

DEFESA TÉCNICA EFETIVA E POSTURA JUDICIAL

EFFECTIVE TECHNICAL DEFENSE AND JUDICIAL ROLE

Luciano Feldens¹  

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do
Sul, PUCRS, Porto Alegre/RS
luciano@feldens.com.br

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.12709647>

Resumo: Apenas uma defesa amplamente assegurada e diligentemente executada se poderia enquadrar, normativamente, como efetiva (art. 5º, LV, da CF). Esse standard de realização do direito pressupõe a ampla disponibilização e o efetivo aproveitamento, em sentido formal e material, dos meios e recursos reputados adequados e necessários ao seu exercício. A defesa penal efetiva encontra, assim, duas ameaças diretas: (i) o Estado, por meio de seus agentes, no que promovam restrições ilegítimas à defesa, as quais podem provir de comandos abstratos (da própria lei ou de sua regulamentação) ou concretos, nos espaços cotidianos de realização do direito (defesa restringida); ou (ii) o próprio advogado, no que revele, no exercício da prestação defensiva, uma atuação deficiente, abaixo do que exigem a deontologia profissional e as circunstâncias do caso (defesa deficiente). Em quaisquer dessas situações, o Poder Judiciário tem um papel assecuratório a cumprir, cabendo aos juízes, em última análise, assegurar concretamente a realização do direito, promovendo sua tutela judicial efetiva (art. 5º, XXXV, da CF), em atenção às funções normativas de defesa (dever de respeito) e prestação (dever de proteção) que emanam de sua posição jusfundamental.

Palavras-chave: direito de defesa; defesa técnica efetiva; defesa restrita; deficiência de defesa.

Abstract: Only a defense that is widely assured and diligently executed can be classified, normatively, as effective (art. 5, LV, of the Federal Constitution). That said, there are two direct threats that can impact the due right to defense: (i) the State, through its agents, insofar as they promote illegitimate restrictions on defense, which can come from abstract commands (from the law itself or its regulations) or concrete ones, in the daily spaces of realization of the right (restricted defense); or (ii) the lawyer himself, insofar as he reveals, in the exercise of defensive services, a deficient performance, below what is required by professional ethics and the circumstances of the case (deficient defense). In any of these situations, the Judiciary has an assuring role to play, and it is up to the judges, in the final analysis, to concretely ensure the realization of the right, promoting its effective judicial protection (art. 5, XXXV, of the FC), in attention to the normative functions of defense (duty of respect) and provision (duty of protection) that emanate from their jusfundamental position.

Keywords: right to counsel; effective defense; restricted defense; deficient defense.

1. O problema e seus impactos

A despeito de toda a carga normativa de que se investe o direito de defesa, a realidade incontroversa, assumida como tal por aqueles que vivenciam o foro criminal, aponta para um cenário de fragilidade na prestação defensiva, sobretudo de assistidos pobres, quando destituídos da possibilidade de receber o auxílio de um defensor de sua eleição ou mesmo da Defensoria Pública. São recorrentes as situações em que os investigados não têm assistência defensiva no momento da prisão e da própria investigação; tampouco é incomum o primeiro contato do réu com seu defensor ocorrer minutos antes da audiência judicial. Frequentemente, o acesso ao processo é realizado em condições precárias e a ausência de tempo e meios adequados para a preparação da defesa se converte em claro obstáculo à efetividade da defesa (Feldens, 2023).

Em alguma medida, esse cenário deficitário está retratado no *Rule of Law Index*, resultado de criteriosa pesquisa conduzida pelo *World Justice Project*. Colhendo a percepção de cidadãos e especialistas, professores e profissionais do Direito de todo o mundo, o periódico se propõe a examinar a evolução do Estado de Direito em escala global. Em 2014, entre 99 países, o Brasil ocupava a 69ª posição no quesito “justiça criminal efetiva” (*effective criminal justice*), critério que apura, essencialmente, (i) o respeito ao devido processo, (ii) a adequada assistência legal e (iii) a efetividade e a agilidade das instituições do sistema de justiça. Esse panorama desfavorável repetiu-se nos anos posteriores: no biênio 2017–2018, o Brasil caiu para a 85ª posição, entre os 113 países pesquisados, remanescendo em posição de declínio no *status Rule of Law Performance*; em 2019, nova queda: dentre 126 países pesquisados, o Brasil despencou para a 94ª posição, ficando atrás, por exemplo, de Uruguai (42ª),

¹ Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS. Especialista em Direito Penal (1996), Mestre (2002) e Doutor (2006) em Direito, com pós-doutoramento em Democracia e Direitos Humanos (2014). Coordenador do Grupo de Pesquisa em Direito Penal Econômico e Empresarial da PUCRS. Professor convidado nos cursos de especialização em Direito Penal da UFRGS, FGV/SP e USP. Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2720405484254085>. ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-2293-9447>.

