pouco desenvolvido, assim como seu recentemente constituído órgão jurisdicional, o Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos, que ainda não conta com jurisprudência sobre o tema.

Nesse diapasão, é de grande relevo o estudo do sistema europeu, que já atingiu um grau de perfeição ainda não alcançado pelos demais, sobre os quais exerce grande influência.²⁶ Ademais, a jurisprudência do TEDH abordou em vários e marcantes julgados o direito à defesa técnica efetiva, com especial destaque para os casos em que Portugal²⁷ e Itália²⁸ foram condenados por aquela corte.

Já o sistema americano, apesar de não ser tão desenvolvido e consolidado quanto o europeu, é o sistema ao qual se submete o ordenamento jurídico brasileiro, utilizado como referência para o presente trabalho, e já chegou a enfrentar o tema em ao menos cinco ocasiões,²⁹ que serão apresentadas a seguir.

2. Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos

a) Caso Tibi vs. Equador (2004)

O senhor Daniel Tibi, de nacionalidade francesa, era comerciante de pedras preciosas e foi preso em 27 de setembro de 1995, enquanto conduzia seu automóvel por uma via de Quito, Equador, vindo a ser solto apenas a 21 de janeiro de 1998.

O requerente foi preso no bojo de uma operação policial que investigava tráfico de cocaína. Ao ser preso, foi levado a Guayaquil, cidade distante 600 quilômetros de Quito, tendo sido expedida a ordem judicial de sua prisão no dia seguinte. Também no dia 28 de setembro, prestou declarações pré-processuais perante o Ministério Público, sem a presença de um juiz ou defensor.

²⁶ MARTINS, Ana Maria Guerra. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina, 2012, p.191

²⁷ Daud vs. Portugal, acórdão de 21 de abril de 1998; Czekalla vs. Portugal, acórdão de 10 de outubro de 2002; Panasenko vs. Portugal, acórdão de 22 de outubro de 2008; e Bogumil vs. Portugal, acórdão de 6 de abril de 2009.

²⁸ Artico vs. Itália, acórdão de 13 de maio de 1980 e Sannino vs. Itália, acórdão de 27 de abril de 2006.

²⁹ Tibi vs. Equador (2004), Chaparro Álvarez e Lapo Iñiguez vs. Equador (2007); Barreto Leiva vs. Venezuela (2009); Cabrera García e Montiel Flores vs. México (2010); e Vélez Loor vs. Panamá (2010).

Apesar de o caso abordar inúmeras outras violações aos direitos humanos, a exemplo da prática de tortura, da arbitrariedade da prisão, da negativa ao direito à informação e ao direito de audiência etc., no que interessa ao presente trabalho merece destaque o fato de o requerente ter ficado um mês sem dispor de qualquer assistência de defensor, apesar de constar dos autos que lhe havia sido designado um advogado oficioso, fato que o senhor Tibi ignorava, sendo que jamais chegou a conhecer tal advogado.

Além de não ter se encontrado com o requerente, o advogado oficioso não tomou qualquer medida jurídica em favor do mesmo.

Uma vez que o senhor Tibi só passou a contar com defesa técnica após um mês de prisão, quando começou a ter assistência de um advogado particular, a CIDH considerou que o acusado foi impedido de dispor de uma defesa adequada, o que violou o disposto no artigo 8º, nº 2, alíneas d) e e), da CADH.

No voto concorrente do juiz Sergio García Ramírez, presidente da corte, o mesmo ponderou que ter um defensor nomeado não é o mesmo que ter defesa. Não se deve admitir uma defesa meramente nominal, mas uma defesa verdadeira, como verdadeira deve ser a satisfação de qualquer direito humano, devendo-se reconhecer seus traços característicos, tais como independência, suficiência, competência, gratuidade, plenitude e oportunidade.

b) Caso Chaparro Álvarez e Lapo Iñiguez vs. Equador (2007)

Os reclamantes foram presos no bojo de uma operação antidrogas, havendo em desfavor do senhor Álvarez um mandado de detenção para fins investigativos, mas nenhuma ordem judicial em desfavor do senhor Iñiguez.

Além de várias violações ao Pacto de São José da Costa Rica alheias ao objeto da presente dissertação, foi objeto de análise da CIDH a ausência de assistência efetiva da defensora pública designada para atuar em favor do senhor Iñiguez em seu interrogatório na fase pré-processual.

No mencionado ato, a defensora limitou-se a comparecer em seu início, ausentando-se em seguida, e retornando tão somente ao seu término para assinar a ata, sem prestar qualquer assistência real em sua realização.

Ao apreciar a questão, a CIDH considerou que a atitude da defensora designada é nitidamente incompatível com o dever do Estado de proporcionar uma defesa adequada a quem não puder defender-se por si ou constituir um advogado de confiança.

Nesse diapasão, utilizando como referência a jurisprudência do TEDH,³⁰ ressaltou que a defesa técnica fornecida pelo Estado deve ser efetiva, cabendo ao Estado tomar todas as medidas adequadas para garantir tal efetividade, o que não ocorreu no caso concreto, de modo que condenou o Equador pela violação ao artigo 8º, nº 2, alínea e), da CADH.

c) Caso Barreto Leiva vs. Venezuela (2009)

A Corte Suprema de Justiça – CSJ condenou o reclamante pela prática, em conjunto com o então Presidente da República e outros, do delito de malversação genérica de fundos públicos, impondo-lhe uma pena de 1 ano e 2 meses de prisão.

Alegou o senhor Barreto Leiva que no procedimento penal em causa foram ignoradas várias garantias judiciais previstas na Convenção, em especial, no que interessa ao presente trabalho, o direito de se defender pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha, previsto no artigo 8º, nº 2, alínea d), da CADH.

Tal violação consistiria no fato de ter sido impedido de contar com um advogado defensor durante as declarações prestadas na etapa de inquérito.

Em sua resposta, o Estado venezuelano afirmou que em todas as declarações prestadas pelo senhor Barreto Leiva “sempre esteve presente um representante do Ministério Público”, cuja função era “defender os direitos dos investigados e o bom andamento do processo”, o que, em sua consideração, “desvirtua a suposta violação ao direito de defesa”.

Assim, o cerne da questão posta é saber se a presença do Ministério Público nessas declarações pode suprir a do advogado defensor.

Em decisão que surpreende por sua necessidade de existir, a CIDH afirmou que o direito de defesa técnica não pode ser satisfeito por quem, ao final, realizará a acusação, isto é, o Ministério Público. A acusação afirma a pretensão penal; a defesa a responde e rejeita. Não é razoável depositar funções naturalmente antagônicas em uma única pessoa, de modo que a conduta do Estado de privar o senhor Barreto Leiva da assistência de seu advogado defensor violou o artigo 8º, nº 2, alínea d), da CADH, não podendo a presença do Ministério Público cumprir o papel que só ao defensor é cabível.

d) Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México (2010)

³⁰ Artico vs. Itália, acórdão de 13 de maio de 1980.

No presente caso, a CIDH reconheceu a necessidade de que a defesa fornecida pelo Estado deve ser efetiva, tendo o mesmo que tomar todas as medidas adequadas para tanto, e que a designação de um advogado oficioso apenas com o intuito de cumprir uma formalidade processual equivale a não contar com defesa técnica, já que é imperativo que tal defensor atue de modo diligente com vistas a proteger as garantias processuais do acusado. Entretanto, a despeito da tese geral reconhecida, no caso concreto, a corte não entendeu que houvesse provas suficientes de que a atuação dos advogados oficiosos não tivesse cumprido seu papel.

e) *Caso Vélez Loor vs. Panamá (2010)*

O senhor Jesús Tranquilino Vélez Loor, de nacionalidade equatoriana, foi detido em 11 de novembro de 2002 no território panamenho por não portar a documentação necessária para permanecer no país.

A 6 de dezembro de 2002, a Diretora Nacional de Migração, depois de constatar que o senhor Vélez Loor havia sido deportado previamente da República do Panamá, resolveu aplicar-lhe “a pena de dois anos de prisão em um dos Centros Penitenciários do País”.

Em 8 de setembro de 2003, a Diretora Nacional de Migração tornou sem efeito a pena imposta, sendo o requerente deportado para a República do Equador em 10 de setembro de 2003.

O reclamante alegou que, a despeito de a legislação do Panamá prever a possibilidade de impetrar um recurso de *Habeas Corpus* para questionar a legalidade da detenção, não teve possibilidade de fazê-lo, entre outros motivos (não ter sido notificado sobre o processo ou informado sobre seus direitos e ter permanecido preso, sem nunca ser levado à presença de uma autoridade judicial), porque não lhe foi oferecida assistência jurídica.

No que se refere à alegada ausência de assistência jurídica, o Estado panamenho afirmou que o senhor Vélez Loor dispunha de assistência jurídica prestada pelo Estado, por meio da Defensoria do Povo do Panamá, bem como poderia ter acesso à assistência jurídica gratuita que o Instituto de Defesa de Ofício oferece no Panamá.

Entendeu a CIDH que, sem prejuízo das faculdades que possui a Defensoria do Povo da República do Panamá, a ação que essa instituição possa realizar, em virtude de uma queixa ou denúncia contra uma autoridade encarregada da administração pública, é claramente distinta da obrigação estatal de proporcionar uma defesa adequada a quem não possa se defender por si mesmo ou nomear um defensor particular. Portanto, o espectro de atuação não atende à garantia de um defensor proporcionado pelo Estado que, em princípio, e para efeitos

convencionais, deve exercer a assistência e a representação legal ampla, desde as primeiras etapas do processo, já que, do contrário, a assistência legal carece de idoneidade por sua falta de oportunidade. Em especial, a CIDH ressalta que a assistência jurídica oferecida pelo Estado não pode ser confundida com a atividade da Defensoria do Povo no âmbito de suas funções. Decerto, ambas podem complementar-se, mas para efeitos convencionais estão claramente diferenciadas.

Nesse sentido, a CIDH considerou que, em procedimentos administrativos ou judiciais nos quais se possa adotar uma decisão que implique deportação, expulsão ou privação de liberdade, a prestação de um serviço público gratuito de defesa jurídica é necessária para evitar a violação do direito às garantias do devido processo. Com efeito, em casos como esse, em que a consequência do processo migratório pode ser uma privação da liberdade de caráter punitivo, a assistência jurídica gratuita torna-se um imperativo do interesse da justiça.

f) Síntese da jurisprudência da CIDH

Da análise dos precedentes acima abordados, vê-se que a efetividade da defesa técnica é tratada de modo ainda muito incipente, o que pode ser explicado em certa medida por sua própria evolução histórica, uma vez que grande parte dos países da América Latina³¹ passou por ditaduras ao longo das décadas de 1960, 1970 e 1980, que afetaram o desenvolvimento dos direitos humanos em tais países e atrasaram até mesmo a adesão de grande parte deles à CADH.

Isso posto, é possível concluir que a contribuição da jurisprudência da CIDH para o desenvolvimento da efetividade da defesa técnica consiste no reconhecimento de que a assistência deve ser prestada por defensores vinculados aos interesses dos acusados, não sendo suficiente para a garantia de tais direitos a intervenção de instituições como a Defensoria do Povo,³² que, apesar da nomenclatura, difere na essência do modelo de Defensoria Pública vigente em alguns países e não tem como função a assistência jurídica, e muito menos do Ministério Público,³³ que, apesar de seu importante papel de velar pela legalidade dos procedimentos, tem a missão precípua de representar a acusação.

³¹ A despeito de integrantes da Organização dos Estados Americanos – OEA, Estados Unidos e Canadá não se submetem à jurisdição da Corte Interamericana dos Direitos Humanos.

³² Vélez Loo vs. Panamá (2010).

³³ Barreto Leiva vs. Venezuela (2009).

Também merece destaque o fato de a jurisprudência da CIDH reconhecer que o direito à assistência jurídica é aplicável aos procedimentos que, mesmo sem natureza formalmente penal, possam resultar em deportação, expulsão ou privação de liberdade³⁴ e que o direito à defesa técnica implica não apenas o direito à designação de um defensor, mas sim sua atuação efetiva,³⁵ já que sua mera nomeação, sem que tome medidas efetivas em favor do acusado, não respeita o direito à defesa técnica previsto na CADH.³⁶

3. Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

a) O caso Artico vs. Itália (1980)

O senhor Artico foi condenado a 18 meses de prisão e multa por fraude simples e depois recebeu uma nova condenação de 11 meses de prisão e multa por fraude reincidente, falsa identidade e cheques sem provisão.

Inicialmente representado por um advogado de sua confiança, o reclamante apresentou recurso para afastar sua condenação, bem como solicitou a nomeação de um defensor oficioso, o que em 8 de agosto de 1972 foi deferido pela corte, que designou o Doutor Della Rocca.

Em 4 de setembro do mesmo ano, o reclamante escreveu ao Presidente da Seção e ao Procurador Geral para informar que não tinha qualquer contato com o advogado nomeado e solicitar medidas para garantir a efetividade da defesa.

Em 8 de setembro, o defensor oficioso escreveu uma carta ao reclamante informando-o de que só soube da designação ao retornar das férias e que outros compromissos o impediriam de aceitar a designação, de modo que indicava um outro colega para assumir a sua defesa.

Em 10 de outubro, o reclamante pediu ao Doutor Della Rocca que requeresse a indicação de um substituto de acordo com os procedimentos legais, tendo o advogado respondido que havia solicitado ao tribunal que indicasse outro defensor, pois questões de saúde o impediam de assumir a tarefa, que considerava muito exigente e onerosa.

³⁴ Vélez Loor vs. Panamá (2010).

³⁵ HERENCIA CARRASCO, Salvador M. El derecho de defensa en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (Eds.). *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional* - Tomo I. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung; Calle: Temis, 2011, p.359-378.

³⁶ Tibi vs. Equador (2004) e Cabrera García e Montiel Flores vs. México (2010).

Após tal resposta do defensor oficioso, o reclamante encaminhou diversas comunicações ao Tribunal e ao Ministério Público, solicitando a substituição do advogado, tendo sempre obtido como resposta que o mesmo continuava a representá-lo, sem que qualquer medida fosse tomada para garantir a efetividade de tal reclamação.

A despeito de todos os questionamentos do reclamante, seu recurso foi inadmitido pela Corte de Cassação.

Nesse cenário, o reclamante sustenta que houve violação ao artigo 6º, nº 3, alínea c), da CEDH, pois tal dispositivo assegura o direito a uma defesa efetiva, seja pessoalmente ou por intermédio de advogado, e que tal direito é reforçado pelo dever do Estado de fornecer assistência jurídica em certos casos.

O governo, por outro lado, alegou que a obrigação fora satisfeita ao designar um defensor oficioso e que o que ocorreu após tal designação não era da responsabilidade da República italiana. Aduziu ainda que o reclamante não comprovava com segurança que um advogado substituto teria aderido à argumentação constante do recurso apresentado e tampouco que o recurso seria admitido pela Corte de Cassação.

Ao apreciar a questão, o TEDH afirmou que a Convenção é destinada a garantir direitos que não são teóricos ou ilusórios, mas concretos e efetivos, nomeadamente no que se refere aos direitos de defesa que ocupam uma posição proeminente em uma sociedade democrática em função do direito a um processo equitativo do qual derivam.

O artigo 6º, nº 3, alínea c), da CEDH refere-se a “assistência” e não a “nomeação”, de modo que a mera nomeação de defensor não assegura a assistência efetiva, já que o defensor pode falecer, ficar seriamente enfermo, ser impedido de atuar por um prolongado período ou mesmo esquivar-se de seus deveres. Assim, uma vez notificadas da situação, as autoridades deveriam tê-lo substituído ou impellido a cumprir com suas obrigações. Adotar a posição restritiva exposta pelo governo italiano conduziria a resultados irrazoáveis e incompatíveis com a CEDH.

O TEDH considerou que demandar do requerente prova de que o defensor apresentaria os fundamentos do recurso e que o mesmo seria aceito pelo tribunal seria exigir uma prova impossível e que não há nada no artigo 6º, nº 3, alínea c), da CEDH que imponha tal exigência. Ademais, a existência de violação à CEDH é possível mesmo sem que se

demonstre a ocorrência de prejuízo, e uma exigência de tal demonstração privaria o dispositivo de grande parte de sua substância.

Nesse diapasão, apesar de um Estado não poder ser responsabilizado por todas as falhas cometidas por um defensor oficioso, no caso concreto, o reclamante não se beneficiou dos serviços do defensor em qualquer momento e o Estado deveria ter tomado medidas para assegurar seu direito a uma defesa efetiva, de modo que poderia substituir o defensor oficioso ou impeli-lo a cumprir com seu dever, mas não quedar-se inerte como o fez, de modo que o TEDH reconheceu o descumprimento do disposto no artigo 6º, nº 3, alínea c), da CEDH.

b) O caso Daud vs. Portugal (1998)

O requerente, cidadão argentino, foi preso em 10 de março de 1992 no aeroporto de Lisboa, vindo do Rio de Janeiro, portando passaporte falso e uma mala com 1,5 Kg de cocaína.

Em 11 de março de 1992, o Juiz da instrução interrogou o requerente na presença de defensor oficioso e de um tradutor do serviço social da polícia. Após verificar que a prisão ocorreu de modo legal, determinou a prisão preventiva do requerente.

Em 9 de julho do mesmo ano, o Supremo Tribunal de Justiça – STJ rejeitou um pedido de *Habeas Corpus* elaborado pelo próprio requerente.

Em 15 de outubro, o próprio requerente solicitou que se realizasse uma investigação judicial, o que foi negado pelo juiz da instrução sob o fundamento de que o pedido não preenchia os requisitos legais, em particular o disposto no artigo 92º, nº 1, do Código de Processo Penal – CPP, uma vez que estava redigido em espanhol.

Em uma carta datada de 15 de dezembro de 1992, o requerente solicitou ao tribunal que ouvisse algumas testemunhas e determinasse o exame da mala, da qual o requerente negava ser dono. Ele também solicitava um intérprete diferente do que havia atuado, bem como pedia para encontrar-se com o defensor oficioso, que ainda não havia entrado em contato.

O juiz negou o pedido, fundamentando-se no artigo 92º, nº 1, do CPP, uma vez que este era “difícil de ler”, já que escrito em espanhol e desacompanhado de tradução.

Em 14 de janeiro de 1993, o defensor oficioso pediu que fosse dispensado do encargo por motivos de saúde. Em 18 de janeiro, o tribunal nomeou o Doutor C.G. como defensor oficioso e o requerente foi notificado de tal nomeação em 23 de janeiro.

O julgamento iniciou a 26 de janeiro e durou até o dia 1º de fevereiro, com a presença de outro intérprete. Na audiência, foram ouvidas testemunhas e procedeu-se, a pedido do defensor oficioso, à identificação da mala.

Em 8 de fevereiro de 1993, o tribunal condenou o requerente numa pena de 9 anos por tráfico de estupefacientes e uso de passaporte falso.

No mesmo dia de sua condenação, o requerente, por intermédio do advogado oficioso, recorreu ao STJ, alegando que o juiz da instrução, ao negar seu pedido de investigação judicial, interpretou erroneamente as disposições do CPP, o que acarretou em nulidade do procedimento.

Em acórdão de 30 de junho de 1993, o STJ, com fundamento no artigo 412º do CPP, rejeitou o recurso por razões formais, pois o mesmo apresentou seus fundamentos de modo inadequado. As razões recursais não apresentaram os dispositivos legais pretensamente violados, bem como não indicaram qual seria, na sua visão, a forma como deveriam ter sido interpretados ou aplicados.

Ao apreciar a questão, o TEDH considerou que a defesa oficiosa fornecida ao requerente, em especial o primeiro defensor, não propiciou uma efetiva defesa técnica, tanto que o próprio requerente teve de solicitar a intervenção do judiciário português diretamente.

O TEDH reiterou seus precedentes no sentido de que os direitos previstos na Convenção têm de ser concretos e efetivos, e não meramente teóricos ou ilusórios,³⁷ bem como de que o Estado não pode ser responsabilizado por qualquer falha cometida pelo defensor oficioso, o que decorre da independência da defesa, cuja condução é uma questão entre o acusado e seu defensor, seja ele oficioso ou particular. As autoridades só devem intervir se a carência for manifesta ou tiver sido chamada sua atenção de alguma outra forma.³⁸

Entendeu, assim, que a carência manifesta de defesa consistiu na ausência de qualquer medida por parte do primeiro defensor oficioso e que o segundo não teve tempo suficiente para preparar a defesa do requerente, mormente em se tratando de um caso complexo e com uma pena grave. Também foi levado em conta o fato de o STJ não ter remediado a situação quando considerou inadmissível o recurso em virtude de argumentação inadequada.

³⁷ Imbrioscia vs. Suíça, acórdão de 24 de novembro de 1993.

³⁸ Kamasinski vs. Áustria, acórdão de 19 de dezembro de 1989.

O tribunal considerou que o fato de o primeiro defensor oficioso não ter tomado qualquer medida desde que fora nomeado, quando analisado em conjunto com os requerimentos apresentados pelo próprio requerente e recusados pelo judiciário português, deveria ter alertado às autoridades competentes acerca da inefetividade da defesa, o que deveria ter sido objeto de preocupação do tribunal, inclusive com a possível substituição do defensor oficioso antes de o mesmo ter alegado sua impossibilidade de atuar.

O TEDH também considerou que o tribunal, sabendo que o requerente não tivera a adequada assistência jurídica até então, deveria ter adiado a audiência de ofício, não importando que tal não houvesse sido solicitado pelo novo defensor oficioso.

c) O caso Czekalla vs. Portugal (2002)

Robby Czekalla, cidadão alemão, apresentou uma queixa perante a Comissão Europeia dos Direitos do Homem, por ter considerado que o processo-crime que respondera em Portugal não havia sido equitativo.

O requerente foi detido no âmbito de uma investigação policial de tráfico de estupefacientes. Em decorrência de tal investigação, o requerente foi acusado pelo Ministério Público, assim como outras 43 pessoas, por tráfico agravado de estupefacientes e associação criminosa.

No decurso do julgamento, o arguido revogou a procuração concedida ao seu defensor de confiança e solicitou ao tribunal a nomeação de um advogado oficioso. O tribunal designou a Doutora T.M. como defensora oficiosa do requerente.

O STJ considerou o recurso deduzido pela advogada oficiosa inadmissível, com base no artigo 412º do CPP. Segundo o tribunal, o recurso não continha conclusões nem indicava o modo como as normas jurídicas alegadamente violadas deveriam ter sido interpretadas e aplicadas.

À época,³⁹ o STJ dispunha de jurisprudência no sentido de indeferir de plano os recursos que não observassem as condições formais do artigo 412º do CPP.

Ao fim do processo, o requerente restou condenado numa pena de 18 anos de prisão por tráfico agravado de estupefacientes e associação criminosa.

³⁹ A partir do acórdão n.º 337/2000, de 27/06/2000, o Tribunal Constitucional reconheceu, com força obrigatória geral, que o artigo 412º do Código de Processo Penal era contrário à Constituição, quando o mesmo fosse interpretado no sentido de permitir a rejeição imediata de um recurso em virtude da prolixidade das conclusões, sem que o recorrente fosse previamente convidado a corrigir o mesmo. O tribunal assentou que a necessidade de um processo penal célere não pode servir de justificativa para limitar os direitos de defesa.

A Ordem dos Advogados instaurou um processo disciplinar contra a advogada oficiosa e, segundo o arguido, a mesma foi penalizada por “comportamento ético incorreto”. Contudo, o arguido não apresentou documento que comprovasse tal condenação da advogada oficiosa.

Ao apreciar o caso, o TEDH levou em consideração as normas pertinentes ao exercício da advocacia em Portugal, que é considerada plenamente livre e independente em relação ao Estado, vinculando-se tão somente ao seu estatuto, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 84 de 16 de março de 1984.⁴⁰

Em sua argumentação perante o TEDH, o senhor Czekalla queixou-se de que a assistência jurídica recebida fora inadequada, o que teria resultado na sua impossibilidade de recorrer ao STJ em função do erro cometido pela advogada oficiosa, que não formulou as conclusões do recurso.

Aduziu que o erro em causa era tão grosseiro que se tratava de uma “carência manifesta”, no sentido estabelecido no caso *Kamasinski vs. Áustria*.⁴¹ A situação é mais grave na medida em que o erro impossibilitou a apreciação de seu recurso em um caso no qual estava em causa uma longa pena de prisão. Advertiu ainda que alertou as autoridades para as falhas de sua advogada oficiosa.

Também se argumentou que a diferença de tratamento entre a legislação processual civil, que possibilitava a correção das deficiências do recurso, e o CPP, cuja interpretação à época era mais restritiva, seria inadmissível.

O governo português, baseando-se na sua interpretação dos precedentes do TEDH,⁴² sustenta que os atos e omissões de um defensor oficioso só podem responsabilizar um Estado em situações muito excepcionais, uma vez que o comportamento da defesa é da responsabilidade exclusiva do defensor e o Estado não possui qualquer poder de controle sobre a mesma.

Segundo o governo, o erro na interposição de um recurso, como o do presente caso, não configura a “carência manifesta” de defesa. Ademais, ainda de acordo com o governo,

⁴⁰ Atualmente, o Estatuto da Ordem dos Advogados é o aprovado pela Lei n.º 145, de 9 de setembro de 2015.

⁴¹ *Kamasinski vs. Áustria*, acórdão de 19 de dezembro de 1989.

⁴² *Kamasinski vs. Áustria*, acórdão de 19 de dezembro de 1989; *Artico vs. Itália*, acórdão de 13 de maio de 1980; e *Daud vs. Portugal*, acórdão de 21 de abril de 1998.

bem como afirmou que o juiz não poderia suprir o erro da advogada oficiosa, sob pena de violar a igualdade de armas.

No que se refere à distinção de regulação do tema no Código de Processo Penal e na legislação processual civil, o governo argumentou que tais diferenças não interferem no caráter equitativo do processo.

No caso concreto, o tribunal apreciou o específico período em que o requerente esteve, ao menos formalmente, assistido pela advogada oficiosa, Doutora T.M.

Em sua apreciação do caso, o TEDH remeteu à sua jurisprudência firmada,⁴³ ao afirmar que os direitos previstos na Convenção Europeia dos Direitos do Homem têm de ser “concretos e efetivos e não meramente teóricos ou ilusórios e que a assistência de advogado não garante por si só a efetividade da defesa a que faz jus um acusado”,⁴⁴ assim como “o Estado não pode ser responsabilizado por qualquer falha cometida pelo defensor oficioso, o que decorre da independência da defesa, cuja condução é uma questão entre o acusado e seu defensor, seja ele oficioso ou particular. As autoridades só devem intervir se a carência for manifesta ou tiver sido chamada sua atenção de alguma outra forma”.⁴⁵

Ao comparar os casos Daud e Czekalla, o tribunal observou que, no primeiro, a despeito de o advogado oficioso ter cometido uma falha na interposição do recurso, que levou à sua inadmissão pelo Supremo Tribunal de Justiça, assim como no presente caso, tal fato não chegou a ser apreciado pelo TEDH, que considerou as outras deficiências na defesa do senhor Daud suficientes para concluir pela violação ao artigo 6º, nºs 1 e 3, alíneas c) combinados.

Diferentemente das circunstâncias em Daud vs. Portugal, no presente caso o tribunal considerou que a defensora oficiosa prestou a devida assistência ao arguido perante a primeira instância. Dessarte, o que está em causa é saber se a interposição de recurso pelo defensor oficioso, sem o devido respeito às exigências formais da lei e da jurisprudência, pode ser considerada como “carência manifesta” de defesa.

O tribunal concluiu que, apesar de o Estado não ser responsável pelos equívocos de condução do advogado oficioso, em determinadas circunstâncias a negligente inobservância de simples regras formais não pode ser equiparada a meros erros de condução da defesa.

⁴³ Daud vs. Portugal, acórdão de 21 de abril de 1998.

⁴⁴ Imbrioscia vs. Suíça, acórdão de 24 de novembro de 1993.

⁴⁵ Kamasinski vs. Áustria, acórdão de 19 de dezembro de 1989.

No caso concreto, a negligência resultou na privação do acesso do acusado a um recurso, sem que tal situação fosse corrigida por uma corte superior.

Também mereceu registro do tribunal o fato de o arguido ser um estrangeiro, que não conhecia a língua do processo, colocado diante da possibilidade de uma longa pena de prisão, que veio a se confirmar.

Tal conjunto de circunstâncias levou o tribunal à conclusão de que o requerente não se beneficiou de uma defesa concreta e efetiva, conforme estabelecido no artigo 6º, nº 3, alínea c), da CEDH, em seu recurso perante o Supremo Tribunal de Justiça.

A partir da premissa anteriormente estabelecida, o tribunal apreciou se caberia às autoridades tomar medidas concretas para garantir ao acusado o gozo de tais direitos, mesmo considerando a necessária observância da fundamental independência do defensor.

O TEDH considerou que, apesar de o arguido não ter chamado a atenção das autoridades acerca das falhas em sua defesa oficiosa, o fato de o mesmo ter interposto pessoalmente um recurso consitiu um indicativo de que não estava plenamente de acordo com a condução da defensora oficiosa.

Adotando como critério decisivo do julgamento a inobservância da defensora oficiosa de uma simples regra formal na apresentação do recurso, o TEDH considerou que o STJ poderia tê-la convidado a completar ou corrigir as alegações do recurso e que tal conduta, “um simples convite do tribunal com vistas à correção de uma inexactidão formal”, não poria em causa a independência da advocacia, bem como não prejudicaria a igualdade de armas, pois “constituiria mais uma manifestação do poder de direção do processo detido pelo juiz, no interesse de uma boa administração da justiça.”

Cumprir registrar que o tribunal, ao apreciar o pedido de indenização do requerente, em cujo bojo argumentou ter sido condenado numa pena de prisão mais pesada em função da falha da advogada oficiosa, considerou “impossível saber se o requerente teria sido condenado a uma pena menos pesada se o recurso tivesse sido examinado quanto ao fundo”.

d) O caso Sannino vs. Itália (2006)

Em 12 de dezembro de 1992, o reclamante e duas outras pessoas foram levados a julgamento em virtude de acusações de falência fraudulenta. Após inúmeros adiamentos, em audiência realizada em 23 de setembro de 1997, o advogado contratado pelo reclamante

apresentou uma lista de testemunhas a serem intimadas a comparecer ao julgamento, o que foi deferido pelo presidente do tribunal.

Após renúncia de seu advogado de confiança em 18 de janeiro de 1999, a corte nomeou um defensor oficioso, Doutor B., ao reclamante no dia seguinte.

Em 25 de janeiro do mesmo ano, o defensor oficioso foi informado de audiência a se realizar em 17 de fevereiro, porém, a notificação não mencionava que o mesmo havia sido oficialmente designado para representar o senhor Sannino, o qual não recebeu qualquer notificação.

O defensor oficioso não compareceu à audiência marcada e a nenhuma das diversas outras subsequentes, sendo substituído em cada uma delas por um defensor diferente.

Nas mencionadas audiências, houve oitiva de testemunhas de acusação, porém as indicadas pela defesa do reclamante não foram ouvidas. Em uma das audiências, o reclamante prestou declarações espontâneas.

Após o julgamento, a sentença foi depositada em 19 de abril de 2000 e condenou o reclamante a uma pena de dois anos de prisão. O recorrente não foi oficialmente informado da sentença e alega que tal fato o impossibilitou de exercer seu direito ao recurso no prazo legalmente previsto.

Ao saber que o Doutor B havia sido designado como seu defensor oficioso, o reclamante o contactou, tendo o mesmo apresentado dois recursos que foram negados pelo Tribunal de Nápoles e pela Corte de Cassação.

Diante de tal cenário fático, o senhor Sannino apresentou uma reclamação ao TEDH, na qual alegou haver uma violação ao artigo 6º, nº 3, alíneas c) e d), da CEDH, bem como ao artigo 2º do Protocolo nº 7, interessando, para o presente caso, a argumentação referente à alínea c).

Aduziu o reclamante que, por ocasião da renúncia de seu então advogado contratado, o Tribunal de Nápoles não verificou se ele havia efetivamente recebido a comunicação de renúncia ao mandato e que o defensor nomeado não recebera a informação de sua designação.

Alegou ainda que as autoridades não o informaram que o Doutor B. era seu novo defensor oficioso e que poderia designar um outro defensor de confiança. Conseqüentemente, o reclamante só soube que o Doutor B. o representava após o final do julgamento.

Outrossim, diante das sucessivas ausências do Doutor B., os diversos defensores designados para as audiências não tinham conhecimento do caso e não efetuaram sua defesa ou sequer mantiveram contato com o acusado, o que se caracteriza como “falha manifesta” por parte de tais defensores e demandava a intervenção das autoridades nacionais.

Argumentou ainda o reclamante que as testemunhas por ele indicadas não foram ouvidas, o que se pode atribuir às omissões dos defensores designados, bem como que as declarações espontâneas prestadas por si não foram orientadas por qualquer estratégia defensiva, além do que o defensor designado para a audiência final não se preocupou em contatar o acusado ou o Doutor B., o que inviabilizou a tempestiva apresentação de recurso em face da condenação.

