

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ  
DEPARTAMENTO DE DIREITO PROCESSUAL  
CURSO DE DIREITO

ANA KAROLINE DOS SANTOS PINTO

O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NA CONCRETIZAÇÃO DO DEVIDO  
PROCESSO PENAL

FORTALEZA

2010

ANA KAROLINE DOS SANTOS PINTO

O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NA CONCRETIZAÇÃO DO DEVIDO  
PROCESSO PENAL

Monografia submetida à Coordenação do  
Curso de Graduação em Direito da  
Universidade Federal do Ceará, em 16 de  
junho de 2010, como requisito parcial para a  
obtenção do grau de Bacharela em Direito.

Orientador: Professor Doutor Nestor Eduardo  
Araruna Santiago

FORTALEZA

2010

O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NA CONCRETIZAÇÃO DO DEVIDO  
PROCESSO PENAL

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, em 16 de junho de 2010, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharela em Direito.

Aprovada em: 16 / 06 / 2010.

BANCA EXAMINADORA:

---

Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (Orientador)  
Universidade Federal do Ceará – UFC

---

Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda  
Universidade Federal do Ceará - UFC

---

Mestrando José Donato de Araújo Neto  
Universidade Federal do Ceará – UFC

A todos aqueles que, mesmo conscientes das deficiências do sistema, não perderam ainda a esperança e continuam acreditando que podem “mudar o mundo”.

## AGRADECIMENTOS

A Deus, pela vida e pelo conforto que a fé proporciona, mesmo nos momentos difíceis. Saber que estamos na Terra a Teu serviço torna a vida extremamente gratificante.

À minha mãe, Dora, pelo amor e dedicação infinitos, além do apoio incondicional, que me permite trilhar meus próprios caminhos. Sei que muito poucos possuem a oportunidade de conviver com um ser humano tão extraordinário e agradeço diariamente a Deus por mais essa bênção.

Ao meu padrasto, Antonino Neto, *in memoriam*, pelo amor e estímulo. Sempre recordarei os intensos debates jurídicos que travamos e as lições recebidas. És o responsável pelo meu amor ao Direito e espero ser uma jurista à altura das tuas expectativas.

Às minhas famílias (a natural e a por afinidade), pela dádiva de nunca me sentir sozinha. Um especial agradecimento às três avós (Emília, Isolina e Ziza) pelo sorriso doce, abraço amoroso e preocupação constantes e, ainda, aos tios que, mesmo vivendo distante, brindam-me com seu amor e suas orações.

Ao professor Dr. Nestor Santiago, por orientar a pesquisa, constantemente participando de sua evolução, e aos demais membros da banca, professor Samuel Arruda e Dr. Donato, por aceitarem participar da avaliação da monografia.

À Dra. Karla Andréia, pela paciência e generosidade em dividir seus conhecimentos. Só posso defini-la como excelente chefe, vocacionada defensora e extraordinária amiga.

A todos os Defensores Públicos Federais, estagiários e servidores que compõem o núcleo de Fortaleza da Defensoria Pública da União, por me proporcionarem o mais recompensador e receptivo ambiente de trabalho.

Aos meus amigos, pelo carinho, paciência e sinceridade, além dos momentos inesquecíveis já vividos e muitos que ainda virão.

*“Digamos com clareza: a experiência do advogado está sob o símbolo da humilhação. É certo que vista a toga; colabora, desde já na administração da justiça; mas o seu lugar é embaixo, e não no alto. Ele divide com o acusado a necessidade de pedir e de ser julgado. Ele está sujeito ao juiz, como está o acusado. Mas precisamente por isto a advocacia é um exercício espiritualmente saudável. Pesa o dever de pedir, mas é proveitoso, habitua-se a suplicar. Que outra coisa é, senão um pedir, uma súplica? A arrogância apresenta-se como sendo o verdadeiro obstáculo à suplicação; e a arrogância é uma ilusão de poder. Não há nada melhor que advocacia para sanar tal ilusão de potencial. O maior dos advogados sabe que não pode fazer nada frente ao menor dos juizes; entretanto, o menor dos juizes é aquele que o humilha mais. É constrangido a chamá-lo à porta como um pobre. E nem sequer está escrito sobre a porta: pulsate et aperietur vobis. Não raramente se chama em vão. A experiência se faz mais dolorosa e mais saudável. Se acreditava ter razão, se havia estudado tanto, se havia suado tanto, então... É necessário conhecer estes momentos para compreender”.*

(Francesco Carnelutti)

## RESUMO

Aponta fundamentos jurídicos da garantia do devido legal, em sua aplicação no processo penal, ressaltando a participação da Defensoria Pública em sua efetivação. Aborda as origens e a evolução do *due process of law*, além dos direitos contidos sob tal denominação, aplicados às causas penais. Destaca a importância da Defensoria Pública, órgão essencial ao exercício da função jurisdicional do Estado, sendo responsável pela assistência jurídica integral aos necessitados, concretizando o acesso à Justiça. Analisa as principais normas jurídicas que organizam a Instituição no Brasil. Reflete sobre a atuação da Defensoria no processo penal. Considera as particularidades da atuação do órgão nessa área. Enfatiza a importância da Defensoria Pública na concretização do devido processo penal, realizando a igualdade material.

Palavras-chave: Devido processo legal. Defensoria Pública. Acesso à Justiça. Devido processo penal. Igualdade.

## **ABSTRACT**

The review points legal foundations of the due process of law guarantee, in its application in criminal proceedings, emphasizing the participation of the Public Defender's Service in their enforcement. It discusses the origins and evolution of the due process of law clause, beyond the rights contained under that name, as applied to criminal cases. The text stresses the importance of the Public Defender, an essential organ to the exercise of State's jurisdictional functions, which is responsible for full legal assistance to the needy, implementing access to Justice. It also analyzes the most important legal rules that organize the institution in Brazil and reflects on the performance of the Public Defender Service in criminal proceedings. The research considers the particular role of the organ in that area, pointing the importance of the Public Defender in the implementation of criminal due process, as a measure to perform material equality.

Keywords: Due process of law. Public Defender Service. Access to Justice. Criminal due process. Equality.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>09</b>
<b>1 DEVIDO PROCESSO LEGAL E DEVIDO PROCESSO PENAL.....</b>	<b>12</b>
<b>1.1 Devido processo legal: origem e evolução.....</b>	<b>12</b>
1.1.1 A Magna Carta do Rei João Sem Terra (1215).....	13
1.1.2 Declaração de Direitos (1689).....	14
1.2.3 As Treze Colônias Inglesas na América.....	15
1.2.4 Os Estados Unidos da América.....	16
<b>1.2 Devido processo legal em sentido formal e material.....</b>	<b>18</b>
<b>1.3 O devido processo penal como garantia decorrente do devido processo legal.....</b>	<b>21</b>
1.3.1 Diferenciação entre os institutos.....	21
1.3.2 Direitos insertos no devido processo penal.....	23
1.3.2.1 Acesso à Justiça Penal.....	24
1.3.2.2 Juiz natural.....	25
1.3.2.3 Paridade de armas.....	26
1.3.2.4 Ampla defesa.....	26
1.3.2.5 Publicidade e fundamentação dos atos processuais.....	27
1.3.2.6 Razoável duração do processo penal.....	29
1.3.2.7 Legalidade da execução penal.....	30
<b>2 DEFENSORIA PÚBLICA.....</b>	<b>31</b>
<b>2.1 Origem da Instituição.....</b>	<b>31</b>
<b>2.2 A Defensoria Pública no atual ordenamento jurídico brasileiro.....</b>	<b>34</b>
2.2.1 A Defensoria Pública na Constituição da República de 1988.....	34
2.2.2 Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública – LC n. 80/1994: aspectos fundamentais.....	39
<b>2.3 As atribuições da Defensoria Pública em matéria penal.....</b>	<b>47</b>
<b>3 A DEFENSORIA PÚBLICA E O DEVIDO PROCESSO PENAL.....</b>	<b>50</b>
<b>3.1 Atuação da Defensoria Pública nas diversas fases da persecução penal.....</b>	<b>50</b>
3.1.1 Inquérito policial.....	50
3.1.2 Ação penal.....	58
3.1.3 Fase recursal.....	66
3.1.4 Execução penal.....	70
<b>3.2 O prazo em dobro conferido à Defensoria Pública e o devido processo penal .....</b>	<b>73</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>78</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>80</b>

## INTRODUÇÃO

O pacto social implica que os particulares abdicuem do direito de aplicar a justiça privada e que estas mesmas pessoas submetam-se a punições caso descumpram as regras básicas do convívio em sociedade. Devido a essa limitação à liberdade de todos abstratamente considerados, os indivíduos passaram a exigir do Estado que o sistema de aplicação da lei fosse claro, em nome da segurança jurídica. Exigiu-se, ainda, que houvesse um núcleo intangível de direitos a proteger o homem do exercício indiscriminado da função jurisdicional estatal.

O devido processo legal consiste numa cláusula propositalmente aberta, de modo a enfeixar elevado número de direitos processuais das partes, não sendo possível uma delimitação *a priori* de seu integral conteúdo. Para cada ramo do direito em que se vislumbre sua aplicação, o devido processo legal assume contornos distintos, permitindo falar em devido processo administrativo, devido processo tributário e devido processo penal, por exemplo. Este último é o devido processo aplicado justamente à persecução penal e ganha extremo relevo, dados os valores em conflito: o *status libertatis* do cidadão *versus* a pretensão punitiva estatal.

Garantir o devido processo penal a todos os acusados exige não apenas a elaboração de lei processuais penais, mas a realização da igualdade material, através da exigência da defesa técnica efetiva, impedindo que uma defesa meramente formal macule os direitos do réu ao contraditório e à ampla defesa. A assistência jurídica, enquanto serviço público, corresponde a direito fundamental de segunda dimensão, exigindo uma postura prestacionista do Estado. No âmbito penal, a adoção do sistema processual acusatório exige a separação das funções de julgar, acusar e defender, que devem ser exercitadas por personagens distintos, não prescindindo o devido processo penal de um agente encarregado da defesa técnica para contrapor-se à acusação oficial.

A Defensoria Pública, instituição que com a Constituição da República de 1988, pela primeira vez, alcança previsão constitucional no ordenamento jurídico

nacional, é o órgão estatal ao qual corresponde o dever de prestar a assistência integral e gratuita aos hipossuficientes. No desempenho de suas atribuições, a Instituição colabora para a efetivação de diversos direitos e garantias fundamentais, como, por exemplo, dignidade da pessoa humana, cidadania, acesso à justiça, contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

Assim, reveste-se de importância o estudo do conteúdo jurídico da expressão devido processo penal e da contribuição para a consolidação de tal garantia prestada pela Defensoria Pública, já que o órgão possui amplas atribuições no que diz respeito ao processo penal e exerce, tanto de modo típico como atípico, a defesa técnica de acusados em ação penal, caso sejam estes, respectivamente, necessitados econômicos ou jurídicos.

O presente trabalho destina-se, precisamente, a analisar o papel que assume a Defensoria Pública, ao intervir nas causas criminais, na concretização do feixe de garantias que se encontram contidas sob a denominação devido processo penal, não deixando de considerar as particularidades que orientam tal atuação.

Quanto à metodologia, a monografia foi desenvolvida com base, eminentemente, em obras doutrinárias nas áreas do Direito Constitucional e Processual Penal, além de obras específicas sobre Defensoria Pública, acesso à Justiça e princípios processuais penais, objetivando embasar adequadamente a pesquisa. Realizou-se a compilação de posicionamentos da doutrina e trechos da legislação que rege a Defensoria Pública e o Processo Penal, no Brasil e, ainda, pesquisou-se a jurisprudência dos Tribunais pátrios, especialmente os Superiores, para explicitar como os mesmos tratam as peculiaridades da atuação defensorial no processo.

A pesquisa estrutura-se em três capítulos. O primeiro capítulo é dedicado ao estudo do devido processo legal e do devido processo penal. Foram analisadas as origens e a evolução do *due process of law*, além dos conceitos de devido processo legal em sentido formal e em sentido material. Tratou-se do devido processo penal como garantia decorrente do devido processo legal, diferenciando os institutos e abordando-se as garantias insertas naquele.

O segundo capítulo trata da Defensoria Pública. Nele são estudadas as origens da Instituição e o regramento que o ordenamento jurídico brasileiro confere ao

órgão, através da análise das normas constitucionais e legais (especialmente a Lei Orgânica da Defensoria Pública). É dedicada atenção ainda às atribuições da Instituição para atuar no processo penal.

Por fim, o terceiro capítulo aborda a participação da Defensoria nas diversas fases da persecução penal: inquérito policial, ação penal, fase recursal e execução penal, ressaltando o modo como o órgão direciona sua atividade para a realização efetiva do devido processo penal, com o respeito aos direitos humanos fundamentais. Tratou-se ainda do aspecto polêmico do prazo em dobro conferido à Defensoria Pública e sua relação com o princípio jurídico da igualdade e com o devido processo penal.

Deste modo, o trabalho estruturou-se de maneira a permitir ao leitor uma ampla perspectiva dos temas devido processo penal e Defensoria Pública, tendo como objetivo despertar a atenção para os aspectos relevantes que particularizam a atuação da Instituição no âmbito penal, através da observação da persecução penal sob uma perspectiva garantista.

## **1 DEVIDO PROCESSO LEGAL E DEVIDO PROCESSO PENAL**

O devido processo legal, em sucinta análise, nasceu com a finalidade de proteger três bens jurídicos do homem: sua vida, sua liberdade e sua propriedade. Assim, a garantia terminava por aplicar-se tanto às causas criminais, quanto às relativas aos outros ramos do direito.

Sempre houve, contudo, extrema preocupação com sua aplicação no processo penal, dada a violência com que este pode atingir a esfera jurídica do indivíduo, privando-o do gozo de direitos fundamentais, como a liberdade e até mesmo a vida, nos ordenamentos jurídicos onde se admite a pena capital.

Desta feita, passou-se a falar na existência de um devido processo penal, a merecer estudo específico, por abranger inúmeros direitos extremamente caros à justiça penal, como o juiz natural e a ampla defesa, por exemplo. Destaca-se desde logo, como será adiante melhor explicitado, que o devido processo penal é uma garantia em constante construção, razão pela qual estudar-se-ão neste capítulo apenas os seus aspectos mais nítidos.

Inicia-se, assim, pela análise da cláusula que deu origem à construção doutrinária e jurisprudencial do objeto de estudo, qual seja, o devido processo legal, para só então identificar o conteúdo jurídico do devido processo penal.

### **1.1 Devido processo legal: origem e evolução**

A garantia do devido processo legal tem sua origem no direito inglês, mas sua atual dimensão recebeu forte influência do direito norte-americano. Surgida como forma de proteger a aristocracia inglesa das arbitrariedades reais e barganhada em troca do apoio político ao monarca, a cláusula do *due process of law* teve seu âmbito de incidência ampliado, resultando numa proteção a qualquer indivíduo que se submeta à jurisdição estatal.

Estudam-se neste momento as origens do devido processo legal, de modo a melhor compreender sua evolução e sua influência sobre os ordenamentos jurídicos modernos, além da importância da aplicação judicial da garantia, que contribuiu sobremaneira para sua construção.

### 1.3.3 A Magna Carta do Rei João Sem Terra (1215)

Aponta-se como origem do princípio do devido processo legal (*due process of law*) a Magna Carta do rei João Sem Terra, promulgada em 1215, ainda na Idade Média, portanto. Tal documento surgiu a partir das reivindicações dos barões feudais ingleses por limitações aos poderes do soberano. Representou uma solução pactuada para o conflito entre um soberano militarmente derrotado e politicamente enfraquecido e o baronato normando, em verdadeiro acordo de cavalheiros.

Carlos Roberto Siqueira Castro ressalta a importância do citado marco histórico nos seguintes termos:

Aqueles revoltados de alta linhagem que, sob a liderança do arcebispo de Canterbury, Stephen Langton, conquistaram a aposição do selo real naquela autêntica declaração dos direitos da nobreza inglesa frente à Coroa, jamais poderiam cogitar que nesse dia 15 de junho do ano de 1215 se estava lançando aos olhos da história da civilização a sementeira de princípios imorredouros, como o da ‘conformidade com as leis’, o do ‘juiz natural’, o da ‘legalidade tributária’ e o instituto do *habeas corpus*. A bem dizer, ao lado da ‘igualdade perante a lei’ (*equal protection of the law*), a cláusula *due process of law* erigiu-se no postulado maior da organização social e política dos povos cultos na era moderna<sup>1</sup>.

Em decorrência da estrutura feudal, com a concentração da terra nas mãos de uma pequena elite, que acumulava igualmente riqueza e poder, nasceram núcleos de domínio, onde a palavra do suserano era lei, contando este, inclusive, com forças próprias de proteção armada para fazer valer sua autoridade.

Nesse contexto, os barões feudais passaram a tolerar cada vez menos a interferência do soberano em seus domínios. Utilizaram seu poder como instrumento para barganhar com o rei medidas limitantes ao absolutismo monárquico e obtiveram importantes conquistas através da *Great Charter*.

---

1 CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 5.

Em seu artigo 39, a Magna Carta possui, em sua versão inglesa, a seguinte redação:

No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgment of his equals or by the law of the land.<sup>2</sup>

É necessário ressaltar, entretanto, que tal declaração de direitos possuía como destinatários apenas os homens livres, especialmente os nobres e proprietários de terra, diminuta parcela da população. Constatou-se tal fato diante da circunstância de haver sido originalmente redigida em latim e restado séculos sem tradução para a língua inglesa. Deste modo, evitou-se de modo extremamente eficaz que os socialmente espoliados tivessem acesso ao documento e o utilizassem como meio de proteção de seus direitos mais elementares.

Garantiu-se a poucos privilegiados, com a Magna Carta, a inviolabilidade de direitos como a vida, a liberdade e, mormente, a propriedade, autorizando sua supressão unicamente através da *law of the land* (lei da terra ou *per legem terrae*, no original, em latim). Assim, somente o direito consuetudinário poderia veicular restrições aos direitos nela elencados e, ainda, apenas na forma prevista e aceita pelo *common law*.

Como se pode notar, a garantia do devido processo legal não foi desde o início prevista mediante a expressão, hoje consagrada, *due process of law*, e sim como “lei da terra” (*per legem terrae* ou *law of the land*). A locução *due process of law*, constitui sua legítima sucessora, como sinônima, fato reconhecido pelas Cortes Constitucionais dos Estados Unidos e da Inglaterra, e foi utilizada por vez primeira durante o reinado de Eduardo III, quando, em 1354, o Parlamento inglês editou o *statute of Westminster of the Liberties of London*.

### 1.1.2 Declaração de Direitos (1689)

Apesar da natureza constitucional de ambas as declarações de direitos inglesas, uma acurada observação permite a constatação de importantes diferenças entre a *Great Charter* (1215) e o *Bill of Rights* (1689).

<sup>2</sup> Magna Carta. Disponível em: <[http://www.humanistictexts.org/magna\\_carta.htm](http://www.humanistictexts.org/magna_carta.htm)>. Acesso em: 10 fev. 2010.

Enquanto a Magna Carta foi imposta ao soberano inglês pelos senhores feudais e representou, em última instância, a proteção dos privilégios dos setores abastados da população, clero e nobreza, a promulgação do *Bill of Rights*, documento elaborado e votado pelo parlamento inglês, foi condição para a ascensão de Guilherme de Orange e Maria de Stuart ao trono da Inglaterra, consagrando em definitivo a separação dos poderes no país.

Ainda que repetida na Declaração de Direitos grande parte das garantias contidas na Magna Carta, seu âmbito de aplicação é muito mais amplo, abrangendo também a burguesia fortalecida e limitando o poder do monarca através do Parlamento, o que, pela via transversa, terminou por beneficiar todo o povo inglês.