Argentina (61ª) e Paquistão (92ª). Entre 2020 e 2023, o Brasil seguiu mal posicionado, agora ocupando a 83ª posição no *ranking* global, com um escore de 0,49 entre 0 e 1, em que 1 indica a máxima aderência ao Estado de Direito. No quesito *criminal justice*, o Brasil caiu para a 114ª posição, entre 142 países pesquisados.

É logicamente esperado que a deficiência de defesa impacte no resultado dos julgamentos. Nos Estados Unidos, país com a maior população carcerária do mundo, há pesquisas mensurando o peso da assistência jurídica deficiente na produção de decisões condenatórias, culminando, inclusive, com a imposição de prisão perpétua ou pena de morte.

Brandon Garret (2012), cuja pesquisa aponta a ineficiência do advogado como uma das mais frequentes arguições em pedidos de revisão criminal, examinou os primeiros 250 casos de exoneração de responsabilidade pelo teste de DNA, ou seja, de absolvições precedidas de condenação com parcial cumprimento da pena. Desses 250 detentos cujos casos foram revisados, 40 (16%) haviam falsamente confessado o crime, um elemento bastante elucidativo quando em questão a efetividade da assistência defensiva.

As universidades de Michigan e da Califórnia desenvolvem estudos permanentes sobre casos de exoneração de responsabilidade em procedimentos de revisão criminal. Os dados daí resultantes abastecem o *National Registry of Exonerations*, que computa, no período de 1989 ao final de 2023, 3.543 casos de afastamento da responsabilidade penal de cidadãos condenados e presos pela prática de crimes que não praticaram. Esses erros judiciais renderam a essas pessoas o indevido cumprimento de 31.900 anos de prisão. Na epígrafe da pesquisa consta a impactante inscrição: *more than 31,900 years lost*.

Se a percepção dos *experts* está correta, e parece estar, temos um nada irrelevante déficit de eficácia do direito de defesa, em sua dimensão normativa e/ou prestacional. E o problema já não se restringe à inépcia do advogado — tema que deve merecer toda a atenção da Ordem dos Advogados —, mas, no que interessa a este texto, à postura judicial contemplativa diante dessa deficiência na prestação defensiva.

2. O tratamento jurídico da defesa deficiente no Brasil

O modelo interpretativo que vem balizando a jurisprudência no que diz respeito à deficiência de defesa é o que se contém na Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal (STF), assim redigida: “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” (Brasil, 1969). Ao editar o verbete, o STF fixou três pontos que seriam determinantes para a formação de um quadro de reduzida proteção judicial do direito de defesa, em circunstâncias de prestação defensiva apontada como deficiente: (i) primeiramente, estabeleceu uma pouca clara distinção entre “falta” de defesa e “deficiência” de defesa, passando a tolerar um grau de concretização do direito fundamental assumidamente baixo (“deficiente”); (ii) em segundo lugar, indicou que dessa deficiência não resultaria vício processual se não comprovado “prejuízo” para o réu; (iii) em terceiro lugar, acabou por impor ao próprio réu, deficientemente assistido, o ônus de provar o “prejuízo” sofrido.

Os fundamentos que embasam a Súmula 523 revelam uma aderência estrita à letra do art. 564, III, do CPP de 1941, no que censuraria apenas a “falta” de defesa, e não propriamente sua deficiência. Sob essa orientação há mais de cinquenta anos, o STF não construiu um *standard* mínimo de defesa, abaixo do qual o direito fundamental se poderia considerar violado. Além disso, ao anexar um novo elemento — demonstração de “prejuízo” — para o reconhecimento da vulneração ao direito de defesa, o tribunal acabou deslocando a discussão, deixando escapar para

a dogmática do processo (teoria das nulidades) uma questão eminentemente constitucional, relacionada à eficácia (mínima) dos direitos fundamentais.

A superação desse modelo sugere refixarmos o eixo central da discussão (seção 3), isso para recuperarmos o ambiente normativo a partir do qual deve operar o direito de defesa, identificando as funções que cumpre no ordenamento jurídico e os efeitos que projeta sobre a legislação ordinária (a processual, inclusive) e sobre a atividade judicial (seção 4).