Ao apreciar a questão, o TEDH reafirmou algumas posições anteriormente firmadas de que a CEDH garante direitos que não são apenas teóricos ou ilusórios, mas práticos e efetivos, e que a nomeação de um defensor não garante por si só a efetividade da defesa que deve ser proporcionada a um acusado.⁴⁶

Todavia, reafirmou também que um Estado não pode ser responsabilizado por toda falha de um defensor, seja ele oficioso ou de confiança, o que decorre da independência da advocacia em relação ao Estado, e que as autoridades nacionais devem intervir apenas se a falha do defensor oficioso ao prover uma defesa efetiva for manifesta ou se for suficientemente informada de qualquer outra maneira.⁴⁷

Ao analisar o caso concreto, o TEDH considerou que o Doutor B., designado pelo tribunal para representar o reclamante, foi devidamente notificado da audiência a se realizar imediatamente após tal comunicação, mas não de sua designação para assumir a defesa do reclamante. Tal omissão explica em parte a ausência do defensor nomeado, que levou à situação descrita pelo reclamante, nomeadamente o fato de que foi representado por um defensor diferente em cada audiência subsequente. Não há nada que indique que os defensores substitutos tivessem algum conhecimento do caso, mas mesmo assim não solicitaram o adiamento para estudar o processo, tampouco solicitaram ouvir as testemunhas anteriormente indicadas pela defesa do reclamante.

⁴⁶ *Imbrioscia vs. Suíça*, acórdão de 24 de novembro de 1993; e *Artico vs. Itália*, acórdão de 13 de maio de 1980.

⁴⁷ *Kamasinski vs. Áustria*, acórdão de 19 de dezembro de 1989; e *Daud vs. Portugal*, acórdão de 21 de abril de 1998.

De outra banda, o TEDH reconheceu que o reclamante, que compareceu a diversas audiências, nunca informou às autoridades acerca das dificuldades na preparação de sua defesa, o que contrasta com o caso *Artico vs. Itália*,⁴⁸ bem como não buscou informações com os defensores nomeados sobre a condução da defesa, tampouco entrou em contato com a secretaria do tribunal para questionar sobre o resultado do julgamento.

Contudo, o TEDH considerou que a conduta do reclamante por si só não exonera as autoridades de seu dever de tomar medidas para garantir a efetividade da sua defesa. As mencionadas falhas dos defensores oficiosos foram manifestas, o que impõe às autoridades nacionais o ônus de intervir. Entretanto, não há nada que indique que as mesmas tenham tomado qualquer medida para garantir ao acusado uma defesa efetiva, razão pela qual se entendeu que houve uma violação ao artigo 6º da CEDH.

Na avaliação da indenização pelos danos sofridos pelo reclamante, o TEDH reiterou sua posição de que não poderia especular acerca do resultado do processo se o reclamante tivesse se beneficiado das garantias estabelecidas no artigo 6º da CEDH.

e) O caso Panasenکو vs. Portugal (2008)

O requerente, cidadão ucraniano, foi detido e colocado em prisão preventiva, sendo suspeito de, juntamente com um compatriota, ter roubado e assassinado um taxista na cidade de Braga. Foi instaurado inquérito em desfavor de ambos no Ministério Público de Braga, bem como foi nomeado um advogado para exercer a defesa oficiosa dos mesmos.

Tendo o advogado nomeado renunciado à defesa, o tribunal solicitou à Ordem dos Advogados em Braga a nomeação de outro defensor, que atendeu à solicitação logo em seguida.

O tribunal condenou o requerente na pena de 21 anos de prisão e na pena de expulsão pelos crimes de roubo e homicídio, após audiência que contou com a participação do advogado oficioso.

O requerente encaminhou carta ao tribunal informando que não conseguiu ter contato com seu defensor oficioso e que desejava recorrer da condenação.

O juiz enviou a carta ao defensor oficioso e o mesmo interpôs recurso para o STJ, que, entendendo se tratar de matéria de fato, o enviou ao Tribunal da Relação de Guimarães.

⁴⁸ *Artico vs. Itália*, acórdão de 13 de maio de 1980.

Entretanto, o Tribunal da Relação negou provimento ao recurso, tendo notificado o defensor oficioso em 20 de maio de 2003, o qual requereu a exoneração de suas funções ao tribunal em 7 de outubro do mesmo ano.

Ainda preso, o requerente foi pessoalmente notificado do acórdão da relação apenas em 23 de outubro de 2003 e o tribunal nomeou-lhe outro defensor oficioso em 7 de novembro de 2003.

Em missiva datada de 25 de novembro de 2003, escrita em língua portuguesa com o auxílio dos serviços educativos do estabelecimento prisional de Coimbra, o requerente queixou-se da ausência de contato do defensor nomeado, bem como afirmou ter a intenção de recorrer ao Supremo Tribunal de Justiça.

Após idas e vindas sobre pedidos de tradução, agora por intermédio de advogada que constituíra, em 8 de janeiro de 2004, o requerente interpôs recurso para o STJ no qual aduziu, em suma, a inadequada assistência jurídica que lhe fora prestada, a ausência de imparcialidade do tribunal e as falhas de interpretação de tradução, o que implicaria violações a vários dispositivos do direito interno e dos artigos 6º e 13º da CEDH.

Entretanto, após sucessivas decisões no âmbito do Tribunal Constitucional - TC e do STJ, o recurso foi inadmitido por intempestivo, uma vez que o STJ entendeu que o prazo para interposição do recurso se iniciara em 23 de outubro de 2003, quando o requerente foi pessoalmente notificado do acórdão do Tribunal da Relação, época em que a então defensora oficiosa, mesmo tendo pedido escusa do patrocínio, fora advertida de que deveria continuar a assegurar o patrocínio do arguido.

Em sua queixa perante o TEDH, o requerente sustenta que não teve acesso a defesa técnica efetiva em momentos decisivos do processo, em especial por ocasião do acórdão do Tribunal da Relação, que manteve a condenação da primeira instância. Aduz que tal carência manifesta o impediu de aceder ao STJ, o que o impossibilitou de ver os fundamentos de sua condenação serem reapreciados por aquela corte.

Tal negativa decorreu de exigência do Supremo de que o requerente deveria ter se manifestado dentro do prazo imediatamente posterior à sua notificação pelo Tribunal da Relação. Ocorre que, à época, o requerente não se beneficiava de assistência jurídica efetiva e encontrava-se detido, o que, somado à sua condição de estrangeiro que não dominava a língua do processo, reclamava uma intervenção das autoridades competentes.

O governo português alegou que o requerente foi assistido por diversos defensores oficiosos ao longo do processo, mesmo quando os mesmos solicitaram ser substituídos, bem como ressaltou a determinação legal de que os defensores permaneçam no exercício da defesa até que se concretize a sua substituição. Aduziu ainda que, na única vez que o requerente explicitou a falta de seu advogado oficioso, em sua carta de 17 de outubro de 2002, o tribunal criminal de Braga interveio junto ao defensor, que procedeu ao recurso.

No que concerne à alegação de falta de acesso ao STJ, o governo objetou que o judiciário nacional nada mais fez do que aplicar as regras de regência dos recursos, o que está no âmbito de apreciação dos Estados.

Após apreciar as alegações das partes, o TEDH concordou na essência com os argumentos do requerente e reafirmou algumas teses fixadas em sua jurisprudência relacionadas à assistência jurídica, tais como: a) a CEDH deve tutelar direitos concretos e efetivos e não meramente teóricos ou ilusórios; b) a nomeação de defensor não tem o condão de per se de assegurar que a assistência prestada será efetiva; c) não se pode responsabilizar um Estado em virtude de toda falha cometida por um defensor oficioso; d) a advocacia possui independência em relação ao Estado, o que implica que a condução da defesa é matéria da alçada do acusado e seu defensor, seja ele oficioso ou da confiança do acusado, de modo que o artigo 6º, nº 3, alínea c), da CEDH só impõe a intervenção das autoridades competentes quando for manifesta a falha do defensor oficioso ou se as autoridades forem informadas de alguma outra maneira.⁴⁹

Considerou o TEDH que o requerente não se beneficiou de assistência jurídica efetiva no período que se seguiu à prolação do acórdão pelo Tribunal da Relação, que era um momento crucial do processo e que os defensores oficiosos, formalmente atuando, não assistiram o arguido verdadeiramente, mormente considerando que se tratava de um estrangeiro confrontado com uma pesada pena de prisão.⁵⁰

O tribunal considerou que as circunstâncias do caso exigiam uma atuação positiva do Estado para garantir o respeito concreto e efetivo dos direitos de defesa do requerente, o qual não pôde obter o controle do bem fundado da sua condenação face à ausência de defesa efetiva.

⁴⁹ Czekalla vs. Portugal, acórdão de 10 de outubro de 2002; Sannino vs. Itália, acórdão de 27 de abril de 2006.

⁵⁰ Czekalla vs. Portugal, acórdão de 10 de outubro de 2002.

Ao apreciar a indenização por danos materiais ao requerente, o tribunal expressamente a afasta e aduz não poder “especular sobre o resultado a que teria chegado o processo-crime se não tivesse havido a violação ao artigo 6º da Convenção”.

f) O caso Bogumil vs. Portugal (2009)

O requerente, de origem polonesa, foi preso em 12 de novembro de 2002, quando chegava ao Aeroporto de Lisboa, proveniente do Rio de Janeiro e, ao se submeter a uma revista, foram encontradas várias embalagens de cocaína dissimuladas no seu calçado. Tendo informado às autoridades que tinha ingerido uma embalagem suplementar, foi conduzido ao hospital e, após exames, submetido a uma cirurgia para retirada do material.

Segundo o requerente, o mesmo não foi consultado sobre os procedimentos médicos aplicáveis e não deu seu consentimento para a cirurgia a que foi submetido. O governo contesta tal afirmativa com base nas declarações dos médicos.

Inicialmente, um advogado estagiário foi designado para exercer a defesa oficiosa do requerente, tendo o acompanhado por ocasião de seu interrogatório perante o juiz de instrução e perante o procurador encarregado do caso.

O procurador titular do processo solicitou que a Ordem dos Advogados indicasse um advogado, que não fosse advogado estagiário, para atuar na defesa do requerente, considerando que o delito de que o requerente era suspeito era punível com pena superior a oito anos de prisão.

O próprio requerente e a Embaixada da Polônia em Lisboa encaminharam carta ao Ministério Público informando que o advogado oficioso não havia contactado o requerente desde a nomeação, levando o procurador a informar ao juiz da missiva, que, por sua vez, convidou o advogado a se pronunciar.

Sem que houvesse praticado qualquer ato em favor do requerente, o defensor oficioso informou ao tribunal, com apenas três dias de antecedência da audiência, que havia suspenso sua inscrição na Ordem dos Advogados e solicitava a nomeação de outro defensor.

No dia do julgamento, o tribunal designou uma defensora oficiosa por volta das 10h e suspendeu a audiência até as 15h15min para que a advogada oficiosa preparasse a defesa.

A audiência encerrou às 16h e o tribunal condenou o requerente na pena de 4 anos e 10 meses de prisão e expulsão do território.

O requerente sustenta, no que interessa ao presente trabalho, que, a despeito das queixas relativas à negligência do defensor oficioso apresentadas diretamente pelo requerente ou por intermédio da Embaixada Polonesa, não teve acesso a qualquer assistência jurídica até o dia da audiência, aquando foi nomeada uma outra advogada oficiosa, a qual não pôde preparar adequadamente a sua defesa, até mesmo em virtude do escasso tempo de que dispôs, da complexidade da causa e do fato de se tratar de um arguido estrangeiro, que não dominava a língua dos autos.

O governo sustentou que o requerente foi assistido por advogados ao longo de todo o processo e que, assim que as autoridades judiciárias tomaram conhecimento das queixas, nomearam um outro advogado oficioso.

Com relação ao fato de a nomeação ter ocorrido no próprio dia da audiência, o governo argumentou que a própria defensora oficiosa não solicitou o adiamento da audiência, provavelmente, em função da estratégia de defesa, justificada pelo fato de o caso não apresentar complexidade particular, dado que o requerente fora detido em flagrante delito e as provas eram consideráveis e convincentes.

Após reafirmar sua jurisprudência acerca do direito à defesa técnica, o tribunal constatou que o tempo que a advogada oficiosa dispôs para preparar a defesa era demasiado curto, atenta à gravidade do caso, que poderia culminar em pesada condenação,⁵¹ o que não atende ao escopo previsto no artigo 6º, nº 3, da CEDH.

Até pelo fato de o requerente ter chamado a atenção do tribunal português para sua carência de defesa, o TEDH considerou que o tribunal deveria ter agido de ofício para assegurar o respeito concreto e efetivo dos direitos de defesa do requerente,⁵² até mesmo com o adiamento da audiência, mesmo sem o requerimento da advogada oficiosa.

Destarte, o TEDH considerou que houve violação dos n^{os} 1 e 3, alínea c), conjugados, do artigo 6º da CEDH.

g) Apreciação dos precedentes do TEDH

⁵¹ Daud vs. Portugal, acórdão de 21 de abril de 1998.

⁵² Ibid.

Da análise dos precedentes anteriormente expostos, é possível extrair algumas teses fixadas pelo TEDH que se relacionam com o direito a uma defesa técnica efetiva e merecem análise no presente trabalho.

A primeira diz respeito ao grau de efetividade dos próprios direitos estabelecidos na CEDH ao reconhecer que a mesma tem por objetivo garantir direitos não meramente teóricos ou ilusórios, mas práticos e efetivos.⁵³

Assim, pode-se afirmar que é decorrência natural de tal efetividade que a garantia do direito à defesa técnica não se satisfaz com a simples nomeação de um defensor oficioso, cabendo ao Estado garantir que a defesa seja dotada de efetividade, já que o fato de o acusado contar formalmente com um defensor ao seu lado não implica, necessariamente, concreta atividade defensiva, verdadeiro escopo da garantia.

Desse modo, mesmo que o acusado conte com um defensor nomeado, caso se constate que a defesa não está sendo efetivamente exercida, cabe ao Estado tomar medidas que garantam tal efetividade, as quais podem variar de advertências para que o defensor oficioso cumpra com seu dever até a substituição do mesmo.

Também se extrai da jurisprudência do TEDH que é da própria natureza da advocacia a independência em relação ao Estado, de modo que a condução da defesa é matéria da alçada do acusado e seu defensor, seja ele oficioso ou contratado pelo acusado.

Outrossim, ao ratificar a CEDH, os Estados concordam em garantir certos direitos aos indivíduos. Contudo, a Convenção não vincula indivíduos, de modo que não é possível reclamar ao TEDH por insatisfações com a representação de seus advogados.⁵⁴

Nesse diapasão, não cabe ao Estado interferir na relação entre o acusado e seu defensor, assim como não pode ser responsabilizado por toda falha de um defensor oficioso.⁵⁵

Entretanto, casos há em que a falha chega ao ponto de extrapolar a relação entre o acusado e seu defensor e coloca em causa o direito a um processo equitativo, de modo que “se a falha do defensor oficioso for manifesta ou tiver sido trazida ao conhecimento do tribunal de alguma outra maneira”,⁵⁶ caberá a intervenção das autoridades.

⁵³ Artico vs. Itália, acórdão de 13 de maio de 1980.

⁵⁴ TRECHSEL, Stefan. *Human Rights in Criminal Proceedings*. New York: Oxford University, 2005, p.286.

⁵⁵ Artico vs. Itália, acórdão de 13 de maio de 1980.

⁵⁶ Kamasinski vs. Áustria, acórdão de 19 de dezembro de 1989.

Tal formulação é criticada por Trechsel, pois dá a entender que o critério essencial seria o fato de a falha ser levada ao conhecimento da autoridade, o que é um aspecto secundário, pois o fundamental é que a falha seja tão evidente ao ponto de impedir uma defesa efetiva.⁵⁷

Nesse sentido, ao se analisar os casos Artico, Daud, Panasenکو e Bogumil, vê-se que os acusados levaram ao conhecimento do tribunal ou do Ministério Público seu descontentamento com a atuação do defensor nomeado por intermédio de queixa direta, o que reforça o destaque para a primeira hipótese de análise da questão pelo tribunal.

O caso Czekalla, por sua vez, desloca a essência do argumento para a gravidade da falha da defensora oficiosa, que não poderia ser equiparada a uma simples falha na argumentação, uma vez que o acusado não chamou a atenção das autoridades para a falha da defensora de modo direto, apesar de o TEDH ter considerado que o fato de o acusado ter interposto pessoalmente o recurso deveria ser visto como um sinal de que o arguido não estava em sintonia com a defesa oficiosa.

Já no caso Sannino, o tribunal reconheceu que este contrastava com o caso Artico na medida em que o reclamante não levou ao conhecimento das autoridades a inefetividade da defesa técnica de qualquer modo, mas a conduta do acusado não exoneraria as autoridades do seu dever de garantir a efetividade da defesa técnica.

Interessante notar que os precedentes analisados possuem variações da “espécie de inefetividade” de defesa apresentada, que vão desde falhas decorrentes de pura inércia do defensor,⁵⁸ passando por uma zona gris, que combina a inércia com a ausência de tempo suficiente à preparação da defesa e possível imperícia do defensor (não observada pela corte)⁵⁹ ou inércia combinada com uma notificação controvertida,⁶⁰ culminando com erros formais da advogada oficiosa.⁶¹

É digno de nota que a falha técnica no exercício concreto da defesa só foi abordada em sede de recurso no caso Czekalla. Entretanto, a inefetividade de defesa na fase de audiência só foi abordada em casos de completa inércia do defensor, o qual sequer chegou a praticar o ato que dele se esperava, de modo que a qualidade de seu desempenho não pôde ser sequer avaliada.

⁵⁷ TRECHSEL, Stefan. *Human Rights in Criminal Proceedings*. New York: Oxford University, 2005, p.287.

⁵⁸ Panasenکو vs. Portugal, acórdão de 22 de outubro de 2008; e Artico vs. Itália, acórdão de 13 de maio de 1980.

⁵⁹ Daud vs. Portugal, acórdão de 21 de abril de 1998; e Bogumil vs. Portugal, acórdão de 6 de abril de 2009.

⁶⁰ Sannino vs. Itália, acórdão de 27 de abril de 2006.

⁶¹ Czekalla vs. Portugal, acórdão de 10 de outubro de 2002.

Não se tem notícia de julgados do TEDH que tenha abordado diretamente a inefetividade de defesa técnica na audiência de julgamento em função de desempenho falho de defensor, seja ele oficioso ou de confiança.

Também merece destaque a tese firmada em Artico, e seguida em outros julgamentos, de que o direito à defesa técnica efetiva seria um direito absoluto, se isso for entendido como a desnecessidade de demonstrar a ligação entre a violação ao direito e o resultado do julgamento,⁶² uma vez que tal exigência demandaria uma prova impossível.

Da análise dos precedentes mencionados, percebe-se que todos se referem a casos em que o acusado era representado por defensores oficiosos. O conteúdo das decisões também faz menção, em diversas passagens, à impossibilidade de o Estado ser responsabilizado por falhas na defesa oficiosa, o que poderia permitir a conclusão de que a efetividade da defesa técnica só demandaria proteção das autoridades em tais casos.

Entretanto, a jurisprudência do TEDH não diferencia a espécie de defesa quando reafirma a independência da advocacia, que é o principal óbice à intervenção estatal, só superável em casos mais graves, conforme já analisado.

Desse modo, a despeito de a jurisprudência do TEDH não ser clara a respeito do tema, o que permite a controvérsia em tal interpretação, a CEDH, ao proteger a efetividade do direito à defesa técnica, não o faz apenas com relação à defesa oficiosa.⁶³

⁶² TRECHSEL, Stefan. *Human Rights in Criminal Proceedings*. New York: Oxford University, 2005, p.248.

⁶³ *Ibid.*, p.287.

III. Análise comparativa do controle da efetividade da defesa técnica pelo tribunal

1. Brasil: o enunciado nº 523 da súmula do STF

a) Visão geral da defesa técnica no processo penal brasileiro

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), seguindo uma tradição das cartas magnas anteriores, dispõe (artigo 5º, LV) que “aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, estabelecendo a cláusula geral da ampla defesa de onde decorrem outras garantias específicas, dentre as quais o dever do Estado de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (artigo 5º, LXXIV), bem como consagra uma potencialização⁶⁴ da ampla defesa nos casos de competência do Tribunal do Júri, ao estatuir entre os princípios de tal instituição a “plenitude de defesa” (artigo 5º, XXXVIII, alínea a).

Como instrumentos do exercício da defesa técnica, a CRFB reconhece a advocacia como instituição indispensável à administração da justiça, inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão (artigo 133), e a Defensoria Pública, a quem cabe, entre outras coisas, a orientação jurídica e a defesa dos necessitados (artigo 134).

Outrossim, uma adequada compreensão da regulação da defesa técnica no ordenamento jurídico brasileiro não pode prescindir da análise da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – CADH, o Pacto de São José da Costa Rica, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro com estatura constitucional pelo Decreto nº 678/92,⁶⁵ e da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH, a cuja jurisdição o Brasil se submete enquanto Estado que ratificou a CADH sem reservas.⁶⁶

⁶⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. Cases da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF. São Paulo: Atlas, 2014. p.113.

⁶⁵ Embora não seja objeto do presente estudo, é mister registrar que a posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos não é pacífica. Além de intensa polêmica no âmbito doutrinário em torno do alcance do artigo 5º, §3º da CRFB, o STF ainda oscila em sua posição, havendo julgados que os consideram como norma supralegal (STF. RE nº 466.343) e como norma constitucional (STF. HC nº 87.585-8). Contudo, é incontestado que suas normas se aplicam ao Direito brasileiro em posição hierárquica superior à legislação ordinária.

⁶⁶ A despeito de não ter feito reservas, o governo brasileiro fez a seguinte declaração interpretativa: “O Governo do Brasil entende que os artigos. 43 e 48, alínea d, não incluem o direito automático de visitas e inspeções in

No plano legal, o Código de Processo Penal Brasileiro – CPPB consagra uma série de dispositivos que regulam o exercício da defesa técnica, inclusive prevendo a obrigatoriedade de assistência de defensor a todos os acusados, conforme o disposto no seu artigo 261.

Contudo, apesar de tal norma constar da redação originária do código, que remonta a 1941, a extensão de tal obrigatoriedade de acordo com o momento e o ato processual a ser praticado tem sofrido alterações legislativas ao longo do tempo.

Na fase preliminar da persecução penal, o inquérito policial, sob a direção do delegado de polícia,⁶⁷ possui natureza inquisitiva e tem por finalidade a formação da *opinio delicti* da acusação, seja ela feita pelo Ministério Público, nos crimes de ação pública, seja pelo querelante, nos crimes de ação privada, de modo que as possibilidades de intervenção da defesa são mais limitadas e não há intervenção obrigatória da defesa técnica.

Embora não seja obrigatória, a participação da defesa técnica na fase preliminar vem se ampliando e superando a tradição inquisitória que deixava pouca margem para sua intervenção, tendo, inclusive, o STF editar uma súmula vinculante⁶⁸ nos termos do artigo 103-A da CRFB,⁶⁹ com vistas a garantir o acesso dos advogados aos elementos de prova constantes do inquérito policial.⁷⁰

Também é digno de nota que o advento da Lei nº 11.449, de 15 de janeiro de 2007, com redação atual dada pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, tornou obrigatória a

loco da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, as quais dependerão da anuência expressa do Estado”, a qual, conforme se percebe da própria leitura, não se refere à jurisdição da CIDH.

⁶⁷ Artigo 144, § 4º da CRFB.

⁶⁸ STF. Súmula Vinculante nº 14: É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

⁶⁹ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

⁷⁰ Sobre a defesa técnica no inquérito policial, conferir SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004; e LOPES JR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *A investigação preliminar no Processo Penal*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

comunicação à Defensoria Pública, em até 24 horas, de toda prisão de acusado que não tenha informado advogado, o que determina a intervenção de tal órgão para os que não possuem mandatário constituído.

Tal disposição, entretanto, apesar de ainda estar em vigor, perdeu muito de seu sentido a partir das decisões do Supremo Tribunal Federal⁷¹ e da Resolução n° 213, de 15 de dezembro de 2015, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que determinaram a realização de audiência de custódia em até 24 horas com participação obrigatória de defensor.

Mesmo na fase processual, a participação do defensor no interrogatório do acusado só passou a ser considerada obrigatória a partir da Lei n° 10.792, de 1° de dezembro de 2003, que deu a atual redação do artigo 185⁷² do CPPB. Anteriormente à tal inovação legislativa, prevalecia na jurisprudência⁷³ o entendimento de que o interrogatório do acusado era ato privativo do juiz, de modo que a intervenção do defensor era medida desnecessária.

Além da já mencionada obrigatoriedade geral de assistência de defensor na fase processual, a jurisprudência⁷⁴ tem posição consolidada há muito tempo acerca da obrigatoriedade de o defensor apresentar as Alegações Finais no procedimento comum, pois tal ato representa o ponto decisivo e culminante da atividade defensiva.⁷⁵

Outras manifestações, como o pedido de diligências ao final da instrução (artigo 402 do CPPB) e a sustentação oral dos recursos perante os tribunais, no entanto, são consideradas facultativas, a critério da defesa.

A reforma promovida pelas leis n° 11.719, de 20 de junho de 2008, e n° 11.689, de 9 de junho de 2008, tornou obrigatório também o oferecimento da resposta à acusação no procedimento ordinário (artigo 396-A do CPPB) e no procedimento da competência do Tribunal do Júri (artigo 408 do CPPB), que veio a substituir a defesa prévia, tida por facultativa pela jurisprudência.⁷⁶

Tal inovação, inclusive, tem acendido polêmica acerca da possibilidade de a defesa apresentar tal peça sem expor qualquer tese defensiva, havendo decisões que entendem

⁷¹ STF. ADI n° 5.240 e STF. ADPF n° 347.

⁷² Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado.

⁷³ STJB. HC n° 31.680, STJB. HC n° 32.307 e STJB. RESP n° 472.897.

⁷⁴ STF. HC n° 94.168.

⁷⁵ MALAN, Diogo. Defesa Técnica e seus consectários lógicos na Carta Política de 1988. In PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. (coord.). *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.161.

⁷⁶ STJB. HC n° 258.026 e STJB. HC n° 149.907

incabível tal medida⁷⁷ e posições outras que consideram adequado, de acordo com a estratégia adotada para o caso concreto, resguardar a exposição das teses defensivas para o momento das alegações finais,⁷⁸ conforme prática corrente na antiga defesa prévia.

Além da obrigatoriedade de apresentação de determinadas peças processuais, a Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, acrescentou um parágrafo único ao artigo 261 do CPPB que determina que “a defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada”, o que, equivocadamente, permite a conclusão de que o advogado de confiança está dispensado de fundamentar suas manifestações, o que viola a efetividade da defesa técnica.

Também é digno de nota o disposto no artigo 497, V, do CPPB, que permite ao juiz presidente do Tribunal do Júri dissolver o Conselho de Sentença e nomear outro defensor, quando considerar que o réu se encontra indefeso, o que é ainda mais grave em se tratando de um tribunal composto por juízes leigos⁷⁹ em que vigora o princípio da plenitude de defesa, para além da ampla defesa.

Contudo, apesar de a previsão legal referir-se apenas ao procedimento do tribunal do júri, prevalece o entendimento de que a garantia é aplicável a todo e qualquer procedimento criminal.⁸⁰

Conforme exposto, é possível concluir que o ordenamento jurídico brasileiro possui disposições que visam garantir a efetividade da defesa técnica. Contudo, a compreensão do sentido e alcance de tal garantia exige a análise das orientações da jurisprudência sobre o tema, que tem como parâmetro fundamental o enunciado nº 523 da súmula do STF que se passa a analisar.

⁷⁷ TRF da 4ª Região. MS nº 5035661- 78.2015.4.04.0000/PR

⁷⁸ Cf. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.531; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de processo penal comentado*: arts. 1º a 393º. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.748-749; e QUANDT, Gustavo de Oliveira. Defensor não é obrigado a apresentar resposta substancial à acusação. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-nov-20/defensor-nao-obrigado-apresentar-resposta-substancial-acusacao#sdfnote12anc>. Acesso em 24 de abril de 2016.

⁷⁹ VALE, Ionilton P. do. *O tribunal do júri no contexto do devido processo legal: uma crítica ao tribunal do júri “puro” em comparação com os modelos do escabinado e do assessorado: estudo dos fatores que interferem no julgamento e na imparcialidade de suas decisões (análise da instituição com a jurisprudência das convenções europeia e americana dos direitos humanos, do Tribunal do Júri Português e da Suprema Corte Americana)*. Lisboa, 2015, 585 fls. Tese (Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa.

⁸⁰ GRINOVER, Ada P. *O processo constitucional em marcha: contraditório e ampla defesa em cem julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*. São Paulo: Max Limonad, 1985, p.138.

b) *Precedentes do enunciado nº 523 da súmula do STF*

Aprovado em sessão plenária do STF em 3 de dezembro de 1969, sob a vigência do famigerado Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, e do simulacro de Constituição⁸¹ que foi a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, o enunciado nº 523 da Súmula do STF tem o seguinte teor: “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”.

O citado enunciado tem por referência legal os artigos 563 e 564, III, c, ambos do CPPB, e como precedentes jurisprudenciais os acórdãos do STF⁸² proferidos no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* – RHC nº 45.336, *Habeas Corpus* – HC nº 45.015, Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* – RHC nº 43.501, e *Habeas Corpus* – HC nº 42.274.

No HC nº 42.274, único dos precedentes em que não se acolheu a alegação de nulidade do ato em função de deficiência ou ausência de defesa, o vício apontado consistia na realização de audiência em que a ré fora assistida por estagiário e não por advogado.⁸³ Apesar de tal fato, a ré fora assistida por advogado em todos os outros momentos do processo.

Nesse cenário, o STF considerou que tal nulidade seria apenas relativa, o que exigiria a demonstração do prejuízo por parte do acusado, o que não ocorreu, mormente considerando que as testemunhas ouvidas na audiência em que a ré foi assistida por simples estagiário limitaram-se a incriminar o corréu, sem nada mencionar sobre a ré.

Interessante notar que o ministro Victor Nunes, em seu voto condutor, chega a fornecer um rol exemplificativo de defesa deficiente como “os casos em que o defensor oferece razões omissas, ou não repergunta as testemunhas, ou tem pouco tirocínio – embora com habilitação legal”.

O HC nº 45.015 trouxe ao conhecimento da corte um caso em que o réu não foi assistido por defensor em duas audiências realizadas por carta precatória, sendo que na primeira houve a designação do causídico, mas o mesmo não compareceu ao ato.

Apesar de o defensor constituído do réu não ter arguido tal vício em suas alegações finais, ocasião em que deveria ter se manifestado a respeito das nulidades relativas ocorridas

⁸¹ MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo Gustavo G., *Curso de Direito Constitucional*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.179.

⁸² Informação disponível em: www.stf.jus.br.

⁸³ Mister registrar que no Brasil, diferentemente de Portugal, os estagiários são estudantes do quarto ou quinto ano do curso de Direito, que ainda não concluíram sua graduação (equivalente à licenciatura em Portugal).

até aquele momento,⁸⁴ o tribunal anulou o processo a partir da audiência em que o acusado deveria ter sido assistido por defensor e não o foi.

Já que o sucinto voto condutor do ministro Aducto Cardoso limitou-se a afirmar que “o réu menor não teve defensor em fase culminante da instrução criminal”, não é possível vislumbrar com segurança se o STF considerou a nulidade relativa, mas entendeu ter havido prejuízo, o que diferenciaria o precedente acima analisado, ou se considerou a ausência de defensor uma nulidade absoluta, o que nos parece mais provável em virtude de no caso anterior ter havido participação defensiva, mesmo que apenas de estagiário, de modo que é possível que tenha interpretado o artigo 564, III, c, do CPPB como nulidade absoluta quando não houver qualquer participação de defensor, como foi o caso.

No RHC nº 45.336, por sua vez, o tribunal novamente reconhece a nulidade em virtude de o defensor não ter praticado qualquer ato em favor do acusado, diferenciando-se do HC nº 45.015 apenas em função de uma estagiária ter elaborado alegações finais em favor do acusado, o que se assemelharia à hipótese do HC nº 42.274, em que a nulidade não foi declarada. Contudo, há de se reconhecer que a ausência de prejuízo no primeiro precedente estava mais bem demonstrada.

O último dos precedentes utilizados como referência para o enunciado da súmula, o RHC nº 43.501, é o único que, mesmo mui tímida e implicitamente, analisa a ausência ou deficiência de defesa sob o ponto de vista material, pois declara a nulidade em um caso no qual o defensor nomeado a uma ré julgada à revelia⁸⁵ deixou de apresentar defesa prévia e de arrolar testemunhas e formulou alegações finais em uma lauda. Ademais, esse precedente faz remissão a um outro no qual restou assentado que “o exercício da defesa é indeclinável injunção da lei, que não se preenche apenas com a nomeação meramente formal de um defensor.”⁸⁶

Entretanto, embora tenha reconhecido a nulidade, não diz expressamente se considerou tratar-se de ausência de defesa, que consistiria em nulidade absoluta, o que prescindiria da demonstração do prejuízo, ou se julgou tratar-se de nulidade relativa decorrente da deficiência de defesa em que o prejuízo fora comprovado.

⁸⁴ Artigo 571, II, do CPPB.

⁸⁵ Desde o advento da Lei nº 9.271, de 17 de abril de 1996, que alterou o CPPB, não é mais possível proceder ao julgamento de um réu à revelia, conforme era admitido na época do precedente.

⁸⁶ STF. RHC nº 43.011.

Com efeito, o teor do enunciado, e mesmo a análise dos julgados que lhe deram origem, ainda é insuficiente para descortinar com precisão o conteúdo do enunciado sumular, o que é uma contradição com o seu propósito, que é justamente o de publicizar uma interpretação consolidada no âmbito da corte que o prolatou.