Segundo esclarece o internacionalista Fábio Konder Comparato:

Embora não sendo uma declaração de direitos humanos, nos moldes das que viriam a ser aprovadas cem anos depois nos estados Unidos e na França, o *Bill of Rights* criava, com a divisão de poderes, aquilo que a doutrina constitucionalista alemã do século XX viria denominar, sugestivamente, uma *garantia institucional*, isto é, uma forma de organização do Estado cuja função, em última análise, é proteger os direitos fundamentais da pessoa humana.<sup>3</sup>

Feitas essas considerações, resta clara a importância da Declaração de Direitos inglesa para o fortalecimento da garantia do devido processo legal, na medida em que o Parlamento passa a deter a autoridade necessária para conter o arbítrio do soberano, em prol dos cidadãos.

Os direitos antes abstratamente assegurados, dependendo de certo modo da boa vontade do governante para serem respeitados, ganham meios de concretização, através da atuação dos representantes do povo.

### 1.1.3 As Treze Colônias Inglesas na América

Com sua consagração no direito saxônico, a cláusula do devido processo legal terminou por se refletir nos estatutos jurídicos das colônias inglesas, especialmente

---

<sup>3</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 90-91.

as que futuramente uniram-se na formação da federação estadunidense, sendo por estas recepcionadas em suas Constituições e Declarações de Direitos.

As colônias inglesas Virgínia, Delaware, Maryland, Carolina do Norte, Vermont, Massachusetts, New Hampshire, entre outras, já previam expressamente o devido processo legal, normalmente em cláusulas contendo a fórmula inglesa “*law of the land*”.

O fato é acima referido foi de suma importância para a futura incorporação do instituto ao ordenamento jurídico da nação americana, tendo a garantia do devido processo legal servido de instrumento aos colonos ingleses para repudiar as taxações excessivas e as intromissões da metrópole na vida colonial, o que culminou no desenvolvimento da idéia de devido processo legal substantivo, tema a ser abordado em momento posterior deste trabalho.

Os *bill of rights* coloniais representavam, sobretudo, declarações de direitos individuais. As declarações de direitos das colônias inglesas, entretanto, valeram-se não apenas de seu antecedente histórico inglês (o *Bill of Rights* de 1689), mas do Iluminismo desenvolvido na Europa no século XVIII, principalmente quanto às teses de Rousseau e Montesquieu.

Nesse contexto, surgem as idéias modernas de Constituição e de direitos fundamentais. Estes, como direitos humanos positivados, reconhecidos de modo expreso pelo Estado, com *status* constitucional. Aquela, como um sistema de princípios estabelecidos para assegurar ao indivíduo a posse e o gozo de seus direitos, significando, assim, um instrumento de proteção do sujeito face aos poderes instituídos.

Os colonos concluíram, em seus documentos constitucionais, que, diante do contrato social, o Estado existia para preservar o indivíduo, organizando a vida em sociedade, e não para macular seus direitos mais elementares. O governo é que deveria servir aos cidadãos e não o contrário, como se via no absolutismo. Ganha fôlego a idéia de soberania popular, fundamental para a emancipação das Treze Colônias Inglesas na América e subsequente construção da nação norte-americana.

#### 1.1.4 Os Estados Unidos da América

Segundo relata o historiador Gilberto Cotrim,

O conflito de interesses entre colonos americanos e autoridades britânicas existia desde o início da colonização, ainda que de forma branda.

O processo de independência das colônias inglesas da América foi desencadeado após a vitória dos ingleses na Guerra dos Sete Anos (1756-1763), na qual Inglaterra e França disputavam a posse de regiões da América do Norte.

Para recuperar sua economia, abalada devido às despesas militares com a guerra, o governo inglês tomou medidas que ampliaram a dominação sobre suas **13 colônias** na América (que, depois, independentes, constituiriam os Estados Unidos).<sup>4</sup>

Os colonos das treze colônias inglesas na América, especialmente os que habitavam o Norte, estavam acostumados a relativa liberdade, já que a metrópole lhes permitia produzir, comercializar e viver sem demasiadas restrições. Até mesmo o Sul, responsável pelo cultivo de bens do interesse da Inglaterra com a utilização de mão-de-obra escrava, era beneficiado pelo arranjo, já que possuía consumidor certo para sua produção.

Entretanto, após disputar com a França, sua histórica rival, o domínio sobre diversas áreas da América do Norte, a Inglaterra sobrecarregou o tesouro inglês e decidiu recuperar-se onerando as colônias com mais impostos e reforçando seu poder sobre o território norte-americano.

Foram publicados diversos atos legais visando instituir novos tributos, aumentar os já existentes e, ainda, limitar a possibilidade de comércio da colônia com outros povos e até mesmo o comércio interno. Como exemplos, podemos citar o *Tea Act* (Lei do Chá), que concedia à Companhia das Índias Orientais o monopólio da venda de chá nas colônias e as chamadas Leis Intoleráveis, que ordenavam, entre outras medidas, o fechamento do porto de Boston e autorizavam a punição severa dos colonos que se envolvessem em quaisquer perturbações da ordem contra a autoridade da metrópole.

Os colonos da América, que haviam construído uma sociedade de proprietários, cuja economia baseava-se no comércio e na igualdade jurídica entre os

---

4 COTRIM, Gilberto. **História Global**: Brasil e Geral. Volume único. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 285.

cidadãos, não puderam tolerar as medidas inglesas, gerando, assim, inúmeras revoltas. As colônias declararam a independência em 4 de julho de 1776, mas continuaram lutando para consagrar tal vitória até o ano de 1781, sendo reconhecidas como nação pela Inglaterra apenas em 1783.

Inicialmente, a Constituição americana não possuía uma declaração de direitos. Esse fato explica-se pela primordial necessidade, em um primeiro momento, de organizar o Estado formado pela união dos países fruto da independência das colônias. Ademais, na nascente federação norte-americana, os *Bill of Rights* das antigas colônias não perderiam vigência.

Em explanação do fenômeno acima descrito, Siqueira Castro enuncia:

Em virtude da perfeita assimilação pelo sistema jurídico norte-americano, desde a era colonial, pela via da ‘recepção’, das imemoriais tradições humanistas inglesas, tudo insuflado pela muito maior e mais urgente de se editar uma *carta constitucional*, ou seja, uma Constituição puramente orgânica para a nova nação que conquistara pela guerra a sua independência, é compreensível o fato de os constituintes reunidos na convenção de Filadélfia no ano de 1787 não terem, desde logo, proclamado um Bill of Rights uniforme para todo o país.<sup>5</sup>

Contudo, a ausência de uma declaração de direitos na Constituição americana de 1787 não foi bem recebida pelos Estados, quando do momento de ratificar o documento. Desta feita, logo na primeira legislatura do Congresso, foram elaboradas as propostas de emenda à Constituição, sendo as dez primeiras emendas ratificadas em 1791.

O devido processo legal, objeto de nosso estudo, restou previsto na 5ª Emenda, assegurando que ninguém será privado de sua vida, liberdade ou seus bens sem o devido processo. A 14ª Emenda, promulgada em 1863, consagrou definitivamente no direito constitucional norte-americano o *due process of law* e a igual proteção da lei, nos seguintes termos: “[...] *nor shall any State, deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.*”<sup>6</sup>

5 CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 23.

6 Constitution of the United States. Amendments 11-27. Disponível em: <[http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution\\_amendments\\_11-27.html](http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_amendments_11-27.html)>. Acesso em: 10 fev. 2010.

Nos Estados Unidos da América, a cláusula do devido processo legal encontrou ambiente propício a seu pleno desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial, influenciando inúmeros outros países, entre eles o Brasil.

Hoje, encontra abrigo na maioria dos documentos constitucionais modernos, disseminando a idéia de legalidade e revela-se indicador do estado de evolução jurídica alcançada por determinado povo.

## 1.2 Devido processo legal em sentido formal e material

O devido processo legal é garantido na Constituição da República Federativa do Brasil no art. 5º, LIV, segundo o qual “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. A Constituição Federal de 1988 é a primeira carta constitucional brasileira a prever expressamente este princípio.

Constitui direito fundamental de conteúdo complexo, pois possui seu aspecto formal e também o material. O *due process* é uma cláusula geral e, assim, suscetível à interpretação jurisdicional e ao fenômeno da mutação constitucional, possuindo sentidos diferentes de acordo com a época e o local tido como objeto de estudo.

Para Francisco Gérson Marques de Lima, o devido processo legal é princípio garantístico-mor de inúmeros outros postulados, verdadeiro conglomerado de garantias<sup>7</sup>. Sua previsão como cláusula no art. 5º de nossa Carta Magna, junto a diversos de seus desdobramentos, passou longe de tratar-se de redundância do constituinte, como demonstra Antônio Scarance Fernandes:

Passo importante dado para alargar o universo das garantias do devido processo consistiu na introdução, nas Constituições, em acréscimo às garantias explícitas, de regra genérica destinada a assegurar a garantia do devido processo legal, posta como uma ‘garantia inominada’. Serve para que, por meio de construções doutrinárias e jurisprudenciais, se dê assento constitucional a garantias não expressas.<sup>8</sup>

---

7 LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Fundamentos Constitucionais do Processo** (sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais). São Paulo: Malheiros, 2002, p. 176.

8 FERNANDES. Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.48.

Este valioso aspecto de garantia inominada do devido processo legal permite sua interpretação construtiva (*constructive interpretation*), de modo a abranger outros princípios não expressos. Não é possível a conceituação apriorística do *due process of law*, devendo seu conceito ser adaptado às exigências sociais.

Inicialmente, entendeu-se que o devido processo legal enfeixava apenas garantias de cunho processual. Assim, haveria o direito a demandar e ser demandado de modo condizente com as normas jurídicas postas. O chamado *procedural due process* abrange, além do acesso à jurisdição e da obediência ao procedimento, o devido processo legislativo, ou seja, a elaboração do direito seguindo o rito próprio.

Para explicitar o conceito do *procedural due process*, valem as palavras do Ministro Marco Aurélio:

Sob a visão *instrumental*, o devido processo legal procedimental, implica reconhecer, em qualquer procedimento, caracterizado por uma sucessão ordenada de atos intermediários, *ordely proceedings*, estabelecido pelo Estado, uma medida suficiente para minimizar o risco de decisões que provoquem a restrição indevida de algum dos bens tutelados pela cláusula.<sup>9</sup>

Feitas essas considerações, vê-se que o devido processo formal apenas protegia o cidadão contra violações do procedimento normatizado, não servindo a questionar o conteúdo de atos emanados do Poder Público. O *procedural due process* revelou-se insuficiente para garantir os direitos e princípios veiculados nas normas de direito, razão pela qual foi ampliada a garantia do devido processo legal, a conter doravante um aspecto substantivo.

Nos Estados Unidos da América, nação onde o devido processo legal atingiu o auge de seu desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário, os tribunais, que em princípio aplicavam o *due process* sob um enfoque estritamente processual, passaram a utilizá-lo para apreciar a razoabilidade das leis e atos normativos, negando vigência às normas arbitrárias.

Concluíram os magistrados americanos que não merecia o título de lei uma norma que violasse o contrato social, extrapolando os limites dos poderes concedidos

---

9 Voto proferido no julgamento do Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 142.847-3/SP, em 01/12/1992. Inteiro teor disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=275362>>. Acesso em: 07 fev. 2010.

aos governantes para regular o convívio em sociedade e maculando os direitos mais básicos dos cidadãos.

Desta feita, o devido processo legal exigiria não apenas o regular processo legislativo e a devida aplicação da lei, mas, sobretudo, que as normas jurídicas fossem razoáveis e racionais, em suma, que fossem justas.

É o entendimento esposado pelo Ministro Carlos Velloso, do Supremo Tribunal Federal:

“Due process of law”, com conteúdo substantivo – “substantive due process” – constitui limite ao Legislativo, no sentido de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade (“reasonableness”) e racionalidade (“rationality”), devem guardar, segundo W. Holmes, um real e substancial nexos com o objetivo que se quer atingir. Paralelamente, “due process of Law”, com caráter processual – “procedural due process” – garante às pessoas um procedimento judicial justo, com direito de defesa<sup>10</sup>.

O devido processo legal, em sua vertente material, corresponde aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, que a despeito de não expressamente previstos na Constituição da República, consideram-se embutidos no devido processo legal ou mesmo decorrentes do sistema constitucional nacional.

Conforme a lição de Siqueira Castro:

[...] a cláusula do devido processo legal, em sua acepção “substantiva”, constitui um inesgotável manancial de inspiração para a criatividade hermenêutica. [...] sob o influxo da interpretação construtiva (*constructive interpretation*) da *substantive due process of law*, essa garantia acabou por transformar-se num amálgama entre o princípio da “legalidade” (*rule of law*) e o da “razoabilidade” (*rule of reasonableness*) para o controle da validade dos atos normativos e da generalidade das decisões estatais. Por sua imensurável riqueza exegética, a regra do *devido processo legal* serviu para escancarar as portas da imaginação criadora daqueles constitucionalmente incumbidos de amoldar a ordem jurídica aos mutantes anseios de justiça prevalentes em cada tempo e lugar<sup>11</sup>.

---

10 Voto proferido no julgamento da ADI-1.511-7/DF (medida liminar), em 14/10/1996. Disponível em seu inteiro teor em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=1511&classe=ADI-MC>>. Acesso em: 07 fev. 2010.

11 CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 64-65.

### 1.3 O devido processo penal como garantia decorrente do devido processo legal

A enorme amplitude de que é dotada a garantia do devido processo legal exigiu a setorização de seu estudo, permitindo, desta maneira, ao intérprete conhecer as minúcias que envolvem sua aplicação a determinado âmbito da ciência jurídica. Nesse contexto, apenas para fins didáticos, ressalte-se, desmembra-se a garantia do devido processo legal.

#### 1.3.1 Diferenciação entre os institutos

Os direitos abrangidos pelo devido processo legal, em sua origem, diziam respeito ao exercício da jurisdição penal. Posteriormente, foram estendidos aos processos cíveis, e garantias como o juiz natural, a ampla defesa e o contraditório se universalizaram, sendo hoje aplicáveis a todo e qualquer exercício de atividade jurisdicional.

Deste modo, a doutrina passou, por motivos didáticos, a explicitar os aspectos do *due process* característicos de cada ramo do direito. Assim, se fala em devido processo cível, devido processo administrativo e devido processo tributário, por exemplo, de acordo com o campo processual de atuação. Com esta divisão permite-se explicitar o que mais diretamente interessa à disciplina em análise.

O devido processo penal, diante do exposto, é a feição penal do *due process of law*. Curiosamente, aquele decorre deste, mas com ele não se confunde, já que o devido processo penal abrange, além das garantias do devido processo aplicáveis a todos os ramos do direito, também as que dizem respeito exclusivamente ao exercício da jurisdição penal.

O tema é de enorme relevo, pois permite considerar abrangidos pela garantia inominada do *due process*, aspecto já tratado anteriormente neste trabalho, diversos direitos no âmbito do processo penal, outorgando-lhes a merecida proteção constitucional, permitindo sua concretização ainda quando não exista previsão infraconstitucional expressa, dada a eficácia normativa da Constituição.

A Carta Magna de 1988 não estabeleceu um rol de garantias a constituir o devido processo penal, aliás, não o fez quanto ao devido processo legal e nem mesmo quanto aos direitos e garantias fundamentais de modo geral, pois faz questão de esclarecer, mediante o parágrafo segundo do art. 5º que

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte<sup>12</sup>.

Revela-se, então, fundamental o papel do operador do direito na construção da garantia do devido processo penal. Os doutrinadores e, mormente, os magistrados, dotados da missão de dizer o direito aplicável ao caso concreto, são as principais fontes de esclarecimento da abrangência do devido processo em sua acepção penal. Como bem ressalta Adauto Suannes:

[...] insista-se em que o fato de a Constituição Federal não afirmar quais devam ser os desdobramentos da garantia do princípio do devido processo penal não impede, antes exige, que os exegetas, dentre os quais, por motivos óbvios, os julgadores, assumam tal tarefa<sup>13</sup>.

Ademais, outros ramos do direito, quando da aplicação de penalidades, são obrigados a guardar respeito ao devido processo penal e seus desdobramentos, segundo enfatiza Leonardo Greco, nos seguintes termos:

Essas garantias especiais do Processo Penal acabam por refletir sobre o próprio Processo Civil, na medida em que este é também instrumento de solução de litígios decorrentes do exercício de atividades punitivas da Administração, como o chamado Direito Administrativo Sancionador ou o Direito Tributário, em que o particular que contende com o Poder Público deve dispor dessas mesmas garantias<sup>14</sup>.

Dada a relevância da questão, passaremos a tratar das garantias que compõem o chamado devido processo penal, objeto de nosso estudo.

---

12 Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)> Acesso em: 10 fev. 2010.

13 SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 406.

14 GRECO, Leonardo. **Garantias fundamentais do processo**: o processo justo. *Estudos jurídicos*, Itajaí, a. VII, n.14, abr. 2002, p. 46. Disponível em: <<http://www.univali.br/nej>>. Acesso em 08 fev. 2010.

### 1.3.2 Direitos insertos no devido processo penal

O sobreprincípio do devido processo legal, em sua vertente penal, engloba diversas garantias, algumas expressas em incisos do art. 5º da Constituição Federal e outras que se encontram fora desse rol.

Seria demasiada pretensão esgotar o tema, abordando todas elas, e tampouco é esta a intenção desta monografia, até porque qualquer trabalho que revelasse tal objetivo estaria fadado à desatualização, já que, conforme antes explicitado, o devido processo legal é uma garantia em construção, sujeito que está à *constructive interpretation*.

Pelo motivo acima, somente se referirá a pesquisa aos direitos mais abrangentes, por assim dizer, enfeixados sob o título de devido processo penal, já que estes constituem os pilares de nosso ordenamento jurídico penal. Deixamos claro que os mesmos se desdobram em inúmeros outros que, por razões metodológicas, não serão abordados em profundidade neste trabalho.

Utilizaremos como norte a enumeração de Rogério Lauria Tucci:

Assim concebido, especifica-se o devido processo penal nas seguintes garantias: a) de acesso à Justiça Penal; b) do juiz natural em matéria penal; c) de tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo penal; d) da plenitude de defesa do indiciado, acusado ou condenado, com todos os meios e recursos a ela inerentes; e) da publicidade dos atos processuais penais; f) da motivação dos atos decisórios penais; g) da fixação de prazo razoável de duração do processo penal; e, h) da legalidade da execução penal<sup>15</sup>.

#### 1.3.2.1 Acesso à Justiça Penal

O acesso à justiça, no processo penal, encontra-se garantido em nossa Constituição, através dos incisos LXXIV e LXXVII do art. 5ª, que asseguram, respectivamente, a prestação por parte do Estado de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovem insuficiência de recursos e o direito gratuito ao remédio constitucional do *habeas corpus*, em defesa da liberdade de locomoção.

---

15 TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no Processo Penal brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 67.

A Carta Magna prevê ainda, a Defensoria Pública, em seu art. 134, *ipsis litteris*: A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

Para falar em verdadeiro acesso à justiça necessita-se garantir ao indivíduo a acessibilidade em sentido econômico (possibilidade de os desvalidos participarem do processo em igualdade de condições com aqueles que desfrutam de recursos financeiros) e técnico (atuação de profissional legalmente habilitado a ofertar assistência jurídica).

Facilmente percebemos que o constituinte originário preocupou-se em estabelecer a responsabilidade estatal em permitir aos cidadãos o acesso à justiça livre de limitações de caráter econômico, assegurando a igualdade em seu aspecto material, através do direito à assistência jurídica e também à assistência judiciária (isenção de despesas processuais).

Primou-se pela acessibilidade técnica ao exigir o título de bacharel em direito somado à aprovação no exame de ordem para o exercício da advocacia. Ademais, o provimento dos cargos de defensor público mediante concurso público de provas e títulos ajuda a selecionar profissionais habilitados a prestar ao hipossuficiente uma assistência jurídica integral e de qualidade.