3. Bases jurídico-filosóficas para a aplicação das normas de direitos individuais

O ambiente do processo penal externaliza uma relação de contraste entre os direitos e o poder, a pessoa e o Estado, a liberdade e a segurança. A aplicação das normas de direitos individuais depende, em larga medida, de como encaremos essa relação. A depender da premissa da qual partimos, depositando o ônus de justificação num ou noutro polo da relação, chegaremos a um resultado prático que prestigie ou que facilmente neutralize a eficácia do direito individual. Vejamos, com a imposição de brevidade, três situações em que o discurso jurídico — conscientemente ou não — aborda essa questão:

Primeiro, tornou-se um mantra a afirmação de que “os direitos não são absolutos”. Se com isso se quer afirmar que ao amparo dos direitos seus titulares não podem realizar tudo que lhes ocorra, a afirmação é um tanto óbvia. Entretanto, se o que se pretende é afirmar que os direitos que a Constituição reconhece podem ser relativizados à conveniência do legislador e do juiz, a coisa já não resulta tão clara. Preservados em seu conteúdo essencial, os direitos fundamentais em regra comportam margens de restrição determinadas ou determináveis por força da totalidade do quadro normativo da Constituição, e sempre pautadas em lei. Porém dessa possibilidade jurídica não decorre a conclusão de que sejam “relativos”, no sentido de removíveis diante de um genérico interesse público que se lhes anteponha. O interesse público, enquanto categoria, é algo que não se evidencia em sua abstração semântica, e que necessita ser demonstrado nas concretas circunstâncias em que se postula a restrição ao direito individual. Para que fique claro: o que não é absoluto é o poder do Estado. É dessa premissa que se deve partir. É o poder que primariamente passa a encontrar seus limites nos direitos individuais, e não o contrário.

Em segundo lugar, na relação entre pessoa e Estado, é preciso reafirmarmos a precedência da dignidade humana sobre as genericamente denominadas “razões de Estado”, por vezes também camufladas de interesse público ou coletivo. Como reação ao poder total, a Lei Fundamental da Alemanha (1949) abre com a proclamação da intangibilidade da dignidade humana, fórmula jurídico-política que assentaria as bases de uma sociedade em reconstrução, influenciando o constitucionalismo ocidental, inclusive o nosso, a partir do segundo pós-guerra. Esteia-se na própria condição humana (dignidade) a repetida concepção segundo a qual, quando em questão a liberdade pessoal e os valores a ela associados, os fins não justificam a adoção de quaisquer meios.

Em terceiro lugar, na relação entre liberdade e segurança, devemos reafirmar a subsidiariedade da ação estatal. Novamente se trata de redefinir o ponto de partida, ou seja, de estruturar o raciocínio a partir do valor liberdade, adquirido pelo indivíduo originária e incondicionalmente. De modo bem claro: em uma sociedade na qual o homem nasce livre, como sujeito de direitos (Declaração Universal dos Direitos Humanos, ONU, 10/12/1948), o que precisa ser justificado não é a liberdade, mas a falta dela; ou seja, as restrições a seu exercício. Assim, na dicotômica relação entre liberdade e segurança, o pensamento jurídico deve encarnar o dogma da subsidiariedade da ação estatal; este, o fundamento filosófico de uma sociedade que se constrói de baixo para cima, sintetizado na

expressão de Kaufmann (2004, p. 332): tanta liberdade quanto possível; e tanto Estado quanto necessário.

Todas essas premissas — que em nenhum momento indicam sobreposição concreta de um valor, de um fim ou de um objetivo sobre outro — apontam, isso sim, para a necessidade de adotarmos uma postura argumentativa qualificada, por meio da qual as restrições ao conteúdo da norma jusfundamental sejam orientadas por critérios escrutináveis, em ordem a propiciar ao cidadão um controle racional da arbitrariedade argumentativa (Ávila, 2019), incrementando, por conseguinte, a controlabilidade judicial sobre a deficiência de defesa.

4. Multifuncionalidade dos direitos fundamentais e função judicial: a hipótese do direito de defesa

As normas de direito fundamental estruturam um regime de liberdade intolerante com o arbítrio, seja manifestado por ação, seja por omissão. Para concretizarmos esse fim, os direitos cumprem funções diversas no ordenamento jurídico. Com alguma variação de nomenclatura por parte da doutrina e tomando em conta, precisamente, o direito de defesa enquanto direito individual, analisemos duas de suas funções proeminentes, as quais se colocam diante do Estado sob a forma de deveres:

Função de defesa: corresponde a um dever de respeito, de abstenção de intervenção na área do direito fundamental (dever de respeito ao direito); todos estão vinculados a respeitar o livre exercício desse direito, sendo-lhes vedada a criação de obstáculos que culminem por embarçar sua fruição, mesmo invocando razões de “interesse público”. Na eventual imposição de obstáculos ao livre desenvolvimento do direito de defesa, competirá ao Poder Judiciário removê-los. Se a agressão emanar do próprio juiz, caberá à instância superior fazê-lo, sempre a partir dessa perspectiva: como imperativo de tutela decorrente do próprio direito fundamental, mais precisamente da função de defesa do direito frente a ingerências indevidas.