Assim, com vistas a buscar compreender de modo mais completo o tratamento conferido pelo direito brasileiro ao controle judicial da efetividade da defesa técnica, é mister analisar o modo como os tribunais, em especial o STF e o Superior Tribunal de Justiça Brasileiro – STJB,⁸⁷ vêm aplicando o citado enunciado sumular, o que se fará a seguir.

c) Aplicação pela jurisprudência do enunciado n° 523 da súmula do STF

Ao assentar que a falta de defesa constitui nulidade absoluta, o enunciado nada mais faz do que repetir a regra estabelecida no artigo 564, III, c, do CPPB, o que é desnecessário,⁸⁸ e, no que se refere à necessidade de demonstração de prejuízo nos casos de defesa deficiente, o verbete é excessivamente aberto e tem pouca utilidade na solução dos problemas concretos, na medida em que restam sem esclarecimento tanto o que se considera deficiência de defesa quanto o que pode ser tido como prejuízo.

Destarte, a compreensão do enunciado acaba por exigir que se socorra da jurisprudência posterior ao mesmo, o que se elaborou com o estudo de 162⁸⁹ acórdãos do STJB e 45⁹⁰ do STF, em que foram colhidos os seguintes dados:

⁸⁷ Apesar de a abreviatura normalmente utilizada pelo Superior Tribunal de Justiça do Brasil ser apenas STJ, optou-se na presente dissertação por utilizar a sigla STJB para evitar confusões com o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, que também adota a abreviatura STJ.

⁸⁸ GIANNELLA, Berenice Maria. *Assistência jurídica no processo penal: garantia de efetividade do direito de defesa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.121-122.

⁸⁹ Os acórdãos do STJB foram obtidos por meio de duas buscas efetuadas, respectivamente, nos dias 15 e 21 de dezembro de 2015, no sistema de pesquisa de jurisprudência do sítio daquela corte na internet (www.stj.jus.br), nas quais se inseriram os termos “523” e “defesa técnica”, resultando em 153 acórdãos, e os termos “ausência ou inexistência”, “defesa técnica” e “não PAD”, o que resultou em 124 acórdãos. Do total de acórdãos pesquisados, foram descartados 84 porque não se referiam diretamente ao tema. A diferença entre o somatório das buscas e o total de acórdãos analisados decorre de que 31 acórdãos foram comuns a ambas as buscas.

⁹⁰ Os acórdãos do STF foram obtidos por meio de duas buscas efetuadas no sistema de pesquisa de jurisprudência do sítio daquela corte na internet (www.stf.jus.br), nos dias 16/12/2015 e 07/01/2016, respectivamente, nas quais se inseriram os termos “523” e “defesa técnica”, resultando em 14 acórdãos, e os termos “defesa técnica” e “processo penal” e o radical “defici”, o que resultou em 46 acórdãos. Foram descartados 9 acórdãos porque não referiam diretamente ao tema ou consistiram em mera repetição do tema já tratado em acórdão devidamente analisado. A diferença entre o somatório das buscas e o total de acórdãos analisados decorre de que 6 acórdãos foram comuns a ambas as buscas.

	STJB			STF			STJB + STF		
	Júri	Comum	Total	Júri	Comum	Total	Júri	Comum	Total
Favoráveis ao acusado	6 (11,76%)	8 (7,2%)	14 (8,64%)	1 (14,28%)	1 (2,63%)	2 (4,45%)	7 (12,07%)	9 (6,04%)	16 (7,73%)
Contrárias ao acusado	45 (88,24%)	103 (92,8%)	148 (91,36%)	6 (85,72%)	37 (97,37%)	43 (95,55%)	51 (87,93%)	140 (93,96%)	191 (92,27%)
Total	51 (100%)	111 (100%)	162 (100%)	7 (100%)	38 (100%)	45 (100%)	58 (100%)	149 (100%)	207 (100%)

Os dados colhidos reforçam a tese de que o verbete sumular não cumpre a função de fornecer critérios razoáveis para aferição da falta de efetividade da defesa técnica, servindo, ao revés, como instrumento para rejeição das arguições de nulidade decorrentes da inefetividade da defesa técnica.⁹¹

Outrossim, da análise mais pormenorizada da fundamentação dos acórdãos analisados, é possível extrair algumas diretivas sobre como os tribunais enfrentam o tema da inefetividade da defesa técnica.

Se da própria existência do enunciado sumular já se pode concluir que há margem para a sindicabilidade da defesa técnica, o que pode ensejar uma tensão com a necessária liberdade do defensor para conduzir a defesa do acusado, a análise de seus desdobramentos possibilita avaliar em que medida o ordenamento jurídico admite o questionamento das escolhas que o defensor possui no desempenho de seu mister.

Nesse sentido, o STF prolatou um acórdão⁹² no qual se discutia se a atuação de um advogado que, mesmo o réu tendo negado qualquer participação nos fatos apontados como delitivos, adotou como linha de defesa a tese de que o acusado teria tido uma participação de menor importância no crime.

Ao apreciar a questão, o tribunal, com os votos vencidos dos ministros Ilmar Galvão e Ellen Gracie, os quais entenderam que a adoção de tese que implicava a aceitação de fatos não admitidos pelo réu configuraria ausência de defesa, considerou que a estratégia escolhida

⁹¹ MALAN, Diogo. Defesa Técnica e seus consectários lógicos na Carta Política de 1988. In PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (coord.). *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.161.

⁹² STF. HC nº 80.958.

pelo defensor pode não ter sido a melhor tese, o que configuraria deficiência de defesa, mas nunca sua ausência, de modo que exigiria, para que se reconhecesse o vício, a demonstração de prejuízo, o que só seria possível com a reapreciação das provas, o que é inviável em sede de *Habeas Corpus*.

Ao assim decidir, o tribunal, mesmo negando o pedido de anulação do julgamento por conta da inviabilidade de reapreciar a prova, adotou uma posição que admite a sindicabilidade das teses defensivas, embora impondo que também se atenda ao requisito de demonstração de prejuízo.

Já o STJB, em situação similar – na qual o acusado sustentou em sua defesa pessoal a negativa de autoria, enquanto o defensor sustentou a incidência de concurso formal como critério de redução de pena, assumindo que o réu cometera o delito –, assentou que a margem de liberdade que possui o advogado para exercer a defesa de seu cliente não pode servir de manto protetor para negligenciar ou afrontar os interesses que lhe foram confiados.⁹³

Afirmou, ainda, que o conflito entre a defesa técnica e a autodefesa implicava deficiência de defesa, e que para que esta seja reconhecida como nulidade é necessária a comprovação de prejuízo ao réu que estava configurado no caso, uma vez que a tese do réu, se fosse devidamente exposta, poderia ocasionar sua absolvição.

Nesse diapasão, a posição do STJB tem reconhecido a liberdade do advogado de optar por uma das teses defensivas, mesmo que a tese não possibilite uma absolvição, mas apenas uma pena menor, sempre que vislumbre elementos dos autos que apoiem a tese escolhida,⁹⁴ e que a mera discordância entre a autodefesa e a tese apresentada pela defesa técnica originalmente constituída não é suficiente para considerar o acusado indefeso.⁹⁵

Também já decidiu o STJB⁹⁶ que a divergência das teses de defesa expostas pelo defensor constituído e o dativo não configura hipótese de ausência de defesa técnica, enquanto o STF, no mesmo sentido, afirmou que eventual divergência entre os argumentos utilizados pelos defensores nomeados e os que poderiam ter sido suscitados pelos advogados posteriormente constituídos não implica nulidade, já que as teses defensivas não são padronizadas de maneira a tornar vinculante o modo como cada profissional deve realizar o

⁹³ STJB. HC n° 34.450.

⁹⁴ STJB. HC n° 53.948 e STJB. AgRg no HC n° 256.173

⁹⁵ STJB. RHC n° 55.184.

⁹⁶ STJB. HC n° 172.103.

seu mister. O que não pode ser admitida é a inexistência de defesa ou sua flagrante deficiência.⁹⁷

No que se refere a possível diferenciação de avaliação, consoante se trate de defesa exercida por advogado de confiança ou nomeado, apesar de o parágrafo único do artigo 261 do CPPB fazer referência apenas ao defensor público e ao advogado dativo, quando determina que suas manifestações sejam fundamentadas, a ampla maioria da doutrina brasileira⁹⁸ considera que o dever de efetividade da defesa é aplicável também ao advogado de confiança.

De fato, posto que a defesa técnica efetiva é direito fundamental de todo e qualquer cidadão, independente da natureza do vínculo jurídico que o liga ao seu defensor, não há fundamento lógico razoável que estabeleça um grau variável de rigor na aferição da efetividade da defesa técnica, conforme se trate de defesa oficiosa ou de escolha.⁹⁹

Coerente com essa posição, o STF tem decidido que a voluntariedade recursal é válida tanto para o defensor de confiança quanto para o dativo.¹⁰⁰

Entretanto, por apontar para posicionamento diverso da Suprema Corte, merece cuidadosa apreciação acórdão do STF¹⁰¹ que entendeu inexistir nulidade, nos termos do enunciado n° 523 da sua súmula, em caso no qual o acusado teve provido em seu desfavor recurso especial, movido por assistente da acusação, sem que seu advogado constituído tivesse oposto as cabíveis contrarrazões ao recurso, embora tenha sido devidamente intimado para tal.

O relator originário, ministro Marco Aurélio, concedia a ordem requerida sob o fundamento de que a não apresentação de contrarrazões ao recurso especial por parte da defesa implicaria, segundo a interpretação que fez do artigo 261 do CPPB, a falta de defesa, o que exigiria a intimação da Defensoria Pública para apresentar a contrariedade ao recurso.

Em que pese o relator ter sido inicialmente acompanhado pelos ministros Joaquim Barbosa, Carlos Brito e Cezar Peluso, durante os debates o ministro Sepúlveda Pertence

⁹⁷ STF. HC n° 126.249.

⁹⁸ Cf. OLIVEIRA, Eugênio P. de; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.531; GRINOVER, Ada P. *O processo constitucional em marcha: contraditório e ampla defesa em cem julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*. São Paulo: Max Limonad, 1985, p.138; e MALAN, Diogo. *Defesa Técnica e seus consectários lógicos na Carta Política de 1988*. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (coord.). *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.163-164.

⁹⁹ *Ibid.*, p.164.

¹⁰⁰ STF. HC n° 83.487 e HC n° 73.671

¹⁰¹ STF. HC n° 83.292

levantou questionamento acerca da espécie de defensor, se constituído ou oficioso, o que levou a uma mudança de posição dos ministros que acompanhavam o ministro Marco Aurélio.

Para tanto, argumentou o ministro Cezar Peluso que, uma vez que se tratava de advogado constituído, não haveria que se falar em carência de defesa, pois, em sua visão, a ausência de contrarrazões poderia fazer parte de alguma estratégia de defesa, a exemplo da alegação futura de alguma nulidade.

Aduziu o ministro Sepúlveda Pertence que o defensor, se advogado constituído pelo acusado, é o juiz único da conveniência do oferecimento das contrarrazões.

Com efeito, a posição adotada, destoante dos outros julgados e condizente com o criticado sentido literal do parágrafo único do artigo 261 do CPPB, estabelece uma premissa equivocada, que o leva a um resultado paradoxal.

Como premissa, reconhece uma maior liberdade de definição de estratégias defensivas ao advogado constituído, enquanto o defensor oficioso detém menos possibilidades defensivas, de modo injustificável.

De outra banda, a paradoxal consequência, no caso concreto, da maior gama de possibilidades defensivas do advogado de confiança é o efetivo prejuízo sofrido pelo acusado, que teve provido em seu desfavor um recurso contra o qual não se insurgiu, por falha de seu defensor.

Ao se passar à apreciação do que a jurisprudência considera como defesa eficiente para efeitos do enunciado n° 523 da súmula do STF, é mister analisar o tratamento conferido às defesas promovidas por quem não possua a devida habilitação legal.

Em tais casos, o STF chegou a entender¹⁰² como inexistente a defesa técnica movida por estagiária que falsamente se apresentava como advogada, sem maiores considerações acerca do conteúdo da defesa efetuada. Contudo, ao apreciar um caso¹⁰³ em que uma advogada impedida de exercer a profissão atuou na defesa de uma ré condenada por estelionato, afastou o vício e manteve a condenação, por entender que deveria ter sido demonstrado o prejuízo.

O baixo percentual (7,73%) de decisões favoráveis aos interesses dos acusados nos acórdãos analisados deve-se, em grande medida, a um formalismo judicial que se converte em

¹⁰² STF. HC n° 71.705.

¹⁰³ STF. HC n° 99.457.

artifício retórico para o exercício e abuso do poder por intermédio do processo penal, e que não avalia a efetividade da defesa técnica, com baixo grau de exigência quanto ao conteúdo dos atos defensivos.

Com efeito, não são poucas as decisões que deixam de reconhecer a ausência ou mesmo a deficiência da defesa sob o fundamento de que determinados atos não seriam obrigatórios, sem avaliar se seriam importantes no caso concreto. Em outras tantas, a *contrario sensu*, é suficiente que o defensor tenha praticado os atos tidos por obrigatórios, sem qualquer análise do seu conteúdo, pertinência ou mesmo qualidade de tais manifestações.

Nesse contexto, enquanto o STF¹⁰⁴ decide que a falta de formulação de perguntas às testemunhas de acusação e a não interposição de recursos excepcionais, uma vez que atos facultativos não implicam deficiência de defesa, o STJB¹⁰⁵ segue a mesma orientação e afirma que a falta de perguntas às testemunhas não implica deficiência de defesa, já que é faculdade do advogado fazê-las.

Reforçam a apreciação formalista da defesa acórdãos do STJB que afastam a deficiência da defesa a partir da afirmação de sua adequação apenas pela prática dos atos processuais, ao estabelecer que o advogado “agiu de forma diligente, apresentando todas as peças necessárias à defesa do réu, além de tê-lo acompanhado a todos os atos processuais”,¹⁰⁶ que “não se pode qualificar defeituoso o trabalho realizado pelos membros da Defensoria Pública que atuaram nos autos, oferecendo defesa preliminar em favor do réu, participando da instrução probatória, bem como apresentando alegações finais requerendo a sua impronúncia”, uma vez que “diante de um insucesso, para o crítico sempre haverá algo a mais que o causídico poderia ter feito ou alegado, circunstância que não redunde, por si só, na caracterização da deficiência de defesa”¹⁰⁷ ou que “o paciente foi assistido por profissionais livremente constituídos, foram arroladas as testemunhas tidas como necessárias e formuladas, em ambas as peças, teses defensivas. A posterior discordância em relação à profundidade das teses defensivas então apresentadas, ou em relação às estratégias adotadas pelos profissionais então constituídos, não tem o condão de macular de nulidade o ato, uma vez que o réu não pode ser considerado indefeso.”¹⁰⁸

¹⁰⁴ STF. RHC nº 86.683.

¹⁰⁵ STJB. RHC nº 12.697, STJB. HC nº 44.213 e STJB. HC nº 51.761.

¹⁰⁶ STJB. HC nº 60.276.

¹⁰⁷ STJB. HC nº 326.204.

¹⁰⁸ STJB. RHC nº 41.517.

De fato, todas as conclusões dos julgados acima expostos fazem todo sentido quando isoladamente entendidas. Entretanto, equivocam-se ao limitar a apreciação da efetividade da defesa técnica a tais aspectos.

Nesse sentido, alguns julgados são emblemáticos de tal limitação, a exemplo de acórdão¹⁰⁹ no qual o STF denegou, com votos vencidos dos ministros Marco Aurélio e Néri da Silveira, ordem de *Habeas Corpus* em que se pleiteava o reconhecimento da ausência de defesa técnica em processo no qual o advogado constituído limitou sua atuação ao comparecimento à audiência de interrogatório, não mais praticando qualquer ato.

Apesar de tal situação, o STF considerou que, uma vez que o magistrado designara advogado dativo para praticar os atos obrigatórios, não haveria ausência de defesa, já que os atos que não chegaram a ser praticados pelo advogado de confiança, nem pelos sucessivos dativos, não eram necessários.

No mesmo sentido já mencionado, e reforçando o caráter meramente formal da defesa técnica, outro acórdão¹¹⁰ do STF não considerou deficiente atuação de defensor dativo que não compareceu ao interrogatório do réu¹¹¹, não apresentou defesa prévia, não inquiriu as testemunhas da acusação, não requereu diligências complementares e não interpôs recurso especial contra o acórdão condenatório.

Para tanto, fundamentou-se tão somente no caráter facultativo de cada um dos atos acima mencionados, o que afastaria a ocorrência de nulidade. Nesse cenário, mesmo que se entenda correta a caracterização de cada ato isoladamente como facultativo e sua ausência como possível elemento de estratégia defensiva, há de se questionar se, quando “todas as ausências se reúnem”, não é possível e necessário falar em falta de defesa.

Na mesma toada, o STJB aprecia em grande medida a formal apresentação de peças obrigatórias, menosprezando falhas em momentos processuais tidos por facultativos, mesmo que indiquem falha defensiva.

Como exemplo dessa posição, analisamos acórdão¹¹² em que o STJB afirmou não haver nulidade no exercício da defesa técnica em caso no qual o advogado apresentou a

¹⁰⁹ STF. HC nº 75.898.

¹¹⁰ STF. HC nº 73.671.

¹¹¹ Realizado antes da Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, que tornou obrigatória a participação do defensor no interrogatório judicial.

¹¹² STJB. HC nº 141.153.

defesa prévia intempestivamente, o que levou o magistrado a não permitir a juntada da referida peça aos autos, deixando o acusado sem indicação de testemunhas de defesa.

O advogado também não se insurgiu contra tal decisão, preferindo manifestar-se apenas quando oportunizada a solicitação de diligências, o que também o fez de modo intempestivo.

A despeito de tais falhas, todas cometidas em atos processuais tidos por facultativos, como o advogado compareceu à audiência de instrução e apresentou as obrigatórias alegações finais, o tribunal afirmou inexistir nulidade, já que tal só ocorreria “caso inexistente qualquer resistência à pretensão acusatória”, o que não era o caso.

Em situação análoga, outro acórdão¹¹³ do STJB entendeu válida atuação de defesa em que o defensor constituído, após apresentar defesa prévia, indicando testemunhas, não mais compareceu a qualquer ato processual, sendo o acusado representado nas audiências por advogado dativo que não formulou qualquer questionamento às testemunhas.

As necessárias alegações finais foram apresentadas por outro advogado dativo, as quais foram caracterizadas pelo novo defensor que impetrou o *Habeas Corpus* examinado pelo STJB como “poucos e raros arranhões em alegações finais quase que inexistentes”, tendo, porém, o tribunal afirmado sobre as mesmas que “embora o conteúdo das alegações finais apresentadas não seja vasto, dele pode-se extrair claramente os argumentos defensivos, consistentes na inexistência de prova da materialidade delitiva e da autoria, dissertando ainda sobre a impossibilidade de validação da palavra da vítima em crimes contra os costumes”.

No mesmo caso, a defesa do acusado interpôs recurso especial intempestivamente, levando ao não conhecimento do mesmo, o que também não foi entendido como ausência de defesa, já que os recursos estão submetidos à voluntariedade.

Desse modo, a despeito das falhas defensivas, o tribunal não vislumbrou a falta de defesa técnica, pois a falta de reperfutas, a dispensa da presença do acusado em audiência de instrução ou a profundidade das teses arguidas são todas condutas válidas como opção da defesa técnica.

Com efeito, os poucos casos em que a jurisprudência brasileira vem reconhecendo a nulidade em função da inefetividade da defesa técnica ocorrem em situações limite, nas quais

¹¹³ STJ.B HC nº 66.766.

a deficiência da defesa evidencia descaso, falta de iniciativa e desinteresse pela realização de diligências cabíveis, equiparando-se à completa ausência de defesa técnica,¹¹⁴ ou quando, apesar de apresentadas as obrigatórias alegações finais, as mesmas possuem grave deficiência, limitando-se a defender tese sem qualquer respaldo na jurisprudência, tampouco abordando teses cabíveis.¹¹⁵

A aferição da efetividade da defesa técnica tem de ser analisada de acordo com a estratégia processual adequada ao caso concreto. Assim, apesar de a absolvição do acusado consistir no resultado ideal de uma defesa criminal, por vezes as provas produzidas exigem do defensor a adoção de uma orientação distinta, que pode chegar a reconhecer a condenação, mas buscar uma pena mais reduzida.¹¹⁶

Tal postura tática é aceita pela jurisprudência, que não vislumbra aí qualquer deficiência de defesa.¹¹⁷ Contudo, a aceitação da condenação, em certas circunstâncias específicas, não pode prescindir de buscar melhorar a situação jurídica do acusado, sob pena de se caracterizar a ausência de defesa técnica efetiva.¹¹⁸

Também em sede de recursos prevalece uma orientação na jurisprudência,¹¹⁹ demasiado formalista na apreciação da defesa técnica, a qual, sob o manto da regra da voluntariedade recursal, prevista no artigo 574 do CPPB,¹²⁰ é utilizada para afastar qualquer alegação de deficiência de defesa, pois, já que voluntário, as falhas nos recursos não ensejariam nulidades.

A regra da voluntariedade recursal tem prevalecido até mesmo em casos nos quais há evidente margem para impugnação da decisão, ocasionando prejuízo ao acusado.

É o que se observa em caso referente a um réu que foi absolvido em primeira instância das acusações de roubo qualificado e resistência. Entretanto, o Ministério Público recorreu de tal decisão ao Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP que, por maioria de votos, deu

¹¹⁴ STF. HC nº 102.603 e STF. HC nº 100.351.

¹¹⁵ STJB. HC nº 101.675.

¹¹⁶ OLIVEIRA, Eugênio P. de; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.531-532.

¹¹⁷ STJB. HC nº 279.435.

¹¹⁸ STJB. HC nº 124.262.

¹¹⁹ Cf. STF. HC nº 86.683, STF. HC nº 73.671, STJB. AgRg no AREsp nº 33.110, STJB. HC nº 235.210, STF. HC nº 86.763 e STF. RHC nº 97.795.

¹²⁰ 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.

provimento ao apelo da acusação, condenando o acusado na pena de seis anos de reclusão pelos mencionados delitos.

A despeito da sentença do juiz de primeiro grau e dos votos vencidos no julgamento no TJSP, que absolviam o acusado, o que indicava, no mínimo, uma razoável margem argumentativa em seu favor, a advogada oficiosa não manejou os cabíveis embargos infringentes.

Tal recurso, previsto no parágrafo único do artigo 609 do CPPB,¹²¹ tem como requisito a simples existência de voto vencido, e a sua não interposição ensejou o trânsito em julgado da condenação e a consequente expedição do mandado de prisão em desfavor do réu.

Entrementes a Defensoria Pública haver impetrado ordem de *Habeas Corpus* em que alegou que a não interposição do recurso, no caso concreto, deixou o acusado indefeso, o pedido foi negado tanto pelo STJB¹²² quanto pelo STF¹²³ em função da voluntariedade recursal.¹²⁴

A despeito do que decidiu o tribunal, o caso acima demonstra como uma visão formalista da defesa pode ensejar flagrante violação ao direito a uma defesa técnica efetiva. Não se olvida que há casos em que o manejo de recurso por parte da defesa não teria o condão de trazer qualquer benefício ao acusado, o que justifica a voluntariedade recursal.

Entretanto, o caso descrito evidencia uma evidente plausibilidade das teses defensivas, tanto que foram acolhidas pelo juiz de primeiro grau e por parte dos magistrados que analisaram o recurso. Tal acolhimento por parcela dos juízes que analisaram o caso demonstra que a absolvição do acusado, se não era uma certeza, era uma possibilidade concreta, que deixou de ser apreciada pelo colegiado do tribunal, com alguma chance de sucesso, em função exclusiva da falha defensiva.

Apesar do formalismo e da voluntariedade recursal, em raros casos a jurisprudência tem reconhecido a carência de defesa, a exemplo de acórdão em que o STJB considerou que a

¹²¹ Art. 609. Os recursos, apelações e embargos serão julgados pelos Tribunais de Justiça, câmaras ou turmas criminais, de acordo com a competência estabelecida nas leis de organização judiciária.

Parágrafo único. Quando não for unânime a decisão de segunda instância, desfavorável ao réu, admitem-se embargos infringentes e de nulidade, que poderão ser opostos dentro de 10 (dez) dias, a contar da publicação de acórdão, na forma do art.613. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência.

¹²² STJB. HC n° 24.426.

¹²³ STF. HC n° 83.487.

¹²⁴ No mesmo sentido. STJB HC n° 59.078.

ação do defensor de cometer erro grosseiro e indesculpável – ao manejar recurso em sentido estrito, manifestamente incabível, em lugar dos recursos cabíveis, o que deu causa ao seu não conhecimento e, conseqüentemente, ao trânsito em julgado da condenação e ao recolhimento do paciente à prisão –, enseja o reconhecimento da nulidade absoluta.¹²⁵

Também se reconheceu a ausência de defesa quando a defesa técnica, contrariando a vontade expressa do acusado, desiste do recurso de apelação sob o fundamento de que a autoria estava comprovada e a pena adequada.¹²⁶

Nos processos de competência do tribunal do júri, em que as garantias de defesa são ampliadas, devendo ser exercidas em sua plenitude,¹²⁷ e nos quais há expressa previsão de intervenção do magistrado quando verificar que o acusado está indefeso,¹²⁸ verifica-se um percentual (12,07%) ligeiramente superior de decisões que reconhecem a nulidade decorrente de ausência ou deficiência de defesa técnica.

A apreciação da efetividade da defesa nos processos de competência do tribunal do júri deve ser feita de acordo com a etapa do procedimento bifásico em que efetuadas: na fase anterior à pronúncia (*iudicium accusationis*), ou na fase do plenário (*iudicium causae*).

Como na primeira fase se discute tão somente a admissibilidade da acusação a ser submetida ao crivo dos jurados, prevalece na doutrina¹²⁹ e jurisprudência¹³⁰ a posição de que é admissível a tática de não expor todos os argumentos defensivos nessa fase processual sem que isso configure qualquer nulidade.

Contudo, tal posição não impede o reconhecimento de nulidade em hipóteses extremas em que o acusado tenha respondido à primeira fase completamente desassistido, a exemplo de acórdão¹³¹ que reconheceu a nulidade por ausência de defesa porque o defensor dativo não compareceu às audiências realizadas por carta precatória, apesar de intimado, não apresentou alegações finais, não recorreu da sentença de pronúncia, não apresentou contrariedade ao libelo e não compareceu à sessão plenária do Tribunal do Júri, ocasião em que foi destituído.

Já na fase do plenário, em que o julgamento é realizado por juízes leigos, o princípio da plenitude de defesa busca garantir ao réu uma defesa o mais próxima possível da

¹²⁵ STJB. HC nº 266.490.

¹²⁶ STJB HC nº 168.240.

¹²⁷ Artigo 5º, XXXVIII, a), da CRFB.

¹²⁸ Artigo 497, V, do CPPB.

¹²⁹ GRINOVER, Ada P.; GOMES FILHO, Antonio M.; FERNANDES, Antonio S. *As nulidades no processo penal*. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.193.

¹³⁰ STJB. HC nº 238.315.

¹³¹ STJB. HC nº 88.919.

perfeição,¹³² de modo que é comum haver um maior escrutínio da defesa exercida, inclusive com a crítica sobre o tempo utilizado nos debates orais em plenário.

Nesse sentido, a jurisprudência do STJB já afastou a alegação de deficiência da defesa técnica, mesmo que o defensor não tenha utilizado todo o tempo disponível,¹³³ pois não há uma presunção que indique que quanto maior for o tempo utilizado para a sustentação oral, melhor, obrigatoriamente, terá sido o exercício da ampla defesa e vice-versa, mormente se a defesa utilizou mais de uma hora do tempo previsto, além de ter se valido da tréplica, ocasiões em que sustentou a ausência de provas acerca da participação dos recorrentes no crime.¹³⁴

Em outro caso,¹³⁵ no qual o tempo utilizado na sustentação oral da defesa foi de apenas sete minutos e um minuto na tréplica, bem como não foi pedida a absolvição do acusado, o STJB também não vislumbrou a ocorrência de nulidade por deficiência de defesa.

Para tanto, o tribunal avaliou que os argumentos levantados pelo advogado do paciente foram levados em conta, o que restou comprovado pelo considerável sucesso na retirada de uma de suas qualificadoras, o reconhecimento de uma atenuante e a aplicação da pena no mínimo legal.

Outrossim, entendeu justificável a estratégia de não pedir a absolvição em virtude de o réu ter confessado a autoria dos nove disparos de arma de fogo que alvejaram a vítima, o que tornaria eventual pleito absolutório inócuo.

Em outro acórdão, o STJB,¹³⁶ apesar de reconhecer que a lei processual penal não estipula um tempo mínimo que deve ser utilizado pela defesa quando do julgamento do júri, entendeu que, por mais sintética que tenha sido a linha de raciocínio utilizada, não há razoabilidade em defesa que utilizou poucos minutos do tempo disponível, de modo que há uma ilegalidade flagrante na omissão do juiz que não declarou o réu indefeso, não dissolveu o conselho de sentença, nem designou nova data para julgamento, com a nomeação ou constituição de novo defensor.

¹³² NUCCI, Guilherme de S. *Manual de Processo e Execução Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.76.

¹³³ Uma hora e meia para defesa e uma hora para tréplica, acrescido de uma hora na defesa e uma hora na tréplica, se houver mais de um acusado, conforme previsão do artigo 477 do CPPB.

¹³⁴ STJB. REsp nº 869.582 e STJB. HC nº 19.553.

¹³⁵ STJB. AgRg no HC nº 256.173.

¹³⁶ STJB. HC nº 234.758.

A conjugação de pouco tempo utilizado na sustentação oral no plenário com a não arguição pela defesa técnica de tese de legítima defesa aduzida pelo próprio acusado e corroborada por testemunha, que foi dispensada de ser ouvida em plenário pelo defensor, levou o STJB¹³⁷ a considerar o acusado indefeso, o que caracterizaria uma nulidade absoluta.

O acórdão referido chegou a apreciar o próprio mérito da estratégia defensiva ao afirmar que a tese de legítima defesa era a melhor a ser seguida nos debates orais, em vez da mera exclusão das qualificadoras, e que deveria ter sido levada ao conhecimento dos jurados pelo defensor.

Na mesma toada, o STF¹³⁸ anulou julgamento no plenário do júri em que o réu foi condenado pelos crimes de homicídio qualificado, estupro e atentado violento ao pudor, na pena de cinquenta anos, a máxima possível na moldura penal para a totalidade dos crimes em questão.

No caso em tela, o advogado dativo tomou conhecimento da nomeação apenas dois dias antes do julgamento e efetuou sustentação oral por 24 minutos contra as duas horas e dois minutos utilizados pela acusação.

Ademais, utilizou parte do exíguo tempo de sua defesa oral com um pedido de conversão do julgamento em diligência para realização de exame de sanidade mental do acusado, o qual era completamente descabido, uma vez que a atribuição para tal decisão não é do plenário, e sim do juiz presidente, que já havia negado tal solicitação.

No mérito, limitou-se a defender a negativa de autoria, sem quaisquer considerações sobre o consentimento da vítima para o ato sexual, argumento sustentado pelo acusado em sua versão dos fatos, ou sobre outros elementos do complexo caso.

Nesse cenário, o STF considerou que, apesar de o pouco tempo de sustentação oral não implicar necessariamente ausência de defesa, no caso concreto, diante da complexidade do mesmo e da gravidade dos fatos, ficou demonstrado que o réu não foi adequadamente defendido, o que enseja a nulidade dos atos praticados.

A análise da inefetividade da defesa técnica no ordenamento jurídico brasileiro exige, além dos critérios utilizados para definição do que a jurisprudência considera deficiência de defesa, a compreensão do que é considerado como prejuízo.

¹³⁷ STJB. RHC n° 51.118.

¹³⁸ STF. HC n° 85.969.

Além de previsto no enunciado n° 523 da súmula do STF, a exigência de demonstração do prejuízo para o reconhecimento da nulidade tem por fundamento legal os artigos 563¹³⁹ e 566¹⁴⁰ do CPPB, os quais se baseiam no tradicional postulado da doutrina francesa de que *pas de nullité sans grief*.

Embora tenha como ponto de partida a acertada ideia de que o desrespeito às formalidades processuais só deve induzir à invalidade do ato quando a finalidade pela qual a forma foi instituída for comprometida pelo vício,¹⁴¹ sua aplicação pela jurisprudência brasileira sofre críticas em função de se atribuir o ônus de sua comprovação ao acusado, o que é impossível em muitos casos, e de sua vagueza conceitual,¹⁴² o que se torna mais grave na apreciação da efetividade da defesa técnica, que exige uma avaliação material do exercício para além da manifestação formal.

Nesse sentido, a jurisprudência não fornece um critério seguro de apreciação do prejuízo decorrente da falha defensiva, apesar de sua suposta não demonstração ser largamente utilizada para negar provimento aos pedidos de reconhecimento de nulidade de atos em função de deficiência da defesa técnica, o que enseja a crítica de que tal critério nada mais é do que artifício retórico para não reconhecer a nulidade decorrente da inefetividade da defesa técnica.¹⁴³

O STJB já considerou demonstrada “a ocorrência de prejuízo em virtude da prolação de sentença condenatória”,¹⁴⁴ o que poderia ser um seguro critério de aferição do prejuízo, na medida em que o acusado não teria interesse em anular uma decisão absolutória, porém reviu tal posição e passou a considerar que “a ocorrência de condenação não demonstra, por si, a relação causal exigida no verbete da Súmula n° 523/STF”.¹⁴⁵

¹³⁹ Art.563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

¹⁴⁰ Art. 566. Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.