No processo penal a defesa técnica é direito indisponível do acusado, exercido independentemente de sua vontade e até mesmo contra esta, constituindo garantia tanto do sujeito passivo da ação penal, quanto da própria jurisdição criminal.

Por óbvio, somente um profissional da área jurídica pode fiscalizar a obediência ao procedimento regularmente estabelecido e orientar o acusado, visando conferir máxima efetividade a seus direitos fundamentais.

Em suma, restou constitucionalmente assegurado o acesso à justiça criminal, respeitando-se a acessibilidade econômica e técnica, prezando-se pelo desenvolvimento idôneo da persecução penal e respeitando-se o núcleo intangível de direitos elementares da pessoa humana.

### 1.3.2.2 Juiz natural

Exige-se, para a existência do devido processo penal, que o órgão estatal dotado de competência para julgar a pretensão punitiva estatal seja previamente constituído, regularmente investido do exercício da *jurisdictio* e possuidor de garantias de independência e imparcialidade.

Segundo Uadi Lammêgo Bulos:

Pelo princípio constitucional-processual do juiz natural – também cognominado de juiz legal, juiz constitucional ou juiz competente – presume-se que todo cidadão possui uma autoridade jurisdicional para apreciar suas controvérsias. Trata-se, assim, do juiz pré-constituído por lei. Pré-constituído significa constituído antes de o fato ser julgado, para garantir a imparcialidade do juízo, que não saberá, de antemão, a causa que lhe será auferida<sup>16</sup>.

O juízo com atribuições previamente estabelecidas constitui o aspecto do princípio do juiz natural que veda a criação de juízos ou tribunais de exceção. Evita-se que, de modo casuístico, seja estabelecido um órgão para o julgamento de determinada infração penal, em violação à igualdade e às regras constitucionais de competência.

Os incisos XXXVII e LIII do artigo 5º da Constituição Federal trazem como direitos fundamentais a proibição aos juízes e tribunais de exceção e o processo conduzido por autoridade competente.

O exercício da função jurisdicional do Estado requer do magistrado imparcialidade e independência no desempenho de suas atividades, razão pela qual a Constituição lhe fornece garantias de independência e prevê ainda vedações (artigo 95 da Constituição Federal). Além disso, a legislação processual traz as hipóteses de impedimento e suspeição do juiz, justamente para que este não officie quanto esteja incapacitado de apreciar com isenção a causa.

### 1.3.2.3 Paridade de armas

O princípio da paridade de armas constitui manifestação da igualdade entre as partes parciais do processo. Somente há que se falar em justiça quando as partes são tratadas com imparcialidade, estando equidistantes do magistrado e dispõem das

---

16 BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 242.

mesmas oportunidades processuais para influenciar o livre convencimento motivado do juiz.

Esclarece Scarance Fernandes, contudo, que

Quando se afirma que as duas partes devem ter tratamento paritário, isso não exclui a possibilidade de, em determinadas situações, dar-se a uma delas tratamento especial para compensar eventuais desigualdades, suprimindo-se o desnível da parte inferiorizada a fim de, justamente, resguardar a paridade de armas. Por isso, a Carta Magna não se limitou a assegurar ao réu o exercício de sua defesa, mas no art. 5º, LV, garantiu-lhe mais – a ampla defesa –, ou seja, defesa sem restrições, não sujeita a eventuais limitações impostas ao órgão acusatório.<sup>17</sup>

Assim sendo, a paridade de armas não visa preservar a igualdade formal, apenas, mas também, e principalmente, a igualdade material, permitindo ao acusado, cujo *jus libertatis* está em risco, o uso de todos os meios juridicamente idôneos para defender-se.

#### 1.3.2.4 Ampla defesa

A ampla defesa constitui importantíssimo corolário do princípio do devido processo penal. A Constituição Federal brasileira garantiu o direito à ampla defesa no artigo quinto, inciso LV, *verbis*: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”<sup>18</sup>.

Exige-se que aos acusados em geral seja concedida a oportunidade de participar ativamente do procedimento em contraditório, além da ciência quanto aos atos que lhe digam respeito.

A doutrina é unânime em desdobrar a ampla defesa em dois aspectos: autodefesa e defesa técnica. A autodefesa é aquela exercida pessoalmente pelo acusado, por exemplo, fornecendo sua versão dos fatos ao ser interrogado e colaborando com a produção probatória. O acusado não pode ser compelido a autodefender-se por nenhum

17 FERNANDES. Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.53.

18 Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)> Acesso em: 10 fev. 2010.

motivo, pois a autodefesa é uma faculdade sua. O sujeito passivo da ação penal não é obrigado a produzir provas contra si mesmo e pode manter-se em silêncio quanto aos fatos durante toda a persecução penal sem que isto possa ser interpretado em seu desfavor (art. 5º, LXIII).

Já a defesa técnica é de rigor para a idoneidade do procedimento penal, não podendo o acusado dela prescindir. Inexiste possibilidade de regular exercício da pretensão punitiva estatal sem defesa técnica, pois esta é pressuposto processual de validade.

A defesa técnica apenas pode ser exercida por quem detenha capacidade postulatória. O acusado tem plena liberdade para constituir seu patrono, mas, caso não o faça, o órgão jurisdicional obrigatoriamente lhe designará defensor.

Não basta a defesa técnica passiva, mera espectadora do processo para que o direito fundamental à ampla defesa reste intacto, mas sim a defesa ativa, atuante, que realmente conjugue esforços no sentido de melhorar a situação processual do acusado.

Tamanha é a relevância da efetiva defesa técnica no processo penal, que o Supremo Tribunal editou a Súmula n. 523: “No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”. Assim sendo, uma defesa inoperante por parte do patrono do réu pode culminar na nulidade de todo o processo.

Desta feita, o réu possui a faculdade de se autodefender, mas, obrigatoriamente, será assistido por profissional habilitado, ainda que seja revel, que haja confessado a prática do fato criminoso ou mesmo que deseje abdicar de tal direito, pois este é indisponível, sendo previsto em benefício do acusado e como garantia do válido exercício do *jus puniendi* estatal, atribuindo segurança jurídica ao processo penal e coibindo abusos.

#### *1.3.2.5 Publicidade e fundamentação dos atos processuais*

Segundo o artigo n. 93, inciso IX, 1ª parte, da Constituição Federal (CF): “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”.

A publicidade dos atos processuais permite que o indivíduo tenha conhecimento do andamento da ação penal e dos exatos termos da imputação. Contudo, não é garantia em proveito apenas do acusado, mas sim de toda a sociedade, que tem a possibilidade de fiscalizar a retidão com que os órgãos jurisdicionais desempenham seu mister. Assim, evitam-se decisões contraditórias em casos semelhantes motivadas por interesses pessoais e outras violações aos deveres de imparcialidade e coerência dos magistrados.

Conforme a análise de Tucci,

Em suma, presentando-se a *publicidade* como requisito formal da realização da grande maioria de atos processuais, num procedimento demarcado em lei, a fim de que sejam prévia e amplamente conhecidos, propiciando a participação dos interessados; atende, por outro lado, ao reclamo de transparência da Justiça (particularmente da Criminal), serviente aos anseios dos integrantes do processo e aos desígnios do bem comum, em que avulta a imprescindibilidade de paz social, mais efetivamente de segurança pública.<sup>19</sup>

O dever de publicidade das decisões judiciais decorre do princípio democrático, já que, se todo poder emana do povo, este tem o direito de conhecer como tais poderes estão sendo exercidos. Se o particular abriu mão, pelo contrato social, do direito de fazer justiça com as próprias mãos, ganhou, como decorrência lógica, o direito de saber se a função jurisdicional é desempenhada com a necessária dignidade.

A exigência de motivação das decisões judiciais possui a mesma *ratio juris*. É necessário saber os fundamentos do ato decisório para analisar se está em consonância com os ditames do bom direito. O Brasil adota o sistema do livre convencimento motivado do juiz, ou seja, o magistrado não aprecia a prova tarifando-a, mas sim sopesando os elementos probatórios carreados aos autos, desde que o faça motivadamente, de modo a permitir o controle social e jurisdicional da decisão.

A parte somente pode demonstrar as razões de seu inconformismo com a sentença, por exemplo, se tiver acesso à *ratio decidendi*. Até mesmo para que aceite

---

19 TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no Processo Penal brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 212.

como justa a decisão, o jurisdicionado necessita apreender o modo como foram apreciados os fatos e as teses jurídicas pelo magistrado.

Indispensável, pois, a motivação dos atos decisórios, ainda mais no processo penal, quando está em jogo o *status libertatis* do acusado. A obrigação de motivar é o preço pago pelo juiz por seu livre convencimento, sendo imprescindível para o exercício do direito ao duplo grau de jurisdição.

#### *1.3.2.6 Da razoável duração do processo penal*

Não se pode dizer que houve devido processo se o Estado não foi capaz de realizar a persecução penal em prazo razoável. A despeito da presunção de inocência (ou de não-culpabilidade) insculpida no ordenamento jurídico nacional, a verdade é que o mero fato de ver-se processado penalmente traz uma série de conseqüências nefastas à vida do indivíduo.

Desta feita, deve ser o mínimo necessário o tempo que o cidadão resta submetido às agruras do processo antes que seja estabelecida definitivamente a culpa. Contudo, a razoável duração do processo é garantia muito mais difícil de concretizar no processo penal que em qualquer outro ramo do direito, já que é preciso alcançar a verdade real, não apenas a verdade aparente em um primeiro momento, e isto necessariamente leva tempo.

Dissertando sobre o princípio da verdade real e destacando sua importância, vale-se da lição de Fernando da Costa Tourinho Filho:

De fato, enquanto o Juiz não penal deve satisfazer-se com a verdade formal ou convencional que surja das manifestações formuladas pelas partes, e a sua indagação deve circunscrever-se aos fatos por elas debatidos, no Processo Penal o Juiz tem o dever de investigar a verdade real, procurar saber como os fatos se passaram na realidade, quem realmente praticou a infração e em que condições a perpetrou, para dar base certa à justiça.

A natureza pública do interesse repressivo exclui limites artificiais que se baseiam em atos ou omissões das partes. A força incontestável desse interesse consagra a necessidade de um sistema que assegure o império da verdade, mesmo contra a vontade das partes.<sup>20</sup>

---

20 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1, p. 37.

O processo penal não se conforma com quaisquer conclusões que não representem a verdade dos fatos. O magistrado deverá buscá-la a todo custo, sem jamais sacrificá-la em nome da celeridade processual.

Pelo exposto, conclui-se que, no âmbito processual penal, a duração razoável do processo é o tempo estritamente necessário para o alcance da verdade real. Caso não seja possível obtê-la, o acusado deverá ser absolvido com base no brocardo *in dubio pro reo*.

### *1.3.2.7 Legalidade da execução penal*

Execução de acordo com o devido processo penal é aquela que obedeça estritamente aos limites do título executivo e que apenas restrinja os direitos do indivíduo atingidos pela sentença transitada em julgado ou pela lei, preservando incólumes os demais.

Sobretudo, a pena deve ser executada em condições condizentes com a dignidade da pessoa humana, princípio basilar dos sistemas jurídicos modernos e fundamento da República Federativa do Brasil. O inciso XLIX do artigo 5º garante aos presos o respeito a sua integridade física e moral.

Tratar o apenado com humanidade é obrigação imposta não apenas em face dos direitos fundamentais, mas, inclusive, diante da função ressocializadora da pena, eis que um indivíduo brutalizado pela vida no cárcere não pode ser considerado reabilitado ao convívio social.

Depois de toda a persecução penal, a missão estatal em relação ao autor do delito, longe de terminar, apenas entre em nova fase, não bastando aprisioná-lo e negar-lhe os direitos mais básicos para considerar devidamente reprimido o crime.

Em breve resumo, estas são as principais garantias que dão corpo ao devido processo penal no ordenamento jurídico brasileiro, direitos fundamentais diuturnamente realizados pelos membros da Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, objeto do próximo capítulo deste trabalho.

## **2 DEFENSORIA PÚBLICA**

A Defensoria Pública, órgão estatal incumbido de prestar assistência jurídica à população hipossuficiente no Brasil, tem origens bastante distantes, entretanto, sua institucionalização é fenômeno bem mais recente. Como forma de resguardar a igualdade material, o Estado passou a responsabilizar-se pela orientação jurídica e defesa em juízo dos interesses dos desvalidos, vista tal atividade como serviço público.

Neste capítulo, analisar-se-ão as origens da Defensoria Pública, os sistemas de prestação de assistência jurídica existentes, além dos lineamentos constitucional e legal da Instituição no ordenamento jurídico pátrio.

### **2.1 Origem da instituição**

Doutrinariamente, costuma-se citar o Código de Hamurábi (rei que governou a Babilônia entre 2.067 e 2.025 antes de Cristo) como a mais remota previsão conhecida de assistência aos desvalidos, nos seguintes termos:

Eu sou o governador guardião ... Em meu seio trago o povo das terras de Sumer e Acad; ... em minha sabedoria eu os refreio, para que o forte não oprima o fraco e para que seja feita justiça à viúva e ao órfão ... Que cada homem oprimido compareça diante de mim, como rei que sou da justiça<sup>21</sup>.

Nota-se pelo trecho acima transcrito que a proteção aos hipossuficientes então prevista dependia enormemente da boa vontade do rei e ainda não havia um modo de exercício da jurisdição que prescindisse da influência do governante.

Em Atenas, anualmente nomeavam-se dez advogados para a defesa dos pobres, em causas cíveis e criminais, de modo a garantir, da melhor forma possível, que todo direito ofendido encontrasse defensor e meios de defesa.

---

<sup>21</sup>Código de Hamurábi. Texto disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hamurabi.htm>>. Acesso em: 15 abr. 2010.

Contudo, a primeira inclusão do direito à assistência jurídica em um diploma normativo se deu em Roma, pelo Imperador Constantino, sendo futuramente incorporada por Justiniano no *Digesto*, conforme nos enuncia Felipe Caldas Menezes:

Em Roma, as idéias de igualdade perante a lei contribuíram para consolidar o patrocínio gratuito deferido aos necessitados, cabendo a Constantino (288 a 337 d.C.) a primeira iniciativa de ordem legal, que veio a se inserir na legislação de Justiniano (483 a 565 d.C.), de garantir advogado a quem não possuísse meios para constituir patrono<sup>22</sup>.

Tampouco na Idade Média deixou de existir a assistência jurídica, mormente devido à grande influência da Igreja católica na sociedade medieval. Assim, pode-se dizer que quase toda assistência jurídica prestada aos menos favorecidos neste momento histórico assumia feições caritativas.

É ainda na Idade Média que surge o talvez mais relevante antecedente histórico da Defensoria Pública, através da figura de Santo Ivo. Ricardo Rodrigues Gama, ao traduzir para o português a clássica obra *As Misérias do Processo Penal*, de Francesco Carnelutti, nos fornece, em nota explicativa, uma sintética biografia de Santo Ivo:

Natural da Bretanha, França, Yves Hélyory de Kemartin, Santo Ivo, nasceu em 17 de outubro de 1253. Filho de nobres, em 1267 ele foi mandado para a Universidade de Paris, onde se formou em Direito Civil. Em 1277 se mudou para Orléans para estudar direito canônico, e, em 1280 voltou para a Bretanha, onde foi designado oficial (juiz eclesiástico), da arquidiocese de Rennes. Sempre demonstrou zelo e lisura no cumprimento de suas obrigações e entregou-se à defesa dos miseráveis e oprimidos contra os poderosos, não vacilava em resistir às injustas taxações do rei, razões pelas quais ganhou o título de patrono dos advogados, procuradores, juizes, juristas, notários, órfãos e abandonados. Dizia: “jura-me que sua causa é justa e eu a defenderei gratuitamente”. Santo Ivo inspirou a criação da “Instituição dos Advogados dos Pobres”, especialmente para lutar pelas causa dos pobres, viúvas, órfãos e revéis. Há total identidade entre os princípios da Defensoria Pública e a “Instituição dos Advogados dos Pobres”, bem a propósito, a data de sua morte foi escolhida para as comemorações do “Dia do Defensor Público”<sup>23</sup>.

Nestes termos, os governantes não se viam obrigados a prestar com meios públicos o serviço de assistência jurídica, nem tampouco este era visto como um direito humano. No mesmo sentido está a lição de Cleber Francisco Alves:

---

22 MENEZES, Felipe Caldas. **Defensoria Pública da União: Princípios Institucionais, Garantias e Prerrogativas dos Membros e um Breve Retrato da Instituição.** Artigo disponível em: <[http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo\\_principios\\_institucionais\\_Felipe.pdf](http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_principios_institucionais_Felipe.pdf)>. Acesso em: 25 abr. 2010.

23 GAMA, Ricardo Rodrigues Gama apud CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do Processo Penal.** 1.ed. Campinas: Russell, 2007, p. 32.

Diversos autores salientam que a questão relativa ao acesso dos pobres à Justiça, embora somente tenha recebido maior atenção nos tempos atuais, não era totalmente desconhecida na antiguidade clássica, no mundo medieval e no período antecedente às grandes revoluções burguesas do século XVIII. No caso específico do Brasil, desde o início da colonização portuguesa a defesa das pessoas pobres perante os tribunais era considerada uma obra de caridade, com fortes traços religiosos, seguindo o modelo que se achava presente por toda a Europa durante a Idade Média. Essa era, de um nodo geral, a ideia que inspirava as normas das Ordenações do Reino de Portugal que vigoravam no Brasil, em alguns casos, mesmo depois de proclamada a independência<sup>24</sup>.

A Defensoria Pública é resultado da conscientização dos governos de que a simples afirmação de acesso do cidadão ao Judiciário, sem instrumentos para sua efetivação, é inócua. Não somente as despesas processuais o impedem de pleitear seus direitos judicialmente, mas, muitas vezes, o desconhecimento de que os possui e a falta de assistência, consultiva e contenciosa, prestada por um profissional habilitado.

Assim, fuge-se do modelo de assistência jurídica do Estado absenteísta, no qual o acesso à Justiça restava garantido nos textos legais, cabendo aos advogados particulares, por caridade, sem receber qualquer contraprestação estatal, atender aos necessitados em seus pleitos judiciais. Por óbvio, tal sistema, conhecido como *pro bono*, assistencial ou caritativo, deixava o indivíduo à mercê da boa vontade dos profissionais voluntários, relegando-o à incômoda condição de quem recebe um favor, ao invés de exercer um direito.

Com a crescente intervenção do Estado em setores fundamentais, restou clara a indispensabilidade no fornecimento de um serviço de assistência jurídica aos cidadãos, o que culminou na primeira “onda” do movimento de acesso à Justiça. O governo passou a encarar a assistência judiciária como serviço público, incluindo isenção de custas e assistência de advogado remunerado pelos cofres públicos no processo.

Em trabalho sobre o tema acesso à Justiça, Mauro Cappelletti e Bryant Garth ressaltam a importância da efetivação do acesso à ordem jurídica justa, chegando a enunciá-lo como o mais fundamental de todos os direitos humanos, pois consiste no direito a ter direitos e defendê-los através dos instrumentos fornecidos pelo Estado:

---

24 ALVES, Cleber Francisco. **Justiça para todos!** Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil. 1.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 237-238.

O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico de todos os direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos<sup>25</sup>.

Diante de tal constatação nasceu o modelo *judicare* de assistência jurídica, no qual esta é prestada por advogados que se dispõem a prestar este serviço mediante remuneração previamente estipulada, a ser paga pelo Estado. O citado modelo tem o inconveniente de incluir apenas a assessoria contenciosa, ou seja, a participação do advogado no processo, privando o indivíduo do precioso recurso da consultoria. Ainda é utilizado em alguns países, isoladamente ou cumulativamente com outros modelos, em sistemas híbridos.

Reconhecidas deficiências no sistema *judicare*, surge o sistema público, também conhecido como *salaried staff*, adotado pelo Brasil, que consiste exatamente na instituição da Defensoria Pública. Servidores habilitados prestam assistência jurídica aos necessitados de modo gratuito e em regime de dedicação exclusiva. Abrange as atividades de natureza consultiva e contenciosa, conscientizando a população de seus direitos e assistindo-lhe em demandas de qualquer natureza perante o Poder Judiciário.

