

ANÁLISE DA NULIDADE DECORRENTE DA DEFICIÊNCIA DA DEFESA DE ACORDO COM A SÚMULA 523 DO STF E STANDARDS NECESSÁRIOS PARA AFERIÇÃO DO PREJUÍZO EM CASO DE DEFESA INEFETIVA

ANALYSIS OF THE NULLITY RESULTING FROM THE DEFICIENCY OF THE DEFENSE ACCORDING TO PRECEDENT 523 OF THE STF AND NECESSARY STANDARDS FOR ASSESSMENT OF THE LOSS IN CASE OF INEFFECTIVE DEFENSE



Diogo Mentor¹

Honra-nos o convite declinado pelo Exmo. Desembargador Fagundes Cunha, Presidente da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Diretor do Instituto Paranaense de Direito Processual e membro do Corpo Editorial da Revista Galha Azul, para contribuirmos para a edição especial do mencionado periódico em homenagem ao Prof. Dr. Desembargador Arruda Alvim. O Desembargador Arruda Alvim, sem sombra de dúvidas, foi um dos maiores juristas do nosso país. Formado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP em 1960, trabalhou como advogado e procurador da Fazenda até ingressar na magistratura em 1979, sendo promovido ao posto de desembargador em 1981.

¹ Advogado Criminalista; Mestre em Direito pela Universidade Candido Mendes; Especialista em Direito pelo Instituto Superior do Ministério Público; Especialista em Direito Penal e Processual Penal Alemão, Europeu e Internacional pela Escola Alemã de Ciências Criminais da Georg-August-Universität Göttingen; Coordenador e Professor da Pós-graduação em Direito Penal Empresarial e Criminalidade Complexa do Ibmec-RJ; Coordenador e Professor dos cursos de Direito Penal da Escola Superior de Advocacia – ESA-OAB/RJ; Professor de Direito Penal Econômico do Instituto de Educação Roberto Bernardes Barroso do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Após a aposentadoria em 1984, retornou para a advocacia, fundando o escritório Arruda Alvim & Thereza Alvim Advocacia e Consultoria Jurídica, que hoje é referência em todo o país. Na academia também desenvolveu carreira expressiva, tendo sido professor de Direito Civil na pós-graduação stricto sensu (Mestrado e Doutorado) da PUC-SP e coordenador da área de Direito Processual Civil daquela Universidade, além de ser autor de inúmeros livros e artigos que servem de guia para toda a comunidade jurídica até os dias atuais. Nesse sentido, participar de uma publicação em homenagem ao Prof. Dr. Des. Arruda Alvim é uma honra e um desafio para todos nós que nos dedicamos ao estudo do direito.



Renata Pão Alvo S. Roberto ²

We are honored by the invitation declined by the Hon. Judge Fagundes Cunha, President of the 3rd Civil Chamber of the Court of Justice of the State of Paraná, Director of the Paraná Institute of Procedural Law and member of the Editorial Board of Gralha Azul Magazine, to contribute to the special edition of the aforementioned periodical in honor of Prof. Dr. Judge Arruda Alvim. Judge Arruda Alvim, without a doubt, was one of the greatest jurists in our country. Graduated from the Pontifical Catholic University of São Paulo – PUC-SP in 1960, he worked as a lawyer and prosecutor of the Treasury until joining the magistracy in 1979, being promoted to the post of judge in 1981. After retiring in 1984, he returned to the law practice, founding Arruda Alvim & Thereza Alvim Advocacia e Consultoria Jurídica, which today is a reference throughout the country. In the academy, he also developed an expressive career, having been professor of Civil Law in the stricto sensu postgraduate course (Master's and Doctorate) at PUC-SP and coordinator of the area of Civil Procedural Law at that University, in addition to being the author of numerous books and articles that serve guide for the entire legal community to the present day. In this sense, participating in a publication in honor of Prof. Dr. Des. Arruda Alvim is an honor and a challenge for all of us who are dedicated to the study of law.

² Advogada Criminalista; Graduada em Direito, com ênfase em Direito Penal, pela PUC-RJ; Especialista em Ciências Criminais pela Escola Superior de Advocacia – ESA-OAB/RJ.

INTRODUÇÃO

Após um longo período de Estado de Exceção Constitucional, a Constituição da República de 1988 instituiu, de forma inequívoca, um Estado Democrático de Direito, baseado nas garantias fundamentais e respeito à dignidade humana, primados que serviram de alicerce e substrato de todo o ordenamento jurídico brasileiro e, conseqüentemente, do processo penal.

GERALDO PRADO¹ assinala que o relevo dado à Constituição decorre da convicção de que ela assegurará a divisão de poderes do Estado, bem como a tutela de direitos fundamentais, conformando toda a ordem jurídica. Nessa ótica, a Constituição fixa as regras do jogo político e de circulação de poder, assinalando o pacto federativo que é a representação da soberania popular.