¹⁴¹ GRINOVER, Ada P.; GOMES FILHO, Antonio M.; FERNANDES, Antonio S.. *As nulidades no processo penal*. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.25.

¹⁴² CARVALHO, Salo de; LOUREIRO, Antonio T.. *Nulidades no Processo Penal e Constituição: Estudo de casos a partir do referencial garantista*. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (coord.). *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.530-531.

¹⁴³ MALAN, Diogo. Defesa Técnica e seus consectários lógicos na Carta Política de 1988. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (coord.). *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.163.

¹⁴⁴ STJB. HC n° 57.425 e STJB. HC n° 48.556.

¹⁴⁵ STJB. HC n° 124.090, STJB. HC n° 151.532 e STJB. HC n° 149.907.

Ao deixar de utilizar a sentença condenatória como critério de aferição de prejuízo, o STJB o substituiu por “uma acurada avaliação da real importância de cada uma das intervenções defensivas no resultado final da persecução penal, bem como da análise da justiça da decisão condenatória”.¹⁴⁶

Com efeito, tal orientação decompõe o elemento do prejuízo em dois: de um lado, impõe ao réu o excessivo ônus de comprovar a influência da deficiência da defesa no resultado do julgamento e, de outro, vincula o reconhecimento da nulidade à justiça da decisão, retirando autonomia conceitual ao direito à defesa técnica efetiva.

Essa posição acaba por menosprezar o papel da defesa técnica e trata com normalidade o fato de o tribunal decidir uma questão sem que o acusado se manifeste de modo adequado sobre a matéria em causa.

Coerente com essa orientação, o STJB já considerou inexistente o prejuízo em um caso no qual a defesa não apresentou as razões de recurso, uma vez que “sua falta não impediu o tribunal *a quo* de apreciar de forma detalhada e completa a irresignação do paciente.”¹⁴⁷

O baixo percentual de decisões favoráveis à tese da defesa técnica inefetiva indica que a jurisprudência brasileira anda mal ao analisar tais alegações. Tal conclusão decorre não apenas das razões de ordem dogmáticas apresentadas, mas também dos dados empíricos – a exemplo da elevada quantidade de alegações de tal deficiência, que é corroborada pela infelizmente notória dificuldade de acesso da população carente a serviços de defesa criminal, seja por intermédio da Defensoria Pública ou mesmo de advogados dativos, notadamente sobrecarregados –, bem como de pesquisas empíricas¹⁴⁸ que demonstram a mera formalidade de grande parte das defesas criminais, que sequer se esforçam para retirar os casos das linhas de montagem¹⁴⁹ em que se converteram as sessões de julgamento de processos criminais na justiça brasileira.

¹⁴⁶ STJB. HC n° 109.129 e STJB. HC n° 178.797.

¹⁴⁷ STJB. HC n° 50.255 e STJB. HC n° 63.471.

¹⁴⁸ MARTINS, Fernanda V.; REZENDE, Guilherme M. Defesa formal x defesa substancial. In: TEIXEIRA, Alessandra; OLIVEIRA, Fernanda F. de; ROMANACH, Helena M. (coords.). *Decisões judiciais nos crimes de roubo em São Paulo: A lei, o direito e a ideologia*. São Paulo: IBCCRIM/IDDD, 2005, p.97-107.

¹⁴⁹ VALENÇA, Manuela A. Julgando a liberdade em linha de montagem: uma observação etnográfica dos julgamentos dos *Habeas Corpus* nas sessões das Câmaras Criminais do TJPE. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v.23, n.116, p.207-238, set./out. 2015.

2. Estados Unidos: o Standard de Strickland vs. Washington

a) A evolução do *right to effective assistance of counsel*

Ao se estudar o sistema processual penal dos Estados Unidos da América, é necessário definir sobre qual base normativa se está a falar, já que aquele país é uma federação que reconhece aos seus entes a prerrogativa de legislar sobre direito e processo penal.

O presente trabalho se propõe a analisar o tema a partir das normas processuais penais que decorrem direta e imediatamente da Constituição, que se aplica a todos os estados federados,¹⁵⁰ bem como da jurisprudência firmada pela Suprema Corte norte-americana e da posição de seus doutrinadores.

Nessa toada, a Sexta Emenda à Constituição dos EUA, promulgada em 1791, garante a todos os acusados em processos criminais, entre outras coisas, o direito a ser assistido por um defensor.

Outra disposição chave para compreender o direito à defesa técnica efetiva é a Décima Quarta Emenda à Constituição, que prevê a todos os acusados o direito a ser julgado de acordo com o *due process of law*.

Inicialmente, a Sexta Emenda era interpretada tão somente enquanto possibilidade de o acusado contar com o auxílio de um defensor, sem maiores considerações sobre como se daria tal intervenção ou mesmo sem associar tal defesa ao devido processo legal, previsto na Décima Quarta Emenda. Tampouco compelia o Estado a fornecer tal defesa aos que, por qualquer motivo, não dispusessem de um advogado, bem como não se referia à efetividade da assistência prestada.

Apesar de já no século XIX haver notícia dos primeiros recursos providos sob o fundamento de inefetividade da defesa técnica, tais decisões constituíram um até então raro exercício do poder de supervisão das cortes de apelação,¹⁵¹ e apenas a partir do célebre precedente *Powell vs. Alabama*,¹⁵² a Suprema Corte foi além de simplesmente proclamar a

¹⁵⁰ Mesmo as normas constitucionais nem sempre foram aplicadas nas cortes estaduais, a exemplo da inadmissibilidade de provas obtidas com violação da Quarta Emenda, que não se admitia há muito nos tribunais federais, mas apenas passaram a ser aplicadas nos processos dos estados a partir do caso *Mapp vs. Ohio*, 367 U.S. 643(1961).

¹⁵¹ GREDD, Helen. *Washington v. Strickland: Defining Effective Assistance of counsel at Capital Sentencing*. *Columbia Law Review*, n.6, 1983,p.1550.

¹⁵² *Powell vs. Alabama*, 287 U.S. 45 (1932).

possibilidade de um acusado ser assistido por advogado, ao reconhecer pela primeira vez o direito a uma defesa técnica efetiva.

O caso refere-se ao recurso do primeiro dos chamados *scottsboro boys*, nove negros que foram acusados de, após um conflito com jovens brancos em um comboio de carga, terem violado duas mulheres brancas.

Cercado de intensa comoção popular, um júri inicialmente composto apenas por brancos julgou cada um dos acusados em julgamentos de apenas um dia, tendo os mesmos restado condenados à pena de morte.

A legislação do Alabama, estado em que ocorreu o julgamento, exigia a nomeação de defensor oficioso em casos capitais se o acusado não dispusesse de advogado de confiança, porém os advogados nomeados sequer conferenciaram com os arguidos e nada fizeram além de comparecer em juízo para representá-los. Ainda é digno de nota que inicialmente o tribunal nomeou a própria Ordem de Advogados para efetuar a defesa, sem especificar quais seriam os concretos defensores dos arguidos, só o fazendo muito próximo ao julgamento.

Diante de tais fatos, a Suprema Corte reverteu as condenações ao reconhecer que o julgamento efetuado não observou as garantias do *due process* previstas na Décima Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos. Para tanto, considerou que os acusados, descritos como “jovens, ignorantes e iletrados”, não tinham condições de por si próprios defenderem-se adequadamente e que tinham o direito à defesa oficiosa, a qual, em virtude da inicial indeterminação e do fato de ter sido disponibilizada tão próxima ao julgamento, equivalia a uma negativa de assistência efetiva e substancial.¹⁵³

Em *Betts vs. Brady*,¹⁵⁴ a Suprema Corte dos Estados Unidos fixou a posição de que a designação de advogado oficioso a quem não pudesse contratar um de confiança era matéria a ser definida de acordo com a legislação de cada unidade federativa e que a Décima Quarta Emenda só conferiria tal direito aos acusados quando as circunstâncias especiais do caso exigissem a defesa técnica para garantir um julgamento justo.

A defesa técnica também foi abordada em *Glasser vs. United States*,¹⁵⁵ no qual a Suprema Corte analisou um caso em que o tribunal local manteve o mesmo defensor na representação de dois coarguidos com conflitos de interesses, o que levou o advogado a renunciar a medidas que teriam favorecido apenas um dos acusados.

¹⁵³ ISRAEL, Jerold H. Gideon v. Wainwright – From a 1963 Perspective. *Iowa Law Review*, v.99, 2013, p.2049.

¹⁵⁴ *Betts vs. Brady*, 316 U.S. 455 (1942).

¹⁵⁵ *Glasser vs. United States*, 315 U.S. 60 (1942).

Na ocasião, a Suprema Corte fixou o entendimento de que uma representação contrária ao melhor interesse do acusado decorrente de um conflito de interesses denega ao acusado o seu direito a uma defesa técnica efetiva, como prevê a Sexta Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América.¹⁵⁶

Entretanto, um traço comum aos precedentes mencionados que reverteram condenações em que se constatou a inefetividade da defesa técnica é que em todos eles a responsabilidade pela falta de defesa técnica efetiva era dos tribunais e não propriamente do defensor oficioso, o que estava coerente com uma postura consolidada na jurisprudência de rejeitar alegações de inefetividade de defesa técnica com fulcro em uma teoria do mandato¹⁵⁷ segundo a qual os acusados são os responsáveis pelas falhas cometidas por seus advogados.¹⁵⁸

A despeito da evolução do tema até agora analisado, ainda não havia a definição de um *standard* que permitisse aferir a efetividade da defesa técnica e o grau de proteção que tal direito merecia pelos tribunais.

Nesse diapasão, as cortes inferiores, tanto dos estados como as federais, e também precedentes esparsos da Suprema Corte, passaram a aplicar o chamado *farce and mockery of justice standard*, segundo o qual uma defesa técnica não poderia ser tida por efetiva se o comportamento do defensor fosse de tal modo chocante que tornasse o julgamento uma piada, o que aconteceria em casos tais como o de um advogado que dormisse durante a audiência ou se apresentasse alcoolizado.¹⁵⁹

A despeito de largamente utilizado, tal critério estava longe de ser consensual e sofria inúmeras críticas em virtude de sua excessiva subjetividade e pouca proteção dos direitos de defesa dos acusados.

Alguns outros tribunais passaram a aplicar o *reasonably competent attorney standard*, que subia um pouco o nível de exigência de atuação dos defensores e exigia que os mesmos

¹⁵⁶ ISRAEL, Jerold H. *op.cit.*, p.2050.

¹⁵⁷ Tradução livre de *agency doctrine*.

¹⁵⁸ MAYEUX, Sara. Ineffective Assistance of Counsel Before Powell v. Alabama: Lessons from History for the Future of the Right to Counsel, *Iowa Law Review*, v.99, 2014, p.2161.

¹⁵⁹ MIRZA, Flávio. Notas sobre a efetividade da defesa técnica em Processo Penal. In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (coords.). *Setenta anos do Código de Processo Penal Brasileiro: balanço e perspectivas de reforma*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.150.

deveriam proceder com as habilidades e competências que um advogado razoavelmente competente teria na mesma situação.¹⁶⁰

Ainda durante o período em que coexistiam o *farce and mockery of justice standard* e o *reasonably competent attorney standard*, a Suprema Corte voltou a enfrentar o tema no célebre caso *Gideon vs. Wainwright*,¹⁶¹ no qual um acusado de roubo solicitou que o tribunal lhe nomeasse um advogado para atuar em sua defesa, o que foi negado pelo juiz de primeiro grau, pois a legislação da Flórida, onde ocorria o julgamento, só previa o direito a um defensor oficioso nas acusações de crimes capitais.

Na ocasião, a Suprema Corte expressamente superou a jurisprudência firmada em *Betts vs. Brady* e fixou o entendimento de que todo acusado por um crime grave¹⁶² tem direito a um defensor oficioso, independente de existirem circunstâncias especiais ou da lei de regência do estado em que o crime ocorreu.

Gideon é das mais representativas decisões da chamada Revolução Processual da *Warren Court*¹⁶³ e foi importante ao ampliar o direito à defesa técnica, inclusive estabelecendo a chamada *Gideon Promise*, que incluiu a efetividade da defesa técnica, bem como determinou que a Sexta Emenda fosse critério de aferição da Décima Quarta Emenda.

Na medida em que reconheceu a relevância do direito a uma defesa técnica e garantiu seu reconhecimento como direito constitucional oponível também no âmbito das cortes estaduais, pode-se afirmar que *Gideon* está para a garantia da defesa técnica assim como *Mapp vs. Ohio*¹⁶⁴ está para as *exclusionary rules*.

Em *Argersinger vs. Hamlin*,¹⁶⁵ a Suprema Corte ampliou o direito à nomeação de um defensor para todos os casos puníveis com prisão. Depois foi esclarecido, em *Scott vs. Illinois*,¹⁶⁶ que tal direito se aplica aos casos em que a prisão for efetivamente imposta, não bastando sua mera previsão na moldura penal, o que, mesmo implicitamente, reforça a ideia de que nos EUA a aferição de eventual inefetividade da defesa técnica só pode ser feita *ex*

¹⁶⁰ SAMAHA, Joel. *Criminal Procedure*. 6.ed. Belmont: Thomson Wadsworth, 2005, p.451.

¹⁶¹ *Gideon vs. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963).

¹⁶² Tradução livre de *felony*.

¹⁶³ Earl Warren presidiu a Suprema Corte dos Estados Unidos da América entre 1953 e 1969, tendo a segunda metade do período ficado marcada por uma intensa atividade jurisprudencial de cunho liberal em processo penal, que conformou importantes limites à atividade de persecução penal estadual. DÁ MESQUITA, Paulo. *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento* – estudo sobre a prova no processo penal português, à luz do sistema norte-americano. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p.209.

¹⁶⁴ *Mapp vs. Ohio*, 367 U.S. 643(1961).

¹⁶⁵ *Argersinger vs. Hamlin*, 407 U.S. 25 (1972).

¹⁶⁶ *Scott vs. Illinois*, 440 U.S. 367 (1979).

*post*¹⁶⁷ e não no curso do processo, uma vez que só se sabe a concreta espécie de pena após o julgamento.

A análise da efetividade da defesa técnica sob o prisma da relação de confiança entre o acusado e seu defensor¹⁶⁸ foi objeto de discussão da Suprema Corte no caso *Morris vs. Slappy*,¹⁶⁹ no qual um acusado, cujo defensor público ficou doente poucos dias antes do julgamento, teve designado um substituto do mesmo órgão.

Entendeu a corte que o réu não tinha direito a adiar o julgamento para aguardar a recuperação do defensor anterior, com quem tinha uma relação de confiança, uma vez que o defensor substituto declarava-se apto a participar do julgamento.

Com efeito, apesar de tal evolução das normas sobre o direito à defesa técnica e de a Suprema Corte ter reconhecido em *McMann vs. Richardson*¹⁷⁰ que o direito a ser assistido por um advogado é o direito à assistência efetiva de um advogado, não haviam ainda sido estabelecidos critérios seguros de análise das alegações de defesa técnica inefetiva, até o advento de *Strickland vs. Washington*,¹⁷¹ que a seguir se analisará:

b) O caso Strickland vs. Washington

David Washington, em um período de dez dias, em setembro de 1976, envolveu-se em três sequências de delitos, que incluíram sequestros, tortura, homicídios tentados e três brutais homicídios por apunhalamento. Após seus dois comparsas serem presos, o acusado entregou-se à polícia e voluntariamente prestou uma longa declaração confessória sobre a terceira sequência de delitos. O estado da Flórida acusou-o pelos crimes de sequestro e homicídio, bem como nomeou um advogado com experiência em direito criminal para defendê-lo.

O advogado apresentou de modo ativo moções anteriores ao julgamento e na audiência preliminar de apresentação de provas.¹⁷² Entretanto, diminuiu os esforços ao se ver desesperançado quando soube que o acusado, contra sua orientação, confessou a autoria dos outros dois homicídios cometidos.

¹⁶⁷ SOO, Anneli. An Individual's Right to the Effective Assistance of Counsel versus the Independence of Counsel: What Can the Estonian Courts Do in Case of Ineffective Assistance of Counsel in Criminal Proceedings?, *Juridica International*, 2010, n.1, p.252-263.

¹⁶⁸ Tradução livre de *Meaningful attorney-client relationship*.

¹⁶⁹ *Morris vs. Slappy*, 461 U.S. 1 (1983).

¹⁷⁰ *McMann vs. Richardson*, 397 U.S. 759 (1970).

¹⁷¹ *Strickland vs. Washington*, 466 U.S. 668 (1984).

¹⁷² Tradução livre de *discovery*.

Na data do julgamento, eram imputados ao acusado três homicídios e uma série de outros delitos. Novamente contra as orientações do advogado, o acusado abdicou de seu direito a ser julgado por um júri e assumiu a culpa por todas as acusações, inclusive dos três homicídios puníveis com a pena de morte.

Na *plea colloquy*,¹⁷³ o acusado afirmou ao juiz que, apesar de ter cometido uma sequência de arrombamentos,¹⁷⁴ não tinha registros criminais anteriores relevantes e que, à época dos delitos em causa na audiência, encontrava-se sob intenso estresse mental em virtude de sua incapacidade de cuidar de sua família.

O juiz afirmou ao acusado que tinha um “profundo respeito por pessoas dispostas a seguir adiante e admitir suas responsabilidades”,¹⁷⁵ mas que não faria qualquer declaração sobre sua decisão quanto à pena.

A despeito de o advogado ter aconselhado o acusado a invocar seu direito a um júri para sua audiência de definição de pena capital, o mesmo renunciou a tal direito e escolheu ser sentenciado sem a recomendação do júri.

Na preparação para a audiência para definição da pena, o advogado oficioso falou com o acusado sobre seu histórico, bem como falou ao telefone com sua esposa e com sua mãe do arguido. Contudo, não reiterou sua tentativa de encontrar-se pessoalmente com as mesmas. Também não buscou testemunhas de defesa ou solicitou uma avaliação psiquiátrica, pois não vislumbrou, em suas conversas com o arguido, indícios de que o mesmo teria problemas psicológicos.

O defensor decidiu não apresentar nem tampouco buscar mais provas acerca do caráter e do estado emocional do acusado, o que demonstrou sua desesperança em superar os efeitos da confissão dos gravíssimos crimes. Tal decisão também é fruto de sua opinião de que era adequado confiar na declaração prestada na *plea colloquy* sobre o histórico do acusado e seu estado emocional. Outrossim, na ocasião havia suficientes informações sobre o assunto e, ao renunciar a produzir novas provas sobre o tema, o defensor evitou que a acusação efetuasse a *cross-examination* do arguido e produzisse suas próprias provas sobre a condição psiquiátrica do mesmo.

¹⁷³ Audiência prevista no processo penal norte-americano para que o juiz se certifique que a assunção de culpa (*plea of guilty*) ou a decisão de não contestar a acusação ou assumir a culpa, mas aceitando a punição (*nolo contendere*) foi efetuada de modo consciente e voluntário, antes de aceitar tal declaração.

¹⁷⁴ Tradução livre de *burglaries*.

¹⁷⁵ Tradução livre de *a great deal of respect for people who are willing to step forward and admit their responsibility*.

Também se evitou a produção de outras provas que o advogado achasse que poderiam ser prejudiciais ao arguido, assim como foi bem-sucedido ao evitar a inclusão dos registros criminais do mesmo. Uma vez que considerava que um informe anterior à sentença poderia prejudicar mais do que ajudar, não solicitou a preparação de tal informe.

Na audiência para definição da pena, a estratégia do advogado baseou-se nas declarações do juiz durante o plea colloquy assim como na reputação do magistrado de dar importância ao reconhecimento da culpa por parte dos acusados.

O defensor argumentou em favor do acusado o remorso e a assunção de responsabilidade do mesmo, bem como o fato de que teria cometido os delitos sob extrema perturbação mental ou emocional e de que não tinha histórico criminal, o que são circunstâncias atenuantes legais, segundo a lei da Flórida. Aduziu ainda que o fato de ter se entregado, confessado e se oferecido para testemunhar em desfavor de outro corréu deveria afastar a imposição da pena de morte.

A acusação apresentou provas e testemunhos com o objetivo de descrever os detalhes dos delitos, não tendo o defensor procedido ao *cross-examination* dos peritos médicos que depuseram sobre o modo como morreram as vítimas.

Em sua decisão, o juiz vislumbrou numerosas circunstâncias agravantes e apenas uma atenuante sem relevância, concluindo que “uma cuidadosa consideração de todos os assuntos apresentados à corte impelem à conclusão de que não há circunstâncias atenuantes suficientes [...] para compensar as circunstâncias agravantes”, de modo que condenou o acusado à pena capital em virtude de cada um dos três homicídios e à pena de prisão pelos demais crimes. O Supremo Tribunal da Flórida confirmou as sentenças condenatórias em uma apelação direta.

Posteriormente, o acusado ingressou com um recurso de defesa indireta¹⁷⁶ perante um tribunal estadual, alegando, entre outras questões, que o advogado havia prestado uma defesa técnica inefetiva no procedimento de determinação da pena, questionando seis aspectos da assistência prestada pelo advogado, a saber: 1) não solicitou um adiamento para preparar o procedimento de imposição de pena; 2) não requereu um laudo psiquiátrico; 3) não investigou nem apresentou testemunhas abonatórias do acusado; 4) não solicitou um relatório da investigação anteriormente ao procedimento de determinação de pena; 5) não apresentou

¹⁷⁶ Tradução livre de *collateral relief*.

argumentos significativos ao juiz sentenciante; e 6) não examinou com o cuidado devido os laudos dos médicos peritos, tampouco os questionou nos respectivos testemunhos.

Para sustentar seu recurso, o acusado apresentou quatorze declarações juramentadas de amigos, vizinhos e familiares, nas quais estes afirmavam que teriam testemunhado se isso lhes tivesse sido solicitado, bem como juntou um laudo psiquiátrico e outro psicológico que afirmava que ele, na época dos delitos, possuía uma crônica frustração e estava em depressão em virtude de suas dificuldades econômicas.

Contudo, o tribunal negou provimento ao recurso sob o fundamento de que o recorrente não demonstrou nenhuma grave deficiência da defesa técnica sob o paradigma do *reasonably competent attorney* que houvesse alterado o resultado da decisão de imposição da pena.

Em seguida, o acusado ingressou com um pedido de Habeas Corpus perante um tribunal federal, o qual, após uma audiência com vistas a colher evidências do alegado,¹⁷⁷ concluiu que embora o advogado tenha falhado ao não investigar mais circunstâncias atenuantes não expressamente previstas na lei em favor do acusado, tal fato não prejudicou o mesmo, pois não alterou o resultado do julgamento.

Em sede de recurso, o Tribunal Federal de Recursos para o quinto circuito¹⁷⁸ determinou que uma corte inferior reanalisasse o caso, segundo os parâmetros de efetividade de defesa técnica que se definiram.

Em tal decisão, o tribunal estabeleceu que a efetividade de defesa deve ser analisada de acordo com a totalidade de circunstâncias e que não devem haver critérios distintos em função de se tratar de pena de morte.

Nesse diapasão, fixou que é parte do dever do advogado investigar substancialmente as possíveis linhas de defesa e tomar decisões estratégicas de acordo com as mesmas.

Em face de tal decisão, foi apresentado um *writ of certiorari* por funcionários do estado da Flórida, o que foi admitido pela Suprema Corte, que assim o analisou, nos termos do voto condutor da *Justice Sandra Day O'Connor*.

Ao afirmar que o fato de o acusado ter ao seu lado um advogado durante o julgamento não é suficiente para assegurar o comando constitucional de que todo acusado tem direito à

¹⁷⁷ Tradução livre de *evidentiary hearing*.

¹⁷⁸ Posteriormente, houve uma reorganização e os casos da Flórida passaram para o décimo primeiro circuito.

defesa técnica, a Suprema Corte reconheceu que a defesa técnica é de essencial importância para garantir a capacidade do sistema adversarial de produzir um julgamento justo.

Apreciou a evolução de sua jurisprudência acerca do direito à defesa técnica efetiva e reconheceu que a mesma não chegou a detalhar o conteúdo da exigência constitucional.

A fim de solucionar tal omissão, formulou um teste em dois momentos, o *two-pronged effective counsel test*, para avaliar as alegações de inefetividade de defesa técnica, segundo o qual o acusado deve demonstrar que: 1) a atuação do advogado foi deficiente, o que exige demonstrar que o advogado cometeu erros tão sérios que não funcionou como um defensor, nos termos previstos na Sexta Emenda e 2) as falhas do advogado prejudicaram a defesa ao ponto de privar o acusado de um processo justo, no qual o resultado fosse confiável.

O primeiro teste, o *reasonable prong*, avalia o desempenho propriamente dito do defensor e adota o critério consistente no teste da razoabilidade, conforme já utilizado nas cortes federais, segundo o qual o réu deve provar que seu advogado não foi razoavelmente competente, o que significa que a atuação do defensor foi de tal modo deficiente que não teve a funcionalidade do defensor garantida pela Sexta Emenda à Constituição.

Na aferição de tal razoabilidade, a Suprema Corte afirmou que os tribunais devem levar em conta a grande variedade de possibilidades para tomada de decisões estratégicas na condução do caso, bem como devem observar uma forte presunção de que as escolhas efetuadas dentro dessa ampla gama de possibilidades são razoáveis e atendem ao primeiro teste.

Outrossim, entende que uma justa avaliação judicial da performance do advogado exige todo o esforço para evitar as distorções causadas por uma avaliação posterior, devendo buscar analisar a conduta do advogado segundo a perspectiva do mesmo à época dos fatos, sendo altamente deferente com o defensor, cabendo ao réu comprovar a irrazoabilidade da defesa.

Diante da enorme variedade de possibilidades defensivas, orientações mais pormenorizadas como as *guidelines* da *American Bar Association* - ABA e congêneres não são adequadas para determinar a razoabilidade do desempenho do defensor, já que nenhum guia de regras detalhadas, ou mesmo uma *checklist*, pode dar conta das variadas possibilidades de opções legítimas sobre a melhor forma de exercer a defesa técnica.

Além disso, permitir o escrutínio mais intrusivo do desempenho do defensor ou o estabelecimento de um guia rígido de atuação poderia minar o fervor e a independência da defesa, que possui proteção constitucional, bem como a distrairia de sua missão, além de desencorajar a aceitação de defesas oficiosas e prejudicar a confiança entre o advogado e o acusado.

Ademais, o propósito do direito à defesa técnica efetiva garantido pela Sexta Emenda não é o de incrementar a qualidade das defesas (apesar de isso ser um objetivo de considerável relevância para o ordenamento jurídico), mas sim o de garantir que o réu tenha direito a um julgamento justo, o que nos leva à necessidade do segundo teste.

Se o acusado provar a irrazoabilidade da atuação do defensor, ele ainda tem de superar o segundo teste, o *prejudice prong*, segundo o qual deverá demonstrar que há uma razoável probabilidade de que a atuação do defensor causou-lhe um prejuízo concreto e interferiu no resultado do julgamento.

Os erros dos advogados podem ser de tal forma variados que não causem qualquer dano à defesa nem a prejudiquem seriamente, de modo que não podem ser definidos com a precisão necessária para informar adequadamente aos defensores que tipos de conduta evitar, pois uma defesa falhada em uma dada situação pode ser necessária ou até brilhante em outra.

Não é suficiente que o erro tenha um possível efeito no resultado do julgamento, pois virtualmente quaisquer erros possuem tal efeito. Deve o acusado demonstrar que existe uma probabilidade razoável de que, se não fossem os erros do advogado, o resultado do processo teria sido diferente. Devendo-se entender uma razoável probabilidade como uma probabilidade suficiente para minar a confiança no resultado.

Na determinação do prejuízo, deve-se descartar a probabilidade de um resultado não inteiramente de acordo com o direito, mesmo que favorável ao acusado. Assim, possíveis decisões favoráveis ao acusado decorrentes de arbítrio, capricho do juiz, *nullification*,¹⁷⁹ ou mesmo de práticas particulares do sentenciante sobre a pena, não configuram o prejuízo exigido para possibilitar o controle judicial sobre a efetividade da defesa.

Apesar de tais fatores serem levados em consideração na definição da estratégia da defesa, não podem ser considerados na avaliação do teste do prejuízo, pois deve-se ter em

¹⁷⁹ Decisão na qual os jurados, mesmo considerando que o acusado cometeu determinado ato tido por criminoso, absolve-o em função de critérios de opinião pessoal sobre a justiça, mesmo que contrária ao direito vigente.

conta que o objetivo principal da efetividade da defesa técnica é garantir a justiça do procedimento em causa, o que não se coaduna com as hipóteses levantadas.

Cumprir registrar que, apesar de o prejuízo ser um requisito essencial para que um tribunal reconheça a inefetividade da defesa técnica, quando se tratar de interferência estatal no livre exercício da defesa ou houver um real conflito de interesses do advogado com o arguido, há que se presumir a existência do prejuízo, proclamando-se a inefetividade da defesa técnica, cabendo ao réu demonstrar tal situação.

A partir dessas premissas, a Suprema Corte decidiu, no caso concreto, que a conduta do advogado não pode ser considerada irrazoável, bem como, mesmo que assim não se considerasse, o prejuízo sofrido não é suficiente para justificar a exclusão da pena de morte.

Em voto parcialmente divergente, o *Justice* Brennan concordou com os critérios de avaliação propostos, porém, uma vez que o caso concreto referia-se a um crime capital, reafirmou sua posição de que a pena de morte é, em qualquer circunstância, cruel e vedada pela Constituição, o que exige maiores cuidados em sua imposição.

O *Justice* Marshall, por sua vez, divergiu integralmente da solução adotada pelos fundamentos a seguir expostos.

O presente julgamento limita o mínimo constitucional exigido para uma defesa técnica efetiva a um “*standard* de razoabilidade” e sustenta que apenas um erro do advogado que tenha suficiente impacto, a ponto de “minar a confiança no resultado”, pode ensejar a reversão da condenação. O voto é divergente em ambos os aspectos.

No que tange ao *standard* de avaliação do desempenho, o critério de razoabilidade é de tal modo flexível que, na prática, ou não terá qualquer utilidade em nenhum caso ou produzirá uma excessiva variedade de interpretações e aplicação pelos diferentes tribunais inferiores. Ao assim agir, a Suprema Corte abdicou de sua atribuição de interpretar a Constituição.

Ao dispor de maneira tão ambígua, a Suprema Corte não enfrenta importantes problemas, como o desafortunado, mas inegável, fato de que as defesas oficiosas em favor dos pobres costumam ter qualidade inferior à prestada por advogados contratados por pessoas que possuem recursos para financiar sua defesa, assim como há uma grande variedade na qualidade das defesas exercidas nas diferentes localidades do país.

Nesse cenário, o *reasonably competent attorney* é um razoável advogado de confiança adequadamente remunerado ou um razoável defensor oficioso? O *standard* deve variar conforme o local em que a defesa é efetuada?

É acertada a posição da maioria ao afirmar que o advogado deve possuir uma ampla margem para tomar decisões táticas referentes às estratégias no julgamento. Entretanto, há vários aspectos do trabalho de um advogado criminalista que são mais facilmente passíveis de apreciação judicial, a exemplo de pedidos de fiança, consultas com o acusado, objeções a procedimentos equivocados do juiz e apresentação de recurso, quando houver fundamento para tanto. Questões como essas podem ser utilizadas proveitosamente para fixar *standards* uniformes.

No que se refere ao critério do prejuízo, o mesmo é equivocado por duas razões independentes entre si. A primeira é o fato de que é muito difícil determinar que um réu que teve uma defesa inefetiva e foi condenado teria um resultado mais justo se seu defensor houvesse sido competente.

Há casos aparentemente irrefutáveis que são desmontados por um bom defensor. Outrossim, um determinado fato pode ser considerado como provado justamente porque o defensor falhou ao não apresentar provas contrárias à acusação ou não fez uma adequada inquirição das testemunhas. Uma vez que o tribunal só teria como analisar as provas constantes dos autos, talvez incompletas, pela inefetividade da defesa, não teria como fazer uma avaliação precisa de qual seria o resultado se não fossem as falhas do advogado.

Em segundo lugar, tal critério indica que o único propósito de uma defesa técnica efetiva é o de reduzir as possibilidades de que um inocente seja condenado. Entretanto, a garantia da defesa técnica efetiva também deve ter o propósito de assegurar que as condenações decorram apenas de processos fundamentalmente justos. Segundo a posição da maioria, da qual discordo, não há uma violação à Sexta Emenda quando um acusado manifestamente culpado é condenado em um processo no qual seu advogado era manifestamente inefetivo.

Ainda que concordasse com os argumentos centrais da maioria, não poderia aderir à forma como explicita suas regras.

A regra que aduz que “o tribunal deve partir de uma forte presunção de que a atuação do defensor era constitucionalmente adequada” não é autoexplicativa para as cortes inferiores. Se tal afirmativa significasse apenas que o réu possui o ônus de comprovar a inefetividade da

defesa técnica prestada, eu concordaria com a regra. Contudo, os adjetivos “forte” e “pesado” (utilizados para reforçar a validade das escolhas do advogado) podem ser entendidos como a imposição aos acusados de um inusualmente exigente *standard* de convencimento, o que não é adequado.

A variedade de ações aceitáveis definidas pelas normas profissionais prevaletentes¹⁸⁰ é suficientemente ampla para garantir ao defensor a flexibilidade necessária para se adequar às particularidades estratégicas exigíveis em um julgamento.