## **2.2 A Defensoria Pública no atual ordenamento jurídico brasileiro**

A Defensoria Pública obteve assento constitucional no Brasil apenas com a Constituição Federal de 1988, que a incluiu no título das funções essenciais à justiça, atribuindo-lhe a defesa dos necessitados em todos os graus (art. 134).

A fim de regulamentar os dispositivos constitucionais relativos à Defensoria Pública, foi editada a Lei Complementar n. 80/1994, que organizou a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e Territórios, além de prescrever normas gerais para a organização das Defensorias nos Estados. Sobre a regulamentação constitucional e legal da instituição, em seus aspectos mais relevantes para o objetivo do trabalho, é que tratará este tópico.

---

25 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 12.

## 2.2.1 A Defensoria Pública na Constituição da República de 1988

Impossível falar das feições constitucionais da Defensoria Pública sem abordar sucintamente as garantias fundamentais que a instituição se destina a efetivar, quais sejam, o acesso à justiça (art. 5º, XXXV) e mais precisamente, a assistência jurídica integral e gratuita prestada pelo Estado (art. 5º, LXXIV).

Conforme já explicitado, a simples previsão de direitos aos cidadãos nos textos constitucionais resta de todo ineficaz, caso não haja mecanismos para permitir à população o seu gozo, o que normalmente exige uma postura ativa do Estado. Afortunadamente, direitos constitucionais como o insculpido no artigo 5º, XXXV, segundo o qual nenhuma lesão ou ameaça a direito será excluída da apreciação do Judiciário, deixaram de ser vistos como direitos fundamentais de primeira dimensão – direitos civis, a exigir a não-intervenção do Estado e dos particulares em seu exercício – para ostentar o *status* de direitos fundamentais de segunda dimensão, direitos sociais, a depender sua concretização de prestações estatais positivas, através de políticas públicas e destinação de recursos.

Fábio Konder Comparato trata dos direitos sociais da seguinte forma:

A solidariedade prende-se à ideia de responsabilidade de todos pelas carências ou necessidades de qualquer indivíduo ou grupo social. É a transposição, no plano da sociedade política, da *obligatio in solidum* do direito privado romano. O fundamento ético desse princípio encontra-se na ideia de justiça distributiva, entendida como a necessária compensação de bens e vantagens entre as classes sociais, com a socialização dos riscos normais da existência humana.

Com base no princípio da solidariedade, passaram a ser reconhecidos como direitos humanos os chamados direitos sociais, que se realizam pela execução de políticas públicas, destinadas a garantir amparo e proteção social aos mais fracos e mais pobres; ou seja, aqueles que não dispõem de recursos próprios para viver dignamente<sup>26</sup>.

Desta forma, o real acesso à justiça não significa o simples direito de buscar o Judiciário para a solução de litígios, mas inclui inúmeras outras medidas, como a justiça gratuita, a possibilidade de inversão do ônus da prova e, mais diretamente

---

26 COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 64.

relacionada ao tema da presente monografia, a assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, prestada através da Defensoria Pública. Se assim não fosse, os inúmeros desvalidos existentes no Brasil estariam virtualmente excluídos do âmbito de incidência da garantia constitucional, preservando intacta uma igualdade meramente formal e, conseqüentemente, desvinculada da realidade.

Como reflexo da necessidade de efetivar o acesso à Justiça, o Estado brasileiro traz previsão específica do direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita prestada pelo Estado (art. 5º, LXXIV). A Constituição de 1988 inova em relação às anteriores, pois estas previam apenas o direito à assistência judiciária, que se limita à defesa em juízo. Hoje, o Estado brasileiro se compromete a assistir o cidadão em âmbito judicial e extrajudicial, e, por se tratar de cláusula pétrea, esta opção política não admite retrocesso, como bem enfatiza Holden Macedo da Silva:

*[...] o Estado brasileiro, por força deste dispositivo constitucional, está no pólo passivo de uma relação jurídica de direito público. Se por um lado os necessitados, brasileiros ou estrangeiros residentes no país, têm o direito público fundamental de exigir assistência jurídica integral e gratuita do Estado, o Estado tem o dever de prestar tal serviço<sup>27</sup>.*

O constituinte ainda deixou explícita sua opção pelo sistema público (*salaried staff*) de assistência jurídica, ao prever, pela primeira vez, a Defensoria Pública entre as funções essenciais à Justiça, no artigo n. 134.

A previsão da Defensoria na Constituição da República conferiu a este órgão o monopólio da assistência jurídica no País e tornou obrigatória sua instalação mesmo nos Estados em que os governantes apresentavam-se mais recalcitrantes, segundo esclarece Guilherme Freire de Melo Barros:

A redação do dispositivo constitucional traz importantes características acerca da Instituição. Primeiro, trata-se de instituição essencial à função jurisdicional, o que significa que sua criação e manutenção não são meras faculdades ou opções políticas dos governantes, que poderiam criar ou extinguir a Defensoria Pública, por conveniência e oportunidade. Pelo contrário, a criação da Defensoria Pública é dever, é imposição constitucional, de modo que o chefe do executivo que não cria, nem a equipa adequadamente, está violando a Constituição da República<sup>28</sup>.

---

27 SILVA, Holden Macedo da. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**: breves comentários textuais ao regime constitucional da Defensoria Pública. 1.ed. Brasília: Fortium, 2007, p. 16. Grifos presentes no original.

28 BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Defensoria Pública**: LC nº 80/1994. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 20.

Ainda que a Constituição não deixe expresso no artigo 134, a Defensoria Pública é também instituição permanente, pois para chegar a tal conclusão apenas precisa-se realizar o seguinte raciocínio: se a Defensoria Pública destina-se a efetivar uma cláusula pétrea, excluí-la seria o mesmo que esvaziar o conteúdo material da garantia, razão pela qual se conclui pela impossibilidade de sua retirada do ordenamento jurídico pátrio.

Incumbe à Defensoria a defesa, em todos os graus de jurisdição, dos que demonstrem insuficiência de recursos, além de sua orientação jurídica, conscientizando-os de direitos que não raro desconhecem possuir. Essa é a função típica do órgão, sem prejuízo da ampliação de suas atribuições pela legislação infraconstitucional. O Supremo Tribunal Federal, por oportunidade do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2903, de cuja ementa foi extraído o trecho abaixo citado, ressaltou a importância da Defensoria Pública e sua missão constitucional:

[...] DEFENSORIA PÚBLICA - RELEVÂNCIA - INSTITUIÇÃO PERMANENTE ESSENCIAL À FUNÇÃO JURISDICIONAL DO ESTADO - O DEFENSOR PÚBLICO COMO AGENTE DE CONCRETIZAÇÃO DO ACESSO DOS NECESSITADOS À ORDEM JURÍDICA. - A Defensoria Pública, enquanto instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, qualifica-se como instrumento de concretização dos direitos e das liberdades de que são titulares as pessoas carentes e necessitadas. É por essa razão que a Defensoria Pública não pode (e não deve) ser tratada de modo inconseqüente pelo Poder Público, pois a proteção jurisdicional de milhões de pessoas - carentes e desassistidas -, que sofrem inaceitável processo de exclusão jurídica e social, depende da adequada organização e da efetiva institucionalização desse órgão do Estado. - De nada valerão os direitos e de nenhum significado revestir-se-ão as liberdades, se os fundamentos em que eles se apóiam - além de desrespeitados pelo Poder Público ou transgredidos por particulares - também deixarem de contar com o suporte e o apoio de um aparato institucional, como aquele proporcionado pela Defensoria Pública, cuja função precípua, por efeito de sua própria vocação constitucional (CF, art. 134), consiste em dar efetividade e expressão concreta, inclusive mediante acesso do lesado à jurisdição do Estado, a esses mesmos direitos, quando titularizados por pessoas necessitadas, que são as reais destinatárias tanto da norma inscrita no art. 5º, inciso LXXIV, quanto do preceito consubstanciado no art. 134, ambos da Constituição da República. DIREITO A TER DIREITOS: UMA PRERROGATIVA BÁSICA, QUE SE QUALIFICA COMO FATOR DE VIABILIZAÇÃO DOS DEMAIS DIREITOS E LIBERDADES - DIREITO ESSENCIAL QUE ASSISTE A QUALQUER PESSOA, ESPECIALMENTE ÀQUELAS QUE NADA TÊM E DE QUE TUDO NECESSITAM. PRERROGATIVA FUNDAMENTAL QUE PÕE EM EVIDÊNCIA - CUIDANDO-SE DE PESSOAS NECESSITADAS (CF, ART 5º, LXXIV) - A

SIGNIFICATIVA IMPORTÂNCIA JURÍDICO-INSTITUCIONAL E POLÍTICO-SOCIAL DA DEFENSORIA PÚBLICA<sup>29</sup>.

A Constituição Federal atribui a Lei Complementar a missão de organizar a Defensoria Pública da União e a do Distrito Federal e dos Territórios, além de enunciar normas gerais a serem observadas pelos Estados quando da criação de suas próprias Defensorias (art. 134, §1º). A Lei Complementar n. 80, de 12 de janeiro de 1994, constitui a Lei Orgânica da Defensoria Pública, a ser melhor comentada no tópico seguinte.

O texto constitucional prevê, ainda, a organização da Defensoria em carreiras e seu provimento, na classe inicial, por concurso público de provas e títulos, evitando, assim, a possibilidade de designações casuísticas e maculadas por favorecimentos políticos para a função de defensor público.

Aos membros da carreira é assegurada a inamovibilidade, como garantia da Instituição e, ao mesmo tempo de cada defensor individualmente considerado, já que a impossibilidade de remoções arbitrárias lhe outorga liberdade no exercício de suas funções. Tal garantia reveste-se de especial relevo quando se tem em conta que a Defensoria Pública é órgão mantido pelo Estado, mas cujas atribuições a levam a litigar contra a Fazenda Pública em inúmeras causas.

A vedação ao exercício da advocacia fora das atribuições constitucionais é absoluta, estando, portanto, constitucionalmente imposto o regime de dedicação exclusiva do defensor público. Impede-se com tal proibição que o membro da carreira volte suas atenções a causas particulares que patrocina em claro prejuízo aos milhões de necessitados que contam com o bom e fiel desempenho de seu mister, por não possuírem meios de constituir patrono privado.

Polêmica alteração sofreu a Constituição Federal, no tocante à Defensoria Pública, com a Emenda Constitucional n. 45/2004. Foi acrescentado ao artigo 134 um novo

---

29 Trecho da ementa de julgamento da ADI 2903 / PB, relatada pelo Min. Celso de Mello, julgada em 01/12/2005 pelo Pleno do STF. Texto na íntegra disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(ADIS.SCLA.%20E%202903.NUME.\)%20OU%20\(ADL.ACMS.%20ADJ2%202903.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(ADIS.SCLA.%20E%202903.NUME.)%20OU%20(ADL.ACMS.%20ADJ2%202903.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 08 mai. 2010.

parágrafo, outorgando às Defensorias Públicas Estaduais somente autonomia funcional e administrativa, além da iniciativa de sua proposta orçamentária.

Não se discute o valor desta alteração para a consolidação da Instituição; contudo, causa perplexidade no meio acadêmico a restrição da autonomia apenas às Defensorias instaladas nos Estados, mormente em face da unidade que rege a Defensoria. A Defensoria Pública é una, a sua aparente divisão é apenas fruto de uma divisão de atribuições, visando prestar um melhor serviço de assistência jurídica aos hipossuficientes.

A Emenda à Constituição incorreu em atecnia, rompendo a coerência que deve imperar no ordenamento jurídico, levando parte da doutrina a argumentar por sua inconstitucionalidade, a exemplo de Felipe Caldas Menezes:

Além do fundamento infraconstitucional (art. 3º da Lei Complementar nº 80/94), o princípio institucional da unidade tem sede constitucional no próprio caput do artigo 134 da Constituição Federal, uma vez que tal norma, emanada do poder constituinte originário, reza, no singular: 'A Defensoria Pública é instituição...'. Daí decorre que o parágrafo inserido no art. 134 pela Emenda Constitucional n. 45/2004, no sentido de conferir autonomia financeira e orçamentária apenas às Defensorias Públicas Estaduais e não à Defensoria Pública da União e à Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios, em expressa contrariedade ao caput do art. 134 da CRFB/88, deve ser considerado inconstitucional em sua interpretação literal, devendo ser feita interpretação conforme, ampliando o alcance do dispositivo, para conferir tal autonomia à Instituição como um todo<sup>30</sup>.

Visando corrigir tal impropriedade, tramita na Câmara dos Deputados, ainda sem data definida para apreciação em plenário, a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n. 358, já aprovada no Senado, que prevê a extensão da autonomia administrativa, financeira e orçamentária para as Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal.

## 2.2.2 Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública – LC n. 80/1994: aspectos fundamentais

---

30 MENEZES, Felipe Caldas. **Defensoria Pública da União: Princípios Institucionais, Garantias e Prerrogativas dos Membros e um Breve Retrato da Instituição.** Artigo disponível em: <[http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo\\_principios\\_institucionais\\_Felipe.pdf](http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_principios_institucionais_Felipe.pdf)>. Acesso em: 15 mar. 2010.

O dispositivo do artigo 134, § 1º, determinando a edição de lei complementar para organizar a Defensoria Pública, levou mais de 5 (cinco) anos para ser regulamentado, o que se deu com a aprovação da Lei Complementar (LC) n. 80, de 12 de janeiro de 1994. Referida lei foi alterada recentemente, em pontos importantes, pela Lei Complementar n. 132, de 07 de outubro de 2009.

Uma importante modificação diz respeito ao artigo 1º da LC n. 80/1994, que hoje conta com a seguinte redação:

Art. 1º A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.

A Lei Orgânica supre a omissão constitucional ao assegurar que a Defensoria é instituição permanente, conforme enuncia o artigo 1º da LC n. 80/1994, em sua nova redação. Ora, se o pilar do regime democrático é a cidadania, a Instituição exerce importante papel em assegurá-la e permitir que dela gozem os marginalizados, alijados das decisões políticas mais importantes do Estado.

O artigo 1º cita as funções típicas da Defensoria Pública, ou seja, aquelas diretamente ligadas a sua missão institucional de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados. O dispositivo em questão deixa clara a legitimidade da Defensoria para a propositura de ações coletivas, visando extirpar em definitivo as dúvidas a respeito. Trata também do dever de promover os direitos humanos, já que o órgão é talvez o que mais de perto convive com os reclamos da população quanto à violação de seus direitos mais elementares.

Antes da LC n. 132/2009, o artigo se referia ao necessitado na forma da lei como destinatário dos esforços da Defensoria. Hoje, toma em conta o paradigma constitucional fornecido pelo art. 5º, LXXIV, que garante “assistência integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Contudo, nenhum dos diplomas traz um conceito objetivo de necessitado. A Lei n. 1.060/50, que trata da gratuidade de justiça, afirma ser necessitado “aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários do advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família”, apresentando um conceito jurídico indeterminado.

Os Tribunais Superiores brasileiros também não definem o que caracteriza uma pessoa como necessitada, limitando-se a repetir os dispositivos constitucionais e a concluir pela necessidade ou não em cada caso. Dada a falta de conceituação na Lei Orgânica, cada âmbito da Defensoria Pública termina por fixar seus próprios patamares de deferimento de assistência jurídica. A título exemplificativo, constata-se que a Defensoria Pública da União regulamentou a matéria através da Resolução n. 13 do Conselho Superior da Defensoria Pública da União (CSDPU)<sup>31</sup>, pressupondo a hipossuficiência econômica da família que possui renda familiar bruta até o limite de isenção do Imposto de Renda:

Art. 1º. Presume-se necessitado todo aquele que integre família cuja renda mensal não ultrapasse o valor da isenção de pagamento do imposto de renda.

§1º. Família é a unidade formada pelo grupo doméstico, eventualmente ampliado por outros indivíduos que possuam laços de parentesco ou afinidade, vivendo sob o mesmo teto e que se mantém pela contribuição de seus membros.

§2º. Renda familiar mensal é a soma dos rendimentos brutos auferidos mensalmente pela totalidade dos membros da família maiores de dezesseis anos, excluindo-se os rendimentos concedidos por programas oficiais de transferência de renda e de benefícios assistenciais.

Art. 2º. Todo aquele que não se enquadrar no critério estabelecido para a presunção da necessidade poderá requerer a assistência jurídica gratuita demonstrando que, apesar de sua renda ultrapassar o limite estabelecido no caput do art. 1º, não tem como arcar com os honorários de advogado e com as custas processuais sem prejuízo do seu próprio sustento ou do de sua família.

Art. 3º. Independente da renda mensal, não se presume necessitado aquele que tem patrimônio vultoso.

Art. 4º. O exercício da curadoria especial e da defesa criminal não depende de considerações sobre a necessidade econômica do seu beneficiário.

Parágrafo único. O exercício da curadoria especial e da defesa criminal de quem não é hipossuficiente não implica na gratuidade constitucionalmente deferida apenas aos necessitados.

É de rigor, entretanto, destacar o fato de que, mesmo nos casos em que a renda da pessoa que busca a Defensoria Pública ultrapassa o limite de deferimento de assistência jurídica fixado pelo órgão, deve sua particular situação ser analisada pelo Defensor Público, não podendo este indeferir definitivamente o atendimento com base

---

31 Resolução disponível em: <[http://www.dpu.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=954:resolucao-csdpu-no-013-de-25-de-outubro-de-2006-fecha-parametros-objetivos-e-procedimentos-para-a-presuncao-e-para-a-comprovacao-da-necessidade&catid=49:resolucoes&Itemid=66](http://www.dpu.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=954:resolucao-csdpu-no-013-de-25-de-outubro-de-2006-fecha-parametros-objetivos-e-procedimentos-para-a-presuncao-e-para-a-comprovacao-da-necessidade&catid=49:resolucoes&Itemid=66)>. Acesso em: 25 abr. 2010.

em critérios meramente monetários, sob pena de negação de sua missão constitucional. É o que enfatiza Guilherme Freire de Melo Barros: “Qualquer fixação, a priori, de parâmetro objetivo para caracterização da hipossuficiência não atende a Constituição da República. A avaliação da hipossuficiência deve ser feita no caso concreto, sendo possível ao defensor recusar o patrocínio”<sup>32</sup>.

Ressaltando a natureza unitária da Instituição, o artigo 2º enuncia que a Defensoria Pública abrange a Defensoria Pública da União, a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios e as Defensorias Públicas dos Estados. Já o artigo 3º enumera os princípios institucionais da Defensoria Pública: unidade, indivisibilidade e independência funcional.

Por unidade entende-se que a Defensoria constitui um todo orgânico e, assim sendo, de acordo com as lições de Pontes de Miranda e Otto von Gierk, as manifestações de vontade emanadas de seus agentes são atribuídas à própria entidade (teoria do órgão). Destarte, como não representam e sim representam a Defensoria Pública, permite-se aos seus membros atuarem em substituição uns aos outros, eis que constituem órgãos de execução da Instituição como um todo, sem qualquer prejuízo para a validade do procedimento em curso.

A indivisibilidade nada mais é senão uma faceta da unidade, segundo a qual o órgão não admite fracionamentos, nem rupturas. A ausência temporária de um de seus integrantes, seja por férias, impedimento ou qualquer outro motivo, não deve implicar solução de continuidade no serviço de assistência jurídica prestado pela entidade, havendo nestes casos a substituição por outro membro da carreira.

Já a independência funcional consiste na liberdade de atuação do defensor público, que no exercício de suas atribuições apenas está obrigado a observar a lei e suas convicções. Ao desempenhar suas funções, o defensor não se submete a qualquer hierarquia interna ou externa, ou seja, não deve obediência a qualquer outro Poder estatal ou mesmo a superior hierárquico dentro da estrutura da Instituição, exceto no que tange a questões de ordem administrativa e disciplinar.