Assim, o autor conclui que a assunção da Constituição como gênese dos direitos fundamentais resulta em um nexu indissolúvel entre garantia dos direitos fundamentais, divisão de poder e democracia, de forma que influa na formulação das linhas gerais da política criminal do Estado.

Por sua vez, a política criminal se materializa por meio do direito penal, o qual se instrumentaliza, no plano real, através do processo penal. Sendo assim, faz-se necessário o questionamento acerca do ponto fundante do processo penal, ou seja, qual conceito que se presta como seu paradigma.

Da perspectiva de um Estado Democrático de Direito, o processo penal deve ser visualizado como instrumento destinado a assegurar a máxima eficácia do sistema de garantias constitucionais do indivíduo frente ao aparelho estatal. Dessa forma, o fundamento legitimador da existência de um processo penal democrático é a sua instrumentalidade constitucional.²

Dentre as garantias constitucionais mais caras do acusado está a ampla defesa, a qual, dada a sua amplitude e complexidade, constitui-se de duas vertentes fundamentais: a autodefesa e a defesa técnica, sendo esta o objeto do presente estudo.

A defesa técnica, em síntese, significa a necessidade de intervenção de um profissional habilitado para seu exercício, seja ele advogado ou defensor público, de forma que a defesa seja conduzida com perícia e efetividade. Não por outra razão, o texto constitucional reconhece a advocacia como indispensável à administração da justiça (CFRB/88, art. 133).

A imposição de atuação do defensor técnico no processo penal decorre da necessidade de equilíbrio entre a defesa e a acusação e da acertada presunção de

hipossuficiência do acusado, o qual, em regra, não possui conhecimentos necessários e suficientes para contrapor à pretensão estatal em igualdade de condições técnicas com o acusador.³

Para FOSCHINI⁴ a defesa técnica também é uma exigência da sociedade, pois o acusado pode, de acordo com sua vontade, até não se defender, mas isso não exclui o interesse coletivo de se verificar se o delito objeto do processo constitui ou não fonte de responsabilidade penal.

Nessa toada, a defesa técnica também se apresenta como imprescindível condição de paridade de armas, basilar para a concreta atuação do contraditório, razão pela qual também se revela como mecanismo de autoproteção do sistema processual penal e da igualdade de partes. Isto porque, além de atender ao interesse do sujeito passivo, resulta de um imperativo de ordem pública decorrente do devido processo legal⁵.

Todavia, por diversos motivos, o que se verifica muitas vezes na prática forense é a defesa técnica exercida de maneira meramente formalista e esvaziada, o que resulta, por evidente, em prejuízo ao acusado que se encontra em uma posição de vulnerabilidade em relação às autoridades persecutórias e ao Poder Judiciário.

Nada obstante, o Supremo Tribunal Federal sedimentou o entendimento acerca da necessidade de demonstração do prejuízo suportado pelo réu nos casos de defesa técnica deficiente, para que seja reconhecida a nulidade do processo ou do ato processual.

À vista disso, tem o presente escrito o objetivo de delimitar os requisitos que se mostram essenciais à verificação da defesa técnica razoável e suficiente para, depois, analisar os critérios doutrinários e jurisprudenciais utilizados para o reconhecimento do prejuízo ao qual se refere o verbete sumular nº 523 da Suprema Corte.

1 A EFETIVIDADE DA DEFESA TÉCNICA COMO CONSECUTÁRIO DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA

De acordo com o art. 5º, LV, da Constituição da República, "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". Sob a ótica que privilegia o interesse do acusado, a ampla defesa pode ser vista como um direito; todavia, sob o enfoque publicístico, no qual prepondera o interesse geral de um processo justo, é vista como garantia.

1 PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório: A Conformidade das Leis Processuais Penais. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 14.

2 LOPES JR., Aury. Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 23-24.

3 LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. P. 148

4 FOSCHINI, Gaetano. L'Imputato, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1956. p. 27 e s.

5 LOPES JR., Aury. Op. Cit. p. 149.

O direito de defesa está intimamente ligado ao princípio do contraditório. A defesa garante o contraditório e por ele se manifesta. Afinal, o exercício da ampla defesa só é possível em decorrência dos elementos que compõem o contraditório, em especial, o direito à informação e à reação. Apesar da influência recíproca entre o direito de defesa e o contraditório, os dois não se confundem.⁶

Enquanto o contraditório exige a garantia de participação da defesa, o princípio da ampla defesa vai além, impondo a realização efetiva dessa participação, sob pena de nulidade, se e quando prejudicial ao acusado.⁷

Os consectários lógicos da defesa técnica vista como um dos aspectos da ampla defesa são, conforme leciona DIOGO MALAN⁸: i) defesa técnica efetiva; ii) direito à livre escolha do defensor técnico; iii) direito ao tempo e aos meios necessários para a prestação da defesa técnica; iv) direito à inviolabilidade da pessoa, dos documentos e do local de trabalho do defensor técnico; v) direito a última palavra.