A opinião da maioria não faz a distinção entre a imposição de pena capital e um processo normal, o que é um equívoco, pois, conforme já decidido pela Suprema Corte, a pena capital exige mais estritas garantias processuais do que casos normais, pois é qualitativamente diferente das demais.

c) A crítica a Strickland e a evolução da jurisprudência

Decisão charneira na aferição de eventual inefetividade de defesa técnica, Strickland é alvo de intensa crítica por parte de seus comentadores, havendo forte posição no sentido de que o precedente esvaziou a “promessa de Gideon” ao permitir que uma pessoa qualquer com um diploma de direito satisfaça as exigências da Sexta Emenda à Constituição dos EUA.¹⁸¹

Os parâmetros de aferição da atuação dos advogados seriam demasiado frouxos, pois, ao fixar que as cortes devem ter uma alta deferência com os defensores supostamente deficientes, a Suprema Corte estabeleceu um baixo padrão de exigência para aferir a efetividade da defesa técnica prestada,¹⁸² bem como dificultou o acolhimento das alegações de inefetividade de defesa técnica.¹⁸³

Ademais, ao exigir que o réu demonstre que há uma razoável probabilidade de que, sem a falha do defensor, o resultado do julgamento seria diferente, mantêm-se incólumes condenações em que há uma razoável possibilidade de que uma pessoa inocente tenha sido

¹⁸⁰ Tradução livre de *prevailing professional norms*.

¹⁸¹ SMITH, Abbe. *Gideon Was a Prisoner: On Criminal Defense in Time of Mass Incarceration*, *The Washington & Lee Law Review*, v.70, 2013, p.1363-1385.

¹⁸² WEST, Emily. *Court Findings of Ineffective Assistance of Counsel Claims in Post-Conviction Appeals among the First 255 DNA Exoneration Cases*. The Innocence Project, New York, 2010. Disponível em: http://www.innocenceproject.org/docs/innocence_project_iac_report.pdf. Acesso em 28/11/2015.

¹⁸³ COOLEY, Craig M.; TURVEY, Brent E. *Miscarriages of Justice: Actual Innocence, Forensic Evidence, and the Law*. Amsterdam: Academic Press, 2014, p.266.

erroneamente condenada por conta da deficiência de sua defesa.¹⁸⁴ A exigência de demonstração de prejuízo desvia o tribunal do que deveria ser seu objetivo primário: estabelecer uma útil e coerente definição de qual é o nível de efetividade da defesa exigido pela Constituição.¹⁸⁵

Outra ordem de críticas decorre do fato de ter sido conferido um tratamento unitário às alegações de inefetividade de defesa técnica, sem fazer distinção de exigências para os casos de imposição de pena de morte,¹⁸⁶ o que contraria a jurisprudência firmada em *Furman vs. Georgia*,¹⁸⁷ segundo a qual a Constituição determina que a imposição da pena capital submeta-se a especiais restrições, consagrando o *death is different*.

Segundo essa posição, o *standard* definido é inadequado para os casos de definição de pena capital, sendo insuficiente para evitar injustas condenações.¹⁸⁸

A despeito das críticas, as regras estabelecidas em *Strickland* são ainda hoje válidas e aplicáveis. Contudo, tiveram seus contornos mais bem definidos ao longo dos anos por decisões posteriores. Entrementes, tanto *Strickland* quanto *Cronic*¹⁸⁹ reconheceram que alguns casos exigem a aplicação de um *standard* diferente.¹⁹⁰

Assim, decisões posteriores desenvolveram o tema, esclarecendo hipóteses não explicitamente previstas, interpretando as regras fixadas nos precedentes e eventualmente fixando exceções.

Uma das graves questões levantadas acerca da apreciação das alegações de defesa técnica inefetiva é o fato de que os tribunais dos estados federados estabelecem uma série de obstáculos processuais¹⁹¹ que impedem o próprio conhecimento de tais alegações pelas cortes

¹⁸⁴ FREEDMAN, Monroe H. An Ethical Manifesto for Public Defenders. *Valparaiso University Law Review*, v.39, n.4, 2005, p.918.

¹⁸⁵ GREDD, Helen. Washington v. Strickland: Defining Effective Assistance of counsel at Capital Sentencing. *Columbia Law Review*, n.6, 1983, p.1574. Apesar de o artigo referir-se à decisão do Tribunal Federal de Recursos para o 11º Circuito, pois escrito anteriormente à decisão da Suprema Corte, a crítica é válida, pois os fundamentos das decisões, nesse aspecto, são os mesmos.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p.1545.

¹⁸⁷ *Furman vs. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972).

¹⁸⁸ Investigação da Universidade de Columbia, que analisou 5.760 sentenças e 4.578 recursos em casos capitais no período compreendido entre 1973 e 1995, concluiu que a defesa técnica ineficaz era o fator principal para condenações errôneas ou penas capitais indevidas. LIEBMAN, James S., FAGAN, Jeffrey., WEST, Valery., LLOYD, Jonathan. Capital Attrition: Error Rates in Capital Cases, 1973-1995. *Texas Law Review* 78, 1839-1865, 2000.

¹⁸⁹ *United States vs. Cronic*, 466 U.S. 648 (1984).

¹⁹⁰ ISRAEL, Jerold H.; KAMISAR, Yale; LAFAVE, Wayne R.; KING, Nancy J. *Proceso Penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica: casos destacados del Tribunal Supremo y texto introductorio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p.1054.

¹⁹¹ Tradução livre de *Procedural Default*.

federais por meio do Habeas Corpus, que é o meio de impugnação das condenações impostas pelas cortes dos estados que tenham supostamente vulnerado a Constituição.

Nesse cenário, *Martinez vs. Ryan*¹⁹² é uma das importantes decisões da Suprema Corte que desenvolveram o tema, na medida em que, baseando-se em princípios de equidade, diminuiu tais obstáculos processuais ao admitir o conhecimento do Habeas Corpus Federal caso a questão não tenha sido arguida ainda no tribunal local em função de falha na defesa técnica.

Contudo, o potencial de reforço do direito à defesa técnica efetiva decorrente de tal decisão ainda é controverso na doutrina, variando entre os que creditam ao precedente o potencial de iniciar a retomada da promessa de Gideon¹⁹³ e os que permanecem céticos a respeito do reforço de tal garantia.¹⁹⁴

Como visto, uma das importantes críticas ao *standard* fixado em *Strickland* é o fato de o mesmo não garantir uma proteção adequada aos casos capitais, levando alguns à conclusão de que a pena de morte seria imposta não a quem tivesse cometido os mais graves delitos, mas sim a quem tivesse os piores advogados.¹⁹⁵

Nesse diapasão, não causa espécie o fato de que, desde que fixado o *standard* de *Strickland*, em 1984, a Suprema Corte tenha passado dezesseis anos sem que qualquer condenação à pena de morte tenha sido revertida sob o fundamento de inefetividade da defesa técnica.

Com efeito, nos casos *Williams vs. Taylor*,¹⁹⁶ *Wiggins vs. Smith*¹⁹⁷ e *Rompilla vs. Beard*¹⁹⁸, a Suprema Corte reverteu as condenações à pena capital e apontou para uma certa inflexão na jurisprudência da corte, ao adotar critérios mais rígidos na avaliação da efetividade da defesa técnica em casos capitais.¹⁹⁹

¹⁹² *Martinez vs. Ryan*, 566 U.S. ___ (2012).

¹⁹³ PRIMUS, Eve B. Effective Trial Counsel after *Martinez v. Ryan*: Focusing on the Adequacy of State Procedures. *The Yale Law Journal*, v.122, p.2604-25, 2013.

¹⁹⁴ KING, Nancy J. Enforcing Effective Assistance after *Martinez*. *The Yale Law Journal Company*, Incorporated in *The Yale Law Journal* (Forthcoming), p.13-24, 2013.

¹⁹⁵ BRIGHT, Stephen B. Counsel for the Poor: The Death Sentence Not for the Worst Crime but for the Worst Lawyer. *Yale Law Journal*, v.103, 1994, p.1835.

¹⁹⁶ *Williams vs. Taylor*, 529 U.S. 362 (2000).

¹⁹⁷ *Wiggins vs. Smith*, 539 U.S. 510 (2003).

¹⁹⁸ *Rompilla vs. Beard*, 545 U.S. 374 (2005).

¹⁹⁹ CAWLEY, Whitney. Raising the Bar: How *Rompilla v. Beard* Represents the Court's Increasing Efforts to Impose Stricter Standards for Defense Lawyering in Capital Cases. *Pepperdine Law Review*, v.34, 2006, p.1180.

Pode-se extrair dos citados precedentes que o defensor tem o dever de, nos casos capitais, investigar e apresentar ao tribunal circunstâncias atenuantes que possam excluir a pena de morte, salvo se tiver informações que o levem a acreditar que as atenuantes não seriam úteis ou que a investigação seria infrutífera.

Outrossim, é digno de nota que as orientações das organizações profissionais, a exemplo das *guidelines* da ABA, foram consideradas na avaliação dos deveres dos defensores, o que também é uma inflexão em relação ao estabelecido em Strickland.

Uma vez que a imensa maioria dos acusados nos EUA não chega a ir a julgamento, pois assume sua responsabilidade em acordos com a acusação por intermédio do *plea bargain*, a Suprema Corte entendeu²⁰⁰ que tais acusados também fazem jus à efetiva defesa técnica ao fixar que, se houver uma razoável probabilidade de que um acusado que tenha assumido a culpa teria insistido em um julgamento se não fosse a deficiência de seu advogado, a condenação será revertida.

Já nos casos *Lafler vs. Cooper*²⁰¹ e *Missouri vs. Frye*²⁰², a Suprema Corte enfrentou o outro lado da moeda ao estabelecer que, apesar de nenhum acusado ter direito a receber uma proposta de acordo, se a acusação o fizer e o réu não a aceitar em função de falhas de seus advogados, a proposta deve ser reofertada.

Os votos vencidos nos casos *Lafler* e *Frye*, decididos ambos por apertada maioria de cinco votos a quatro, sustentavam a posição de que o direito à defesa técnica efetiva só seria vulnerado se, em sua ausência, o acusado não tivesse um julgamento justo, o que não seria aplicável aos referidos casos.²⁰³

A posição minoritária era consentânea com a desenvolvida pelo juiz Gorsuch²⁰⁴ para quem o processo devido garante um julgamento justo, que é a regra de ouro do sistema de justiça criminal, e não um bom acordo. Do mesmo modo, ao aceitar um acordo, o réu renunciaria ao seu direito de testar as provas da acusação em julgamento, enquanto a rejeição de um acordo seria uma “renúncia a nada”.²⁰⁵

²⁰⁰ *Hill vs. Lockhart*, 474 U.S. 52 (1985).

²⁰¹ *Lafler vs. Cooper*, 566 U.S. ___ (2012).

²⁰² *Missouri vs. Frye*, 566 U.S. ___ (2012).

²⁰³ JUÁREZ, Mariano. Defesa técnica eficaz y juicio abreviado. *Revista del Ministerio Público de la Defensa*. Año VI, n.7, Octubre 2012, p.93-122.

²⁰⁴ Vencido em *Williams vs. Jones* 571 F. 3d 86 (10th Cir. 2009).

²⁰⁵ *Harvard Law Review*, v.123, 2009-2010, p.1795.

Ao assim decidir, a maioria afastou a ideia de que o direito a uma defesa técnica efetiva se concretizaria apenas no julgamento justo, de modo a conceder certa autonomia conceitual à Sexta Emenda.

Em *United States vs. Gonzalez-Lopez*,²⁰⁶ a Suprema Corte fez a distinção entre o direito de escolha do defensor e o direito à defesa técnica efetiva. No citado precedente, ficou estabelecido que a negativa do direito à escolha do defensor é um erro “estrutural” que impõe a reforma automática da condenação, rejeitando o argumento do governo de que a reforma só se imporia se houvesse o prejuízo, conforme o *standard* estabelecido em *Strickland*, bem como representa um verdadeiro *overruling* sobre a jurisprudência,²⁰⁷ que entendia que todas as alegações de violação à Sexta Emenda dependeriam da presença do elemento prejuízo, mesmo que em algumas hipóteses o prejuízo fosse presumido.

Ao decidir nesse sentido, o tribunal declarou que a liberdade de escolha do advogado é o elemento central do direito a um advogado estabelecido na Sexta Emenda, o que parece corroborar a percepção de que uma defesa técnica efetiva só é plenamente possível por intermédio de um defensor de confiança.

Com efeito, tal precedente foi criticado por alçar a liberdade de escolha do defensor a um patamar superior ao da própria efetividade da defesa técnica prestada e ao direito à nomeação de um advogado, o que seria um equívoco.²⁰⁸

Sobre o âmbito de incidência do direito à defesa técnica efetiva, a jurisprudência prevalecente nas cortes inferiores era no sentido de que não se considerava como inefetiva uma defesa técnica na qual o advogado deixasse de advertir o acusado com relação a um efeito colateral da condenação, salvo se houvesse uma afirmativa orientação equivocada por parte do defensor.²⁰⁹

Contudo, em *Padilla vs. Kentucky*,²¹⁰ a Suprema Corte decidiu que a falta de orientação do advogado sobre a deportação pode, de acordo com os critérios estabelecidos em *Strickland* e *Hill*, anular o acordo efetuado em função de defesa técnica inefetiva, uma vez

²⁰⁶ *United States vs. Gonzalez-Lopez*, 548 U.S. 140 (2006).

²⁰⁷ *Mickens vs. Taylor*, 535 U.S. 162 (2002).

²⁰⁸ MEXXINA, Paul A. Elevating Choice over Quality of Representation: *United States v. Gonzalez-Lopez*, 126 S. Ct. 2557 (2006). *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v.30, p.451, 2006.

²⁰⁹ *Harvard Law Review*, v.123, 2010-2011, p.1795.

²¹⁰ *Padilla vs. Kentucky*, 559 U.S. 356 (2010).

que a deportação é de tal modo ligada ao processo criminal que é difícil enquadrá-la como um efeito colateral ou direto da condenação.

Apesar de a decisão referir-se especificamente à deportação, tribunais inferiores têm aplicado os fundamentos de Padilla para casos nos quais a falta de orientação do defensor refere-se a outros graves efeitos da condenação, tradicionalmente tidos como colaterais, a exemplo do registro como agressor sexual, da perda de pensão e da responsabilização civil.²¹¹

3. Portugal: o impacto do TEDH

A Constituição da República Portuguesa – CRP confere a todos o direito ao patrocínio judiciário (artigo 20º, nº 2), bem como estabelece, entre as garantias de defesa no processo criminal, o direito a ser assistido por defensor, deixando ao critério da lei os casos em que tal assistência seja obrigatória (artigo 32º, nºs 1 e 3).

A Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais – CEDH, da qual Portugal é signatário, por sua vez, prevê (artigo 6º, nº 3, c) o direito do acusado a ser assistido por um defensor como elemento integrante do direito a um processo equitativo.

Da leitura de tais dispositivos já é possível perceber a dignidade constitucional e convencional da defesa técnica no processo penal no âmbito do ordenamento jurídico português.

No plano legal, o Código de Processo Penal – CPP não apenas estabelece o direito de constituir defensor (artigo 62º, nº 1), como reconhece o interesse público na defesa e institui o defensor quando o arguido não possa ou não queira fazê-lo,²¹² bem como estipula hipóteses em que a assistência é obrigatória (artigo 64º), com vistas a garantir o controle da legalidade dos atos processuais e de assistência técnica ao arguido, para que o mesmo esteja adequadamente informado de seus direitos e deveres processuais e das consequências jurídicas dos seus atos.²¹³

²¹¹ PROCTOR, Gray; KING, Nancy. *Post Padilla: Padilla's Puzzles for Review in State and Federal Courts*. Federal Sentencing Reporter, v.23, n.3, p.239-249, 2011.

²¹² FERREIRA, Manuel C. de. *Curso de Processo Penal*. v.1. Lisboa: Editora Danubio, 1986, p.170.

²¹³ MARQUES DA SILVA, Germano. *Curso de Processo Penal I*. Noções Gerais, Elementos do Processo Penal. 6.ed. Lisboa: Babel, 2010, p.326.

Nas hipóteses em que tal assistência é obrigatória, se o defensor, seja ele oficioso ou de confiança, não comparecer, ausentar-se antes de terminado o ato, abandonar ou recusar a defesa, deve, conforme estabelecido no artigo 67º do CPP, ser substituído por outro.

Entretanto, com vistas a garantir a efetividade da defesa técnica, pode o tribunal conceder uma interrupção do ato ou seu adiamento para que o novo defensor conferencie com o arguido e examine os autos, mas não lhe cabe averiguar a experiência ou in experiência do defensor nomeado para o ato.²¹⁴

A partir de tal arcabouço normativo, é possível delinear os vetores que guiam o estatuto jurídico do defensor enquanto elemento de uma parte geral do Direito Processual Penal, consoante imagem cunhada por Figueiredo Dias.²¹⁵

Nesse diapasão, o defensor, na condição de sujeito processual, é, consoante o disposto no artigo 208º da Constituição da República, elemento essencial à administração da justiça, a qual tem também interesse que a defesa seja eficaz.²¹⁶

Com efeito, a mera previsão e possibilidade de atuação de defensor técnico, ou mesmo a sua obrigatoriedade em determinadas hipóteses, não é suficiente para assegurar o respeito ao conteúdo material da garantia.

Com vistas a dar concretude à defesa técnica, é possível extrair do ordenamento jurídico português algumas regras que apontam para uma preocupação com a efetividade da defesa técnica, já que, se a acusação é exercida por um órgão tecnicamente qualificado, a defesa também o deve ser.²¹⁷

Nesse sentido, não se admite que o próprio arguido, mesmo que possua formação jurídica e seja também advogado, exerça a própria defesa, salvo naturalmente os atos de defesa pessoal conferidos a quaisquer arguidos.

²¹⁴ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto – TRP de 15/05/2002, Processo n° 0210300.

²¹⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal. In: AA.VV., *Jornadas de Direito Processual Penal: O novo Código de Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 1991.

²¹⁶ SOUSA MENDES, Paulo. *Lições de Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 2013, p.125.

²¹⁷ MARQUES DA SILVA, Germano. *Curso de Processo Penal I*. Noções Gerais, Elementos do Processo Penal. 6.ed. Lisboa: Babel, 2010, p.329.

O principal argumento utilizado em favor de tal proibição²¹⁸ é o de que a intervenção de um advogado, que não o próprio arguido, é uma garantia mais acrescida no processo criminal em virtude do agir desapaixonado que o arguido não tem condição de efetuar.

Tal regramento foi analisado em demanda formulada contra o Estado português perante o TEDH,²¹⁹ na qual um arguido com formação jurídica, embora com a inscrição suspensa na Ordem dos Advogados, insurgiu-se contra o fato de ter sido impedido de defender a si próprio, o que violaria o artigo 6º, n.ºs 1 e 3 da CEDH, privando-o do direito a um processo equitativo.

O tribunal chancelou a posição do Estado português ao considerar a queixa manifestamente mal fundada, rejeitando-a nos termos do artigo 35º, n.º 3, da CEDH, por considerar que a ordem jurídica interna de um país pode, sem violar a convenção, impor a defesa por advogado a acusado que queira defender-se apenas pessoalmente, mesmo que o réu seja advogado.

Contudo, o mesmo arguido recorreu também ao Comitê dos Direitos do Homem, das Nações Unidas, o qual entendeu que só se admite a imposição de defensor contra a vontade do arguido em circunstâncias objetivas, graves e sérias, a exemplo de casos em que “o arguido obstruir substancialmente e persistentemente os trabalhos do tribunal, enfrentar uma acusação grave e não for capaz de agir no seu interesse, ou quando seja necessário proteger testemunhas vulneráveis”,²²⁰ não se admitindo a imposição de nomeação de defensor no caso de arguido advogado, sem que a lei considere a gravidade do crime e o comportamento do mesmo.

Em tal decisão, o Comitê declarou que Portugal violou o artigo 14º, §3º, alínea d), do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos – PIDCP, concedendo-lhe 90 dias para modificar sua legislação interna, o que até o presente momento não foi realizado.²²¹

A preocupação com a formação jurídica do defensor está presente também na nomeação de defensor oficioso que, desde a edição da L 30-E/2000, deve necessariamente ser advogado, não bastando que seja pessoa idônea.

²¹⁸ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 578/2001.

²¹⁹ Correia de Matos vs. Portugal, acórdão de 15 de novembro de 2001.

²²⁰ Comunicação n.º 1123/2002 do Comitê dos Direitos do Homem. CCPR/C/86/D/1123/2002.

²²¹ ALBUQUERQUE, Paulo P; de. *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4.ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, p.196

Ainda no que se refere à defesa oficiosa, o CPP prevê, em seu artigo artigo 66º, n° 3, que o tribunal pode substituir o defensor nomeado, a requerimento do arguido, quando se verificar justa causa, o que é uma salvaguarda que possui o arguido para evitar uma defesa inefetiva.

Entretanto, a despeito da previsão, a lei não definiu o que vem a ser justa causa, de modo que Figueiredo Dias²²² propõe que, quando se verificar que a diferença de opinião com relação à condução da defesa prejudica concretamente a necessária relação de confiança entre o arguido e seu defensor oficioso, este último deve ser substituído pelo tribunal.

Nessa linha, a jurisprudência dos Tribunais de Relação, ao enfrentar solicitações de arguidos para substituir seus defensores nomeados, tem entendido que a justa causa que pode ensejar a substituição do defensor oficioso não se refere ao defensor que o arguido pretende passe a assisti-lo, mas ao que lhe foi nomeado, devendo o arguido alegar fatos concretos que permitam concluir estar em causa a eficácia da defesa com a manutenção da nomeação.²²³

No mesmo sentido, já decidiu o Tribunal da Relação de Coimbra que o fato de o arguido ter uma relação de confiança com um advogado com o qual tenha tido contatos no estabelecimento prisional onde se encontra, e que tomou conhecimento de todo o processo, não se configura como justa causa, pois esta deve ser entendida como todo e qualquer motivo que, após a sua nomeação, gere uma quebra de confiança do arguido em seu defensor e deste modo debilite a eficácia da defesa.²²⁴

Subjaz à jurisprudência acima mencionada a ideia de que a justa causa que possibilita a substituição da defesa oficiosa é restrita à análise do defensor a ser substituído, sem cuidar do defensor que se pretende nomear em seu lugar ou do direito de escolha do arguido sobre um defensor que pretenda assumir sua defesa, pois o direito de escolha em casos de defesa oficiosa é relativo.²²⁵ Assim, o direito à substituição decorre de um “vício” na relação entre o arguido e o defensor nomeado, mas não de eventual “qualidade” da relação do arguido com o advogado que pretende seja nomeado.

²²² FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004 [1974], p.483. Mister registrar que o comentário foi feito com referência ao artigo 26º do Código de Processo Penal de 1929, contudo, a essência do dispositivo é a mesma no Código atualmente vigente, de modo que se mantém a atualidade da posição.

²²³ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa – TRL de 19/06/2007, Processo n° 4790/2007-5.

²²⁴ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra – TRC de 07/02/2007, Processo n° 1158/05.SPBAVR-A.C1.

²²⁵ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p.358.

Apesar de a situação fática ser a mesma do acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra já descrito (arguido solicita a substituição de defensor nomeado por uma advogada com quem estabeleceu relação de confiança em função de contatos efetuados com a mesma no estabelecimento prisional em que estava detido), acórdão de 4 de outubro de 2007, do Tribunal da Relação de Lisboa,²²⁶ adotou posição diversa ao decidir que o direito de escolha está presente também na defesa oficiosa, mesmo que não de modo direto e sim “como uma aspiração que a lei procura realizar”.

Desse modo, este acórdão evidencia que não há que se falar em consenso da jurisprudência no que se refere à aferição de justa causa que possibilita a substituição do defensor nomeado apenas em relação ao defensor que se pretende substituir, o que nos parece mais condizente com a efetividade da defesa técnica, que só ocorre de maneira ótima se houver relação de confiança entre o defensor e o arguido,²²⁷ o que é naturalmente potencializado se o defensor for por ele escolhido, mesmo que mediante o apoio judiciário.

Quando estiveram em causa a substituição do defensor e a efetividade da defesa do arguido em sede recursal, a jurisprudência portuguesa também não tem se posicionado de modo uniforme.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal de Justiça – STJ apreciou um caso em que o arguido, inicialmente representado por advogado contratado, revogou os poderes conferidos ao causídico por ter perdido a confiança no mandatário, comunicando tal fato ao Tribunal da Relação e solicitando a nomeação de defensor oficioso à Ordem dos Advogados.

Após os fatos acima descritos, o advogado inicialmente constituído foi notificado de acórdão que rejeitara recursos anteriormente interpostos, sem reagir ao mesmo.

Nesse cenário, o arguido argumentou que o acórdão padeceria de “irregularidade processual”, nos termos do artigo 123º do CPP, o que foi rejeitado pelo Supremo Tribunal de Justiça, em acórdão de 15 de janeiro de 2004,²²⁸ no qual considerou que, uma vez que o antigo mandatário ainda não havia sido substituído, continuava na representação efetiva do arguido, de modo que não teria havido qualquer irregularidade, sem, contudo, fazer quaisquer considerações sobre a efetividade da defesa ou a relação de confiança entre o arguido e o defensor.

²²⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa – TRL de 04/10/2007, Processo n° 7875/07-9.

²²⁷ ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p.137.

²²⁸ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça – STJ de 15/01/2004, Processo n° 03P3297.

A despeito de outras decisões no mesmo sentido da jurisprudência acima analisada,²²⁹ o Tribunal Constitucional – TC adotou entendimento diverso²³⁰ em caso no qual um arguido solicitou, e teve o pedido deferido pelo tribunal, a substituição de defensora oficiosa que se recusara a interpor recurso em face de decisão que condenara o arguido numa pena de cinco anos e seis meses de prisão, por concordar com a decisão que o assistido pretendia impugnar.

No caso em tela, apesar de o Tribunal de Tondela ter reconhecido a justa causa para a substituição e nomeado outro defensor para o arguido, o Tribunal da Relação de Coimbra negou provimento ao recurso apresentado pelo segundo defensor nomeado, por considerá-lo intempestivo.

Para tanto, considerou a Relação, na linha da jurisprudência descrita, que, consoante disposição do artigo 66º, nº 4 do CPP, o defensor nomeado mantém-se para os atos subsequentes do processo, enquanto não for substituído, e que a substituição da defensora oficiosa não suspenderia o prazo de interposição do recurso.

Entretanto, o TC considerou que a recusa de interposição do recurso por parte da primeira defensora impossibilitou o arguido de defender-se, enquanto não contasse com a assistência de um novo defensor, de modo que a interpretação do CPP efetuada pelo Tribunal da Relação de que a antiga defensora oficiosa continuava no exercício de suas funções era estritamente formal e não conferia efetiva possibilidade de o arguido recorrer da decisão condenatória, o que redundaria em um sacrifício das garantias de defesa que a Constituição reconhece aos arguidos em processo crime.

Em outro relevante acórdão, o Tribunal Constitucional assentou a importância dos conhecimentos jurídicos e da necessária independência do defensor, mesmo no âmbito do processo penal militar, o que também aponta para a efetividade da defesa técnica entre as garantias de defesa.

Na mencionada decisão, o TC julgou inconstitucional a norma constante do artigo 347º, nº 2, do Código de Justiça Militar, quando interpretada de modo a se concluir que é

²²⁹ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça – STJ de 12/05/2005, Processo nº 05P1310; Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães – TRG de 25/05/2015, Processo nº 1715/12.6GBBCL.G1; e Acórdão do Tribunal da Relação de Évora – TRE de 30/06/2015, Processo nº 28/08.2GBCCH.E1.

²³⁰ Acórdão do Tribunal Constitucional nº 159/2004.

obrigatória a nomeação de um defensor militar – e não é permitida a nomeação de um advogado –, quando o arguido não escolher defensor.²³¹

Em que pese ao panorama já exposto, a efetividade da defesa técnica do arguido no processo penal, seja por intermédio de defesa oficiosa ou de advogado de confiança, é um tema pouco enfrentado na jurisprudência, ou mesmo na doutrina portuguesa, quando analisado sob o ponto de vista do desempenho do defensor propriamente dito.

Entrementes, mesmo que por via oblíqua, há jurisprudência em que se verifica a ocorrência de falha da defesa técnica, a qual não é levada em consideração pelo tribunal, que prefere apegar-se a questões de forma do que reconhecer vício não arguido em função da deficiência defensiva, conforme se verifica no acórdão de 26 de novembro de 2003, do Supremo Tribunal de Justiça,²³² a seguir comentado.

O caso refere-se a um arguido condenado em primeira instância, numa pena de três anos de prisão, por furto qualificado, o qual recorreu ao STJ alegando, no que interessa ao presente trabalho, que as provas produzidas em julgamento não foram documentadas, o que inviabilizava a reapreciação da prova.

No seu entender, tal omissão constituiria uma irregularidade decisiva, que não poderia ser sanada senão pela repetição do julgamento, não importando que o defensor oficioso não tivesse reagido de imediato à omissão.

Contudo, a despeito do alegado e da deficiência da defesa oficiosa ao não arguir atempadamente o vício na documentação, que impediu recurso em matéria de fato, o STJ reafirmou sua jurisprudência fixada²³³ no sentido de que “a não documentação das declarações prestadas oralmente na audiência de julgamento, contra o disposto no artigo 363º do CPP, constitui irregularidade, sujeita ao regime estabelecido no artigo 123º do mesmo diploma legal, pelo que, uma vez sanada, o tribunal já dela não pode conhecer”, bem como entendeu que o exercício de direitos de natureza processual, mesmo que relativos ao direito de defesa e ao recurso, deve respeitar as condições de forma e de processo estabelecidas.

²³¹ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 34/1996, retificado pelo Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 469/1996.

²³² Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça – STJ de 26/11/2003, Processo n.º 03P2727.

²³³ Acórdão n.º 5/2002 do STJ, de 17/07/2002.

Outrossim, a despeito do pouco debate, ou quem sabe em função disso, Portugal já foi responsabilizado em pelo menos quatro²³⁴ casos pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – TEDH, em processos nos quais esteve em causa a (in)efetividade da assistência jurídica prestada por um advogado oficioso, conforme anteriormente analisado, o que demonstra que o tema merece uma maior atenção por parte do Estado português.

Apesar de tais condenações, que impõem à República Portuguesa a tomada de medidas para sanar os equívocos nelas apontados, verifica-se que o impacto da mencionada jurisprudência do TEDH nas cortes nacionais portuguesas é ainda pequeno, havendo poucas decisões que a invoque, bem como, em boa parte das vezes, que o façam de modo contraditório.

Nesse sentido, merece atenção acórdão do Tribunal Constitucional²³⁵ que, a despeito de alegada contrariedade da decisão recorrida com relação à jurisprudência do TEDH, teve uma abordagem formalista da efetividade da defesa técnica.

No caso em tela, os arguidos reclamam para conferência em face de decisão sumária do relator que não conheceu do recurso dos mesmos, no qual alegavam, no que interessa para o presente trabalho, que a diligência para memória futura e a respectiva leitura e valoração em julgamento seriam nulas, na medida em que eles não foram notificados para estarem presentes, bem como que a defensora oficiosa os visitou, e a defesa não foi atuante nem exercida de modo eficaz.

A juíza presidente do tribunal coletivo negou o pedido naquela instância, afirmando que “tal omissão integrava uma nulidade processual e estava sanada por falta de atempada arguição dos arguidos.” Restou consignado que a defensora de um dos arguidos esteve presente na diligência e foi nomeada outra para o outro arguido para o ato e nenhuma das duas arguiu qualquer nulidade.

Os arguidos recorreram ao Tribunal da Relação, alegando que não tiveram uma defesa efetiva na medida em que não souberam da diligência, não foram procurados pela defensora oficiosa para discutir a estratégia de defesa, bem como sua condição de estrangeiros que não

²³⁴ Daud vs. Portugal, acórdão de 21 de abril de 1998; Czekalla vs. Portugal, acórdão de 10 de outubro de 2002; Panasenکو vs. Portugal, acórdão de 22 de outubro de 2008; e Bogumil vs. Portugal, acórdão de 6 de abril de 2009.

²³⁵ Acórdão do Tribunal Constitucional n° 429/2004.

dominavam o idioma português impossibilitava sua comunicação em português com a defensora.

Para tanto, fundamentaram seu recurso na jurisprudência do TEDH,²³⁶ segundo a qual não basta a nomeação de defensor oficioso ou sua presença no ato, sendo necessário que haja uma defesa atuante e eficaz e não meramente teórica.

Entretantes, o Tribunal da Relação entendeu não teria sido abalada a garantia de uma defesa eficaz, pois o defensor oficioso estava presente ao ato, de modo que teve a possibilidade efetiva de, querendo, contraditar a testemunha.

O TC não conheceu, contudo, do recurso, por entender que os arguidos não questionaram a interpretação firmada de que a não notificação consistiria mera irregularidade, de modo que, mesmo que se desse provimento ao recurso dos mesmos, não haveria utilidade em tal recurso, pois a matéria estaria coberta pelo caso julgado.

Desse modo, percebe-se que, mesmo se tratando de defensora oficiosa, o tribunal não invalidou a interpretação de que a efetividade da defesa deveria ser mensurada a partir de critérios de mera possibilidade de atuação eficaz e não de concreta atuação defensiva, de modo a se afastar da jurisprudência de Estrasburgo que entende que a simples nomeação de defensor oficioso (possibilidade defensiva) não é suficiente para garantir os direitos de defesa.

Assim, o Tribunal Constitucional adotou uma opção formalista ao não conhecer do recurso por entender que os arguidos não questionaram a interpretação firmada de que a não notificação consistiria mera irregularidade, de modo que, mesmo que se desse provimento ao recurso dos mesmos, não haveria utilidade em tal recurso, pois a matéria estaria coberta pelo caso julgado.