Função de prestação jurídica: corresponde a um dever de proteção do direito (dever de proteção ao direito); na perspectiva do direito de defesa, trata-se de uma prestação de caráter jurídico, atribuível a qualquer autoridade de Estado, consistente no dever de garantir a efetiva realização do direito (função de proteção). Essa função de proteção exigirá do juiz que coloque atenção no desempenho concreto da prestação defensiva, garantindo que ela seja exercida dentro de um padrão juridicamente aceitável, minimamente ajustado à sua condição de direito fundamental. Um certo nível de controle sobre a performance do defensor resulta, portanto, adequado — e até mesmo necessário — para assegurar que o direito à assistência não se torne vazio.

Assim colocada a questão, no curso de uma ação penal será vedado ao juiz tanto obstaculizar o direito de defesa quanto contemplar seu deficitário exercício (o que ocorre, por exemplo, quando o profissional encarregado passa a desperdiçar oportunidades processuais, atuando de forma negligente ou manifestando despreparo técnico). Nessa hipótese, embora o primeiro obstáculo à efetividade do direito situe-se na atuação do próprio advogado, este acaba sendo secundado pelo juiz, ante eventual omissão na reparação da lesão ao direito (dever de proteção).

5. Por fim

Com sua atividade orientada pela dogmática dos direitos fundamentais, não se pode considerar propriamente legítimo que o Estado (juiz) imponha ao indivíduo em situação de vulnerabilidade um ônus adicional, obrigando-o a provar o “prejuízo” decorrente do deficitário exercício de um direito que ele próprio, Estado, deveria, em alguma medida, fiscalizar (função de proteção dos direitos individuais). Por essas razões, o direito de defesa não se compatibiliza com a compreensão jurisprudencial que subordina o reconhecimento de sua vulneração à prova do prejuízo decorrente da prestação defensiva deficiente — ou, o que é pior, à prova de prejuízo efetivo, uma clara inversão semântica que faz migrar o exame de efetividade do âmbito de realização do direito para o espectro de sua violação.

Nessa linha, a não passar pelo cancelamento do enunciado (Malan, 2009, 2020), o único modo de salvar a Súmula 523 do STF, no sentido de conformá-la a um ambiente jurídico-constitucional deferente com a garantia dos direitos, se daria mediante a inversão do ônus argumentativo em torno do prejuízo. Nos seguintes termos: apontada, pelo acusado, a deficiência na prestação defensiva, ou mesmo diagnosticada essa situação pelo juiz, caberia ao Estado (acusação), a efeitos de afastar o juízo de invalidade pautado na deficiência defensiva, o dever de provar que da violação ao direito individual não tenha resultado qualquer prejuízo ao acusado.

Fora desse perímetro argumentativo, a Súmula 523 do STF seguirá se impondo como uma intervenção injustificada no âmbito do — logo, caracterizando uma lesão ao — direito fundamental de defesa, em desafio à normatividade do art. 5º da Constituição, notadamente a partir da conjugação de seus incisos LV (ampla defesa), LIV (devido processo legal) e XXXV (tutela judicial efetiva), no que exigem um standard de efetiva proteção dos direitos fundamentais, incompatível com um comportamento de Estado explicitamente tolerante com a deficiência de defesa.

Apenas mediante a renovação do *standard* decisório em torno da deficiência de defesa (e do respectivo direito fundamental) a tutela jurídica da liberdade se consolidará na perspectiva de um direito à defesa penal efetiva.

Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses: o autor confirma que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo.

Declaração de autoria: somente o pesquisador que cumpre o requisito de autoria deste artigo é listado como autor. **Declaração de originalidade:** o

Como citar (ABNT Brasil)

FELDENS, L. Defesa técnica efetiva e postura judicial. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 32, n. 381, p. 10-12, 2024. Disponível em: https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/1270. Acesso em: 1 ago. 2024.

Referências

ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2019.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 523*. Brasília: STF, 1969. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula523/false>. Acesso em: 14 jul. 2024.
FELDENS, Luciano. *O direito de defesa: a tutela jurídica da liberdade na perspectiva da defesa penal efetiva*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2023.
GARRET, Brandon L. *Convicting the innocent: where criminal prosecutions go wrong*. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

autor garante que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; ele também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

[org.br/index.php/boletim_1993/article/view/1270](https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/1270). Acesso em: 1 ago. 2024.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian: 2004.
MALAN, Diogo. Advocacia criminal e defesa técnica efetiva. *Consultor Jurídico*, 7 out. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-07/diogo-malan-advocacia-criminal-defesa-tecnica-efetiva/>. Acesso em: 14 jul. 2024.
MALAN, Diogo. Defesa técnica e seus consectários lógicos na Carta Política de 1988. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Org.). *Processo Penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 143-186.

Autor convidado