Por via reflexa, a defesa técnica efetiva exige que o profissional não seja imperito ou negligente. ANDRÉ NICOLITT⁹ leciona que a capacitação técnica do profissional pode ser aferida por alguns critérios, quais sejam: comparecimento aos atos processuais; apresentação das peças processuais necessárias; em caso de réu preso, os respectivos requerimentos de liberdade e, por fim, requerimento de prova.

No entanto, tais critérios, apesar de primordiais, se limitam, ao nosso sentir, para que se verifique a existência de defesa técnica mínima, ou seja, abaixo do razoável. Isso, pois, deve-se também analisar o conteúdo de tais atos de forma que seja possível verificar a efetividade da atuação defensiva para além de sua presença formal nos atos processuais.

Desta feita, para que seja preservada a ampla defesa consagrada pela Constituição da República, a defesa técnica, além de necessária e indeclinável, deve ser plena e efetiva. Ou seja, no curso do processo, é imprescindível que se perceba efetiva a atividade defensiva do advogado no sentido de assistir seu cliente.

Essa é a razão pela qual a Lei nº 10.792/03 acrescentou o parágrafo único ao art. 261 do CPP, de modo a exigir que a defesa técnica, quando realizada

por defensor público ou dativo, seja sempre exercida por manifestação fundamentada.

Afinal, de que presta a presença física de defensor que não arrola testemunhas, não faz perguntas, não apresenta memoriais, ou que os apresenta sinteticamente, sem análise da prova, em arrazoado que poderia ser utilizado em relação a qualquer processo criminal?

Em tal cenário, apesar de haver um profissional da advocacia formalmente designado para defender o réu, sua atuação é tão precária que é como se o acusado estivesse sendo processado sem defesa técnica, o que viola frontalmente o sistema acusatório.

JORGE DE FIGUEIREDO DIAS¹⁰ assevera que a defesa é categoria aberta, "à qual devem ser imputados todos os concretos direitos que o arguido dispõe de co-determinar ou conformar a decisão final do processo".

Por certo, uma defesa técnica exercida de maneira meramente cerimoniosa, genérica e contemplativa não tem o condão de influir no provimento de mérito no processo penal, mesmo que os atos "necessários" e "obrigatórios" contem com a presença do defensor técnico.

A defesa técnica efetiva deve, minimamente, buscar uma contraposição dialética no processo apta a resguardar o melhor interesse do acusado. Isto significa participar ativamente no processo buscando a tutela de um interesse que necessita ser oposto daquele, a princípio, consignado pela acusação¹¹.

Não por outra razão, o advogado ou defensor exerce um múnus público, o qual deve contribuir para a resolução, devendo atuar (ou omitir-se¹²) conforme necessário à preservação ou conquista de posições jurídicas de vantagem para o acusado, sempre conforme o direito¹³.

A mera apresentação de peças genéricas ou evidentemente deficitárias em relação às circunstâncias do caso concreto e às teses de direito a ele aplicáveis; bem como a adoção de postura passiva ou displicente nos atos instrutórios, mesmo que o defensor compareça à instrução (levando-se em conta que tais circunstâncias são aferíveis mediante análise do processo); também representam uma defesa técnica inefetiva.

O que se quer dizer é que a defesa técnica, para ser considerada efetiva, deve ser analisada não apenas

6 BRASILEIRO, Renata. BRASILEIRO, Renato. Manual de Processo Penal. 8ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2020. p. 58.

7 PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2019. P. 78.

8 MALAN, Diogo. Defesa técnica e seus consectários lógicos na Carta Política de 1988. In: Processo Penal e Democracia. Estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. (Geraldo Prado e Diogo Malan – Coordenadores). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 143-486.

9 NICOLITT, André. Manual de Processo Penal. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.p. 41.

10 DIAS, Jorge de Figueiredo. Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal. In: Jornadas de Direito Processual Penal. Coimbra: Almedina, 1992, p.28.

11 PRADO, Geraldo. Op. Cit. p. 140-147.

12 Há entendimento doutrinário no sentido de que também é possível subdividir a ampla defesa sob dois aspectos: 1) positivo: realiza-se na efetiva utilização dos instrumentos, dos meios e modos de produção, certificação, esclarecimento ou confrontação de elementos de prova que digam com a materialidade da infração criminal e com a autoria; 2) negativo: consiste na não produção de elementos probatórios de elevado risco ou potencialidade danosa à defesa do réu. (AZEVEDO, David Teixeira de. O interrogatório do réu e o direito ao silêncio. RT, São Paulo, v. 682, p. 285-298, ago. 1992. p. 290).