Com efeito, tal posição desconsidera o fato de os arguidos terem sido defendidos por defensora oficiosa e que a não arguição de nulidade seria responsabilidade da mesma, de modo que se estaria a exigir de quem falhou o questionamento de sua própria inefetividade, o que vai de encontro à jurisprudência do TEDH, que prevê a atuação das autoridades em caso de carência manifesta de defesa.

No âmbito do Supremo Tribunal de Justiça, identificamos cinco julgados nos quais esteve em causa, de modo direto, a efetividade da defesa técnica, sendo que em três deles foi reconhecida a inefetividade, aplicando-se a jurisprudência do TEDH, enquanto nos outros

²³⁶ Pakelli vs. Alemanha, acórdão de 25 de abril de 1983; e Artico vs. Itália, acórdão de 13 de maio de 1980.

dois não se vislumbrou qualquer falha defensiva, o que, consoante se exporá, é contraditório com a mesma jurisprudência.

Nessa toada, em acórdão de 26 de novembro de 2003, o STJ²³⁷ apreciou um processo no qual uma arguida havia sido condenada numa pena de seis anos de prisão pela prática de estupefacientes agravado.

Em face de tal decisão, o Ministério Público recorreu contra a medida da pena imposta, que considerou injustificadamente elevada.

Ao analisar a questão, o STJ entendeu que havia insuficiência de matéria de fato para avaliar a medida da pena e, no que interessa ao presente trabalho, considerou que “pode razoavelmente supor que houve carência manifesta de defesa da arguida”, pois a defensora oficiosa nomeada no ato da audiência de julgamento não teve contato anterior com o processo, e além disso “teria de ter havido especial cuidado quando da notificação da decisão, atentas à natureza da pena aplicada e às consequências do trânsito”.

Reforça a convicção da carência de defesa efetiva o fato de o recurso ter sido interposto pelo MP no interesse da defesa, em cumprimento de seu dever de estrita objetividade, porém isso não supre a carência defensiva em si.

Nesse cenário, o tribunal invocou os precedentes do TEDH²³⁸ para afirmar que, no caso de defensor oficioso, quando a defesa for manifesta, o juiz deve intervir para garantir a observância dos direitos de defesa.

Na mesma linha, acórdão de 8 de outubro de 2003 do STJ²³⁹ apreciou recurso de revisão de arguido condenado numa pena de três anos de prisão por roubo qualificado, com fundamento na alínea d) do artigo 449º do CPP.²⁴⁰

O recurso lastreou-se, no que concerne ao presente trabalho, na existência de testemunhas que não foram apresentadas a depor porque o arguido não tinha o respectivo contato à época do julgamento e na pendência de processo disciplinar na Ordem dos Advogados contra o defensor oficioso que o aconselhou a faltar ao julgamento, que se realizou na sua ausência, sem oposição do defensor oficioso.

²³⁷ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça – STJ de 26/11/2003, Processo n° 00P2439.

²³⁸ Daud vs. Portugal, acórdão de 21 de abril de 1998 e Czekalla vs. Portugal, acórdão de 10 de outubro de 2002.

²³⁹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça – STJ de 08/10/2003, Processo n° 03P2285.

²⁴⁰ Artigo 449º, d), do CPP: “Se descobrirem novos factos ou meios de prova que, de per si ou combinados com os que foram apreciados no processo, suscitem graves dúvidas sobre a justiça da condenação.”

O tribunal, acolhendo o recurso, considerou que “a não indicação de testemunhas de defesa (de nenhuma testemunha de defesa) pode fazer aceitavelmente supor ou que o recorrente terá tido dificuldades não imediatamente superáveis na identificação e/ou contato com as testemunhas, ou, como de certo modo também se pode deduzir da alegação, que tenha havido insuficiência ou carência de defesa”.

Assim, invocando a jurisprudência do TEDH,²⁴¹ o tribunal considerou que, em se tratando de defesa oficiosa, a carência de defesa, se for manifesta, impõe a intervenção ativa do juiz para garantir a observância do artigo 6º, n.3, alínea c), da CEDH, e que a circunstância de sequer ter sido apresentado rol de testemunhas permite inferir que houve carência manifesta de defesa, de modo que não deverá ser excluída a possibilidade de ouvir, no âmbito preliminar do recurso de revisão, as testemunhas indicadas, que não foram ouvidas em julgamento.

No terceiro precedente em que se reconheceu a inefetividade de defesa técnica à luz da jurisprudência do TEDH, o STJ²⁴² apreciou um caso em que arguidos, condenados nas penas de 25 anos de prisão e 900 dias de multa e de 14 anos de prisão e 800 dias de multa, respectivamente, em cúmulo jurídico pela prática de vários crimes, por decisões transitadas em julgado, recorreram para solicitar a aplicação do artigo 30º do Código Penal e assim reduzirem suas penas.

Ao apreciar a questão, o STJ identificou que os fundamentos da motivação dos recorrentes eram escassos e seriam manifestamente improcedentes se analisados tão somente à luz da invocação dos pressupostos de crime continuado.

Todavia, considerando o fato de a defesa dos arguidos ser oficiosa, que requer cuidados específicos na prevenção da carência da defesa, o tribunal invocou a jurisprudência do TEDH,²⁴³ que impõe ao juiz atenção e intervenção adequada para garantir a observância ao direito processual fundamental de defesa previsto no artigo 6º, n.3, alínea c), da CEDH e superou as deficiências de fundamentação do recurso.

Nesse diapasão, apesar de não ter sido suscitado no recurso dos arguidos, o STJ, em certa medida substituindo-se ao papel da defesa ou fazendo uso do temperamento ao princípio

²⁴¹ Daud vs. Portugal, acórdão de 21 de abril de 1998 e Czekalla vs. Portugal, acórdão de 10 de outubro de 2002.

²⁴² Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça – STJ de 14/05/2009, Processo nº 09P0606.

²⁴³ Daud vs. Portugal, acórdão de 21 de abril de 1998; e Czekalla vs. Portugal, acórdão de 10 de outubro de 2002.

acusatório decorrente do princípio da investigação, anulou o acórdão recorrido por excessos e omissões de pronúncia.

A despeito das decisões acima analisadas, houve casos em que a jurisprudência do STJ afastou-se da firmada pelo TEDH, seja por não considerá-la em sua fundamentação,²⁴⁴ seja por invocá-la, mas entender, de modo equivocado, que não seria aplicável ao caso concreto.²⁴⁵

No primeiro caso, uma arguida condenada por tráfico de estupefacientes na pena de quatro anos e seis meses de prisão, assistida ao longo do processo por defensora oficiosa, agora mediante advogado constituído recorre ao STJ afirmando, no que é pertinente para a presente dissertação, que houve falta de uma defesa efetiva.

Para tanto, sustentou que todo o processo estava eivado de nulidade, pois não lhe fora assegurado um defensor oficioso que atuasse em conjugação de esforços consigo, aconselhando-a e preparando a sua defesa de maneira que a arguida se sentisse apoiada e defendida, o que a levou a solicitar a substituição da defensora oficiosa ainda na fase de inquérito, no que não foi atendida.

Aduziu ainda que solicitou à defensora diligências que não foram cumpridas, designadamente a reapreciação da matéria de fato, aquando do recurso para o Tribunal da Relação. Outrossim, a defensora não deduziu contestação e sequer foram arroladas testemunhas para o julgamento.

A despeito do alegado, o STJ não acolheu o pedido, sob o fundamento de que a arguida esteve sempre assistida por advogado oficioso em todos os atos em que a lei exige a presença de defensor, bem como que a não substituição da defensora oficiosa não foi deferida em virtude de que, no âmbito do apoio judiciário, diferentemente da livre escolha do advogado contratado, a escolha do defensor não é irrestrita, só cabendo a substituição do advogado se houver justa causa, o que não havia sido demonstrado no caso concreto.

Por fim, no que se refere especificamente à efetividade de atuação da defensora oficiosa, o tribunal, ao tempo em que considerou a afirmação de que a recorrente não pretende “por em causa a prestação profissional da senhora defensora oficiosa”, aduziu que “nem o presente recurso abarcaria a sindicância de tal exercício”.

²⁴⁴ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça – STJ de 04/10/2006, Processo n° 05P2906.

²⁴⁵ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça – STJ de 21/02/2007, Processo n° 06P4594.

Com efeito, apesar de haver indícios de que a atuação da defensora oficiosa não foi efetiva (não arrolou testemunhas, não deduziu contestação etc), tais elementos não permitem por si só, e apenas da leitura do acórdão, afirmar que houve falha da defesa, pois é possível que tais fatos sejam condizentes com uma determinada tática defensiva e o material probatório de que dispunha a defensora.

Entretanto, se os elementos constantes do acórdão não permitem afirmar que houve uma manifesta carência de defesa, conforme prevê a jurisprudência do TEDH, o acórdão enfrentou o tema de modo distinto ao afirmar que não poderia sindicá-la atuação da defensora oficiosa, o que fecha a porta da análise da efetividade da defesa, sem a brecha da carência manifesta aberta pelo TEDH.

Outrossim, os outros elementos da jurisprudência do TEDH que apontam para a intervenção em casos de defesa inefetiva estão presentes, pois a pretensa falha foi comunicada pela arguida ao tribunal e se trata de defesa oficiosa, restando apenas a análise sobre se a falha apontada poderia ser considerada como carência manifesta, o que não ocorreu.

O segundo caso em que o STJ²⁴⁶ rejeitou a alegação de inefetividade da defesa técnica tratou de arguido condenado por homicídio qualificado, que alegou, entre outras coisas, que o acórdão recorrido não considerou as peculiares condições de defesa do arguido, especialmente prejudicada em função de que passou a ser representada por defensor oficioso apenas três dias antes do julgamento.

Em sua apreciação do caso, o STJ reafirmou os postulados da jurisprudência do TEDH²⁴⁷ de que, em caso de carência manifesta de defesa, deve o tribunal intervir, porém, entendeu inaplicável a jurisprudência ao caso concreto.

Dessa forma, ponderou que o dever de intervir em casos de carência manifesta de defesa não permite sindicá-la o modo de exercício da defesa, que pode decorrer da liberdade de intervenção e da estratégia definida pelo defensor.

Isso posto, entendeu que o pouco tempo entre a nomeação do defensor oficioso e a realização da audiência não implica carência de defesa, uma vez que se o defensor nomeado pretendesse dispor de mais tempo para se preparar, deveria tê-lo solicitado ao juiz antes do início da audiência e só em caso de recusa poderia invocar que estaria privado das condições de preparação que entendia necessárias.

²⁴⁶ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça – STJ de 21/02/2007, Processo n° 06P4594.

²⁴⁷ Daud vs. Portugal, acórdão de 21 de abril de 1998; e Czekalla vs. Portugal, acórdão de 10 de outubro de 2002.

Visto que não consta que tal solicitação tenha sido feita pelo defensor, tampouco que o juiz tenha se confrontado com circunstâncias que revelassem, por si mesmas, carência manifesta de defesa, não se entenderam violadas as garantias de defesa do acusado.

Merece destaque o fato de que, apesar de o acórdão ter reivindicado a jurisprudência do TEDH,²⁴⁸ mas afastado-a no caso concreto, os fatos aqui analisados são muito similares aos abordados em outro precedente do TEDH,²⁴⁹ posterior, contudo, ao presente acórdão, no qual se chegou a conclusão distinta, reconhecendo-se que haveria carência manifesta de defesa.

Em ambos os casos, a alegada inefetividade de defesa decorria do pouco tempo que o defensor oficioso teve para preparar a defesa, já que nomeado muito próximo ao julgamento.

Há que se reconhecer que há certas particularidades no caso Bogumil que tornam mais evidentes a carência defensiva: tempo ainda mais curto de preparação do que o referido no acórdão do STJ (poucas horas e não três dias), defensor oficioso anterior que não tomou qualquer medida em favor do arguido e a despeito de comunicações do mesmo ao tribunal.

Contudo, se as peculiaridades acima expostas poderiam justificar o tratamento distinto, o fundamental para entender a contradição é que o TEDH expressamente afastou a argumentação do governo português de que não havia carência de defesa, pois a própria defensora oficiosa não requereu o adiamento da audiência, provavelmente em função da estratégia defensiva, o que coincide, em essência, com os fundamentos do acórdão do STJ.

É digno de nota o fato de que todas as condenações de Portugal no TEDH por inefetividade de defesa técnica acima mencionadas referem-se a casos de defesas oficiosas, assim como os poucos, e por vezes contraditórios, precedentes das cortes portuguesas que enfrentaram o tema.

Tal quadro explica, em certa medida, a crítica à efetividade das defesas oficiosas,²⁵⁰ que colocam em causa o modelo adotado em Portugal²⁵¹ ao ponto em que chegou a ser

²⁴⁸ Daud vs. Portugal, acórdão de 21 de abril de 1998; e Czekalla vs. Portugal, acórdão de 10 de outubro de 2002.

²⁴⁹ Bogumil vs. Portugal, acórdão de 6 de abril de 2009.

²⁵⁰ MARQUES DA SILVA, Germano. *Curso de Processo Penal I*. Noções Gerais, Elementos do Processo Penal. 6.ed. Lisboa: Babel, 2010, p.340.

²⁵¹ LATAS, António João. (coord). *Mudar a Justiça Penal: linhas de reforma do processo penal português*. Lisboa: Almedina, 2012, p.20-21.

proposta a redefinição da figura do defensor oficioso,²⁵² o que não foi levado a efeito, prevalecendo a posição²⁵³ de que não haveria nada que justificasse a reformulação do modelo.

Com efeito, embora o presente trabalho não tenha por objeto o estudo de qual seria o modelo mais adequado de fornecimento de defesa técnica a quem não conta com um advogado contratado,²⁵⁴ o fato de se debater uma mudança do modelo com base em críticas à sua qualidade evidencia que, independente do acerto ou equívoco do sistema, a inefetividade da defesa técnica oferecida em Portugal, no âmbito da defesa oficiosa, é um problema real e, conforme se infere da pouca jurisprudência e das posições doutrinárias sobre o tema, bem como das condenações pelo TEDH, é também uma questão a que a dogmática não deu uma adequada solução, o que interessa sobremaneira à presente dissertação.

4. Síntese comparativa

Com vistas a propiciar uma perspectiva “copernicana”²⁵⁵ da defesa técnica, foi realizada a microcomparação do instituto no ordenamento jurídico brasileiro com o ordenamento norte-americano e o português. Para tanto, foram apreciadas as principais disposições normativas concernentes ao instituto nos três ordenamentos, tendo, porém, na análise da jurisprudência o ponto mais relevante da comparação.

Nessa toada, o Supremo Tribunal Federal brasileiro editou um enunciado de súmula sobre o tema,²⁵⁶ o que deveria ter um papel de estabilização da jurisprudência e simplificação do julgamento de questões frequentes no judiciário.²⁵⁷ Entretanto, os critérios pretensamente expostos na súmula não têm sido suficientes para esclarecer e pacificar a questão, tanto que o tema ainda é recorrentemente discutido nos julgados dos tribunais superiores, sem que se consiga perceber com segurança quais as hipóteses em que o processo deve ser anulado em função da inefetividade da defesa técnica.

²⁵² Programa do XVIII governo constitucional. Disponível em: <http://www.portugal.gov.pt/media/468569/gc18.pdf>. Acesso em 20 de abril de 2016.

²⁵³ PIAZENTIN, Tânia; GONÇALVES, Renato. *Do Defensor Oficioso: uma análise do regime jurídico português numa perspectiva comparada*. Direção-Geral da Política de Justiça – DGPJ. Julho de 2010.

²⁵⁴ Sobre a adequação do modelo português e sua comparação com o modelo de defensoria pública, conferir: BOTELHO, Maria Madalena. *Defensoria Pública em Portugal: uma solução possível e adequada? Análise comparada entre os modelos português e brasileiro*. In: ANTUNES, Maria João; SANTOS, Cláudia C.; AMARAL, Cláudio P. do. *O s novos atores da Justiça Penal*. Coimbra: Almedina, 2016, p.351-409.

²⁵⁵ ALMEIDA, Carlos F. de; CARVALHO, Jorge M. *Introdução ao Direito Comparado*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2013, p.19.

²⁵⁶ Enunciado n° 523 da Súmula do STF: “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.”

²⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p.114

As alegações de inefetividade da defesa técnica, salvo uma ou duas questões referentes a buscas e apreensões, são o tema mais debatido na jurisprudência dos EUA.²⁵⁸ A análise de tais alegações é feita de acordo com o *standard* fixado no caso *Strickland vs. Washington*,²⁵⁹ que, a despeito das severas críticas recebidas, com as quais concordamos em grande medida, fornece critérios bem definidos de avaliação.

A jurisprudência portuguesa é, dentre os ordenamentos jurídicos estudados no presente trabalho, a que menos debate o tema, também pouco discutido por seus doutrinadores, e, nos poucos casos em que o tema é enfrentado, praticamente se limita a reproduzir a jurisprudência do TEDH.

Entrementes, Portugal foi condenado em quatro julgamentos relativamente recentes do TEDH²⁶⁰ em função da inefetividade da defesa técnica oferecida aos arguidos, o que sugere que os mecanismos de proteção de tal direito no ordenamento jurídico português não têm funcionado a contento.

Nesse sentido, procedeu-se à comparação dos sistemas jurídicos a partir da decomposição do controle judicial da efetividade da defesa técnica em quatro aspectos: o formal, o material, a constatação de prejuízo e a possível distinção de tratamento conforme se trate de defensor de confiança ou fornecido pelo Estado, o que permitiu a extração, apesar das inexoráveis e importantes distinções, de um fundo comum na abordagem do tema.

O elemento formal, entendido como o direito do acusado a contar com a assistência de defensor independentemente da qualidade e intensidade da concreta participação do mesmo, possui, no essencial, grande uniformidade em seu reconhecimento entre os sistemas analisados, apesar das distinções sobre as hipóteses em que seria necessária a intervenção de advogado.

Nesse diapasão, há em todos os ordenamentos estudados disposição constitucional²⁶¹ que confere aos acusados o direito de contar com a assistência de advogado, bem como determina a obrigação do Estado de providenciar um defensor a quem não tiver condições de

²⁵⁸ KAMISAR, Yale et al. *Modern Criminal Procedure: Cases, Comments, and Questions*. 12.ed. St. Paul: Thomson/West, 2008, p.157.

²⁵⁹ *Strickland vs. Washington*, 466 U.S. 668 (1984).

²⁶⁰ *Daud vs. Portugal*, acórdão de 21 de abril de 1998; *Czekalla vs. Portugal*, acórdão de 10 de outubro de 2002; *Panasenko vs. Portugal*, acórdão de 22 de outubro de 2008; e *Bogumil vs. Portugal*, acórdão de 6 de abril de 2009.

²⁶¹ Brasil, artigo 5º, LXIII e LXXIV da CRFB; EUA, Sexta Emenda à Constituição; e Portugal, artigo 20º, nº 2 e artigo 32º, nºs 1 e 3 da CRP.

contratar um de sua confiança, merecendo registro a exceção feita pela Suprema Corte dos EUA, que só reconhece o direito constitucional à nomeação de advogado nos casos em que se imponha ao menos a pena de prisão.²⁶²

Tal uniformidade é reflexo também do elevado nível de consenso internacional acerca da importância da defesa técnica, tanto que, além de prevista no direito interno dos países, também tem reconhecimento em diversos tratados e convenções internacionais de direitos humanos.²⁶³

No que se refere ao elemento material da efetividade da defesa técnica, é possível afirmar que é um traço comum aos modelos analisados o reconhecimento de que a defesa técnica tem de ter um mínimo de efetividade, que não se concretiza com a mera nomeação de advogado.

Também se observa nos três ordenamentos a possibilidade de o judiciário intervir em casos nos quais se constate que a defesa técnica exercida não teve um mínimo de efetividade, bem como há uma preocupação de que tal intervenção judicial respeite a independência da advocacia e a liberdade do advogado de fazer escolhas estratégicas na condução da defesa.

Desse modo, o controle judicial da efetividade da defesa técnica não chega ao ponto de garantir uma defesa conforme os desejos do acusado, que não pode esperar a melhor defesa existente, tampouco uma defesa técnica perfeita,²⁶⁴ mas sim um defensor razoavelmente competente.²⁶⁵

Contudo, se a perfeição, até mesmo por ser inatingível, não é critério de avaliação da defesa em nenhum ordenamento, merece registro a maior exigência de efetividade da defesa técnica nos processos da competência do tribunal do júri no direito brasileiro, regidos pelo princípio da plenitude de defesa,²⁶⁶ assim como cabe ressaltar uma tendência recente na jurisprudência norte-americana²⁶⁷ de avaliar com maior rigor as alegações de inefetividade da

²⁶² Scott vs. Illinois, 440 U.S. 367 (1979).

²⁶³ Cf. Artigo 14º, nº 3, alínea d), do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos; Artigo 6º, nº 3, alínea c), da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais; artigo 8º, nº 2, alíneas d) e e), da Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica; artigo 7º, nº 1, alínea c), da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos etc.

²⁶⁴ TRECHSEL, Stefan; SUMMERS, Sarah J. *Human Rights in Criminal Proceedings*. v.190. Oxford: Oxford University Press, 2005, p.270.

²⁶⁵ Harrington vs. Richter 562 U.S. 86 (2011).

²⁶⁶ Artigo 5º, XXXVIII, a) da CRFB.

²⁶⁷ Williams vs. Taylor, 529 U.S. 362 (2000); Wiggins vs. Smith, 539 U.S. 510 (2003); e Rompilla vs. Beard, 545 U.S. 374 (2005).

defesa técnica nos casos de condenados à pena de morte, mesmo sem que se tenha superado o *standard* de Strickland,²⁶⁸ que não faz tal diferenciação.

Entretanto, a definição de critérios de avaliação da efetividade da defesa técnica é certamente o elemento de mais difícil aferição, não havendo uniformidade de tratamento nos sistemas estudados, tampouco se vislumbrando algum critério geral, o que demanda a análise um tanto casuística das regras do direito processual penal de cada país.

O Brasil é, dentre os países estudados, o único que possui dispositivo legal expresso que prevê a possibilidade de o juiz afastar o defensor do réu e nomear um outro se verificar que o réu está indefeso.²⁶⁹

Como a lei não definiu os critérios que permitem considerar um réu indefeso, a jurisprudência tem tratado o tema na perspectiva do regime das nulidades, estabelecendo uma diferenciação entre ausência e deficiência de defesa, consideradas como nulidade absoluta e relativa, respectivamente.

Entretanto, a deficiência de defesa tem sido analisada de modo excessivamente formalista, verificando apenas a participação do advogado nos atos processuais e a protocolização das peças defensivas legalmente obrigatórias, sem avaliar o mérito da defesa.

Apenas excepcionalmente, em ocasiões em que a falha dos defensores é gritante, a jurisprudência equipara as falhas de atuação da defesa à sua inexistência e acolhe as alegações de nulidade, nos termos do enunciado sumular, o que acaba por se assemelhar, mesmo sem assumir como tal, com o *farce and mockery of justice standard*, abandonado pela jurisprudência dos EUA.

No direito norte-americano, o elemento material é aferido a partir dos parâmetros definidos em Strickland, que estabeleceu o teste de razoabilidade, segundo o qual cabe ao réu provar que o seu advogado não foi razoavelmente competente, o que significa que a sua atuação foi de tal modo deficiente que não teve a funcionalidade do defensor garantida pela Sexta Emenda à Constituição.

²⁶⁸ Strickland vs. Washington, 466 U.S. 668 (1984).

²⁶⁹ Artigo 497, V, do CPPB. Apesar de a previsão legal referir-se especificamente ao tribunal do júri, a posição prevalente é no sentido de que também é aplicável aos demais procedimentos penais. GRINOVER, Ada P. *O processo constitucional em marcha: contraditório e ampla defesa em cem julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*. São Paulo: Max Limonad, 1985, p.138.

Para tanto, o tribunal deve partir da presunção de razoabilidade das escolhas do advogado e ter em conta que orientações das corporações profissionais podem até funcionar como referência, mas não podem ser tidas como guias rígidos de aferição, uma vez que nenhum guia de regras abarca toda a variedade de opções táticas de condução da defesa.

É digna de nota a importância dada no sistema norte-americano ao reconhecimento da inefetividade da defesa técnica na investigação dos fatos, o que é uma decorrência do modelo tipicamente adversarial em que as partes têm uma maior responsabilidade na condução do processo, inclusive na fase anterior ao julgamento.

Nesse cenário, é natural que parcela considerável das alegações de inefetividade de defesa técnica nos EUA refira-se a falhas do defensor na busca por provas que favoreçam o melhor interesse do acusado, em especial nos casos puníveis com a pena capital, o que difere do que ocorre em Portugal e no Brasil, onde, apesar de haver a possibilidade de a defesa também efetuar investigações, tal papel não é cobrado dos defensores, de modo que a anulação de condenações em função de não investigação de fatos por parte da defesa não é uma realidade na jurisprudência de tais nações.

A jurisprudência portuguesa é, dentre os sistemas analisados, a que menos enfrentou o tema da inefetividade da defesa técnica e, nos poucos casos analisados, praticamente limitou-se a reproduzir a jurisprudência do TEDH ao afirmar, no que se refere ao aspecto material da garantia, que o tribunal deve intervir nos casos em que se verificar a carência manifesta de defesa, sem, contudo, definir o que seria.

No que tange à necessidade de verificação de ocorrência de prejuízo, os três ordenamentos investigados conferem tratamento diverso ao tema.

No Brasil, há exigência de demonstração de prejuízo para o réu a depender da natureza da falha defensiva. Se classificada como ausência de defesa, entende-se que há uma nulidade absoluta, que prescinde da demonstração do prejuízo, mas, caso se trate de uma deficiência de defesa, o tratamento é de nulidade relativa, exigindo a demonstração de prejuízo ao réu.

Ocorre que, além de inexistirem parâmetros seguros de diferenciação entre a ausência e a deficiência de defesa, não há um critério minimamente claro na jurisprudência que permita vislumbrar o que pode ser considerado como prejuízo.

Ademais, nos poucos casos em que a jurisprudência reconheceu a nulidade em decorrência de falhas da defesa técnica, estas foram equiparadas à ausência de defesa, de modo que não se chegou a avaliar eventual prejuízo.

Desse modo, a ausência de critérios de avaliação, somada à imposição do ônus de comprovação do prejuízo ao acusado, dá margem às críticas de que tal exigência é apenas um artifício para afastar as alegações de nulidade decorrentes da inefetividade da defesa técnica.²⁷⁰

Os EUA, aplicando a regra fixada em Strickland, estabelecem com clareza a exigência de que o acusado deve demonstrar que há uma razoável probabilidade, e não simples possibilidade, de que, se a atuação do defensor não fosse falha, o resultado do julgamento seria diferente.

Na análise da jurisprudência portuguesa, não surgiu o debate acerca da necessidade de demonstração de prejuízo ao acusado para se reconhecer a inefetividade da defesa técnica. Entretanto, na medida em que Portugal reconhece a autoridade da jurisprudência do TEDH, parece-nos adequado adotar como posição portuguesa o decidido no âmbito da corte de Estrasburgo.

Nesse diapasão, diferentemente das jurisprudências brasileira e norte-americana, no âmbito do direito português não é necessário demonstrar o prejuízo, uma vez que seria impossível determinar qual seria o resultado do processo se não tivesse havido violação ao direito à defesa técnica efetiva.

Além dos aspectos acima expostos, a efetividade da defesa técnica também precisa ser analisada de acordo com o tipo de defensor que a exerce, se um advogado de confiança do acusado ou se um profissional nomeado pelo Estado.

É digno de nota o fato de que há importantes críticas à qualidade das defesas efetuadas em favor dos que não podem contratar um advogado de sua confiança, em todos os sistemas,²⁷¹ o que evidencia a relevância dos questionamentos sobre eventual tratamento específico da dogmática para o controle judicial da efetividade da defesa técnica.

²⁷⁰ MALAN, Diogo. Defesa técnica e seus consectários lógicos na Carta Política de 1988. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (coords.). *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.163.

²⁷¹ Sobre Portugal, ver: LATAS, António João. (coord.). *Mudar a justiça penal: linhas de reforma do processo penal português*. Lisboa: Almedina, 2012. Sobre o Brasil: MARTINS, Fernanda V.; REZENDE, Guilherme M. Defesa formal x defesa substancial. In: TEIXEIRA, Alessandra; OLIVEIRA, Fernanda F. de; ROMANACH, Helena M. (coords.). *Decisões judiciais nos crimes de roubo em São Paulo: A lei, o direito e a ideologia*. São Paulo: IBCCRIM/IDDD, 2005; e MALAN, Diogo. Defesa técnica e seus consectários lógicos na Carta Política de 1988. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. (coords.). *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Sobre os EUA: BRIGHT, Stephen B. Counsel for the Poor: The Death Sentence Not for the Worst Crime but for the

Nesse sentido, a legislação processual penal brasileira possui dispositivo expresso²⁷² determinando que a defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada, o que indica uma especial preocupação com a efetividade da defesa técnica fornecida pelo Estado.

Entretanto, é de se destacar que tal diferenciação não constava do projeto original, que se preocupava com a existência de defesas meramente formais em geral,²⁷³ sendo alterado durante o processo legislativo.

Outrossim, entende a doutrina²⁷⁴ que o dever de fundamentação das manifestações defensivas é aplicável também ao advogado de confiança do acusado, assim como a jurisprudência majoritária²⁷⁵ não distingue a defesa oficiosa da efetuada por advogado de confiança quando avalia sua efetividade.

No ordenamento norte-americano, os critérios de avaliação de efetividade de defesa técnica definidos em Strickland não fazem qualquer distinção conforme se trate de defesa oficiosa ou de advogado de confiança.

Ademais, no caso *Cronic*, a Suprema Corte rejeitou a possibilidade de reversão de condenações com base em deficiências institucionais da defesa, que deve ser analisada no caso concreto.²⁷⁶

Da análise do ordenamento português, nota-se que os acórdãos em que se reconheceu a inefetividade de defesa técnica referiam-se a defesas oficiosas, levando tal fato em consideração na fundamentação das decisões, o que, apesar de não constar explicitamente da lei nem ter sido categoricamente afirmado na jurisprudência estudada, permite a conclusão de que a inefetividade da defesa técnica por falha do defensor só pode ser reconhecida em casos de defesa oficiosa ou, ao menos, merece uma supervisão mais ativa do tribunal em tal situação.

Worst Lawyer. *Yale Law Journal*, v.103, 1835 (1994). Demonstrando a mesma preocupação com o problema em outros nove países europeus, ver: CAPE, Ed et al. *Effective Criminal Defense in Europe: Executive Summary and Recommendations*. Antwerp, Belgium: Intersentia, 2010. E sobre a América Latina: BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Tradução de Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

²⁷² Artigo 261, parágrafo único, do CPPB.

²⁷³ ANTEPROJETOS de lei de reforma do código de processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n.33, jan./mar. 2001, p.304-364.

²⁷⁴ Por todos OLIVEIRA, Eugênio P. de; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.528.

²⁷⁵ Cf. STF. HC n° 83.487 e HC n° 73.671. Em sentido contrário, STF. HC n° 83.292.

²⁷⁶ KAMISAR, Yale et al. *Modern Criminal Procedure: Cases, Comments, and Questions*. 12.ed. St. Paul: Thomson/West, 2008, p.180.

IV. Dilemas do controle judicial da efetividade da defesa técnica

1. Sindicabilidade da defesa técnica e liberdade do defensor

É praticamente um truísmo afirmar a importância da efetividade da defesa técnica no processo penal, de modo que a qualidade da atuação dos defensores deve ser um objetivo de todo sistema processual que respeite os direitos individuais dos acusados.

Nesse sentido, existem instrumentos extrajudiciais que exercem certo controle sobre a qualidade da atuação dos defensores, a exemplo do mercado, quando a defesa é exercida por profissionais liberais; dos órgãos de controle da administração pública, como as corregedorias das defensorias públicas; e da Ordem dos Advogados, responsável pela regulação da profissão.

O mercado intervém economicamente ao fazer com que profissionais mal avaliados na comunidade não consigam novos clientes ou se vejam obrigados a reduzir seus ganhos, enquanto os que possuem reputação de competentes consigam mais clientes e cobrem valores maiores por seus serviços.

Já as corregedorias das defensorias públicas e a Ordem dos Advogados, por sua vez, possuem a função de fiscalização da atividade dos profissionais, o que envolve a imposição de sanções aos maus profissionais, que podem limitar ou até impedir o exercício da atividade pelos mesmos.

Em princípio, tal espécie de controle possui o condão de incrementar a qualidade do desempenho dos defensores e de prevenir equívocos em defesas futuras. Contudo, quando se trate de equívocos já ocorridos, tal atuação extrajudicial nada pode fazer para interferir nos resultados do processo, de modo que, para o acusado que foi concretamente prejudicado por uma falha de atuação de seu defensor, esse controle é de pouca ou nenhuma serventia.

O mesmo não se pode dizer com relação ao controle judicial. Os tribunais dirigem os procedimentos, o que lhes propicia uma visão geral da performance do defensor e viabiliza

uma reação tempestiva em caso de inefetividade da defesa técnica,²⁷⁷ de modo que é a única forma de controle capaz de evitar, no caso concreto, que a falha do defensor prejudique a própria defesa do acusado.