---

32 BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Defensoria Pública**: LC nº 80/1994. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 26.

A independência funcional é decorrência direta da qualidade de agente político dos defensores públicos, segundo a doutrina administrativista majoritária. De acordo com a clássica lição de Hely Lopes Meirelles, os agentes políticos

são os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais. Esses agentes atuam com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais. Têm normas específicas para sua escolha, investidura, conduta e processo por crimes funcionais e de responsabilidade, que lhe são privativos. [...] São as *autoridades públicas supremas* do Governo e da Administração na área de sua atuação, pois não estão hierarquizadas, sujeitando-se apenas aos graus e limites constitucionais e legais da jurisdição<sup>33</sup>.

Foi incluído na Lei Complementar (LC) n. 80 o artigo 3º-A, pela LC n. 132/2009, contendo os objetivos da Defensoria. São eles: a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais; a afirmação do Estado Democrático de Direito; a prevalência e efetividade dos direitos humanos; e a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

O artigo 4º da Lei Orgânica da Defensoria Pública elenca diversas de suas atribuições institucionais, em rol não taxativo (*numerus apertus*). Estas atribuições se dividem, segundo a doutrina, em funções típicas e atípicas da Defensoria Pública. As funções típicas são aquelas exercidas pelo defensor na tutela dos interesses dos hipossuficientes econômicos, justamente em razão da carência de recursos financeiros do assistido. Assim, sendo a parte incapaz de fazer frente aos gastos inerentes ao custeio das despesas processuais e dos honorários de um causídico particular, está presente o pressuposto de atuação da Defensoria em sua função típica.

As funções atípicas, em contrapartida, são aquelas exercidas em prol de outras espécies de hipossuficientes, os chamados necessitados jurídicos, que estão em situação de particular fragilidade no processo, como é o caso do réu no processo penal e dos que se enquadram nas hipóteses do artigo 9º do Código de Processo Civil, a demandar a nomeação de curador especial. Nestes casos, incumbe à Defensoria Pública atuar independentemente da situação econômica do assistido. Dispensa-se, desta feita, qualquer comprovação da insuficiência de recursos da parte, eis que a intervenção do defensor justifica-se pelo interesse social e a preservação de um núcleo intangível de

---

33 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 77-78.

direitos, como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. Assim também se manifesta Cleber Francisco Alves:

[...] além das funções institucionais consideradas “típicas”, aparecem também as denominadas funções “atípicas” em que a atuação da Defensoria Pública é exigida por lei independentemente da situação econômica do eventual beneficiado. Isso ocorre sempre que a Defensoria Pública é chamada a atuar na representação de partes que, por qualquer motivo, não tenham constituído advogado, por exemplo, sempre que a questão *sub judice* envolva direitos indisponíveis, como é o caso da liberdade, na área do direito criminal. Sua atuação se justifica nesses casos, para garantir a efetividade dos princípios constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal [...] <sup>34</sup>

O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de manifestar-se sobre a possibilidade de ampliação legal das atribuições da Defensoria Pública e concluiu pela viabilidade de tal procedimento, desde que haja interesse social que justifique a referida ampliação de funções. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 558, o Ministro Sepúlveda Pertence, relator, exprimiu seu voto nos seguintes termos:

A Constituição Federal impõe, sim, que os Estados prestem assistência jurídica aos necessitados. Daí decorre a atribuição mínima compulsória da Defensoria Pública. Não, porém, o impedimento a que os seus serviços se estendam ao patrocínio de outras iniciativas processuais em que se vislumbre interesse social que justifique esse subsídio estatal <sup>35</sup>.

Também constitui inovação da Lei Complementar n. 132 a inserção do artigo 4º-A na Lei Orgânica da Defensoria Pública, prevendo direitos básicos dos assistidos, entre eles: o direito à informação; à qualidade e eficiência no atendimento que lhe é prestado; a ter sua pretensão revista em caso de recusa do defensor em atuar; o patrocínio de seus direitos e interesses pelo defensor natural; e a atuação de Defensores Públicos distintos em caso de interesses antagônicos ou colidentes com os de outro assistido.

Abre-se aqui um parêntese para tratar do relevante conceito de defensor natural, doutrinariamente fornecido por Nestor Eduardo Araruna Santiago:

[...] é a presença da defesa técnica independente, indeclinável, inafastável, imparcial e inamovível em todos os momentos da persecução penal

---

34 ALVES, Cleber Francisco. **Justiça para todos!** Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil. 1.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 320.

35 Voto proferido pelo Min. Sepúlveda Pertence, relator do processo, no julgamento de medida cautelar na ADI 558/RJ. Inteiro teor do acórdão disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/utl/obterPaginador.asp?numero=558&classe=ADI-MC>>. Acesso em 19 mar. 2010. Referida ADI ainda aguarda julgamento definitivo.

(*informatio delicti*, ação penal) e da execução penal, como forma de validar o ato persecutório estatal em desfavor do imputado<sup>36</sup>.

A referida construção doutrinária será propriamente explorada no capítulo subseqüente, eis que diretamente relacionada à atuação do Defensor Público finalisticamente dirigida a concretizar o devido processo penal, tema central do presente estudo. No momento, por questões didáticas, apenas deixa-se o conceito para reflexão e informa-se que, ao menos no âmbito da Defensoria Pública da União, houve o estabelecimento do que constitui o defensor natural, por meio da Resolução nº 09 do Conselho Superior da Defensoria Pública da União (CSDPU)<sup>37</sup>, em seu artigo 1º, *ipsis litteris*:

Art. 1º. À Defensoria Pública da União, por seu defensor natural, cabe decidir sobre a prestação da assistência jurídica, identificando a existência, ou não, das hipóteses de atuação institucional previstas no artigo 4º da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994.

Parágrafo único. **Por defensor natural tem-se o membro da Defensoria Pública da União titular do órgão de atuação com atribuições para officiar no processo, judicial ou administrativo, previamente estabelecidas e mediante livre e eqüitativa distribuição.** (grifamos)

Nos artigos 43, 88 e 127 da Lei Complementar n. 80/1994 estão previstas as garantias dos Defensores Públicos pertencentes, respectivamente, à Defensoria Pública da União (DPU), à Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios (DPDFT) e às Defensorias Públicas dos Estados (DPEs).

São garantidas aos membros da Instituição: independência funcional no desempenho de suas atribuições, inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos e estabilidade. A única delas que tem assento constitucional é a inamovibilidade, as demais estão previstas somente na LC n. 80/1994. As garantias destinam-se a proteger o exercício das funções institucionais pelo Defensor de ingerências indevidas, vindas de dentro da própria Instituição ou de qualquer outro órgão estatal. Destinam-se ao

---

36 SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. **O Princípio do Defensor Natural no Processo Penal Brasileiro**. In: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; LIMA, Marcellus Polastri. (Org.). *A Renovação Processual Penal após a Constituição de 1988: estudos em homenagem ao Professor José Barcelos de Souza*. v. 1. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 236.

37 Resolução disponível em: <[http://www.dpu.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=950:resolucao-csdpu-no-009-de-06-de-julho-de-2005-dispoe-sobre-a-identificacao-da-hipotese-de-atuacao-da-defensoria-publica-da-uniao-e-sobre-o-deferimento-da-assistencia-juridica&catid=49:resolucoes&Itemid=66](http://www.dpu.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=950:resolucao-csdpu-no-009-de-06-de-julho-de-2005-dispoe-sobre-a-identificacao-da-hipotese-de-atuacao-da-defensoria-publica-da-uniao-e-sobre-o-deferimento-da-assistencia-juridica&catid=49:resolucoes&Itemid=66)>. Acesso em: 25 abr. 2010.

servidor, mas apenas na medida em que viabilizam o atendimento do interesse público. É o que aduz Holden Macedo da Silva:

[...] a inamovibilidade e a independência funcional são princípios institucionais da Defensoria Pública e garantias outorgadas pela Constituição e pela Lei Orgânica Nacional aos seus membros, não para favorecimento pessoal dos próprios Defensores Públicos, mas sim para serem utilizadas em proveito dos necessitados, dos assistidos juridicamente pela Defensoria Pública, do povo e da coletividade, para permitir que estes últimos atuem com inteira liberdade, de acordo com sua consciência e com os cânones da Constituição e das leis, livres de pressões e ingerências de todo gênero (políticas, econômicas etc.), internas e/ou externas<sup>38</sup>.

A independência funcional traduz-se em liberdade de atuação do defensor, pois este age de acordo com os padrões legais e sua consciência, livre de qualquer relação de subordinação. Entretanto, tal garantia aplica-se ao membro da Instituição apenas quando do exercício de sua atividade-fim, já que está submetido à hierarquia interna em termos disciplinares e administrativos.

A inamovibilidade conjuga dois aspectos: a impossibilidade de remoção compulsória, ainda que em virtude de promoção e a inafastabilidade do defensor de suas funções, das atribuições que habitualmente desempenha. Visa proteger o defensor de remoções arbitrárias e injustificadas, dotadas da clara finalidade de constranger o profissional, dificultando o bom exercício de suas atividades.

Outra garantia constante dos mencionados artigos é a irredutibilidade de vencimentos. Contudo, desde a edição da Emenda Constitucional n. 19/1998, a Constituição Federal prevê que os Defensores Públicos devem ser remunerados mediante subsídio. O subsídio caracteriza-se por constituir parcela única, ao contrário do regime de vencimentos, no qual o montante da remuneração do agente é obtido através da soma de diversas parcelas, como salário-base, adicionais e gratificações, entre outras.

Portanto, à medida que os Estados editem suas leis específicas alterando a forma de remuneração dos defensores públicos, deve-se ler a garantia em comento como irredutibilidade de subsídio. O que importa, em suma, é que, seja remunerado

---

38 SILVA, Holden Macedo da. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**: breves comentários textuais ao regime constitucional da Defensoria Pública. 1.ed. Brasília: Fortium, 2007, p. 43.

através de vencimentos ou subsídio, o defensor público não pode ver reduzida a contraprestação auferida em razão de seu trabalho.

Confere-se ao membro da Defensoria Pública, ainda, estabilidade após três anos de efetivo exercício. Após adquirida estabilidade, o vínculo jurídico que une o agente político ao Estado apenas poderá ser rompido nas hipóteses do art. 41, §1º, I a III da Constituição.

Resta tratar, ainda, sucintamente, das prerrogativas da Defensoria Pública, elencadas nos incisos dos artigos 44 (Defensoria Pública da União), 89 (Defensoria Pública do Distrito Federal e Territórios) e 128 (Defensorias Públicas dos Estados) da Lei Orgânica. As prerrogativas são instrumentos à disposição da Instituição, não como privilégios, mas como meios de atendimento à sua finalidade precípua, qual seja, prestar um serviço de assistência jurídica de qualidade.

O membro da Defensoria Pública deve ser intimado pessoalmente em qualquer processo e grau de jurisdição, mediante entrega dos autos com vista, sempre que necessário, sendo entendimento consolidado nos Tribunais Superiores e divulgado em seus informativos de jurisprudência número 41 (STF) e 356 (STJ) que a ausência de observância da prerrogativa de intimação pessoal do Defensor gera a nulidade absoluta do ato.

Outra prerrogativa que merece destaque é a contagem em dobro de todos os prazos processuais, norma julgada pelo Supremo Tribunal Federal como “em trânsito para a inconstitucionalidade”, destinada a tornar-se inconstitucional tão logo a Defensoria Pública esteja efetivamente instalada, conforme se pode observar pelo trecho do Informativo n. 442 do Supremo abaixo transcrito. Discorda-se da *ratio decidendi*, por motivos que serão expostos no próximo capítulo do presente trabalho. Neste momento, contudo, limita-se a enunciar a posição do Tribunal.

Em decisão de 23 de março de 1994, teve o Supremo Tribunal Federal oportunidade de ampliar a já complexa tessitura das técnicas de decisão no controle de constitucionalidade, admitindo que lei que concedia prazo em dobro para a Defensoria Pública era de ser considerada constitucional enquanto esses órgãos não estivessem devidamente habilitados ou estruturados. Assim, o Relator, Sydney Sanches, ressaltou que a inconstitucionalidade do § 5.o do art. 5.o da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, acrescentado pela Lei nº 7.871, de 8 de novembro de 1989, não haveria de ser reconhecida, no ponto em que confere prazo em dobro, para recurso, às Defensorias Públicas, “ao menos até que sua organização, nos Estados,

alcance o nível da organização do respectivo Ministério Público”. Da mesma forma pronunciou-se Moreira Alves, como se pode depreender da seguinte passagem de seu voto: “A única justificativa que encontro para esse tratamento desigual em favor da Defensoria Pública em face do Ministério Público é a de caráter temporário: a circunstância de as Defensorias Públicas ainda não estarem, por sua recente implantação, devidamente aparelhadas como se acha o Ministério Público. Por isso, para casos como este, parece-me deva adotar-se a construção da Corte Constitucional alemã no sentido de considerar que uma lei, em virtude das circunstâncias de fato, pode vir a ser inconstitucional, não o sendo, porém, enquanto essas circunstâncias de fato não se apresentarem com a intensidade necessária para que se tornem inconstitucionais. Assim, a lei em causa será constitucional enquanto a Defensoria Pública, concretamente, não estiver organizada com a estrutura que lhe possibilite atuar em posição de igualdade com o Ministério Público, tornando-se inconstitucional, porém, quando essa circunstância de fato não mais se verificar”<sup>39</sup>.

Cabe ainda ressaltar o poder de requisição em face das autoridades públicas, visando facilitar ao Defensor o acesso a informações necessárias ao exercício de suas funções e a possibilidade de representar o assistido sem a necessidade de mandato, excetuados os casos em que sejam necessários poderes especiais.

### **2.3 As atribuições da Defensoria Pública em matéria penal**

Conforme já afirmado, a defesa do acusado em processo penal caracteriza-se como atribuição atípica da Defensoria Pública, destinada primordialmente a assegurar os princípios do contraditório e ampla defesa, diante da situação de hipossuficiência jurídica do réu, razão pela qual descabe exigir comprovação de hipossuficiência econômica por parte do assistido. No mesmo sentido está a lição de Frederico Rodrigues Viana de Lima:

A defesa no processo criminal de afigura como outra hipótese de exercício de atribuição atípica pela Defensoria Pública. As imposições constitucionais de que a defesa técnica é indisponível, oriundas do princípio do contraditório e da ampla defesa, impõem que o Estado cumpra esse mister, promovendo a defesa do acusado.

O réu hipossuficiente, e que, portanto, não possui recursos para constituir advogado particular, está naturalmente protegido pela assistência jurídica gratuita prestada pela Defensoria Pública. Porém, o denunciado que tem patrimônio que o habilita a constituir advogado, mas que, apesar disso,

---

39 Trecho extraído do Informativo número 442 do Supremo Tribunal Federal. Decisão proferida no julgamento do Agravo de instrumento AI-582280/RJ. Inteiro teor do informativo disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo442.htm>>. Acesso em: 18/03/2010.

silencia, também deverá receber a tutela estatal da Defensoria Pública, uma vez que se encontra em estado de vulnerabilidade. Nesse caso, a razão do patrocínio judicial não será a sua incapacidade econômica, mas sim a *necessidade de se assegurar o exercício efetivo e real do direito de defesa*<sup>40</sup>.

Nada impede, obviamente, que a Defensoria atue perante a jurisdição penal no exercício de sua função típica, qual seja, a defesa, em todos os graus, dos necessitados. O hipossuficiente pode perfeitamente procurar a Instituição desejando assistência em uma ação penal que tramita em seu desfavor. É o caso do assistido que recebe a citação e procura um núcleo da Defensoria Pública para que apresente resposta à acusação ou mesmo dos familiares do assistido preso que se dirigem ao órgão desejando que sejam tomadas as medidas cabíveis para pô-lo em liberdade. Sendo estas pessoas carentes, nada mais haverá no caso concreto que o exercício de atribuição típica do órgão.

Assim, visando legitimar o próprio desempenho da função jurisdicional no processo penal e assegurar o necessário respeito aos direitos fundamentais, a Defensoria Pública intervirá nos feitos criminais ainda que em benefício de um acusado abastado, já que é o órgão detentor do monopólio do fornecimento de assistência jurídica pelo Estado no Brasil.

Ainda que no direito interno inexistisse o serviço de assistência jurídica ao acusado no processo penal, independentemente de sua condição econômica, o Brasil estaria obrigado a fornecê-lo por ter se vinculado internacionalmente, através da assinatura do Pacto da São José da Costa Rica e sua posterior incorporação ao ordenamento jurídico pátrio, em 1992, através do Decreto Presidencial n. 678.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos traz como garantia judicial a todo acusado o “direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei” (art. 8º, 2, e).

Segundo enunciam Luiz Flávio Gomes e Valerio de Oliveira Mazzouli:

Sendo a defesa técnica de relevância capital para a existência de um processo justo, ela é indispensável, ou indisponível (e disso dá conta o art. 261 do CPP, nestes termos: “Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”). No que diz respeito à autodefesa, seu

---

40 LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. **Defensoria Pública**. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 211.

exercício pode ser renunciado. Já no que se relaciona com a defesa técnica, ainda que o acusado a recuse, é ela indispensável<sup>41</sup>.

Deste modo, considerando-se a atual orientação predominante no Supremo Tribunal Federal, que atribui aos tratados sobre direitos humanos não integrados ao ordenamento jurídico nacional pelo procedimento previsto no §3º do art. 5º da Constituição o *status* de normas supralegais, conclui-se pela impossibilidade de qualquer interpretação restritiva das normas a respeito de assistência jurídica que afirme ser devida esta pelo Estado apenas quando o acusado for hipossuficiente econômico. A indispensabilidade da defesa técnica exige-se como fator legitimante do próprio exercício da persecução penal, razão pela qual nem sequer o acusado pode optar por dela prescindir.

O devido processo penal tampouco se satisfaz com um simulacro de defesa, exigindo-se uma defesa plena e efetiva. Os motivos acima elencados justificam a ampla atuação da Defensoria Pública na seara penal, mesmo nos casos em que o réu possui advogado constituído, mas este se queda inerte no processo.

A Defensoria Pública possui legitimidade para atuar no processo penal de diversas formas e em prol de diferentes sujeitos, embora sua intervenção mais conhecida seja no patrocínio do acusado. O Defensor Público pode também agir em favor da vítima, exercendo a função de assistente de acusação, ou mesmo patrocinando a ação penal privada ou a ação penal privada subsidiária da pública.

Ademais, os Defensores exercem suas atribuições em matéria criminal perante todos os graus de jurisdição e perante as Justiças Comum (Estadual e Federal) e Especializada (Militar e Eleitoral), tendo acesso a todos os meios e recursos necessários para a defesa dos interesses do assistido.

Existe ainda a possibilidade de intervenção do defensor antes mesmo de deflagrada a persecução penal em juízo, como nos casos de prisão em flagrante, que, segundo disciplina o art. 306 do Código de Processo Penal, deverão ter cópia integral do auto de prisão em flagrante, acompanhado de todas as oitivas colhidas, enviada à Defensoria Pública no prazo de 24 (vinte e quatro) horas após a prisão, caso o autuado

---

41 GOMES, Luiz Flávio; MAZZOULI, Valerio de Oliveira. **Direito Penal**. v.4. Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 104.

não informe o nome de seu advogado. Buscou-se evitar, deste modo, o prolongamento no tempo de prisões indevidas, passíveis de relaxamento ou concessão de liberdade provisória, através da imediata concessão de assistência jurídica ao flagranteado, de forma que o defensor público possa tomar as medidas cabíveis visando preservar o *jus libertatis* do cidadão, em face do princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade.

Diante de todo o afirmado, resta clara a amplitude das atribuições da Defensoria Pública em âmbito penal, destinadas, em última instância, a preservar princípios fundamentais no ordenamento jurídico constitucional, sendo suficientes tais razões para justificar o interesse sobre as particularidades de atuação e o papel da Instituição na persecução penal e na efetivação do devido processo penal, tema do próximo capítulo do presente trabalho.