13 Ibid.

em relação à regularidade formal, mas também quanto ao conteúdo dos atos desenvolvidos pelo defensor no exercício de sua atividade, de maneira que o desenvolvimento da dialética processual evidencie no âmago da atuação defensiva a busca pelo melhor interesse do acusado.

Desta feita, a inefetividade da defesa técnica e, por via reflexa, sua deficiência, representa violação da garantia da ampla defesa, alçada pela Constituição da República à condição de garantia fundamental do acusado, cuja afronta constitui nulidade absoluta, pois a obediência às regras do devido processo legal é requisito essencial para a correta prestação jurisdicional.

2 STANDARDS PARA DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO NAS HIPÓTESES DE INEFETIVIDADE DA DEFESA TÉCNICA

O verbete nº 523 da súmula de jurisprudência predominante da Suprema Corte dispõe que, "no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prejuízo para o réu".

Assim, caso haja falha na atuação do defensor acarretando prejuízo ao acusado, o processo deve ser anulado. Em outras palavras, a defesa não pode ser meramente formal, devendo ser adequadamente exercida.

No entanto, a utilização da conjunção adversativa "mas" entre a primeira e a segunda parte do verbete em questão tem a finalidade de contradizer a assertiva precedente, dando a impressão, em uma primeira leitura, de que a deficiência da defesa constituiria uma nulidade relativa, em oposição à nulidade absoluta decorrente de sua ausência, sendo este o entendimento que tem se consolidado nos Tribunais pátrios.

Outro fator que reforçaria a interpretação acima mencionada é a necessidade de demonstração do prejuízo, uma vez que em casos de nulidades absolutas, em regra, este é presumido diante da gravidade do ato viciado.

Dessa forma, se poderia supor que uma redação mais adequada à referida súmula seria "no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência constitui nulidade relativa e só o anulará se houver prejuízo para o réu".

Apesar de parecer correta em um primeiro momento, tal redação, a bem da verdade, demonstra a ausência de qualquer oposição entre a ideia expressa

na primeira parte da súmula e a segunda, razão pela qual seria mais adequado o emprego de uma conjunção conclusiva, pois o fato de a "deficiência de defesa" constituir uma nulidade relativa seria um consectário lógico para a sua ausência constituir nulidade absoluta e vice-versa.

Assim, pode-se concluir que a inclusão da conjunção adversativa "mas" na redação da Súmula nº 523 do STF significa dizer que não só a ausência, mas também a deficiência de defesa, constituem nulidade absoluta, apesar da necessidade de demonstração do prejuízo para que se declare a inaptidão do ato para produzir efeitos jurídicos nessa segunda hipótese.

Isso porque, malgrado o reconhecimento da deficiência da defesa técnica exija a comprovação do prejuízo para o acusado, o que, em princípio, denotaria a existência de uma nulidade relativa; trata-se de uma violação frontal à garantia constitucional da ampla defesa, cuja afronta constitui nulidade absoluta.

Com efeito, dentre os atos processuais imperfeitos, os atos nulos encontram-se no meio termo entre os atos inexistentes, cuja inconformidade com o modelo é tão intensa que sequer se reconhece sua existência como ato processual; e os atos meramente irregulares, cujo desatendimento às prescrições legais não compromete os objetivos pelos quais a forma foi instituída, motivo pelo qual não se afeta a sua validade¹⁴.

Isso porque, na dicção de ADA PELLEGRINI GRINOVER, a forma não pode ser um fim em si mesma, devendo ser respeitada na medida e nos limites em que sejam necessários para atingir sua própria finalidade: conferir segurança as partes e objetividade ao procedimento¹⁵.

Por sua vez, os atos nulos são aqueles que a inadequação ao tipo¹⁶ pode levar ao reconhecimento de sua inaptidão para produção de efeitos jurídicos. Ao revés do que ocorre no direito privado, a nulidade dos atos processuais não é automática, dependendo de pronunciamento judicial para que seja constatada a desconformidade formal do ato, bem como os pressupostos legais para a decretação da invalidade.

À vista disso, mesmo vícios gravíssimos podem não afetar a validade do ato, mantendo-se os efeitos jurídicos por ele produzidos, caso não seja reconhecida a nulidade e ocorra o trânsito em julgado da sentença final. De outro lado, mesmo com o reconhecimento da invalidade do ato, ainda é possível que alguns efeitos jurídicos sejam mantidos.