Apesar de ser expressamente prevista na legislação brasileira quando se verificar que o acusado está indefeso²⁷⁸ e de haver enunciado da súmula do STF²⁷⁹ prevendo a nulidade em caso de inefetividade defensiva, a interferência judicial sobre as falhas defensivas é uma espécie de anomalia em virtude de implicar a responsabilização do Estado por uma falha de seu oponente,²⁸⁰ o que explica a superada teoria do mandato,²⁸¹ que chegou a prevalecer na jurisprudência norte-americana, segundo a qual o acusado era o único responsável pelas eventuais falhas de seu defensor, só lhe restando buscar reparação do mandatário, mas nunca que o tribunal revisse a condenação decorrente da falha defensiva.²⁸²

Outrossim, a intervenção do tribunal na defesa pretensamente ineficaz traz ao lume uma possível contradição entre duas irmãs siamesas: a efetividade da defesa técnica e a independência da advocacia.

Com efeito, a independência é um dos mais caros pressupostos da advocacia e condição necessária para que o acusado confie em seu defensor.²⁸³ Ademais, uma defesa técnica efetiva depende, em grande medida, da liberdade conferida ao defensor para que este se desincumba de sua tarefa.

Desse modo, cabe ao defensor, no uso da independência que lhe é conferida pelo ordenamento jurídico,²⁸⁴ decidir a estratégia defensiva, adotando as teses que lhe parecerem mais adequadas, de acordo com os conhecimentos que possui dos fatos.

Imiscuir-se o tribunal em tais decisões, mesmo que a pretexto de garantir a efetividade da defesa técnica, pode, de maneira paradoxal, tolher o exercício da defesa técnica, prejudicando sua efetividade.

²⁷⁷ SOO, Anneli. An Individual's Right to the Effective Assistance of Counsel versus the Independence of Counsel: What Can the Estonian Courts Do in Case of Ineffective Assistance of Counsel in Criminal Proceedings?, *Juridica International*, 2010, n.1, p.253.

²⁷⁸ Artigo 497, V, do CPPB.

²⁷⁹ Enunciado n° 523 da Súmula do STF: "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."

²⁸⁰ GREDD, Helen. *Washington v. Strickland: Defining Effective Assistance of counsel at Capital Sentencing. Columbia Law Review*, n.6, 1983,p.1578.

²⁸¹ Tradução livre de *agency doctrine*.

²⁸² MAYEUX, Sara. Ineffective Assistance of Counsel Before Powell v. Alabama: Lessons from History for the Future of the Right to Counsel. *Iowa Law Review*, v.99, 2014, p.2169-2170.

²⁸³ LÔBO, Paulo. *Comentários ao estatuto da advocacia e da OAB*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.181.

²⁸⁴ Art. 31, §1º, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, Lei n° 8.906/94, e artigo 134, §4º, da CRFB.

De outra banda, por vezes há falhas de tal modo evidentes por parte do defensor do acusado que fica difícil afirmar que as mesmas sejam decorrentes de uma opção tática consciente e válida, assim como há casos em que sequer se vislumbra a presença de qualquer tese defensiva minimamente plausível.

Em tais casos de evidente falha do defensor, não intervir o judiciário na atividade defensiva implicaria o paradoxo inverso: servir a independência da defesa como escudo protetor da falha defensiva, a despeito de ter na efetividade a sua inspiração.

Destarte, a fim de equacionar tal contradição, se e quando a mesma surgir, é mister responder a dois questionamentos: 1) É possível o judiciário sindicar a atuação do defensor no âmbito de um dado processo criminal? 2) Caso se responda positivamente à questão anterior, como se deve proteger o acusado do mau uso da independência de sua defesa, sem vulnerar a necessária liberdade de atuação da mesma?

No que se refere ao primeiro questionamento, a resposta certamente é positiva. Tal resposta se extrai, consoante já visto anteriormente, não apenas do direito positivo brasileiro, como das jurisprudências norte-americana e portuguesa, bem como é reconhecida nos principais sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos.

Ademais, embora a independência da advocacia seja um valor fundamental, não possui existência autônoma, uma vez que existe a fim de resguardar os direitos de defesa do acusado e não teria qualquer sentido preservá-la em detrimento dos interesses que visa proteger.

Nesse sentido, a intervenção do judiciário para garantir a efetividade da defesa encontra eco na visão de que é missão do tribunal zelar para que haja contraditório real e não apenas formal entre as partes, de modo a garantir o equilíbrio entre a acusação e a defesa,²⁸⁵ bem como deve conferir se a defesa, no caso concreto, foi desempenhada de modo adequado, utilizando-se de todos os meios necessários para influenciar o convencimento do tribunal, sob pena de considerar o acusado indefeso e o processo viciado.²⁸⁶

Há que se considerar, ainda, o momento em que tal intervenção do tribunal pode ocorrer. Sob esse aspecto, há duas formas de o tribunal intervir: ao julgar recurso da defesa

²⁸⁵ CINTRA JÚNIOR, Dyrceu A. D. O devido processo legal e a defesa efetiva (jurisprudência comentada). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v.3, n. 10, abr./jun. 1995, p.188-192.

²⁸⁶ GRINOVER, Ada P. *O processo constitucional em marcha: contraditório e ampla defesa em cem julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*. São Paulo: Max Limonad, 1985, p.19-21.

que tenha como objeto a alegação de inefetividade da defesa técnica ou, de ofício, assim que perceber a atuação falhada do defensor.

Na primeira hipótese, um novo defensor arguiria a pretensa falha, já que é pouquíssimo provável que um advogado recorra alegando seu próprio erro.²⁸⁷ Dessa forma há um respeito maior à condução da defesa pelo advogado e se mantém a inércia da jurisdição.

Quando o tribunal atua de ofício, o faz de modo mais ágil, intervindo por meio de um convite ao advogado à retificação do erro ou até mesmo substituindo-o,²⁸⁸ o que é uma tensão maior com a independência da advocacia e põe em causa o princípio acusatório.

Com efeito, mesmo conferindo ao judiciário a possibilidade de sindicarem a atuação defensiva, tal intervenção não pode ocorrer ao arbítrio do tribunal, que não tem a função de tutor da competência do defensor, analisando cada medida tomada e intervindo na estratégia defensiva em quaisquer situações.

Desse modo, o necessário equilíbrio entre a independência da advocacia e a necessidade de garantir a efetividade da defesa técnica exige que a intervenção do tribunal só ocorra nos casos em que se faça necessário e conforme critérios seguros que este trabalho se propõe a discutir a seguir.

2. Distinção de tratamento conforme se trate de advogado contratado ou fornecido pelo Estado

A obrigação do Estado de garantir a defesa técnica a quem não puder contratar um advogado é amplamente reconhecida pelos tratados internacionais de direitos humanos²⁸⁹ e pelos ordenamentos jurídicos analisados.²⁹⁰

Lado outro, também se aproxima do consenso a crítica aos serviços de apoio judiciário nos processos criminais nos mais diversos países,²⁹¹ de modo a confirmar o teor da

²⁸⁷ Apesar de inusitado, em alguns locais dos EUA, a exemplo de Nova Iorque e Chicago, os defensores públicos têm alegado a inefetividade da própria atuação nas fases anteriores ao julgamento, em função do excessivo número de casos sob sua responsabilidade, em contraposição com os poucos recursos disponíveis para o exercício das defesas. COOLEY, Craig M.; TURVEY, Brent E. *Miscarriages of Justice: Actual Innocence, Forensic Evidence, and the Law*. Amsterdam: Academic Press, 2014, p.260.

²⁸⁸ ALBUQUERQUE, Paulo P. de. *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4.ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, p.193-194.

²⁸⁹ Artigo 14º, nº 3, alínea d), do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos; Artigo 6º, nº 3, alínea c), da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais; e artigo 8º, nº 2, alínea e), da Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica.

²⁹⁰ Brasil, artigo 5º, LXXIV, da CRFB; EUA, *Gideon vs. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963); e Portugal, artigo 20º, nº 2, e artigo 32º, nº 1, da CRP.

lamentável piada mencionada por Stefan Trechsel,²⁹² segundo a qual “a justiça, assim como o Hotel Ritz, está aberta para todos”.

Tais críticas dão ensejo a questionamentos acerca da necessidade de a aferição da (in)efetividade da defesa técnica atender a critérios e consequências distintos, conforme a defesa seja efetuada por advogado de confiança do acusado ou por defensor designado pelo Estado.

Conforme visto, o ordenamento jurídico brasileiro possui disposição legal²⁹³ que determina a obrigatoriedade de a defesa técnica ser exercida por meio de manifestação fundamentada, quando realizada por defensor público ou advogado dativo, o que aponta para uma especial preocupação com a qualidade da defesa técnica fornecida pelo Estado.

Também se observou que a jurisprudência do TEDH, devidamente acompanhada pela portuguesa, aponta para a intervenção do tribunal nos casos em que a defesa oficiosa se mostre falha, o que não se verifica quando o advogado for livremente escolhido pelo acusado.²⁹⁴ Apesar de tal posição, não são apresentadas razões que justifiquem um eventual tratamento diferenciado entre a defesa fornecida pelo Estado e a livremente contratada pelo acusado.

Nesse diapasão, é mister questionar quais as razões do *discrímén* e se elas são válidas e suficientes para justificar o tratamento desigual.

Um possível argumento decorre do fato de que, na defesa oficiosa, o Estado atua em ambos os lados da lide, já que é o responsável por promover a acusação e por fornecer a

²⁹¹ Sobre Portugal, ver: LATAS, António João. (coord.). *Mudar a justiça penal: linhas de reforma do processo penal português*. Lisboa: Almedina, 2012. Sobre o Brasil: MARTINS, Fernanda V.; REZENDE, Guilherme M. Defesa formal x defesa substancial. In: TEIXEIRA, Alessandra; OLIVEIRA, Fernanda F. de; ROMANACH, Helena M. (coords.). *Decisões judiciais nos crimes de roubo em São Paulo: A lei, o direito e a ideologia*. São Paulo: IBCCRIM/IDDD, 2005; e MALAN, Diogo. Defesa técnica e seus consectários lógicos na Carta Política de 1988. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. (coords.). *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Sobre os EUA: BRIGHT, Stephen B. Counsel for the Poor: The Death Sentence Not for the Worst Crime but for the Worst Lawyer. *Yale Law Journal*, v.103, 1835 (1994). Demonstrando a mesma preocupação com o problema em outros nove países europeus, ver: CAPE, Ed. et al. *Effective Criminal Defense in Europe: Executive Summary and Recommendations*. Antwerp, Belgium: Intersentia, 2010. E sobre a América Latina: BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Tradução de Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

²⁹² Tradução livre de “the law, like the Ritz Hotel, is open to all”. TRECHSEL, Stefan; SUMMERS, Sarah J. *Human Rights in Criminal Proceedings*. v.190. Oxford: Oxford University Press, 2005, p.270.

²⁹³ Artigo 261, parágrafo único, do CPPB.

²⁹⁴ BARRETO, Irineu C. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem anotada*. 4.ed, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p.216.

defesa técnica ao acusado, de maneira a funcionar a justiça criminal como a organizadora de uma disputa esportiva em que é patrocinadora das duas equipes em disputa.²⁹⁵

Assim, o Estado teria uma responsabilidade maior pela efetividade da defesa oficiosa na medida em que é o responsável por seu fornecimento.

Tal argumentação pode ser acertada se analisada sob o prisma da responsabilidade civil do Estado por uma falha na prestação de serviços, o que foge ao propósito da presente dissertação, mas é insuficiente para justificar um tratamento diferenciado pela dogmática processual penal.

O dever de intervenção exclusivamente – ou aumentado – em casos de defesas oficiosas tem certo fundamento para afastar a já mencionada *agency doctrine*, que restringe o problema da efetividade da defesa técnica à relação entre o acusado (mandante) e o seu advogado (mandatário), na medida em que demonstra que tal teoria não pode ser aplicada aos casos nos quais a defesa técnica é efetuada por profissionais fornecidos pelo Estado, o que afasta a inocência do Estado em tal relação, já que é seu dever assegurar a defesa técnica aos que não podem contratar um advogado de sua confiança.²⁹⁶

Contudo, o direito à defesa técnica efetiva não decorre da relação entre o acusado e o defensor, cuja posição jurídica independe de se tratar de advogado de confiança ou nomeado pelo Estado, pois a distinção das modalidades de designação não afeta a igualdade de sua posição jurídica.²⁹⁷

Nessa toada, tanto a independência técnica quanto o dever de efetividade são igualmente aplicáveis aos defensores oficiosos e aos escolhidos pelos acusados. Tal igualdade de tratamento é necessária, pois conferir menor liberdade ao defensor oficioso seria prejudicar injustificadamente a defesa dos que não podem contratar um advogado. De outra banda, não intervir em caso de inefetividade de defesa exercida por um causídico contratado implicaria punir o acusado pela má escolha do profissional, o que é também injustificado.²⁹⁸

Ademais, a efetividade da defesa técnica é decorrência lógica do direito de defesa em si, do qual todos os acusados são titulares, de modo que a observância do padrão de

²⁹⁵ TRECHSEL, Stefan; SUMMERS, Sarah J. *Human Rights in Criminal Proceedings*. v.190. Oxford: Oxford University Press, 2005, p.270.

²⁹⁶ BRIGHT, Stephen B. Counsel for the Poor: The Death Sentence Not for the Worst Crime but for the Worst Lawyer. *Yale Law Journal*, v.103, 1994, p.1863-1869.

²⁹⁷ FERREIRA, Manuel C. de. *Curso de Processo Penal*. v.1. Lisboa: Editora Danubio, 1986, p.172.

²⁹⁸ OLIVEIRA, Eugênio P. de; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.528.

efetividade deve se guiar pelo direito a um processo equitativo, que não diferencia os acusados que escolheram seu defensor dos que tiveram o seu fornecido pelo Estado.

Entretanto, é justificável haver distinção de tratamento quando a intervenção do tribunal chegar ao ponto de remover o defensor de confiança do acusado, pois o que se coloca em causa é o direito de ser defendido por um defensor de confiança em contraposição à efetividade da defesa, segundo a visão do judiciário.

Salvo na hipótese de comprovada insanidade do acusado, deve prevalecer o respeito a sua liberdade de escolha do defensor de sua confiança, mesmo que na visão do tribunal tal defesa seja inefetiva, pois a visão da corte acerca da defesa não pode se sobrepor ao direito do acusado de conduzir sua defesa,²⁹⁹ que tem na relação de confiança com seu advogado uma evidente manifestação.

Entretanto, é necessário esclarecer que a diferença de tratamento que se reconhece como válida não é entre o defensor proporcionado pelo Estado e o advogado contratado pelo acusado, pois tal distinção equivaleria, na prática, a estabelecer discriminação entre pobres e ricos, o que seria inadmissível nesse assunto.

O que se deve proteger é a relação de confiança estabelecida entre o acusado e o seu defensor, independente do modo como foi investido na função. Apesar de ser mais comum haver relação de confiança entre o acusado e o profissional por ele escolhido, também deve ser respeitada a relação de confiança que eventualmente venha a surgir entre um acusado e o defensor que lhe foi nomeado.

Assim, se um acusado quiser permanecer com o defensor oficioso com o qual estabeleceu uma relação de confiança, o tribunal não poderá removê-lo, mesmo que julgue inefetiva a defesa realizada. Do mesmo modo, um advogado contratado, que não preste uma defesa eficaz, poderá ser removido pelo tribunal se o acusado concordar com tal remoção.

Desse modo, é forçoso concluir que o fato de a defesa técnica ser oferecida pelo Estado ou contratada pelo acusado não permite a utilização de critérios distintos de avaliação da efetividade e intervenção do tribunal, porém, a existência de relação de confiança entre o

²⁹⁹ MIRZA, Flávio. Notas sobre a efetividade da defesa técnica em Processo Penal. In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (coords.). *Setenta anos do Código de Processo Penal Brasileiro: balanço e perspectivas de reforma*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.151.

acusado e o defensor é um parâmetro válido para impedir a remoção do defensor, mesmo em caso de alegada inefetividade da defesa exercida.

3. Critérios de controle judicial da inefetividade da defesa técnica

a) A inefetividade da defesa em sentido estrito

Há um razoável nível de consenso no âmbito da doutrina e da jurisprudência dos mais diversos países e cortes internacionais acerca da necessidade de a defesa técnica possuir um mínimo teor de efetividade, sob pena de não ser apta a resguardar os direitos de defesa dos acusados.

Se um advogado porta-se tal qual um monge de pedra, sem qualquer intervenção concreta no processo, não se desincumbe de seu encargo de promover a defesa do acusado, de modo que não se forma o devido processo legal, e sim um mero encadeamento de atos procedimentais de cariz apenas formal.³⁰⁰

Nesse sentido, mesmo entre os que entendem não haver um conceito apriorístico de defesa, advoga-se a existência de algo de mínimo, aquém do qual não mais existe defesa.³⁰¹

De outra banda, não é exigível que o defensor apresente uma defesa perfeita ou isenta de qualquer falha, uma vez que a imperfeição é inerente à condição humana, tampouco pode o réu exigir que se lhe garanta a melhor defesa existente,³⁰² já que é desnecessário para garantir, em seu conjunto, os direitos do acusado, além de ser inviável na prática processual.

Nesse diapasão, no meio do caminho entre os inúteis monges de pedra e os ilusórios defensores perfeitos, há que se buscar estabelecer critérios para a aferição do que se considera uma defesa técnica efetiva.

Com efeito, a uniformidade quanto ao reconhecimento do direito do acusado a uma defesa técnica efetiva não se repete, sequer remotamente, quando se busca definir critérios de aferição de tal (in)efetividade ou mesmo sobre as hipóteses em que a assistência do defensor pode ser considerada inefetiva.

³⁰⁰ CINTRA JÚNIOR, Dyrceu A. D. O devido processo legal e a defesa efetiva (jurisprudência comentada). *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. São Paulo, v.3, n.10, p.188-192, abr./jun. 1995.

³⁰¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n.1, de 1969*. Tomo V. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p.234.

³⁰² TRECHSEL, Stefan; SUMMERS, Sarah J. *Human Rights in Criminal Proceedings*. v.190. Oxford: Oxford University Press, 2005, p.270.

Não é de surpreender, contudo, a dificuldade de se estabelecer critérios gerais de aferição da (in)efetividade da defesa técnica, pois a atividade defensiva possui uma intrínseca e variada gama de possibilidades, decorrentes de fatores também variados, como as diferentes estratégias defensivas, que sofrem a influência do tipo de órgão julgador, do acervo probatório, das nulidades porventura existentes, do momento processual em que se pratica o ato defensivo, do tipo de delito, das possibilidades de acordo etc.

Nesse cenário, é acertada a posição de quem afirma a impossibilidade de se reduzirem a um quadro geral as hipóteses de defesa inefetiva.³⁰³

Contudo, se não é possível elencar todas as hipóteses em que uma defesa técnica pode ser considerada inefetiva, é válido o esforço para se delinear quais podem ser os critérios de aferição de tal (in)efetividade.

Nesse sentido, tanto a doutrina quanto a jurisprudência, nacional e estrangeira, formularam alguns critérios que se propõem a aferir a efetividade da defesa técnica, com vistas a permitir o controle judicial em caso de constatada inefetividade.

Conforme visto, a jurisprudência brasileira efetua a avaliação da efetividade da defesa técnica a partir da formulação do enunciado n° 523 da súmula do STF, o qual prevê que “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”.

Assim, a análise do enunciado permite concluir que há duas categorias de defesa inefetiva: a ausente e a deficiente, as quais possuem definições e consequências distintas.

Com relação à ausência de defesa, a intervenção judicial para coibir sua ocorrência tem expressa previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro,³⁰⁴ que confere ao magistrado o poder de dissolver o conselho de sentença do tribunal do júri³⁰⁵ e nomear outro defensor quando considerar que o réu está indefeso.

Nesse diapasão, uma adequada compreensão dos critérios utilizados pela jurisprudência brasileira ainda exige que se desenvolva o que pode ser tido como uma defesa

³⁰³ BATISTA, Nilo. Defesa Deficiente. *Revista de Direito Penal*. n°s 17-18. Jan.-Jun. de 1975, p.167-171.

³⁰⁴ Artigo 497, V, do CPPB.

³⁰⁵ Apesar de a previsão legal referir-se apenas ao procedimento do tribunal do júri, prevalece o entendimento de que a garantia é aplicável a todo e qualquer procedimento criminal. GRINOVER, Ada P. *O processo constitucional em marcha: contraditório e ampla defesa em cem julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*. São Paulo: Max Limonad, 1985, p.138.

presente, para afastar sua falta e não se considerar o réu indefeso. É suficiente que haja designação de um advogado? Basta que o defensor manifeste-se de alguma forma, independente do que diga, ou há um conteúdo mínimo a ser exigido da defesa?

Com efeito, a jurisprudência costuma adotar uma abordagem excessivamente formalista, que parece resumir a efetividade da defesa técnica à prática de atos obrigatórios, sem apreciar o seu conteúdo. Do mesmo modo, não aprecia a eventual relevância, no caso concreto, dos atos facultativos.

Assim, a nulidade por ausência de defesa técnica só é reconhecida “caso inexistente qualquer resistência à pretensão acusatória”,³⁰⁶ o que também pode se verificar, mesmo que sejam praticados os atos obrigatórios, quando a defesa exercida seja de tal modo falha que não chegue a apresentar alguma tese minimamente cabível para absolver ou, ao menos, atenuar a pena do acusado.

Desse modo, é possível extrair da jurisprudência brasileira, como regra geral, a ideia subjacente de que a defesa técnica precisa, para não ser tida como ausente, que o defensor compareça aos atos processuais e apresente as peças defensivas obrigatórias, articulando, de maneira coerente e inteligível, pelo menos uma tese que possa, ao menos hipoteticamente, favorecer o réu.

Tal regra, entretanto, não pode ser tida como um critério geral de aferição de inefetividade de defesa técnica, já que parcial e aplicável tão somente às hipóteses de ausência de defesa, enquanto a jurisprudência brasileira reconhece também a deficiência de defesa, que pode ser judicialmente controlada, desde que haja a demonstração do prejuízo.

Se é possível afirmar que a deficiência de defesa técnica é uma espécie de inefetividade de menor gravidade do que sua ausência, não se consegue extrair uma definição mais precisa do que é uma defesa deficiente a partir da jurisprudência brasileira.

Ocorre que, a despeito de ter previsão no enunciado sumular, a nulidade relativa decorrente da deficiência de defesa nunca é reconhecida pela jurisprudência brasileira, pois o seu reconhecimento sempre esbarra na suposta ausência de demonstração de prejuízo, que adiante se analisará, e que impede a definição do que venha a ser uma defesa deficiente.

Percebe-se que, na prática, a jurisprudência brasileira só permite a intervenção judicial por inefetividade da defesa técnica se o defensor deixar de praticar certos atos obrigatórios ou

³⁰⁶ STJB. HC nº 141.153.

os fizer de maneira tão falha que não se vislumbre qualquer tese defensiva minimamente hábil a favorecer o acusado.

Assim, é possível afirmar que a jurisprudência brasileira tem como *standard* de efetividade de defesa técnica a existência de “alguma defesa”, o que é insuficiente para a proteção dos direitos de defesa dos acusados e merece alterações.

A jurisprudência norte-americana, por sua vez, formulou ao menos dois critérios gerais de aferição da efetividade da defesa técnica. Inicialmente adotou o já mencionado *farce and mockery standard*, segundo o qual seria considerada inefetiva a defesa que de tão deficitária chegasse ao ponto de tornar o julgamento uma piada, a exemplo dos casos em que o advogado estivesse embriagado, dormisse no julgamento ou não conhecesse a lei aplicável, entre outras situações extremas.

Tal critério foi duramente criticado por estabelecer um padrão demasiado baixo da defesa, ao ponto de tornar a Sexta Emenda em si uma farsa,³⁰⁷ além de ser focado mais na imagem do julgamento do que propriamente no interesse do réu,³⁰⁸ pois se um advogado não chegasse a causar espanto, mas também não tivesse utilidade alguma para o réu, não se reconheceria a inefetividade da defesa técnica. Ademais, por só se aplicar aos casos que chegam a ir a julgamento, o *standard* é irrelevante nos casos em que o acusado assume sua responsabilidade, o que ocorre na maioria dos casos dos Estados Unidos.³⁰⁹

Tais razões ensejaram a sua substituição pelo critério do *reasonably competent attorney standard*, segundo o qual a efetividade da defesa técnica deve ser avaliada questionando se o defensor atuou com as habilidades e diligência que um defensor razoavelmente competente teria em circunstâncias similares.³¹⁰

Para tanto, algumas cortes avaliavam a efetividade da defesa técnica de acordo com a totalidade da atuação do defensor nas circunstâncias do caso concreto, enquanto outras

³⁰⁷ SAMAHA, Joel. *Criminal Procedure*. 6.ed. Belmont: Thomson Wadsworth, 2005, p.414.

³⁰⁸ SOO, Anneli. An Individual's Right to the Effective Assistance of Counsel versus the Independence of Counsel: What Can the Estonian Courts Do in Case of Ineffective Assistance of Counsel in Criminal Proceedings?, *Juridica International*, n.1, 2010, p.257.

³⁰⁹ SAMAHA, Joel. op. cit., p.451.

³¹⁰ KAMISAR, Yale et al. *Modern Criminal Procedure: Cases, Comments, and Questions*. 12.ed. St. Paul: Thomson/West, 2008, p.144.

adotavam um critério mais objetivo, ao conferir a atuação do defensor a partir de um *checklist* dos deveres do defensor, conforme orientações preestabelecidas.³¹¹

Contudo, no mencionado *Strickland v. Washington*, a Suprema Corte dos Estados Unidos estabeleceu a definição mais bem acabada dos parâmetros de controle judicial da efetividade da defesa técnica, a qual exige a realização do teste de razoabilidade, que desenvolveu o *reasonably competent attorney standard*.

Nessa toada, na aferição da razoabilidade da defesa técnica, segundo os parâmetros estabelecidos em *Strickland*, o tribunal deve considerar a ampla gama de opções que o defensor possui para tomar decisões estratégicas na condução da defesa, assim como deve observar uma forte presunção de que as escolhas foram razoáveis.

Do mesmo modo, fixou *Strickland* que orientações mais detalhadas não seriam adequadas para determinar a razoabilidade da defesa técnica exercida, pois nenhum guia rígido ou *checklist* é capaz de abarcar a diversidade de opções legítimas de condução da defesa, bem como poderia prejudicar os necessários fervor e independência da defesa, assim como abalar a confiança entre o acusado e seu defensor.

Apesar de ser mais bem definido e rigoroso do que a prática da jurisprudência brasileira, o teste de razoabilidade de *Strickland* ainda não nos parece suficiente para aferir a razoabilidade da defesa técnica ou sua efetividade em sentido estrito.

Conforme assentado no voto dissidente do *Justice Marshall*, embora seja correto e necessário preservar uma ampla margem de escolhas táticas para o defensor conduzir a defesa, é perfeitamente possível compatibilizar tal liberdade com a fixação de orientações mais pormenorizadas de atuação de advogados de defesa.

No mesmo sentido, Ed Cape³¹² sugere que a União Europeia deve estimular que as ordens de advogados articulem *standards* de boas práticas de defesas criminais com vistas a desenvolver tais orientações.

Decerto tais guias não podem e não devem prever com exatidão cada postura do advogado de defesa, até mesmo porque não conseguiriam fazê-lo e limitariam equivocadamente a liberdade de atuação do defensor. Entretanto, há vários aspectos da

³¹¹ Ibid.

³¹² CAPE, Ed et al. *Effective Criminal Defense in Europe: Executive Summary and Recommendations*. Antwerp, Belgium: Intersentia, 2010, p 14.

atuação defensiva que podem ser utilizados para fixação de *standards*, a exemplo de pedidos de fiança, consultas com o acusado, apresentação de recursos etc.

Outrossim, embora a fixação de orientações para atuação do defensor não seja uma tarefa fácil, pois cada caso criminal demanda uma abordagem particular, a existência das *guidelines* da ABA demonstrou que isso é possível e útil para que o tribunal consiga avaliar a efetividade da defesa técnica com menor probabilidade de o fazer em prejuízo da independência do advogado.³¹³

Crítico da jurisprudência brasileira, Diogo Malan³¹⁴ propõe alguns critérios para avaliar a efetividade da defesa técnica que se desdobram a partir da aferição das balizas do empenho pessoal e da capacitação técnica do defensor.

O empenho pessoal seria aferido a partir do comparecimento aos atos processuais, da protocolização das peças processuais e dos requerimentos de provas, enquanto a capacitação técnica seria avaliada a partir do conteúdo jurídico das alegações finais orais ou memoriais e das razões de apelação, em que seriam consideradas inefetivas as citadas manifestações defensivas quando desprovidas de a) fundamentação jurídica minimamente consistente e plausível, preferencialmente baseada em citações doutrinárias e jurisprudenciais; b) análise dos elementos de prova contidos nos autos e c) pedido de absolvição do acusado.

A despeito de as balizas do empenho pessoal e da capacitação técnica do defensor nos parecerem acertadas, seus desdobramentos não conseguem atingir o propósito de formular um adequado critério de avaliação da efetividade da defesa técnica.

A proposta de sistematização é incompleta, já que deixa de lado a avaliação da atuação do advogado em atos nos quais a participação defensiva tem enorme importância, a exemplo do adequado manejo de recursos dirigidos aos tribunais superiores, da inquirição de testemunhas e corréus e do próprio contato direto com o acusado, mormente em situações em que o mesmo se encontre preso.

Também merece reparo a exigência do pedido de absolvição para que se considere efetiva a defesa técnica. Inicialmente porque olvida as hipóteses em que se concorda com a

³¹³ SOO, Anneli. An Individual's Right to the Effective Assistance of Counsel versus the Independence of Counsel: What Can the Estonian Courts Do in Case of Ineffective Assistance of Counsel in Criminal Proceedings?, *Juridica International*, n.1, 2010, p.263.

³¹⁴ MALAN, Diogo. Defesa técnica e seus consectários lógicos na Carta Política de 1988. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. (coords.) *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.160-162.

acusação em função de uma negociação com a mesma, além do que há casos em que o pedido de absolvição se mostra temerário, sendo de mais utilidade buscar ressaltar argumentos que venham a atenuar a pena.³¹⁵

Não se olvida que a ideia tradicional de defesa consiste na resistência e contraposição à acusação, contudo, parece-nos precipitado limitar a defesa à total negação das teses acusatórias, sob pena de a defesa não ter qualquer efeito prático em favor do acusado.

Assim, há casos em que as provas em desfavor do réu são de tal modo robustas que a melhor opção estratégica pode ser assumir os fatos, ou parte deles, e lutar para que a inevitável condenação se dê por um delito de menor gravidade ou mesmo, sem alterar a espécie de delito, focar a intervenção defensiva na luta por uma medida da pena de menor intensidade.

Outrossim, uma busca irrefletida pela absolvição é incompatível com a realidade cada vez mais presente das soluções de consenso e negociação no âmbito do processo penal,³¹⁶ nas quais o principal papel do defensor é aconselhar o acusado sobre a conveniência de aceitar um acordo e os respectivos termos.³¹⁷

Ademais, os critérios formulados não diferenciam o *standard* de avaliação da efetividade da defesa técnica conforme o rito processual, a fase em que venha a ocorrer a suposta falha ou a severidade da pena a ser imposta ao acusado.

No que se refere ao rito, não se pode desconsiderar que a Constituição Federal prevê no artigo 5º, XXXVIII, alínea a), a plenitude de defesa como princípio norteador do tribunal do júri, o que é considerado como uma potencialização da ampla defesa,³¹⁸ aplicável aos demais processos, o que indica que o critério de avaliação da efetividade da defesa técnica no plenário do tribunal do júri deve ser mais rigoroso.

Também se considera que o *standard* não deve ser o mesmo em cada momento do processo, pois, apesar de ser inegável que a defesa técnica deve ser presente em todo o iter

³¹⁵ MARQUES DA SILVA, Germano. da. O advogado penalista. In: *Jurismat*, n.4. 2014, p.15-33.

³¹⁶ SCHUNEMANN, Bernd. *Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global*. Derecho Penal y Criminología, v.25, p.175, 2004.

³¹⁷ CHIN, Gabriel J.; HOLMES JR., Richard W. Effective Assistance of Counsel and the Consequences of Guilty Pleas. *Cornell Law Review*, v.87, p.697, 2001.

³¹⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. Cases da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF. São Paulo: Atlas, 2014, p.113.

processual,³¹⁹ ao menos no ordenamento jurídico brasileiro, as alegações finais têm um papel central, de modo que é razoável que o grau de exigência nessa fase seja mais elevado.

Assim como os críticos de Strickland,³²⁰ que consideram equivocado não conferir um controle mais apertado à efetividade da defesa técnica nos casos capitais, consideramos que a natureza da pena possivelmente imposta ao acusado também deve interferir no parâmetro de avaliação da efetividade da defesa técnica.

Apesar de a pena de morte não ser ordinariamente aplicável no processo penal brasileiro,³²¹ o fundamento da crítica refere-se à diferença qualitativa entre as penas, o que também é verdade em relação à pena de prisão e à pena de restrição de direitos.

Assim, é razoável exigir um parâmetro de efetividade da defesa técnica mais rigoroso nos processos em que a pena de prisão possa ser imposta do que aos delitos que não ensejem tal penalidade.

Em face do exposto, entendemos adequado avaliar a efetividade da defesa técnica, com vistas a permitir a intervenção judicial, a partir das balizas de empenho pessoal e capacitação técnica propostas por Diogo Malan, mas com as ressalvas apontadas, em especial pela possibilidade de se estabelecer um certo rol, não exaustivo, de práticas adequadas à defesa criminal, que refletem um critério de razoabilidade e podem variar conforme a natureza da pena a ser eventualmente imposta, a espécie de processo e a fase em que ocorra a falha defensiva.

b) (Des)necessidade de comprovação de prejuízo

Além da falha em si, ainda há que se estabelecer se é necessária a demonstração de prejuízo para que se configure a inefetividade da defesa técnica, bem como definir o significado de tal exigência.