### **3 A DEFENSORIA E O DEVIDO PROCESSO PENAL**

Possuindo atribuições para atuar perante a Justiça Comum e a Justiça Especializada, tanto em instâncias ordinárias como recursais, a Defensoria Pública desenvolve importante papel na realização do corpo principiológico em que consiste o devido processo penal.

O órgão é responsável pela garantia do acesso à Justiça Penal aos hipossuficientes (em termos econômicos ou jurídicos), postulando em seu favor frente ao judiciário, visando a preservação dos direitos humanos fundamentais dos desvalidos.

Por fins didáticos, a atuação da Instituição toda a persecução penal será analisada no tópico seguinte, evidenciando a postura do órgão em concretizar o devido processo penal.

#### **3.1 Atuação da Defensoria Pública nas diversas fases da persecução penal**

Segundo já enunciado no capítulo anterior, a Defensoria Pública pode ingressar em um feito criminal em defesa de um assistido até mesmo antes do início da persecução penal em juízo. Pode, entretanto, o órgão ser chamado a atuar em diversas fases do procedimento, trazendo claras repercussões no exercício da defesa técnica do acusado, como restará adiante demonstrado.

##### **3.1.1 Inquérito policial**

Sempre que ocorre um fato delituoso, surge para o Estado o direito de exercer seu *jus puniendi* para preservar a ordem social, reafirmando a vigência do ordenamento jurídico. O Estado, contudo, não tem interesse em que o direito de punir seja exercido contra qualquer pessoa, mas apenas em face do verdadeiro responsável

pelo cometimento do crime. Por esse motivo é que existe a fase pré-processual da persecução penal, denominada inquérito policial: para realizar as investigações necessárias, de modo a embasar o início da ação penal.

Dada a natureza jurídica do inquérito como procedimento inquisitivo, não existe espaço neste momento para o exercício do contraditório e da ampla defesa. Contudo, tal circunstância não exclui o exercício do direito de defesa durante o inquérito policial, razão pela qual se discorda do posicionamento adotado por Fernando da Costa Tourinho Filho:

Se no inquérito não há acusação, claro que não pode haver defesa. E, se não pode haver defesa, não há cogitar-se de restrição de uma coisa que não existe. [...] Não obstante não concebamos a defesa técnica na fase pré-processual, visto que implicaria inutilidade da própria investigação, não se pode negar que nos caso em que o indiciado sofre um constrangimento na sua liberdade ambulatoria, seja em razão de flagrante ou preventiva, o *habeas corpus* atua com presteza. [...] Mas o que não se admite, pela manifesta absurdidade, é a intromissão da Defesa durante o inquérito, de molde a conhecer as diligências já realizadas e aquelas por realizar, pois, se tal fosse possível, a não ser em casos raros, as infrações cujas investigações exigissem sigilo dificilmente seriam descobertas...<sup>42</sup>

Enquanto ocorrem as investigações pré-processuais, é óbvio que o contraditório e a ampla defesa não gozam da mesma amplitude daquela encontrada no curso da ação penal, mas nem por isso é possível dizer que inexistam o direito de defesa no inquérito. Como bem enfatiza Aury Lopes Júnior:

[...] quando da investigação *ex officio* realizada pela polícia surgem suficientes indícios contra uma pessoa, a tal ponto de tornar-se o alvo principal da investigação – imputado de fato – deve ser feita a comunicação e o chamamento do interrogado pela autoridade policial. Em ambos casos, inegavelmente, existe uma atuação de caráter coercitivo contra uma pessoa determinada, configurando uma “agressão” ao seu estado de inocência e de liberdade, capaz de autorizar uma resistência em sentido jurídico processual. Essa resistência é o direito de defesa<sup>43</sup>.

Deste modo, o binômio formado por autodefesa e defesa técnica está presente no inquérito: a primeira manifesta-se claramente no interrogatório do indiciado e a segunda, na possibilidade do defensor acompanhar o interrogatório para evitar qualquer constrangimento, aconselhando seu constituinte, além de propor medidas em

42 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. v. 1. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 208-211.

43 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito de defesa e acesso do advogado aos autos do inquérito policial: desconstruindo o discurso autoritário**. In: BONATO, Gilson (Org.). **Processo Penal: leituras constitucionais**. 1.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 55.

favor do indiciado, como pedido de relaxamento de prisão, pedido de liberdade provisória ou mesmo *habeas corpus*, além de requerer diligências probatórias.

É de rigor aceitar a participação da defesa no inquérito, mormente diante da consolidada posição dos Tribunais Superiores no sentido de que irregularidades ocorridas durante as investigações pré-processuais, ainda que atinjam os direitos mais elementares do indivíduo, não contaminam a futura ação penal, conforme entendimento de Nestor Távora e Rosmar A. R. C. de Alencar:

Tem prevalecido tanto nos tribunais quanto na doutrina que, sendo o inquérito algo dispensável, algo que não é essencial ao processo, não tem o condão de, uma vez viciado, contaminar a ação penal. Em outras palavras, os males ocorridos no inquérito não têm a força de macular a fase judicial. A irregularidade ocorrida durante o inquérito poderá gerar a invalidade ou ineficácia do ato inquinado, todavia, sem levar à nulidade processual<sup>44</sup>.

A propósito, o Código de Processo Penal modelo para Ibero-América<sup>45</sup>, de grande influência nas últimas reformas dos Códigos latino-americanos, prevê entre os direitos básicos do imputado a inviolabilidade do direito de defesa, manifestada através do direito do investigado de intervir em todos os atos do procedimento, além do direito à escolha de defensor técnico de sua confiança, com a nomeação de um defensor de ofício caso não o faça. O ponto que se deseja destacar no referido diploma, entretanto, é a previsão de que a designação do defensor será efetuada, no mais tardar, antes que o imputado profira sua primeira declaração sobre os fatos objeto de investigação, como se pode verificar pela transcrição a seguir:

5.Defensa. Es inviolable la defensa en el procedimiento. Salvo las excepciones expresamente previstas en este Código, el imputado tendrá derecho a intervenir en todos los actos del procedimiento que incorporen elementos de prueba y a formular todas la instancias y observaciones que considere oportunas, sin perjuicio del ejercicio del poder disciplinario por la autoridad correspondiente, cuando perjudique el curso normal de los actos o del procedimiento; cuando esté privado de su libertad personal, podrá formular sus instancias y observaciones por intermedio del encargado de su custodia, quien las transmitirá inmediatamente al tribunal de la causa o al ministerio público.

El imputado tiene derecho a elegir un defensor letrado de su confianza. Si no lo hiciere, el tribunal designará de oficio un defensor letrado, a más tardar antes de que se produzca la primera declaración del imputado sobre el hecho,

---

44 ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de; TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 82.

45 Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica. Documento disponível em: [http://www.iidp.org/index.cgi?wid\\_seccion=6&wid\\_item=13](http://www.iidp.org/index.cgi?wid_seccion=6&wid_item=13). Acesso em: 09 mai. 2010.

según la reglamentación para la defensa oficial. Si prefiriese defenderse por sí mismo, el tribunal lo autorizará, sólo cuando no perjudique la eficacia de la defensa técnica y, en caso contrario, designará de oficio un defensor letrado, sin que ello menoscabe su derecho a formular instancias y observaciones, previsto en el párrafo anterior<sup>46</sup>.

Garantir a todo investigado defensor antes de sua primeira manifestação na investigação é consagrar definitivamente a defesa no inquérito policial, permitindo ao defensor desde logo participar do procedimento visando melhorar a situação do assistido e agir em caso de irregularidades. Seria de bom alvitre que a República Federativa do Brasil incorporasse a seu ordenamento jurídico previsão de cunho semelhante, assegurando, sem dilação alguma, participação da defesa na fase investigatória.

Pode-se afirmar, contudo, que o sistema evolui nesse sentido, sendo relevante citar o reconhecimento do direito de defesa no inquérito pelo Supremo Tribunal Federal, que culminou na edição da Súmula Vinculante n. 14, com o seguinte teor: “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”.

O enunciado acima transcrito corrige o absurdo que consiste na oposição do caráter sigiloso do inquérito ao próprio indiciado e seu advogado. Não se pode permitir que o investigado passe por todo o inquérito sem saber o que já foi apurado e devidamente documentado a respeito de sua suposta participação no fato criminoso. Mesmo nos casos em que exista a necessidade de segredo de justiça, tal restrição à publicidade apenas é oponível a terceiros, nunca ao interessado e seu defensor.

<sup>46</sup> Tradução livre: Defesa. É inviolável a defesa no procedimento. Salvo as exceções expressamente previstas neste Código, o imputado terá direito a intervir em todos os atos do procedimento que incorporem elementos de prova e a formular todas as solicitações e observações que considere oportunas, sem prejuízo do exercício do poder disciplinar pela autoridade correspondente, quando prejudique o curso normal dos atos ou do procedimento; quando estiver privado de sua liberdade pessoal, poderá formular suas solicitações e observações por meio do encarregado de sua custódia, que as transmitirá imediatamente ao tribunal da causa ou ao ministério público.

O imputado tem direito de escolher um defensor letrado de sua confiança. Se não o fizer, o tribunal designará de oficio um defensor letrado, no mais tardar antes de que se produza a primeira declaração do imputado sobre o fato, segundo a regulamentação para a defesa oficial. Caso prefira autodefender-se, o tribunal o autorizará, somente quando não prejudique a eficácia da defesa técnica e, em caso contrário, designará de oficio um defensor letrado, sem que isto menoscabe seu direito a formular solicitações e observações, previsto no parágrafo anterior.

Embora ainda não existam formalmente partes no inquérito policial, contraria de modo patente a paridade de armas que o Ministério Público possa requisitar todas as diligências que entenda cabíveis para melhor instrumentalizar a futura acusação e a defesa tenha que aguardar pacientemente o encerramento do procedimento, o que por vezes demora meses e até anos, para solicitar a produção de qualquer prova em favor do indiciado.

Assim, entende-se ser fundamental a possibilidade de exercício da defesa técnica no curso da fase investigatória. Marta Saad defende essa linha argumentativa:

Todavia, o que se constata é que não se concede assistência por meio de advogado dativo ao indiciado, quando muito isso se faz na hipótese de este ter sido preso em flagrante delito, a fim de pleitear o relaxamento da prisão ou a liberdade provisória, com ou sem fiança. Resta então ao acusado, de modo informal ou sob ângulo substancial, aguardar, sem que nenhuma prova seja requerida e/ou produzida em seu favor, a conclusão do inquérito policial, procedimento este que pode se estender por anos, e depois ainda a remessa dos autos a juízo para, apenas se denunciado, poder enfim contar com a assistência profissional de advogado, já na segunda fase do procedimento da persecução penal. Sua defesa efetiva, contudo, porque tardia, poderá já estar comprometida.

É preciso, pois, garantir a defesa efetiva do acusado quando esta realmente importa, estendendo-se o exercício do direito de defesa ao inquérito policial. Mas não só a autodefesa, insuficiente em face do próprio comprometimento emocional e do desconhecimento técnico do acusado. Este deve contar, pois com assistência de advogado, legalmente habilitado, zeloso e competente, na real defesa dos interesses de sua liberdade jurídica<sup>47</sup>.

Apesar da importância do efetivo exercício do direito de defesa mesmo durante o inquérito, pelos motivos já expostos, inexistente regra no ordenamento jurídico brasileiro que torne obrigatória a assistência jurídica nesta fase. Desta feita, ou o indiciado constitui advogado, caso possa pagar pelos serviços do profissional, ou procura a Defensoria Pública, solicitando que o assista, caso seja hipossuficiente.

Presentes os requisitos de prestação da assistência jurídica, o defensor deverá participar ativamente do procedimento, através da consultoria jurídica e da tomada das medidas cabíveis em favor do assistido, já que a atuação do órgão não se limita à fase processual. Contudo, como a Defensoria não é automaticamente informada da instauração de todo e qualquer inquérito policial, infelizmente sua atuação dependerá

---

47 SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 201-202.

de um comportamento pró-ativo do indiciado ou de seus familiares, caso este esteja preso.

Na maioria dos casos, então, a assistência jurídica prestada pelo defensor no decorrer do inquérito carecerá de provocação do órgão, já que a defesa técnica neste procedimento é vista ainda como faculdade a dispor do indiciado, o que apenas garante a ilusória igualdade formal, já que não se vislumbra uma pessoa abastada passando por todo o constrangedor inquérito sem a assistência de advogado para assegurar-lhe o respeito a seus direitos fundamentais. Nas mesmas circunstâncias, o pobre queda desassistido e submetido por vezes à infamante exposição à execração pública, como se já estivesse devidamente provada sua culpa. Contra esse quadro se manifesta Rui Barbosa:

O direito dos mais miseráveis dos homens, o direito do mendigo, do escravo, do criminoso, não é menos sagrado, perante a justiça, que o mais alto dos poderes. Antes, com os mais miseráveis é que a justiça deve ser mais atenta, e redobrar de escrupulo; porque são os mais mal defendidos, os que suscitam menos interesses, e os contra cujo direito conspiram a inferioridade na condição com a míngua nos recursos<sup>48</sup>.

Visando minimizar os nefastos efeitos da falta de defesa na fase investigatória, foi promulgada a Lei n. 11.449/2007, responsável pela alteração do artigo 306 do Código de Processo Penal, que hoje conta com a seguinte redação:

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou a pessoa por ele indicada.

§ 1<sup>o</sup>—Dentro em 24h (vinte e quatro horas) depois da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

§ 2<sup>o</sup> No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e o das testemunhas.

A *ratio legis* não poderia ser mais clara: propiciar ao flagranteado defesa técnica através da Defensoria Pública, após conferir-lhe oportunidade de constituir advogado, para que o defensor possa apreciar a legalidade/necessidade da prisão e, em seguida, tomar as medidas que entenda cabíveis. O único requisito para a atuação da

---

48 BARBOSA, Rui apud RIBEIRO, Luiz Rezende de Andrade. **Dicionário de conceitos e pensamentos de Rui Barbosa**. São Paulo: Edart, 1967, p. 229-230.

Defensoria Pública nesse caso é que o preso não informe o nome de seu advogado por ocasião de seu interrogatório durante a lavratura do auto de prisão em flagrante.

O exíguo prazo de 24 (vinte e quatro) horas para que a autoridade policial encaminhe o auto de prisão em flagrante à unidade da Defensoria visa evitar que a prisão indevida se protraia no tempo, ferindo o *jus libertatis* do flagranteado. O referido prazo legal, segundo a melhor doutrina, é improrrogável e conta-se a partir da prisão do flagranteado e não da lavratura do auto de prisão em flagrante. Caso a autoridade policial desobedeça ao prazo de 24 horas para comunicar a prisão em flagrante, o preso restará submetido a constrangimento ilegal, a ensejar o relaxamento de sua prisão.

Não se deve manter alguém preso, mesmo que a prisão tenha sido legal, quando inexistam os requisitos da preventiva, conforme estabelece textualmente o artigo 310, parágrafo único, do CPP. No caso da restrição à liberdade em virtude uma prisão cautelar, esta justifica-se quando não somente estão presentes indícios de autoria e materialidade do delito, mas sim quando, junto a estes fatores, também encontra-se ameaçada a garantia da ordem pública; da ordem econômica; a conveniência da instrução criminal, ou a garantia de aplicação da lei penal.

Deste modo, exige-se celeridade na atuação da autoridade policial e do próprio defensor, almejando não submeter o assistido à restrição em sua liberdade por mais tempo que o mínimo necessário. Ademais, existem casos em que a lesão ao bem jurídico tutelado é de tal modo insignificante que afasta a própria tipicidade, excluindo a ocorrência de crime. Nestes casos, incumbe ao defensor pleitear a libertação do assistido com a maior brevidade.

Elogiando a alteração do texto do artigo 306 do CPP, manifesta-se Guilherme de Souza Nucci:

[...] a modificação legislativa é salutar, pois privilegia a garantia constitucional da ampla defesa. Presos pobres, em muitos casos, encontram-se completamente desamparados e não têm advogado constituído. Por isso, a legalidade de sua prisão somente será analisada muito tempo depois, praticamente quando estiver diante do juiz, em interrogatório, ocasião em que deverá ter, ao menos, um defensor público ou dativo ao seu lado. Evitando-se essa disparidade entre o rico e o pobre, passa-se a remeter, tanto quanto se faz ao magistrado, o auto de prisão em flagrante à Defensoria Pública, que já poderá atuar em defesa da liberdade do detido [...]<sup>49</sup>

---

49 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 608-609.

Exige também o texto legal que seja enviada à Defensoria Pública cópia integral do auto de prisão em flagrante. De nada adianta que a autoridade policial envie à unidade da Defensoria Pública apenas parte dessa documentação para dar aparência de cumprimento à lei, já que o defensor necessita do auto de prisão em sua integralidade para analisar as circunstâncias ensejadoras da custódia do assistido.

Nestes termos, do mesmo modo que o envio extemporâneo do auto de prisão em flagrante, seu envio incompleto à Defensoria implica desobediência ao ordenamento jurídico e possibilita o relaxamento da prisão cautelar, já que foi cerceado o direito de defesa e impossibilitada a análise da legalidade da prisão.

A atuação da Defensoria Pública no inquérito foi claramente reforçada com a Lei n. 11.449/2007, mas o órgão ainda encontra algumas dificuldades para agir em prol do assistido, mesmo nos casos em que os documentos relativos à prisão do assistido são enviados de modo completo e célere.

Caso seja visualizada de plano uma ilegalidade na prisão não há qualquer dúvida quanto à possibilidade de imediato pedido de relaxamento de prisão. Entretanto, quando o flagrante é formal e materialmente perfeito mas cabe pedido de liberdade provisória a situação já não é tão simples.

Nem sempre o auto de prisão contém o endereço completo do preso ou dados para contato com seus familiares. Este fato dificulta sobremaneira a obtenção de comprovantes de endereço e exercício de profissão lícita, visando demonstrar a inexistência dos requisitos da prisão preventiva. Assim, a apreciação do pedido de libertação do assistido pode sofrer considerável postergação em virtude da necessidade de obter os documentos adequados a instruir o pedido de liberdade provisória. Quando o flagranteado apenas declina seu endereço no momento da prisão a comunicação com sua família tem que realizar-se por via postal, com a demora que tal procedimento acarreta. Enfrenta-se, ainda, por vezes, o desinteresse de algumas famílias de presos em proporcionar os comprovantes solicitados, prejudicando a tomada de medidas processuais em favor do assistido.

Apesar das mencionadas dificuldades, é de suma relevância a possibilidade de intervenção da Defensoria Pública no inquérito policial, podendo evitar o cometimento de arbitrariedades e o prolongamento no tempo de prisões ilegais em

relação aos hipossuficientes, motivo pelo qual se adota a tese de que a Lei n. 11.449/2007 deve ser objeto de interpretação extensiva, de modo a incluir todas as hipóteses de prisão provisória, pois está clara em nosso sistema a excepcionalidade da custódia cautelar. Considerando-se a gravidade de submeter o indivíduo à privação de liberdade antes de submetê-lo ao devido processo penal, este posicionamento revela-se o único apto a preservar a integridade dos direitos fundamentais, mormente o sobreprincípio da dignidade da pessoa humana, antes da instauração da ação penal. Demonstrando que esta não é uma conclusão isolada na doutrina, temos a lição de Frederico Rodrigues Viana de Lima:

É lícito deduzir, portanto, que o desiderato legal não pode – e, sobretudo, não deve! – permanecer restrito a apenas uma das espécies de prisão cautelar. Por identidade de razões, o preso preventivamente e o preso temporariamente necessitam, do mesmo modo, receber o beneplácito da lei. Também nessas modalidades de segregação, é possível que se vislumbre a inexistência de assistência jurídica ao custodiado, o que atrairá a necessidade de lhe ser conferido o auxílio técnico da Defensoria Pública. Não são raras as situações em que as prisões preventiva e temporária são decretadas ainda na fase inquisitorial, quando o preso não pôde se abrigar na representação técnica. Ao restringir a intelecção apenas à hipótese da prisão em flagrante, potencializa-se a possibilidade de que as prisões irregulares ainda possam subsistir por outras vias, de modo que o preso, nessas hipóteses, permanecerá indefeso<sup>50</sup>.