¹⁴ O CPP acolhe tal categoria no art. 564, inciso IV, o qual dispõe que acerca da nulidade decorrente de omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato. Assim sendo, o legislador admite que a ausência de formalidades não essenciais não acarretará consequências à validade do ato.

¹⁵ GRINOVER, Ana Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhaes; FERNANDES, Antônio Scrance. *As nulidades no*

Processo Penal. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 18-24.

¹⁶ GRINOVER (Op. Cit., p. 18) ensina que a atividade processual é uma atividade típica, regulada pelo ordenamento jurídico através de formas que devem ser obedecidas pelos sujeitos processuais e composta de atos cujos traços essenciais são definidos pelo legislador.

Com efeito, no caso de nulidade absoluta a gravidade do ato viciado é tão manifesta que, em regra, o prejuízo é evidente, pois atinge o próprio interesse público de correta aplicação do direito, razão pela qual pode ser invalidado de ofício; já as nulidades relativas devem ser arguidas oportunamente pela parte prejudicada, subordinando o reconhecimento do vício à efetiva demonstração do prejuízo.

Isso ocorre porque objetiva-se atribuir maior valor à finalidade atingida pelo ato, mesmo que viciado, bem como ao prejuízo decorrente do vício, devendo o magistrado verificar, de acordo com o caso concreto, a conveniência de retirar-se a eficácia do ato praticado em desacordo com os preceitos legais.

2.1 DO PRINCÍPIO DO PREJUÍZO E SUA DEMONSTRAÇÃO.

O princípio do prejuízo, disposto no art. 563 do CPP, decorre da própria natureza instrumental do direito processual, o qual se presta à correta aplicação do direito material. Assim, o vício do ato processual só deve resultar no reconhecimento de sua invalidade quando a própria finalidade pela qual a forma foi instituída estiver comprometida.

Os atos processuais tem como objetivo a viabilização e preparação do provimento jurisdicional terminativo. Ou seja, as formalidades são estabelecidas para contribuir ao melhor resultado final possível, o qual só pode ser obtido por meio de um processo desenvolvido à luz do devido processo legal.

Assim, o prejuízo que autoriza o reconhecimento da nulidade deve levar em conta dois aspectos: o dano para a garantia do contraditório (art. 563 do CPP) e o comprometimento da correção da sentença (art. 566 do CPP). A decretação da nulidade gera imbróglis tanto ao desenvolvimento do processo quanto¹⁷ e às partes, acarretando demora na prestação jurisdicional. Em razão disso, o dano deve ser concreto e efetivamente demonstrado em cada situação.

Como apontam ADA PELLEGRINI GRINOVER, MAGALHÃES GOMES FILHO e ANTONIO SCARANCA FERNANDES¹⁸, isso não significa dizer que em todos os casos se exija a produção de prova da ocorrência do prejuízo, pois essa demonstração pode ocorrer por simples desenvolvimento de raciocínio lógico, verificando-se se a perda da faculdade processual pela parte ou o comprometimento dos elementos colocados

à disposição do juiz no momento da sentença tiveram influência no provimento final.

Frise-se, a seu turno, que as nulidades absolutas são àquelas que geram um prejuízo evidente, porém nunca presumido. Isso porque o prejuízo, seja ele evidente ou não, deve existir para que a nulidade seja decretada e, em casos de inexistência de prejuízo, não há que se falar em nulidade, mesmo em se tratando de nulidade absoluta¹⁹, diante do princípio *pas de nullité sans grief*.

Já nas nulidades relativas, o prejuízo nunca é evidente, sempre devendo ser demonstrado, uma vez que não é possível constata-lo de plano, como pode ocorrer em casos de nulidade absoluta.

Ademais, as nulidades relativas afetam tão somente o interesse de quem teve seu direito lesionado em razão do vício do ato processual, sem dano à ordem pública, motivo pelo qual recai sobre o interessado tanto o dever de alegar o vício quanto o de demonstrar a existência do dano.

Ao passo que tal interpretação decorre da análise das nulidades dispostas no Código de Processo Penal, cabe sempre lembrar que tal diploma legal foi elaborado a partir de uma política criminal eficientista, punitivista e utilitarista, porque guiada pela teoria econômica da relação custo/benefício como critério absoluto para a tomada de decisão.

Como se vê do item II da exposição de motivos do Decreto Lei n.º 3.839 de 3 de outubro de 1941: "as nossas vigentes leis processuais asseguram aos réus (...) um tão extenso catálogo de garantias e favores que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo de um indireto estímulo à expansão da criminalidade(...). Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum".

Desta forma, a sistemática das nulidades dispostas no CPP deve ser interpretada à luz da Carta Cidadã de 1988, sob pena de se violar a instrumentalidade constitucional do processo penal, essencial ao sistema acusatório.