Como visto, a jurisprudência brasileira faz a distinção entre a ausência de defesa técnica e a defesa técnica deficiente, exigindo, na segunda hipótese, a demonstração do prejuízo, na medida em que se configuraria uma nulidade relativa.

³¹⁹ FERNANDES, Antonio S. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 257.

³²⁰ WHITE, Welsh S. *Effective Assistance of Counsel in Capital Cases: The Evolving Standard of Care*. *University of Illinois Law Review*, 1993, p.323.

³²¹ O art. 5º, XLVII, a), da CRFB, proíbe a pena de morte, salvo nas hipóteses de crimes militares cometidos em tempo de guerra oficialmente declarada.

Tal distinção não fornece critérios mais claros do que pode ser considerado como prejuízo e é duramente criticada por grande parte da doutrina brasileira, a qual entende que mesmo a deficiência de defesa deve ser considerada nulidade absoluta.³²²

Apesar de o STJB já ter decidido que a existência de sentença condenatória caracterizaria o prejuízo,³²³ abandonou tal posição e passou a considerar que “a ocorrência de condenação não demonstra, por si, a relação causal exigida no verbete da súmula nº 523/STF”.³²⁴

Nessa toada, incorporou ao conceito de prejuízo a vinculação entre a falha defensiva e o resultado do julgamento, assim como a justiça da decisão,³²⁵ o que, mesmo de forma não sistematizada e sem referência expressa, aproxima-se dos critérios definidos pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos em *Strickland*.³²⁶

Em princípio, a existência do prejuízo parece ser uma exigência razoável para se anular uma decisão judicial, afinal de contas não se mostra relevante a análise de uma falha da defesa em um processo no qual o acusado foi absolvido, salvo para eventuais fins de apuração no âmbito dos órgãos de correição profissional ou processos cíveis que discutam o contrato entre o réu e seu advogado, o que transborda dos objetivos do processo criminal.

De fato, não mereceria qualquer reparo a exigência de demonstração de prejuízo se o mesmo fosse entendido como a existência de decisão desfavorável ao acusado em processo no qual foi constatada a (in)ação falhada por parte do defensor. Contudo, o critério adotado é mais rigoroso e inadequado, conforme se demonstrará.

A principal crítica ao critério escolhido para definir o prejuízo refere-se à descabida exigência de demonstração de relação de causa e efeito entre a falha defensiva e o resultado desfavorável ao acusado.

Tal imposição representa um ônus excessivo para o acusado, exigindo-lhe uma prova impossível, pois é empiricamente indemonstrável que, se a defesa tivesse sido efetiva, o

³²² Cf. MALAN, Diogo. Defesa técnica e seus consectários lógicos na Carta Política de 1988. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. (coords.) Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009; SANTIAGO, Nestor E. A. O princípio do defensor natural no processo penal brasileiro. In SANTIAGO, Nestor E. A.; LIMA, M. P. (coords). A renovação processual penal após a Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.; SILVA, Ana P. P. Defesa técnica efetiva, garantismo e eficiência no processo penal: caminhos para uma tutela integral dos direitos fundamentais. Fortaleza, 2012, 135 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará.

³²³ STJB. HC nº 57.425 e STJB. HC nº 48.556.

³²⁴ STJB. HC nº 124.090, STJB. HC nº 151.532 e STJB. HC nº 149.907.

³²⁵ STJB. HC nº 109.129 e STJB. HC nº 178.797.

³²⁶ *Strickland vs. Washington*, 466 U.S. 668 (1984).

resultado seria diverso, o que pode ser caracterizado como mero argumento retórico para descaracterizar o vício decorrente da inefetividade da defesa.³²⁷

Consoante assinalado pelo Justice Marshall, em seu voto vencido no caso Strickland,³²⁸ há situações em que a condenação parece certa, mas a atuação competente do defensor leva à absolvição do réu, enquanto há fatos que são considerados como provados porque o advogado não apresentou as provas contrárias, mas o tribunal não tem como avaliar o resultado corretamente justamente por não dispor de todos os elementos.

Ademais, ao exigir que o réu demonstre que há uma razoável probabilidade de que, sem a falha do defensor, o resultado do julgamento seria diferente, mantêm-se incólumes condenações em que há uma razoável possibilidade de que uma pessoa inocente tenha sido erroneamente condenada por conta da deficiência de sua defesa.³²⁹

De outra banda, não há na efetividade da defesa técnica qualquer dimensão de resultado, uma vez que se trata de obrigação de meio, havendo apenas a exigência de que seja hábil, em tese, a produzir uma decisão judicial mais favorável aos interesses do acusado.³³⁰

Também é inadequada a vinculação do prejuízo ao eventual acerto da decisão condenatória, pois tal critério denota que o único objetivo da defesa técnica é a redução das possibilidades de condenação de um inocente, sem se preocupar com o processo em si.

Ocorre que um processo justo é condição lógica e necessária para se concluir pela culpa do acusado e a garantia da defesa técnica efetiva também deve ter o propósito de assegurar que as condenações decorram apenas de processos fundamentalmente justos, assemelhando-se, nesse aspecto, às proibições de prova, cujo conceito está subjacente à ideia de que há limites intransponíveis à persecução penal.³³¹

Ademais, vincular de modo tão decisivo a exigência de efetividade da defesa à possibilidade de reversão do julgamento, acaba por tornar desnecessária a defesa nos

³²⁷ MALAN, Diogo. Ob. Cit. p. 162-163.

³²⁸ Strickland vs. Washington, 466 U.S. 668 (1984).

³²⁹ FREEDMAN, Monroe H. An Ethical Manifesto for Public Defenders. Valparaiso University Law Review, v.39, n.4, 2005, p.918.

³³⁰ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Direito à defesa efetiva. In *Revista dos Tribunais*, n. 727, p. 397-401, maio de 1996.

³³¹ COSTA ANDRADE, Manuel. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p.117.

chamados casos *hopeless cases*,³³² e não difere na essência da absurda possibilidade de o Ministério Público e o Juiz, antes mesmo do processo, dizerem ao acusado que as provas estão em seu desfavor e que, em razão disto, não lhe nomeariam defensor.³³³

A jurisprudência brasileira não reconhece a nulidade, por ausência de prejuízo, se, mesmo que a defesa falhe ao deixar de apresentar argumentos favoráveis ao acusado, o tribunal apreciar de maneira oficiosa a irresignação do acusado.³³⁴

Com efeito, uma dada tese defensiva pode ser introduzida no debate por atores outros que não o defensor, como o próprio acusado, no exercício da autodefesa, pelo defensor de um coarguido, se a tese for comum, pelo Ministério Público, enquanto sujeito processual submetido ao dever de imparcialidade e objetividade, ou pelo próprio tribunal, ao exercer o poder de investigação dos fatos.

Em tal situação, a despeito da falha do defensor, as teses defensivas teriam sido levadas ao conhecimento do tribunal, de modo que a decisão teria levado em conta todas as possibilidades e considerado todos os elementos que, em tese, poderiam favorecer a defesa.

Por outro lado, tal orientação diminui o papel da defesa técnica e trata com normalidade o fato de o tribunal decidir uma questão sem que o acusado se manifeste de modo adequado sobre a matéria em causa.

Assim, resta saber se a discussão da tese nos autos, independente da manifestação do defensor, pode afastar o prejuízo ou se é necessário que a defesa técnica exponha o argumento.

Parece-nos razoável que, em certos casos, o debate da tese pelo tribunal afaste a declaração da nulidade por ausência de prejuízo, porém tal possibilidade não deve ser aplicada à totalidade das situações. É necessário analisar o caso concreto, pois, se é possível que o tema seja suficientemente abordado por um outro ator do processo sem que a defesa do acusado seja prejudicada, também pode ocorrer que a tese seja apenas mencionada, sem a necessária argumentação, essencial ao debate jurídico, e que pode demandar em certas situações, como os julgamentos pelo tribunal do júri, de recursos retóricos que vão além da mera menção à tese.

³³²GENEGO, William J. Future of Effective Assistance of Counsel: Performance Standards and Competent Representation, *The American Criminal Law Review*, v. 22, 1984, p. 200.

³³³ SHAPIRO, Richard E. Nos debates orais de *Strickland v. Washington*, 466 U.S. 668 (1984) disponível em <https://www.oyez.org/cases/1983/82-1554>. Acessado em 26 de outubro de 2015.

³³⁴ STJB. HC n° 50.255 e STJB. HC n° 63.471.

Nessa toada, consideramos que a demonstração do prejuízo deve ser limitada à existência de decisão desfavorável, com a ressalva de que a discussão da tese defensiva no processo, independente de arguição da defesa pode, em certos casos, afastar o prejuízo.

Entretanto, não é exigível a comprovação do nexo causal entre a decisão e a deficiência defensiva, tampouco é necessário que a decisão esteja equivocada em seu conteúdo, bastando que tenha sido produzida sem a necessária defesa técnica efetiva.

Conclusão

O acusado, via de regra, desconhece a técnica jurídica e, mesmo se porventura for experto no assunto, encontra-se em uma posição de fragilidade diante do risco de sofrer a condenação, o que pode prejudicar sua capacidade de discernimento. Diante desse quadro, dificilmente a sua defesa pessoal será suficiente para assegurar que o processo transcorra de modo justo, com o devido respeito aos seus direitos fundamentais.

Ademais, além dos direitos do acusado, há o interesse público no exercício da defesa técnica, na medida em que esta funciona como um mecanismo de autoproteção do sistema processual penal ao diminuir as chances de condenações equivocadas e assegurar que as decisões sejam legítimas, já que decorrentes de um processo em que o acusado teve reais oportunidades de participação.

Entretanto, para que cumpra o seu papel, a participação do defensor não pode se limitar a uma mera formalidade. A atuação defensiva precisa ser concreta e efetiva, intervindo no processo em favor dos interesses do acusado.

Nesse diapasão, os sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos reconhecem que a mera designação de advogado não é suficiente para assegurar o exercício dos direitos de defesa, de modo que, constatada a carência manifesta da defesa, deve o poder judiciário intervir para garantir a efetividade da defesa técnica.

Entretanto, é da natureza do Direito Internacional dos Direitos Humanos, estabelecer apenas um conteúdo mínimo das garantias, deixando ao direito interno de cada país, o detalhamento sobre o alcance de cada direito e a forma de exercício e controle.

A análise de como o direito brasileiro trata o controle da efetividade da defesa técnica pelos tribunais, comparado com o tratamento do tema no direito norteamericano e no direito português, demonstrou que há uma certa uniformidade no reconhecimento da possibilidade de controle, conforme estabelecido pelos organismos internacionais, porém uma grande variedade de critérios de solução dos problemas concretos.

Assim, o estudo do ordenamento jurídico de cada país, com especial destaque para a análise da jurisprudência, permitiu que extraíssemos algumas conclusões acerca das soluções mais adequadas aos problemas jurídicos decorrentes do controle da efetividade da defesa técnica pelos tribunais.

Nessa toada, a intervenção judicial sobre a defesa técnica, mesmo que para garantir sua efetividade, enseja riscos à independência da advocacia, de modo que precisa ser cercada de cautelas para evitar uma ingerência indevida.

Desse modo, deve o tribunal respeitar a autonomia do advogado para conduzir a defesa, não lhe cabendo ficar analisando cada ato do defensor e intervindo quando não o considerar o mais adequado. Só deve o tribunal intervir em casos nos quais a defesa esteja comprometida ao ponto de não ser considerada razoável

Outra questão recorrente é a possível distinção de tratamento conforme se trate de advogado contratado pelo réu ou fornecido pelo Estado. Apesar de a crítica aos serviços de assistência jurídica aos que não podem pagar por um advogado ser praticamente unânime nos mais diversos ordenamentos jurídicos,³³⁵ não concordamos com a fixação de critérios distintos de análise da efetividade da defesa técnica.

Apesar de o CPPB³³⁶ estabelecer distinções de deveres entre a defesa contratada e a exercida por defensor público ou advogado dativo, não consideramos tal distinção adequada, pois o direito à defesa técnica efetiva é consequência do próprio direito de defesa, aplicável a qualquer acusado, independente da forma de investidura de seu defensor.

Ademais, a independência e o dever de efetividade são válidos tanto para os defensores oficiosos quanto para os escolhidos pelos acusados, uma vez que reconhecer menor liberdade ao defensor nomeado seria prejudicar injustificadamente a defesa dos que não possuem recursos, enquanto deixar de intervir o judiciário em um caso no qual haja manifesta inefetividade de defesa implicaria prejudicar o acusado sem motivação razoável.

³³⁵ Sobre Portugal, ver: LATAS, António João. (coord.). *Mudar a justiça penal: linhas de reforma do processo penal português*. Lisboa: Almedina, 2012. Sobre o Brasil: MARTINS, Fernanda V.; REZENDE, Guilherme M. Defesa formal x defesa substancial. In: TEIXEIRA, Alessandra; OLIVEIRA, Fernanda F. de; ROMANACH, Helena M. (coords.). *Decisões judiciais nos crimes de roubo em São Paulo: A lei, o direito e a ideologia*. São Paulo: IBCCRIM/IDDD, 2005; e MALAN, Diogo. Defesa técnica e seus consectários lógicos na Carta Política de 1988. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. (coords.). *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Sobre os EUA: BRIGHT, Stephen B. Counsel for the Poor: The Death Sentence Not for the Worst Crime but for the Worst Lawyer. *Yale Law Journal*, v.103, 1835 (1994). Demonstrando a mesma preocupação com o problema em outros nove países europeus, ver: CAPE, Ed. et al. *Effective Criminal Defense in Europe: Executive Summary and Recommendations*. Antwerp, Belgium: Intersentia, 2010. E sobre a América Latina: BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Tradução de Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

³³⁶ Artigo 261, parágrafo único.

Talvez o mais difícil problema seja o de estabelecer o parâmetro de aferição de efetividade da defesa, que não pode ser tão frouxo que não a proteja, sem tão rígido que prejudique a liberdade do advogado.

Nesse sentido, consideramos que o critério mais adequado é o formulado pelo voto vencido do *Justice Marshall* em *Strickland*³³⁷ que baliza a aferição da efetividade a partir de critérios de razoabilidade que podem ser fixados em *guidelines*, que orientem a atuação do defensor.

Por fim, concluímos que a necessidade de demonstração de prejuízo, se entendida como a relação causal entre a inefetividade da defesa técnica e o resultado do julgamento, é virtualmente impossível e não deve ser exigida do acusado.

Desse modo, consideramos que o prejuízo deve ser considerado demonstrado sempre que houver decisão desfavorável e as teses defensivas não tenham sido devidamente debatidas pelo tribunal.

³³⁷ *Strickland vs. Washington*, 466 U.S. 668 (1984).

Bibliografia

ALBUQUERQUE, Paulo P. de. *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4.ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011.

ALMEIDA, Carlos F. de; CARVALHO, Jorge M. *Introdução ao Direito Comparado*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2013.

ANTEPROJETOS de lei de reforma do código de processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n.33, jan./mar. 2001, p.304-364.

ARMENTA DEU, Teresa. *Sistemas procesales penales: la justicia penal en Europa y América*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

BARRETO, Irineu C. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*. 4.ed, Coimbra: Coimbra Editora, 2010

BATISTA, Nilo. Defesa Deficiente. *Revista de Direito Penal*. n^{os} 17-18. Jan.-Jun. de 1975, p.167-171.

BELLAVISTA, Girolamo. La difesa giudiziaria penale. In: *Studi sul processo penale*. v.III (1960-1965). Milano: Giuffrè, 1966.

BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Tradução de Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. *Introducción al derecho procesal penal*. 2.ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.

BOTELHO, Maria Madalena. Defensoria Pública em Portugal: uma solução possível e adequada? Análise comparada entre os modelos português e brasileiro. In: ANTUNES, Maria João; SANTOS, Cláudia C.; AMARAL, Cláudio P. do. *O s novos atores da Justiça Penal*. Coimbra: Almedina, 2016, p.351-409.

BRIGHT, Stephen B. Counsel for the Poor: The Death Sentence Not for the Worst Crime but for the Worst Lawyer. *Yale Law Journal*, v.103, 1835 (1994).

CAPE, Ed; NAMORADZE, Zaza; SMITH, Roger; SPROKEN, Taru. *Effective Criminal Defense in Europe: Executive Summary and Recommendations*. Antwerp, Belgium: Intersentia, 2010.

CARULLI, Nicola. *Il diritto di difesa dell'imputato*. Napoli: Casa Editrice Jovene, 1967.

CARVALHO, Salo de; LOUREIRO, Antonio T.. *Nulidades no Processo Penal e Constituição: Estudo de casos a partir do referencial garantista*. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (coords.). *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CAWLEY, Whitney. Raising the Bar: How *Rompilla v. Beard* Represents the Court's Increasing Efforts to Impose Stricter Standards for Defense Lawyering in Capital Cases. *Pepperdine Law Review*, v.34, 2006

CHIN, Gabriel J.; HOLMES JR., Richard W. Effective Assistance of Counsel and the Consequences of Guilty Pleas. *Cornell Law Review*, v.87, p.697, 2001.

CINTRA JÚNIOR, Dyrceu A. D. O devido processo legal e a defesa efetiva (jurisprudência comentada). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v.3, n.10, abr./jun. 1995, p.188-192.

COOLEY, Craig M.; TURVEY, Brent E. *Miscarriages of Justice: Actual Innocence, Forensic Evidence, and the Law*. Amsterdam: Academic Press, 2014.

COSTA ANDRADE, Manuel. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

DÁ MESQUITA, Paulo. *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento – estudo sobre a prova no processo penal português, à luz do sistema norte-americano*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

FERNANDES, Antonio S. *Processo Penal Constitucional*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Teoría del garantismo penal. 6.ed. Madrid: Trotta, 2004.
- FERREIRA, Manuel C. de. *Curso de Processo Penal*. v.1. Lisboa: Editora Danubio, 1986.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004 [1974].
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge. Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal. In: AA.VV., *Jornadas de Direito Processual Penal: O novo Código de Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 1991.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge.; COSTA ANDRADE, Manuel. *Criminologia: O homem delincente e a sociedade criminógena*. 2ª Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.
- FREEDMAN, Monroe H. An Ethical Manifesto for Public Defenders. *Valparaiso University Law Review*, v.39, n.4, 2005.
- GENEGO, William J. Future of Effective Assistance of Counsel: Performance Standards and Competent Representation, *The American Criminal Law Review*, v. 22, 1984, p. 200.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. Cases da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF. São Paulo: Atlas, 2014.
- GIANNELLA, Berenice Maria. *Assistência jurídica no processo penal: garantia de efetividade do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002,
- GREDD, Helen. Washington v. Strickland: Defining Effective Assistance of Counsel at Capital Sentencing. *Columbia Law Review*, n.6, 1983.
- GRINOVER, Ada P. *O processo constitucional em marcha: contraditório e ampla defesa em cem julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*. São Paulo: Max Limonad, 1985.
- GRINOVER, Ada P.; GOMES FILHO, Antonio M.; FERNANDES, Antonio S. *As nulidades no processo penal*. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

HARTMANN, Érica de O. *Processo penal e rito democrático: a simplificação dos procedimentos como condição de possibilidade do contraditório e da ampla defesa*. Curitiba, 2010. 341 fls. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná.

Harvard Law Review, v.123, 2009-2010, p.1795.

HERENCIA CARRASCO, Salvador M. El derecho de defensa en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (Eds.). *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional* – Tomo I. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung; Calle: Temis, 2011, p.359-378.

ISRAEL, Jerold H. Gideon v. Wainwright – From a 1963 Perspective. *Iowa Law Review*, v.99, 2013.

ISRAEL, Jerold H.; KAMISAR, Yale; LAFAVE, Wayne R.; KING, Nancy J. *Proceso Penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica: casos destacados del Tribunal Supremo y texto introductorio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

JUÁREZ, Mariano. Defensa técnica eficaz y juicio abreviado. *Revista del Ministerio Público de la Defensa*. Año VI, n.7, Octubre 2012, p.93-122.

KAMISAR, Yale; LAFAVE, Wayne R.; ISRAEL, Jerold H.; KING, Nancy J.; KERR, Orion S. *Modern Criminal Procedure: Cases, Comments, and Questions*. 12.ed. St. Paul: Thomson/West, 2008.

KING, Nancy J. Enforcing Effective Assistance after Martinez. *The Yale Law Journal Company*, Incorporated in The Yale Law Journal (Forthcoming), p.13-24, 2013.

LATAS, António João. (coord). *Mudar a Justiça Penal: linhas de reforma do processo penal português*. Lisboa: Almedina, 2012.

LIEBMAN, James S., FAGAN, Jeffrey., WEST, Valery., LLOYD, Jonathan. Capital Attrition: Error Rates in Capital Cases, 1973-1995. *Texas Law Review* 78, 1839-1865, 2000.

LÔBO, Paulo. *Comentários ao estatuto da advocacia e da OAB*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOPES JR, Aury; GLOECKNER, Ricardo J. *A investigação preliminar no Processo Penal*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Direito à defesa efetiva. In *Revista dos Tribunais*, n. 727, p. 397-401, maio de 1996.

MALAN, Diogo. Defesa Técnica e seus consectários lógicos na Carta Política de 1988. In PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. (coords.). *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MARQUES DA SILVA, Germano. *Curso de Processo Penal I*. Noções Gerais, Elementos do Processo Penal. 6.ed. Lisboa: Babel, 2010.

_____. O advogado penalista. In: *Jurismat*, n.4. 2014, p.15-33.

MARTINS, Ana Maria G. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina, 2012.

MARTINS, Fernanda V.; REZENDE, Guilherme M. Defesa formal x defesa substancial. In: TEIXEIRA, Alessandra; OLIVEIRA, Fernanda F. de; ROMANACH, Helena M. (coords.). *Decisões judiciais nos crimes de roubo em São Paulo: A lei, o direito e a ideologia*. São Paulo: IBCCRIM/IDDD, 2005, p.97-107.

MAYEUX, Sara. Ineffective Assistance of Counsel Before *Powell v. Alabama*: Lessons from History for the Future of the Right to Counsel. *Iowa Law Review*, v.99, 2014.

MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo Gustavo G., *Curso de Direito Constitucional*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEXXINA, Paul A. Elevating Choice over Quality of Representation: *United States v. Gonzalez-Lopez*, 126 S. Ct. 2557 (2006). *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v.30, p.451, 2006.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MIRZA, Flávio. Notas sobre a efetividade da defesa técnica em Processo Penal. In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (coords.). *Setenta anos do Código de Processo Penal brasileiro: balanço e perspectivas de reforma*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.150.

MORENO CATENA, Victor. *La defensa en el proceso penal*. Madrid: Civitas, 1982.

NAÇÕES UNIDAS. *Oitavo Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção ao Crime e Tratamento de Infratores*. Havana, 27 de agosto a 7 de setembro de 1990. Relatório elaborado pelo Secretariado (Publicação das Nações Unidas. Número de venda E.91.IV.2), cap. I, seção B.3, anexo.

NUCCI, Guilherme de S. *Manual de Processo e Execução Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Eugênio P. de; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PALMA, Maria Fernanda. O problema penal do processo penal. In: PALMA, Maria Fernanda (Coord.). *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004.

PIAZENTIN, Tânia; GONÇALVES, Renato. *Do Defensor Oficioso: uma análise do regime jurídico português numa perspectiva comparada*. Direcção-Geral da Política de Justiça – DGPIJ. Julho de 2010.

PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n.1, de 1969*. Tomo V. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

PRIMUS, Eve B. Effective Trial Counsel after *Martinez v. Ryan*: Focusing on the Adequacy of State Procedures. *The Yale Law Journal*, v.122, p.2604-25, 2013.

PROCTOR, Gray; KING, Nancy. *Post Padilla: Padilla's Puzzles for Review in State and Federal Courts*. *Federal Sentencing Reporter*, v.23, n.3, p.239-249, 2011.

Programa do XVIII governo constitucional. Disponível em: <<http://www.portugal.gov.pt/media/468569/gc18.pdf>>. Acesso em 20 de abril de 2016.

QUANDT, Gustavo de O. Defensor não é obrigado a apresentar resposta substancial à acusação. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-20/defensor-nao-obrigado-apresentar-resposta-substancial-acusacao#sdfootnote12anc>>.

Acesso em 24 de abril de 2016.

RICCIO, Giuseppe. *Processo penale e modelli di partecipazione*. Napoli: Jovene, 1977.

ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.

SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SAMAHA, Joel. *Criminal Procedure*. 6.ed. Belmont: Thomson Wadsworth, 2005.

SANTIAGO, Nestor E. A. O princípio do defensor natural no processo penal brasileiro. In SANTIAGO, Nestor E. A.; LIMA, M. P. (coords). *A renovação processual penal após a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SCHUNEMANN, Bernd. *Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global*. *Derecho Penal y Criminología*, v.25, p.175, 2004.

SHAPIRO, Richard E. Nos debates orais de Strickland v. Washington, 466 U.S. 668 (1984) disponível em <https://www.oyez.org/cases/1983/82-1554>. Acesso em 26 de outubro de 2015.

SILVA, Ana P. P. Defesa técnica efetiva, garantismo e eficiência no processo penal: caminhos para uma tutela integral dos direitos fundamentais. Fortaleza, 2012, 135 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará.

SMITH, Abbe. *Gideon Was a Prisoner: On Criminal Defense in Time of Mass Incarceration*, *The Washington & Lee Law Review*, v.70, 2013, p.1363-1385.

SOO, Anneli. An Individual's Right to the Effective Assistance of Counsel versus the Independence of Counsel: What Can the Estonian Courts Do in Case of Ineffective Assistance of Counsel in Criminal Proceedings?, *Juridica International*, n.1, 2010.

SOUZA MENDES, Paulo. *Lições de Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TOURINHO FILHO, Fernando da C. *Código de processo penal comentado: arts. 1º a 393º*. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TRECHSEL, Stefan. *Human Rights in Criminal Proceedings*. New York: Oxford University, 2005.

VALE, Ionilton P. do. *O tribunal do júri no contexto do devido processo legal: uma crítica ao tribunal do júri “puro” em comparação com os modelos do escabinado e do assessorado: estudo dos fatores que interferem no julgamento e na imparcialidade de suas decisões (análise da instituição com a jurisprudência das convenções europeia e americana dos direitos humanos, do Tribunal do Júri Português e da Suprema Corte Americana)*. Lisboa, 2015, 585 fls. Tese (Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa.

VALENÇA, Manuela A. Julgando a liberdade em linha de montagem: uma observação etnográfica dos julgamentos dos *Habeas Corpus* nas sessões das Câmaras Criminais do TJPE. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v.23, n.116, p.207-238, set./out. 2015.

WEST, Emily. *Court Findings of Ineffective Assistance of Counsel Claims in Post-Conviction Appeals among the First 255 DNA Exoneration Cases*. The Innocence Project, New York, 2010. Disponível em: <http://www.innocenceproject.org/docs/innocence_project_iac_report.pdf>. Acesso em 28/11/2015.

WHITE, Welsh S. Effective Assistance of Counsel in Capital Cases: The Evolving Standard of Care. *University of Illinois Law Review*, 1993, p.323.

JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal (Brasil)

ADI n° 5.240.

ADPF n° 347.

HC n° 83.292

HC n° 83.292.

HC n° 83.487

HC n° 83.487

HC n° 85.969.

HC n° 87.585-8

HC n° 100.351.

HC n° 102.603

HC n° 126.249.

HC n° 71.705.

HC n° 73.671.

HC n° 75.898.

HC n° 80.958.

HC n° 86.683

HC n° 86.763

HC n° 94.168.

HC n° 99.457.

RE n° 466.343

RHC n° 97.795.

RHC n° 43.011.

RHC n° 86.683.

Superior Tribunal de Justiça (Brasil)

HC n° 66.766.

HC n° 168.240.

HC n° 151.532

AgRg no AREsp n° 33.110

AgRg no HC n° 256.173

AgRg no HC n° 256.173.

HC n° 109.129

HC n° 124.090

HC n° 141.153.

HC n° 149.907.

HC n° 178.797.

HC n° 19.553.

HC n° 234.758.

HC n° 235.210

HC n° 24.426.

HC n° 258.026

HC n° 34.450.

HC n° 48.556.

HC n° 50.255

HC n° 53.948

HC n° 57.425

HC n° 59.078.

HC n° 63.471.

HC n° 101.675.

HC n° 124.262.

HC n° 172.103.

HC n° 238.315.

HC n° 266.490.

HC n° 279.435.

HC n° 31.680

HC n° 32.307

HC n° 326.204.

HC n° 44.213

HC n° 51.761.

HC n° 60.276.

HC n° 88.919.

REsp n° 869.582

RESP n° 472.897.

RHC n° 51.118.

RHC n° 55.184.

RHC n° 12.697

RHC n° 41.517.

Tribunal Regional Federal da Quarta Região (Brasil)

MS n° 5035661- 78.2015.4.04.0000/PR

Tribunal Constitucional (Portugal)

Acórdão n° 159/2004.

Acórdão n° 337/2000.

Acórdão n° 34/1996

Acórdão n° 429/2004.

Acórdão n° 469/1996.

Acórdão n° 578/2001.

Supremo Tribunal de Justiça (Portugal)

Acórdão de 04/10/2006, Processo n° 05P2906.

Acórdão de 08/10/2003, Processo n° 03P2285.

Acórdão de 12/05/2005, Processo n° 05P1310

Acórdão de 14/05/2009, Processo n° 09P0606.

Acórdão de 15/01/2004, Processo n° 03P3297.

Acórdão de 21/02/2007, Processo n° 06P4594.

Acórdão de 26/11/2003, Processo n° 03P2727.

Acórdão de 26/11/2003, Processo n° 00P2439.

Acórdão n° 5/2002 de 17/07/2002.

Tribunais da Relação (Portugal)

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra – TRC de 07/02/2007, Processo n° 1158/05.8PBAVR-A.C1.

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora – TRE de 30/06/2015, Processo n° 28/08.2GBCCH.E1.

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães – TRG de 25/05/2015, Processo n° 1715/12.6GBBCL.G1

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa – TRL de 04/10/2007, Processo n° 7875/07-9.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa – TRL de 19/06/2007, Processo n° 4790/2007-5.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto – TRP de 15/05/2002, Processo n° 0210300.

Suprema Corte (Estados Unidos)

Argersinger vs. Hamlin, 407 U.S. 25 (1972).

Betts vs. Brady, 316 U.S. 455 (1942).

Furman vs. Georgia, 408 U.S. 238 (1972).

Gideon vs. Wainwright, 372 U.S. 335 (1963).

Glasser vs. United States, 315 U.S. 60 (1942).

Harrington vs. Richter 562 U.S. 86 (2011).

Hill vs. Lockhart, 474 U.S. 52 (1985).

Lafler vs. Cooper, 566 U.S. __ (2012).

Mapp vs. Ohio, 367 U.S. 643(1961).

Martinez vs. Ryan, 566 U.S. ___ (2012).

McMann vs. Richardson, 397 U.S. 759 (1970).

Mickens vs. Taylor, 535 U.S. 162 (2002).

Missouri vs. Frye, 566 U.S. ___ (2012).

Morris vs. Slappy, 461 U.S. 1 (1983).

Padilla vs. Kentucky, 559 U.S. 356 (2010).

Powell vs. Alabama, 287 U.S. 45 (1932).

Rompilla vs. Beard, 545 U.S. 374 (2005).

Scott vs. Illinois, 440 U.S. 367 (1979).

Strickland vs. Washington, 466 U.S. 668 (1984).

United States vs. Cronin, 466 U.S. 648 (1984).

United States vs. Gonzalez-Lopez, 548 U.S. 140 (2006).

Wiggins vs. Smith, 539 U.S. 510 (2003).

Williams vs. Taylor, 529 U.S. 362 (2000).

Tribunal Federal de Apelação para o Décimo Circuito (Estados Unidos)

Williams vs. Jones 571 F. 3d 86 (10th Cir. 2009).

Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

Artico vs. Itália, acórdão de 13 de maio de 1980

Bogumil vs. Portugal, acórdão de 6 de abril de 2009.

Correia de Matos vs. Portugal, acórdão de 15 de novembro de 2001.

Czekalla vs. Portugal, acórdão de 10 de outubro de 2002

Daud vs. Portugal, acórdão de 21 de abril de 1998

Imbrioscia vs. Suíça, acórdão de 24 de novembro de 1993.

Kamasinski vs. Áustria, acórdão de 19 de dezembro de 1989.

Pakelli vs. Alemanha, acórdão de 25 de abril de 1983.

Panasenko vs. Portugal, acórdão de 22 de outubro de 2008

Sannino vs. Itália, acórdão de 27 de abril de 2006.

Corte Interamericana de Direitos Humanos

Barreto Leiva vs. Venezuela (2009)

Cabrera García e Montiel Flores vs. México (2010)

Chaparro Álvarez e Lapo Iñiguez vs. Equador (2007)

Vélez Loo vs. Panamá (2010).

Tibi vs. Equador (2004)

Comitê dos Direitos Humanos das Nações Unidas

Comunicação nº 1123/2002 do Comitê dos Direitos do Homem. CCPR/C/86/D/1123/2002.

Comunicação nº 607/1994, Michael Adams v. Jamaica, 1/11/94, CCPR/C/58/D/607/1994

Comunicação nº 315/1988, R.H. c/ Jamaica, 6/11/90, CCPR/C/40/D/315/1988.