No mesmo sentido, manifesta-se Nestor Eduardo Araruna Santiago:

Há que se observar que em todo e qualquer caso de prisão provisória o juiz deverá comunicar o fato à Defensoria Pública ou nomear Defensor Dativo, desde que, por óbvio, o preso não tenha Defensor Constituído. Acredita-se que somente com esta interpretação extensiva o princípio do defensor natural terá maior repercussão prática na realização do direito de defesa<sup>51</sup>.

Visa-se, nestes termos, resguardar o ordenamento jurídico constitucional, dentro de uma perspectiva garantista, que assegure o exercício do direito de defesa durante o inquérito policial e a mais ampla participação da Defensoria Pública no procedimento, principalmente nos casos em que haja privação de liberdade, sempre e quando o indivíduo não possua defensor constituído e seja hipossuficiente.

---

50 LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. **Defensoria Pública**. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 227.

51 SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. **O Princípio do Defensor Natural no Processo Penal Brasileiro**. In: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; LIMA, Marcellus Polastri. (Org.). *A Renovação Processual Penal após a Constituição de 1988: estudos em homenagem ao Professor José Barcelos de Souza*. v. 1. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 240.

### 3.1.2 Ação penal

A persecução criminal em juízo inicia-se com o oferecimento da denúncia ou queixa, ato inicial que provoca a jurisdição, permitindo o desenvolvimento da ação penal por impulso do Ministério Público ou do querelante. A peça vestibular acusatória é fundamental para o processo, na medida em que se destina a convencer o magistrado da suficiência de indícios para sua instauração e, ainda, delimita as acusações que o réu deverá refutar no decorrer da instrução processual.

É direito do réu conhecer o teor da imputação clara e precisamente contra si formulada. Por isso, exige-se que a denúncia narre o fato criminoso com todas as suas circunstâncias (art. 41, CPP). A descrição por parte do órgão acusador dos fatos tidos como delituosos deve, necessariamente, enquadrar a atividade em tese criminosa no campo territorial e temporal, sob pena de inadmissível restrição à ampla defesa do réu, já que o acusado defende-se dos fatos a ele imputados e não da capitulação jurídica que lhe é atribuída na peça inicial acusatória<sup>52</sup>.

Deste modo, considerando-se que o enquadramento legal da conduta da denúncia ou queixa não vincula o juiz e nem impede que a defesa sugira outra tipificação, resulta crucial que o órgão acusador exponha os fatos da forma mais minudenciada possível, permitindo ao defendente e à defesa técnica elaborar as teses defensivas. A presença desse detalhamento da suposta conduta delitativa e suas circunstâncias tem por escopo garantir que a defesa exerça seu papel perante o magistrado, contando com iguais possibilidades de influir no livre convencimento motivado do juiz, em atendimento aos princípios da ampla defesa e da paridade de armas.

Acerca da delimitação do direito de defesa pela exposição do fato criminoso na denúncia, Fernando de Almeida Pedrosa leciona que:

Ciente da imputação fática que na denúncia lhe é feita e sabedor que a sentença apreciará unicamente o fato que lhe é irrogado, estabelecendo, então, as emanções jurídicas que do mesmo podem emergir, o acusado encontra, na preambular acusatória do processo, o *punctum pruriens*

---

52 Assim se manifesta Guilherme de Souza Nucci sobre o tema: “O réu deve apresentar sua defesa quanto aos fatos e não quanto à tipificação feita, uma vez que, leigo que é e estando assegurada a autodefesa, não tem obrigação de conhecer a lei penal”. (NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 156.)

relevante para a sua defesa, pelo conhecimento que se lhe dá do fato que lhe é atribuído.

Desse modo, o acusado há de dispor do conhecimento do conteúdo fático da acusação, para que tenha bases para organizar a sua defesa.

Desta sorte, por fixar os lindes da acusação e da sentença e por trazer a lume o ponto relevante para a incidência da defesa do imputado, a perfeita narração do fato na denúncia ressurre como requisito indeclinável para a regularidade da própria relação processual penal, posto que, do contrário, profundamente atingidas restarão a defesa do réu e a respectiva contraditoriedade<sup>53</sup>.

O legislador pátrio, percebendo a relevância da adequada exposição do fato criminoso para o devido processo penal, previu a inépcia da denúncia ou queixa como causa legal de sua rejeição pelo magistrado, modificando a redação do artigo 395, I do Código de Processo Penal através da Lei n. 11.719/08, que alterou o procedimento comum. Considera-se inepta a peça inicial acusatória que não preenche os requisitos formais mínimos para o seu processamento, especialmente os que dizem respeito à descrição completa do fato criminoso.

A comentada inovação legislativa permite ao magistrado impedir que a jurisdição estatal seja acionada sem que haja elementos mínimos para o prosseguimento válido da ação penal. Exercido referido controle, e não sendo rejeitada de modo liminar a denúncia ou queixa, o juiz ordenará a citação do acusado para que responda à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

Caracterizado o processo penal como *actum trium personarum*, na visão da doutrina majoritária, somente após a citação do acusado a relação processual triangular se completa, conforme enuncia o artigo 363, *caput* do CPP.

Após a entrada em vigor da Lei n. 11.719/08, este é o primeiro momento processual chave para o ingresso da Defensoria Pública na ação penal, pois se o acusado, devidamente citado, restar indefeso, o órgão será chamado a atuar em seu benefício. Esclarece-se, apenas, que a participação do defensor público no processo pode iniciar-se a qualquer tempo, desde que o réu esteja desprovido de defesa técnica, a caracterizar relevante estado de hipossuficiência jurídica. É o que destaca Frederico Rodrigues Viana de Lima:

Saliente-se que a condição de indefeso pode advir em qualquer fase do processo e em qualquer instância. A partir do momento que se averiguar que

---

53 PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo Penal. O Direito de Defesa: repercussão, amplitude e limites**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 122.

o denunciado se encontra desprotegido, seja logo no início, seja no curso do processo, impõe-se que o patrocínio profissional seja conferido à Defensoria Pública.

Mas, embora o pressuposto da atuação da Defensoria Pública decorra do desamparo do réu (*vulnerabilidade jurídica*), o que, em tese, pode acontecer a qualquer momento, vislumbra-se que há *momentos chaves* no processo penal em que a importância da defesa técnica (e, portanto, da atuação da Defensoria Pública) se mostra imprescindível<sup>54</sup>.

É possível que, sendo citado, o acusado deseje constituir advogado particular, pagando-lhe os devidos honorários, ou mesmo encontre um advogado disposto a defendê-lo gratuitamente (*pro bono*). Diante desse quadro, o defensor público não terá qualquer participação na ação penal, pois a exigência de defesa técnica contida no artigo 261, *caput* do CPP<sup>55</sup> restará atendida.

O ordenamento jurídico brasileiro alberga o direito inafastável do acusado de escolher o seu defensor, inerente à noção de ampla defesa, e amplamente reconhecido pela doutrina e extraível do artigo 263, *caput* do CPP: “Se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação” e artigo, 8, 2, *d* da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de *San José* da Costa Rica): “direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor”.

Destaca-se que a relação entre o réu e seu advogado deve ser regida pela confiança, de modo que se o acusado tem defensor constituído, e este não pode, por qualquer razão, continuar atuando no processo não se mostra lícito ao magistrado imediatamente indicar a Defensoria Pública para a defesa técnica. A respeito, tem-se o escólio de Antônio Scarance Fernandes:

É importante assegurar ao acusado, como derivação do direito à defesa técnica, a possibilidade de escolher defensor, porque a relação que se deve estabelecer entre os dois é de recíproca confiança.

[...] O juiz não pode substituir o defensor por outro de sua nomeação, só o próprio acusado pode contratar outro defensor. Quando o defensor deixa de realizar os atos de seu mister, como, por exemplo, deixa de apresentar

---

54 LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. **Defensoria Pública**. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 216. Grifos presentes no original.

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

alegações finais, o juiz deve intimar o acusado a constituir outro defensor. Caso não o faça, aí sim o juiz poderá nomear advogado para defendê-lo. Havendo defensor nomeado, o acusado tem direito a substituí-lo por outro, desde que seja por defensor constituído<sup>56</sup>.

Desta feita, ainda que o magistrado entenda por bem nomear defensor público para a defesa de determinado acusado, caso este não haja sido previamente intimado para constituir novo advogado, o órgão deverá devolver os autos solicitando tal manifestação ou, ao menos, contatar o réu, visando informar-lhe que os autos da ação penal em seu desfavor foram encaminhados à Defensoria Pública e perguntar-lhe se deseja contratar causídico particular.

Somente nos casos em que, intimado, o acusado resta inerte, ou seja, não constitui defensor em substituição, a Defensoria poderá legitimamente atuar, em atenção ao princípio da ampla defesa. Corrobora o entendimento esposado a visão de Fernando de Almeida Pedroso, expressa nos seguintes termos:

[...] se o defensor indicado pelo acusado, por ocasião do interrogatório, não aceitar o encargo de defendê-lo, não poderá o magistrado, prontamente, nomear defensor dativo ao réu. Sim, porque, se dessa forma proceder, estará violentando o direito de eleição e de escolha do réu na constituição do defensor, acarretando-lhe, pois, uma restrição à liberdade de defesa. Cumprirá ao juiz, em hipótese tal, cientificar o acusado da recusa, para que este, em certo prazo, constitua, querendo, outro advogado, em substituição. Somente em não havendo, a tempo hábil, nova constituição, viável exsurgirá a nomeação de patrono dativo, presumindo-se a renúncia do réu ao direito de eleição<sup>57</sup>.

Ultrapassadas essas considerações, viu-se que o momento de apresentação a resposta do réu à acusação pode significar o ingresso da Defensoria Pública no processo, caso o réu esteja indefeso. Com a entrada em vigor da Lei 11.719/08, o Código de Processo Penal ganhou o artigo 396-A, destinado a especificar o que pode ser discutido pelo acusado em sua resposta inicial:

Art. 396-A. Na resposta, o acusado poderá arguir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário.

§ 1º A exceção será processada em apartado, nos termos dos arts. 95 a 112 deste Código.

§ 2º Não apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias.

---

56 FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 300.

57 PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo Penal. O Direito de Defesa: repercussão, amplitude e limites**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 209.

No ato de nomeação do órgão, seja nesta fase processual ou em qualquer outra, deverá o magistrado remeter os autos da ação penal à Defensoria (artigo 396-A, §2º, do CPP) de modo a viabilizar uma defesa técnica de qualidade, preparada após cuidadosa análise de todos os elementos de convicção já produzidos.

Por diversas vezes, o defensor público é chamado a atuar quando é o acusado é citado mediante carta precatória, já determinando o juízo deprecante que o instrumento de colaboração judicial retorne após o recebimento da resposta inicial do réu. Nesta hipótese, caso a precatória não chegue ao juízo deprecado devidamente instruída, contendo tudo de relevante já apurado, não será possível a oferta da resposta pelo defensor público, pois isto seria o mesmo que abdicar de oportunidade processual importantíssima, resignando-se a manifestar-se de modo genérico e insuficiente.

Violaria de modo gritante a igualdade processual que o órgão acusador contasse com todos os elementos colhidos no inquérito para embasar sua denúncia ou queixa e a defesa, ao contrário, tivesse que embasar sua resposta à acusação, pasmem, com base na própria acusação. Assim, entende-se que o defensor público, nesses casos, deverá travar contato com o assistido, coletar com este as informações que interessem a sua defesa e, após, manifestar-se solicitando que a Defensoria Pública oficiante junto ao juízo de origem assumira a defesa do réu, agora com pleno acesso aos autos da ação penal, além das informações prestadas pelo assistido, em nome dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Acrescente-se ao já afirmado a manifestação de Andrey Borges de Mendonça, ressaltando a importância do instituto da resposta à acusação:

[...] é verdadeira condição de prosseguibilidade ou condição específica da ação, pois não deverá o magistrado prosseguir o feito antes do seu oferecimento. É obrigatória, portanto, a sua existência. [...]

Na resposta inicial, o acusado poderá arguir todas as questões, de fato e de direito, que possam levar à sua absolvição, inclusive sumária (art. 397). Poderá, assim, arguir preliminares (questões que devem ser analisadas antes do julgamento do mérito e que, caso admitidas, impedem o julgamento deste) e invocar todas as razões de defesa, oferecendo documentos e justificações. [...]

É na defesa inicial o momento, também, para oferecer as exceções de suspeição, incompetência do juízo, litispendência, ilegitimidade da parte e coisa julgada. [...] É nesta oportunidade, ainda, que deverá o denunciado especificar as provas que pretende produzir, arrolando testemunhas. Caso não arrole testemunhas neste momento, ocorrerá preclusão<sup>58</sup>.

Quanto à posição do autor acima citado, apenas destaca-se que, no que tange à atuação da Defensoria Pública na ação penal, não se pode considerar precluso o

58 MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova Reforma do Código de Processo Penal**: comentada artigo por artigo. 1.ed. São Paulo: Método, 2008, p. 269-270.

direito do acusado de arrolar testemunhas e produzir provas se estas não foram indicadas na resposta inicial à acusação. Isto se dá porque uma das maiores dificuldades do órgão diz respeito justamente no contato com o assistido, ainda mais quando nos autos não consta um número de telefone ou endereço atualizado do acusado.

Se o defensor público tenta localizar o assistido por meio telefônico e postal, por exemplo, e não obtém resposta em tempo hábil, fatalmente terá de devolver os autos do processo, mas nem por isso estará desistindo do direito do acusado de produzir provas, devendo o magistrado ser sensível quanto a esta questão e não negar à defesa o direito de juntar documentos e arrolar testemunhas posteriormente. Tal forma de proceder se impõe diante da busca da verdade real que deve prevalecer no processo penal, em detrimento do formalismo.

Além da resposta à acusação, outro momento de importante atuação da defesa técnica no processo é a audiência de instrução e julgamento, instituída pela Lei 11.719/08, pois neste ato processual haverá a oitiva das testemunhas de acusação e de defesa, além da mais relevante manifestação da autodefesa no processo, através do interrogatório do acusado. Assim sendo, incumbe ao defensor participar ativamente de tal ato, entrevistando-se reservadamente com seu assistido antes do ato e formulando as perguntas que entender pertinentes às testemunhas e ao réu.

Cabe ao defensor público orientar o acusado, de modo a deixá-lo ciente de seus direitos constitucionais, entre eles o de permanecer calado, informá-lo ainda do que foi apurado em seu desfavor e das medidas processuais cabíveis em caso de condenação. Deverá ainda o defensor acompanhar atentamente os depoimentos prestados e evitar qualquer irregularidade, como a formulação de perguntas capciosas pela acusação ou mesmo a simples confirmação integral de depoimento prestado em sede de inquérito policial pelas testemunhas, impedindo a convalidação de tais atos pelo silêncio da defesa, através da preclusão.

Caso a audiência de instrução e julgamento seja a primeira manifestação da Defensoria Pública no processo, ou seja, se o órgão entrou no processo após a saída do advogado contratado pelo réu, sem que este haja constituído outro em tempo hábil, resta ao defensor, no momento de contato com o assistido, verificar a necessidade de transformação do julgamento em diligências, caso haja novos elementos de prova a

juntar ao processo e, além disso, requerer a apresentação de alegações finais na forma de memoriais, pois somente assim terá tempo de analisar detidamente o conjunto probatório e a qualidade (ou falta dela) da defesa anteriormente constituída.

Nesse contexto, seria temerária a apresentação imediata das alegações finais, podendo o defensor público, por uma série de fatores, deixar de vislumbrar uma nulidade ou uma tese de defesa relevante. Eugênio Pacelli de Oliveira ressalta a importância das alegações finais, ainda mais quando a defesa técnica foi previamente inconsistente:

[...] não deve o juiz sentenciante permitir que o processo seja julgado sem a efetiva contribuição da defesa. Para que a defesa efetiva se realize, a nosso juízo, será indispensável o oferecimento efetivo das alegações finais. Essa necessidade é ainda mais evidente quando não tiver havido produção de prova por parte da defesa. Em tal situação, as alegações finais seriam a única via possível de resistência, ao menos para questionar a validade ou a suficiência das provas carreadas aos autos pela acusação. Ainda que não se exija o exame detalhado de todas as questões emergentes, há que se tocar na essência da imputação (questões de direito), devendo o defensor técnico encaminhar o convencimento judicial na direção dos interesses da defesa, mesmo quando não for no sentido *absoluto* da absolvição [...]<sup>59</sup>

Revela-se mais complicada a eficiente atuação do defensor público no processo quanto mais adiantada esteja a instrução processual. Para deixar claro o argumento, visualize-se o caso de um acusado que possuía advogado constituído desde o início da ação penal, mas cujo causídico jamais juntou aos autos documentos a que teve acesso, ofertou resposta à acusação genérica e, ainda, assistiu passivamente a todas as oitivas das testemunhas em audiência, sem fazer quaisquer perguntas.

Se, em tal hipótese, intimado para a apresentação de memoriais, o advogado informa que não mais patrocinará a defesa do réu e este último manifesta-se solicitando a assistência da Defensoria Pública, o defensor público terá à frente um difícil quadro. Salvo na excepcional possibilidade de o conjunto probatório ser pífio ou de restar consumada a prescrição, por exemplo, pouca alternativa restará ao defensor além suscitar a aplicação da Súmula n. 523 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”.

---

59 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 10.ed. São Paulo: Lumen Juris, 2008, p. 543.

Sabe-se que, quanto às nulidades processuais, vige o princípio de que não há nulidade sem prejuízo (*pás de nullité sans grief*) e, ademais, a análise da efetiva ocorrência ou não do prejuízo envolve elevado grau de subjetivismo por parte do julgador, embora em casos como o acima narrado, em que simplesmente a defesa quedou-se inerte e deixou passar todas as oportunidades de melhorar a situação processual do réu, o prejuízo seja manifesto, gritante. Nesta situação, somente será possível uma atuação combativa por parte da Defensoria Pública se a instrução for anulada para permitir-lhe influir no livre convencimento motivado do magistrado.

Tendo a instrução processual transcorrido regularmente, com ampla participação da defesa, o defensor público poderá oferecer alegações finais completas, abrangendo as defesas processuais e de mérito pertinentes, oferecendo ao julgador um panorama amplo da condição. Reveste-se de especial importância a detida análise da prova, mormente a produzida no inquérito e submetida ao chamado contraditório diferido. Em trabalho específico sobre assistência jurídica no processo penal, Berenice Maria Giannella destaca a importância da ponderação da prova nas alegações finais por parte do defensor:

Trata-se de fase das mais importantes no processo penal, oportunidade em que se debatem todos os fatos e circunstâncias apurados nos autos. É neste momento que a defesa pode e deve ressaltar as provas que beneficiam seu assistido, apontar eventuais contradições na prova da acusação, trazer argumentos fáticos e de direito para a absolvição do acusado e, subsidiariamente, se não for proferida sentença absolutória, requerer a aplicação da pena na justa medida da culpabilidade de seu cliente, ou seja, deve trabalhar para que a pena seja a mais branda possível, quer quanto à sua quantidade, quer quanto à sua qualidade<sup>60</sup>.

Desta feita, havendo durante toda a ação penal trabalhado para a efetivação do contraditório e da ampla defesa, caberá ao defensor público condensar suas teses defensivas nas alegações finais, sejam estas apresentadas oralmente ou na forma de memoriais e esperar pela sentença favorável, na medida do possível, seja absolvendo o assistido ou aplicando-lhe uma pena razoável, proporcional à agressão ao bem jurídico penalmente tutelado.