Nesse sentido, JOSÉ FREDERICO MARQUES²⁰ diferencia a nulidade absoluta da relativa, primordialmente, classificando a primeira como insanável e a segunda como sanável. Ainda, esclarece o autor que o ato nulo nasce ineficaz, mas é possível que adquira validade e eficácia pela superveniência de fato ou circunstância que o faça convalescer.

17 Luiz Guilherme Marinoni afirma que "o processo é uma marcha para frente, tendente a atingir certo objetivo predeterminado, que é a prestação integral da tutela jurisdicional." (in Manual do Processo de Conhecimento, 4ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, p.607). Logo, o reconhecimento de uma nulidade representa um retrocesso, atingindo a própria natureza da persecução penal.

18 GRINOVER, Ana Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhaes; FERNANDES, Antônio Scrance. Op. Cit. p. 27-28.

19 Nesse sentido: STF, HC n.º 81.510/PR, ReL Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, j. 11.12.2001, p. 12.04.2002. Nesse

caso, embora reconhecido a incompetência do Juizado Especial Criminal, a Suprema Corte não anulou os atos do procedimento da Lei 9.099/95, porquanto realizado perante a Juíza que, na Comarca, era titular exclusiva da jurisdição penal, não havendo, portanto, qualquer prejuízo concreto à defesa do paciente.

20 MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal - Vol. II. Campinas: Bookseller, 1998. p. 380.

À vista disso, a principal distinção entre a nulidade absoluta e a relativa, da perspectiva do processo penal democrático, reside exatamente na possibilidade de ser ou não sanada, razão pela qual a nulidade relativa pode adquirir validade e eficácia jurídica em razão de uma determinada circunstância, o que nunca ocorrerá em relação à nulidade absoluta.

Relativamente à deficiência de defesa, conquanto seja indispensável a demonstração do prejuízo (o qual sempre deve existir para reconhecimento da nulidade, seja relativa ou absoluta), esta nunca constituirá um vício passível de convalidação. Isso quer dizer que a deficiência da defesa nunca poderá ser sanada por circunstância posterior.

Assim, uma vez demonstrado o prejuízo, mediante a comprovação de que existiu a alegada deficiência, pode ser declarada, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, a nulidade do ato processual viciado. Não por outra razão, a súmula em análise não impede o reconhecimento de ofício da deficiência da defesa, desde que demonstrado o prejuízo, motivo pelo qual constitui questão de ordem pública.

Em situação análoga, o art. 497, V, do Código de Processo Penal, atribui ao presidente do tribunal do júri o dever de nomear novo defensor a um determinado réu, caso esteja convencido de que este se encontra indefeso.

Até porque, como sobredito, o escorreito exercício da defesa é peça fundante da dialética processual necessária ao exercício do contraditório e, por conseguinte, da correção do provimento de mérito. Assim, deve-se preservar sua efetividade, sob pena de violação do devido processo legal.

Conclui-se, portanto, que a interpretação mais adequada ao conteúdo da Súmula nº 523 do STF não consiste na hipótese de que a deficiência da defesa gera nulidade relativa, mas sim de que a violação à norma constitucional com conteúdo de garantia fundamental acarreta, como consequência necessária, nulidade absoluta.

Contudo, para que esta seja declarada, é preciso que seja demonstrada a alegada deficiência, com violação à ampla defesa e, por conseguinte, prejuízo ao acusado.

A impossibilidade de se sanar a deficiência da defesa desponta de forma límpida, uma vez que a defesa ou é eficiente ou não o é, e, sendo deficiente, apenas uma nova defesa seria capaz de reparar o dano ao acusado.

Dessa forma, não consistindo a mera necessidade de se demonstrar o prejuízo em requisito intrínseco das nulidades relativas, mas sim das

nulidades em geral, a distinção entre elas cinge-se ao grau de evidência do referido dano, o qual sempre deve ser demonstrado para sua declaração, mesmo em se tratando de nulidades absolutas.

2.2 A DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO EM RAZÃO DE DEFICIÊNCIA DE DEFESA NOS CASOS DE DEFESA INEFETIVA.

Para que seja preservada a ampla defesa constitucionalmente prevista, a defesa técnica, além de necessária e indeclinável, deve ser plena e efetiva, sendo imprescindível que no curso do processo se perceba a efetiva atividade defensiva do advogado no sentido de assistir seu cliente.

Neste deslinde, cabe trazer à baila pesquisa realizada pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), a qual analisou amostragem de 570 apelações relativas ao crime de roubo, julgadas pelo antigo Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, entre 1999 e 2000.

A sobredita pesquisa empírica apurou que, entre esse universo de acusados: 1) 97,69% não tiveram qualquer tipo de defesa técnica ao ensejo da lavratura do auto de prisão em flagrante; 2) 77% não tiveram requerimento de qualquer medida (pedido de relaxamento de flagrante, liberdade provisória, revogação de prisão preventiva ou Habeas Corpus) em favor da sua liberdade; 3) 92,89% não tiveram acesso à defesa técnica logo após a denúncia; 4) 21,82% não contaram com a assistência de defensor técnico por ocasião do interrogatório; 5) 9,09% não tiveram defesa prévia; 6) 35,7% não tiveram pedido de diligências; e 7) 98,84% não tiveram sustentação oral recursal.

Por outro lado, praticamente todos os condenados tiveram alegações finais e razões de apelação confeccionadas pelos respectivos defensores técnicos.

Concluiu-se que o entendimento de que houve exercício da defesa técnica defluiu unicamente em razão da apresentação das peças processuais que eram consideradas obrigatórias pela jurisprudência.

É razoável supor que, entre as causas dessa precariedade da defesa técnica, estão a falta de infraestrutura, de pessoal e o excesso de demanda dos órgãos públicos de assistência judiciária e a falta de fiscalização judicial rigorosa sobre a falta de efetividade da defesa técnica; bem como a tendência jurisprudencial de se exigir prova do prejuízo decorrente de defesa técnica não efetiva²¹, ao invés de sua demonstração.

Trata-se de grave disfunção do sistema de administração da Justiça criminal brasileira, pois, como já explicitado, a defesa técnica transcende o interesse pessoal do acusado, revestindo-se de interesse público

²¹ MALAN, Diogo. Advocacia criminal e defesa técnica efetiva. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-out->

07/diogo-malan-advocacia-criminal-defesa-tecnica-efetiva#_ftn2. Out. 2020.

na legitimidade ética e política desse sistema (*nemo iudex sine defensione*)²².

Nas hipóteses em que o defensor técnico do acusado é imperito ou negligente, desperdiçando sucessivas oportunidades processuais a ponto de diminuir as chances de resultado mais favorável, não resta dúvida de que se retira da ampla defesa esse atributo da efetividade.

Como leciona DIOGO MALAN,²³ a grande dificuldade para a caracterização da nulidade processual em digressão é a falta de standards claros para aferição da imperícia ou negligência do defensor técnico, na prática judiciária.

Como acertadamente aponta o autor, a efetividade da defesa técnica não deve, em regra, ser analisada com base em ato processual isolado, e, sim, levando em conta o complexo ou conteúdo diversificado da atuação do defensor.

Assim, caso haja falha na atuação do defensor, com a demonstração de prejuízo ao acusado, o processo deve ser anulado. Em outras palavras: a defesa não pode ser meramente formal, devendo ser adequadamente exercida.

Não afasta a nulidade o simples fato de o acusado ter sido assistido em todos os momentos do processo, vez que a defesa técnica, no âmbito penal, é direito indisponível e não mera formalidade, devendo-se assegurar o pleno exercício de todas as faculdades e poderes permitidos.

Tomando por base o procedimento ordinário, a inefetividade material da defesa técnica deve ser aferida mediante a análise do conteúdo dos atos processuais praticados pelo defensor técnico, e não pela mera existência formal do ato defensivo.

Isso porque o art. 396-A do CPP determina expressamente que na resposta à acusação se deve alegar tudo o que for conveniente para a defesa do acusado, especificando provas e arrolando as testemunhas, sob pena de preclusão.

Frise-se: o dispositivo legal mencionado institui o dever de se alegar tudo que for conveniente para a defesa do acusado, pois, conforme já explicitado, a efetividade da defesa advém do exercício de todas as faculdades a ela inerentes.

Dessa forma, a apresentação de resposta à acusação genérica representa inequívoca violação à ampla defesa, diante da inefetividade da defesa técnica na busca da contraposição necessária à construção da dialética processual acusatória, objetivando o melhor interesse do acusado e um provimento final equilibrado.

Em termos práticos, levando-se em conta a necessidade de comprovação do prejuízo ao acusado, sua demonstração da inefetividade da defesa técnica, nesse caso, poderia ser aferida mediante a verificação,

exempli gratia, da possibilidade de arguição de teses de absolvição sumária ignoradas pelo defensor, ou da existência de testemunhas que deixaram de ser arroladas.

No âmbito da instrução criminal, a desídia da defesa técnica pode ser percebida sob diferentes enfoques.

Em relação às provas testemunhais, se denota a imperícia do defensor ao desistir ou anuir com a desistência de testemunha crucial à elucidação dos fatos ou à demonstração da tese defensiva. Ainda, é possível verificar postura complacente no defensor que não realiza reperguntas ou as realiza de forma absolutamente genérica, sem qualquer refutação à tese acusatória.

Por outro lado, em relação às provas técnicas, a ausência de qualquer fiscalização e alegação defensiva no que tange à sua validade e licitude também demonstra a negligência do defensor, devendo o prejuízo ser verificado a partir da demonstração de que tais teses seriam aplicáveis ao caso a partir das circunstâncias concretas.

Na fase de alegações finais, o arrazoado que se limita a reproduzir os fatos colacionados nas peças da acusação, sem que seja realizada qualquer incursão no acervo probatório produzido na fase de instrução para construção da oposição à narrativa acusatória; bem como àquela que apresenta teses de direito genéricas, aplicáveis a qualquer processo que tenha por objeto aquele determinado delito.

Como se vê, a demonstração do prejuízo a que se refere a Súmula nº 523 do Excelso Pretório não consiste em prova, mas em argumentação lógica que demonstra a inefetividade defensiva em determinado ato processual. Até porque não é possível a produção de prova negativa em relação a ato processual que deixou de ser realizado e, portanto, inexistente.

Assim, mediante a conjectura racional de que determinado ato processual foi praticado de forma inefetiva, deve-se reconhecer o prejuízo ao acusado com a consequente declaração da nulidade absoluta do ato processual, uma vez que a efetividade constitui elemento indispensável à defesa técnica como aspecto da ampla defesa, recordando-se que tal declaração pode (e deve) ser realizada de ofício.

Em outras palavras, uma vez verificada a violação de garantia fundamental do acusado através da demonstração do prejuízo em razão da deficiência de defesa decorrente da defesa técnica materialmente inefetiva, impõe-se a declaração da nulidade do ato viciado.

²² MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis, BASTOS, Cleunice A. Valentim. Defesa penal: Direito ou garantia? In: Revista

Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 04, pp. 110-125, out./dez. 1993.

²³ MALAN, Diogo. *Op. Cit.*

CONCLUSÃO

A partir da argumentação expendida, verifica-se que a nulidade decorrente da deficiência de defesa implica no sacrifício da própria dialética fundante do processo penal acusatório.

Por conseguinte, sua verificação acarreta inexorável nulidade absoluta, pois revestida de interesse público na correção da sentença penal e, portanto, constituindo vício insanável.

Dessa forma, a prova do prejuízo a que se refere o verbete sumular nº 523 do Supremo Tribunal Federal não corresponde à prova necessária para declaração das nulidades relativas, que visam à preservação do ato processual viciado em sua forma, mas que atinge sua finalidade material.

Como visto, mesmo as nulidades absolutas exigem a existência de prejuízo para que sejam declaradas, ainda que seja evidente.

Nesse sentido, a referida súmula cria uma exceção à regra da evidência do prejuízo nas nulidades absolutas, exigindo que, nos casos de deficiência da defesa técnica, este seja efetivamente demonstrado para sua declaração.

E tal conclusão se revela óbvia, considerando que qualquer manifestação jurisdicional acerca da deficiência de determinada defesa técnica somente poderá ser realizada examinando-se o fundamento da arguição.

Dessarte, a prova mencionada na aludida súmula deve ser interpretada como a necessidade de demonstração lógica e robusta do prejuízo mediante argumentação expendida de maneira sistemática, correlacionando as finalidades da norma processual e a inefetividade da defesa técnica em relação ao ato processual viciado, de forma que se atribua máxima eficácia à garantia da ampla defesa.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, David Teixeira de. O interrogatório do réu e o direito ao silêncio. RT, São Paulo, v. 682, p. 285-298, ago. 1992.

BRASILEIRO, Renato. Manual de Processo Penal. 8ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2020

DIAS, Jorge de Figueiredo. Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal. In: Jornadas de Direito Processual Penal. Coimbra: Almedina, 1992.

FOSCHINI, Gaetano. L'Imputato, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1956.

GRINOVER, Ana Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhaes; FERNANDES, Antônio Scrance. As nulidades

no Processo Penal. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LOPES JR., Aury. Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GRINOVER. Direito Processual Penal. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MALAN, Diogo. Defesa técnica e seus consectários lógicos na Carta Política de 1988. In: Processo Penal e Democracia. Estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. (Geraldo Prado e Diogo Malan – Coordenadores). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MALAN. Advocacia criminal e defesa técnica efetiva. Disponível em https://www.conjur.com.br/2020-out-07/diogo-malan-advocacia-criminal-defesa-tecnica-efetiva#_ftn2. Out. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. Manual do Processo de Conhecimento. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. Vol. II. Campinas: Bookseller, 1998.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis, BASTOS, Cleunice A. Valentim. Defesa penal: Direito ou garantia? In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 04, pp. 110-125, out./dez. 1993.

NICOLITT, André. Manual de Processo Penal. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório: A Conformidade das Leis Processuais Penais. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.