---

60 GIANNELLA, Berenice Maria. **Assistência jurídica no Processo Penal**: garantia para a efetividade do direito de defesa. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 174.

### 3.1.3 Fase recursal

Apesar de inexistir previsão constitucional expressa do duplo grau de jurisdição, esta garantia se faz presente no ordenamento jurídico brasileiro tanto de modo implícito nos “meios e recursos inerentes” ao exercício da ampla defesa e, ainda, de modo expresso, no art. 8º, 2, *h* do Pacto de *San José da Costa Rica*, incorporado em 1992 pelo Estado Brasileiro, nos seguintes termos: “h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior”. Na lição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, tem-se que:

Pode-se afirmar, assim, que a garantia do duplo grau, embora só implicitamente assegurada pela Constituição brasileira, é princípio constitucional autônomo, decorrente da própria Lei Maior, que estrutura os órgãos da chamada *jurisdição superior*. Em outro enfoque, que negue tal postura, a garantia pode ser extraída do princípio constitucional da igualdade, pelo qual todos os litigantes, em paridade de condições, devem procurar usufruir ao menos de um recurso para a revisão das decisões, não sendo admissível que venha ele previsto para algumas e não para outras. Uma terceira colocação retira o princípio do duplo grau daquele da necessária revisão dos atos estatais, como forma de controle da legalidade e da justiça das decisões de todos os órgãos do Poder Público.

Seja como for, um sistema de juízo único fere o devido processo legal, que é garantia inerente às instituições político-constitucionais de qualquer regime democrático. E a partir de 1992, pela retificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o princípio do duplo grau integra o direito positivo brasileiro, em nível supralegal, mediante a norma do art. 8, n. 2-*h*, do Pacto, que assegura ao acusado o direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior<sup>61</sup>.

Resta claro, assim, que é inerente à ampla defesa a possibilidade de recorrer da sentença condenatória, sendo o recurso um instrumento de segurança jurídica ante a falibilidade inerente ao exercício da atividade jurisdicional. Considerando-se a *teoria da supralegalidade dos tratados* (aplicável aos tratados não incorporados com o *quorum* especial do art. 5º, § 3º da CF), atualmente adotada pelo STF, os tratados incorporam-se ao ordenamento jurídico brasileiro com um *status* diferenciado, acima da legislação ordinária, mas abaixo da Constituição.

---

61 GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no Processo Penal**: Teoria Geral dos Recursos, Recursos em Espécie, Ações de Impugnação, Reclamação aos Tribunais. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 21-22.

Desta feita, a garantia do duplo grau de jurisdição, sem qualquer restrição, prevista no Pacto de San José da Costa Rica, tem o condão de negar eficácia a qualquer norma infraconstitucional que limite ou condicione o direito de recorrer do réu. Normas que impeçam o acesso do acusado ao duplo grau de jurisdição são patentemente inconstitucionais, por malferirem a presunção de não culpabilidade e, especialmente, a ampla e defesa, com o uso dos meios e recursos a ela inerentes, conforme assegura a Constituição da República Federativa do Brasil (artigo 5º, LV).

O defensor público, no entanto, não é obrigado a recorrer em favor do assistido, diante de sua independência funcional, embora normalmente o faça, até mesmo porque os artigos 45, 90 e 129 da Lei Complementar n. 80/94 enunciam como dever do defensor público “interpor os recursos cabíveis para qualquer instância ou Tribunal e promover revisão criminal, *sempre* que encontrar fundamentos na lei, jurisprudência ou prova dos autos, remetendo cópia à Corregedoria Geral”<sup>62</sup> (grifou-se).

Dois fatores são determinantes para a liberdade do defensor em recorrer da decisão nas ações penais, sempre no melhor interesse do assistido. São eles: a proibição da *reformatio in pejus* e a inconstitucionalidade da chamada prisão para apelar, temas que serão doravante tratados, enfatizando a consolidada posição do Supremo Tribunal Federal a respeito.

No processo penal, em que vige o princípio de proibição da reforma da sentença para piorar a situação processual do acusado (*ne reformatio in pejus*), caso haja recurso exclusivo da defesa, o recurso praticamente se impõe, pois sempre haverá a possibilidade de acolhimento pelo juízo *ad quem* de algum dos argumentos da defesa, de modo a absolver o assistido ou, ao menos, reduzir-lhe a pena imposta. A doutrina destaca a vedação à *reformatio in pejus* como inerente à ampla defesa e o escólio de Eugênio Pacelli de Oliveira auxilia na compreensão da questão:

Há várias maneiras de se pretender justificar a adoção do princípio. A nosso juízo, todas elas podem ser resumidas em uma única: a vedação da *reformatio in pejus* outra coisa não seria que uma das manifestações da ampla defesa.

---

62 Destaca-se apenas que os comentaristas da Lei Orgânica da Defensoria Pública argumentam que o inciso ora citado deve ser interpretado a *contrario sensu*, para que o defensor apenas comunique à Corregedoria as razões da não interposição de recurso em determinado caso. Ou seja, deve o profissional informar a Corregedoria sempre que não recorrer, e não o contrário, como o artigo parece enunciar, já que seria desarrazoada e extremamente burocrática tal exigência. Nessa direção seguem as lições de Frederico Rodrigues Viana de Lima e Guilherme Freire de Melo Barros.

Com efeito, a garantia do duplo grau, como conteúdo da ampla defesa, deve abranger também a garantia da vedação da *reformatio in pejus*. O risco inerente a todas as decisões judiciais poderia ter efeitos extremamente graves em relação ao acusado, no ponto em que atuaria como fator de inibição do exercício ao questionamento dos julgados.

Aquele que vislumbrasse a possibilidade de piorar sua situação, pela apreciação do recurso por ele interposto, certamente a tanto não se animaria, tendendo a se conformar com a sentença condenatória, mesmo quando inocente.

Há, pois, manifesto interesse público na afirmação do princípio, contido implicitamente na norma constitucional assecuratória da ampla defesa e inserido no contexto das garantias individuais previstas na Constituição da República<sup>63</sup>.

Já que eventual recurso interposto pela Defensoria Pública jamais teria o condão de prejudicar o assistido, os autores correntemente manifestam-se pela prevalência do desejo de recorrer manifestado pelo defensor público, em detrimento da vontade do próprio réu. Tal posicionamento se justifica diante dos conhecimentos técnico-jurídicos do defensor, que o tornam apto a visualizar com maior amplitude a situação processual do acusado e as possibilidades de melhorá-la. Berenice Maria Giannella disserta sobre o tema:

Alguns defendem que deva prevalecer a vontade do acusado, considerando-se o princípio da disponibilidade dos recursos e alegando que a titularidade do direito de recorrer pertence ao acusado, e não ao defensor, motivo pelo qual ele pode manifestar sua oposição ao apelo. No entanto, a doutrina e a jurisprudência dominantes caminham em sentido oposto, entendendo que deva prevalecer a vontade do defensor sobre a do acusado, considerando-se que a defesa técnica é indisponível, devendo ser garantida no processo ainda contra a vontade do acusado, cabendo ao defensor velar pelos interesses da defesa. Ademais, embora o recurso seja voluntário, admite-se que se oponha o defensor à vontade de não recorrer do acusado, uma vez que o que está em jogo é o direito à liberdade, este sim irrenunciável<sup>64</sup>.

Mais necessário se mostra o juízo de admissibilidade positivo de recurso interposto, mesmo contra a vontade do assistido, nos casos em que a renúncia ao direito de recorrer foi manifestada pelo réu sem qualquer assistência jurídica. A respeito, traz-se emblemático caso decidido pelo Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: HABEAS-CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES E CONTRAVENÇÃO DE PORTE DE ARMA. RÉU POBRE QUE MANIFESTA VONTADE DE NÃO RECORRER DA SENTENÇA

---

63 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 10.ed. São Paulo: Lumen Juris, 2008, p. 698.

64 GIANNELLA, Berenice Maria. **Assistência jurídica no Processo Penal**: garantia para a efetividade do direito de defesa. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 184.

CONDENATÓRIA. APELAÇÃO, ENTRETANTO, INTERPOSTA PELA DEFENSORIA PÚBLICA, MAS NÃO CONHECIDA PELO TRIBUNAL A QUO A PRETEXTO DE CONTRARIEDADE À EXPRESSA MANIFESTAÇÃO DO RÉU. 1. A Constituição assegura aos acusados a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes e, para dar efetividade a este direito fundamental, determina que o Estado prestará assistência judiciária integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, LV, 2ª parte, e LXXIV), além de determinar que a União e os entes federados tenham Defensoria Pública, que é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, erigida como órgão autônomo da administração da justiça, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados (art. 134 e pár. único). Estas disposições afastam definitivamente o mito da defesa meramente formal, ou da aparência da defesa judicial dos necessitados, como ilação que já foi extraída da letra do art. 261 do CPP (nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor). É, pois, dever do Defensor Público esgotar os meios que garantam a ampla defesa do necessitado. 2. Apesar da previsão de que os recursos são voluntários (CPP, art. 594) e de que a ampla defesa estaria resguardada com a intimação da sentença às partes, o art. 392 do CPP vem sendo interpretado no sentido de exigir a intimação do réu preso e do seu advogado ou defensor, em homenagem ao referido princípio. 3. É curial que a manifestação da vontade de não recorrer, dada por réu necessitado, deve ser assistida pela defesa técnica, principalmente em casos como o presente, em que o paciente é menor, pobre, analfabeto, reside em bairro distante, trabalha como engraxate no centro da cidade e assinou a rogo a intimação da sentença condenatória e a desistência do direito de recorrer; além disto, não haverá prejuízo para o paciente porque o apelo interposto não poderá agravar a sua situação, eis que vedada a reformatio in pejus. Precedentes. 4. Habeas corpus conhecido e deferido para determinar que o Tribunal coator, considerando superada a preliminar de conhecimento da apelação interposta pelo Defensor Público, prossiga no julgamento do recurso, como entender de direito<sup>65</sup>. (grifamos)

Quanto à prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, mais conhecida como “recolhimento à prisão para apelar”, era prevista no artigo 594 do Código de Processo Penal, nos termos que seguem: “o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime que se livre solto”. A *contrario sensu*, os réus não primários ou com maus antecedentes tinham de, necessariamente recolher-se ao cárcere como requisito de apreciação do seu recurso de apelação.

---

65 Decisão proferida no julgamento do Habeas Corpus 76526/RJ. Relator: Min. Maurício Corrêa. Julgado pela Segunda Turma do STF em 17/03/1998. Inteiro teor disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(HC\\$SCL%20%2076526.NUME.\)%20OU%20\(HC.ACMS%20ADJ2%2076526.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(HC$SCL%20%2076526.NUME.)%20OU%20(HC.ACMS%20ADJ2%2076526.ACMS.)&base=baseAcordaos). Acesso em: 10 mai. 2010.

O direito de apelar em liberdade da sentença condenatória penal encontra-se sem dúvida inserido nas garantias do devido processo penal e da presunção de inocência, eis que, se ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória, seria desarrazoado exigir-se que o acusado recolha-se à prisão para recorrer. Dado o efeito devolutivo dos recursos, implicando na devolução da matéria decidida ao juízo *ad quem*, somente restará definitivamente fixada a culpa após a apreciação do recurso.

A exigência de prisão cautelar do réu para a interposição do recurso poderia culminar na inadmissível situação em que o acusado, após o julgamento do recurso, fosse absolvido e houvesse tido que, ainda assim, sofrer indevidamente as agruras do cárcere, apenas para exercer o seu direito ao duplo grau de jurisdição.

Diante da clara incompatibilidade do citado artigo com o sistema constitucional brasileiro, de cunho garantista, doutrina e jurisprudência passaram a afirmar a sua não-recepção pela Constituição de 1988. Além disso, mesmo se recepcionado, apontava-se que o mesmo teria sido tacitamente revogado pelo artigo 8º (garantias judiciais) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, incorporada ao ordenamento jurídico nacional desde 1992.

Os Tribunais Superiores fixaram o entendimento de que somente caso presentes os requisitos da prisão preventiva o réu deveria restar preso durante o processamento de seu recurso. É o que enunciam a Súmula 347 do Superior Tribunal de Justiça (“O conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão”) e o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

RECURSO – SUBMISSÃO À CUSTÓDIA – INEXIGIBILIDADE. Descabe condicionar o recurso ao recolhimento do recorrente à prisão. O artigo 594 do Código de Processo Penal - hoje revogado pela Lei nº 11.719/08 – não foi agasalhado pela ordem jurídico-constitucional de 1988<sup>66</sup>.

O fortalecimento da corrente doutrinária e jurisprudencial acima referida culminou na revogação do artigo 594 do CPP pela Lei nº 11.719/08. Tal modificação é importante para a atuação penal da Defensoria Pública porque, caso fosse necessária a

---

66 Decisão proferida no julgamento do *Habeas Corpus* 90279/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado pelo Pleno em 26/03/2009. Inteiro teor disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.aspnumDj=157&dataPublicacaoDj=21/08/2009&incidente=5568&codCapitulo=5&numMateria=24&codMateria=1>. Acesso em: 10 mai. 2010.

prisão do réu para análise de seu recurso, o defensor veria tolhida sua liberdade de insurgir-se contra a sentença, pois apenas poderia fazê-lo com a expressa concordância do acusado. O assistido, nesse caso, teria que estar necessariamente de acordo com a privação de liberdade até o julgamento do recurso, o que nem sempre valeria a pena, mormente diante da demora para apreciação dos recursos pelas instâncias superiores e dos casos em que a pena não fosse tão elevada. A revogação do artigo 594, portanto, beneficiou aos assistidos e ainda favoreceu a atuação do defensor público em âmbito recursal.

### 3.1.4 Execução penal

A sentença penal condenatória reconhece ao direito o Estado de exercer seu *jus puniendi* em face de quem transgrediu o ordenamento jurídico, atingindo bens jurídicos relevantes para o convívio social. Tal direito, entretanto, não pode ser exercido de modo a retirar do indivíduo seus direitos mínimos, além de massacrá-lo em sua dignidade. Por essa razão, o *caput* do artigo 3º da Lei de Execuções Penais (Lei n. 7.210/84) explicita que “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”. Julio Fabbrini Mirabete, ao comentar o referido dispositivo legal, assevera que:

Tem o Estado o direito de executar a pena, e os limites desse direito são traçados pelos termos da sentença condenatória, devendo o sentenciado submeter-se a ela. A esse dever corresponde o direito do condenado de não sofrer, ou seja, de não ter de cumprir outra pena, qualitativa ou quantitativamente diversa da aplicada na sentença. Eliminados alguns direitos e deveres do preso nos limites exatos dos termos da condenação, deve executar-se a pena privativa de liberdade de *locomção*, atingidos tão- somente aqueles aspectos inerentes a essa liberdade, permanecendo intactos outros tantos direito. A inobservância desses direitos significaria a imposição de uma pena suplementar não prevista em lei<sup>67</sup>.

A existência de sentença condenatória em desfavor do assistido, portanto, não extingue a atuação da Defensoria Pública no processo, pois esta exerce importante função na fase de execução penal, como se depreende do artigo 4º, XVII da Lei Complementar nº 80/94, que define como função institucional da Defensoria Pública atuar nos estabelecimentos policiais, penitenciários e de internação de adolescentes, visando a assegurar às pessoas, sob quaisquer circunstâncias, o exercício pleno de seus direitos e garantias fundamentais.

---

67 MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 41.

Além da propositura dos incidentes normais da execução, como pedidos de progressão de regime, autorizações de saída e remição da pena em prol dos assistidos individualmente considerados, o defensor possui como missão desempenhar atividade fiscalizadora sobre os estabelecimentos prisionais, já que a Defensoria Pública possui como objetivo a prevalência e efetividade dos direitos humanos (artigo 3º-A da LC nº 80/94) e são de conhecimento público as graves violações desses direitos ocorridas nas unidades penitenciárias.

Cabe ao defensor público reconhecer a especial condição de vulnerabilidade jurídica a que estão submetidos os presos de modo geral e, em defesa dos direitos fundamentais, lutar por condições mais dignas nos presídios (abrangendo alimentação, instalações, higiene, entre outros). A pena privativa de liberdade em si já é demasiado dura para que o indivíduo ainda sofra outras privações e saia do cárcere despreparado para o retorno ao convívio social e ainda mais brutalizado. Citam-se, por ora, as considerações dos itens 57 e 58 das Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros da Organização das Nações Unidas, adotadas pelo 1º Congresso da ONU sobre Prevenção do Crime e Tratamento de Delinqüentes:

57. A prisão e outras medidas cujo efeito é separar um delinqüente do mundo exterior são dolorosas pelo próprio fato de retirarem do indivíduo o direito à autodeterminação, privando-o da sua liberdade. Logo, o sistema prisional não deverá, exceto por razões justificáveis de segregação ou para a manutenção da disciplina, agravar o sofrimento inerente a tal situação.

58. O fim e a justificação de uma pena de prisão ou de qualquer medida privativa de liberdade é, em última instância, proteger a sociedade contra o crime. Este fim somente pode ser atingido se o tempo de prisão for aproveitado para assegurar, tanto quanto possível, que depois do seu regresso à sociedade o delinqüente não apenas queira respeitar a lei e se auto-sustentar, mas também que seja capaz de fazê-lo<sup>68</sup>.

Reconhece-se, todavia, que implementar projetos de reinserção social e melhorias nos estabelecimentos prisionais depende em grande parte de vontade política dos governantes e, ainda, que não pode exigir-se dos defensores públicos uma eficiente atuação fiscalizadora se a instituição não recebe a estrutura mínima para tanto.

Quis-se dizer que os defensores públicos já se encontram sobrecarregados, diante do número insuficiente de membros da Instituição para atender às necessidades dos hipossuficientes e, ainda, que raros são os casos de instituições penitenciárias que

---

68 Texto, na íntegra, disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/fpena/lex52.htm>>. Acesso em: 15 mai. 2010.

podem assegurar a integridade física do defensor enquanto este inspeciona suas dependências. Não é razoável, portanto, que o profissional ponha sua vida em risco apenas para bem desempenhar suas funções institucionais.

É fundamental a participação da defesa na execução penal, manifestando-se pela concessão ou manutenção de benefícios ao sentenciado, participando dos incidentes da execução e exercendo as garantias da ampla defesa e do contraditório. É de rigor reconhecer a natureza jurisdicional da execução penal, para que se possa exigir o respeito ao devido processo penal durante todo seu curso. Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes manifestam-se nesse sentido:

De extrema relevância é o enfoque jurisdicional da execução penal do ponto de vista das garantias da defesa. O condenado, nessa ótica, passa a ser titular de direitos públicos subjetivos em relação ao Estado, obrigado a prestar-lhe a tutela jurisdicional.

A natureza administrativa que se quisesse emprestar à execução penal tornaria o réu mero objeto do procedimento, quando, ao contrário, ele há de ser visto como titular de situações processuais de vantagem, como sujeito da relação processual existente no processo de execução penal. Não mais simples detentor de obrigações, deveres e ônus, o réu torna-se titular de direitos, faculdades e poderes. E como em todo e qualquer processo, que não seja mera ordenação de atos mas que seja entendido em sua função garantidora, ficam assegurados ao condenado as garantias constitucionais do “devido processo legal”: o direito de defesa (compreendendo a defesa técnica), o contraditório, o duplo grau de jurisdição, a publicidade e, evidentemente, a igualdade processual e a *par conditio*<sup>69</sup>.

A assistência da Defensoria Pública na fase executória destaca-se pelo fato de a prisão impedir o hipossuficiente de buscar assistência jurídica por si mesmo, sendo por vezes abandonado pelo advogado constituído e até mesmo pela família, deixando de auferir benefícios processuais por falta de requerimento perante o juízo da execução. Assim, sempre que vislumbre hipótese de pronunciamento judicial apto a influir, de modo maléfico ou não, no *jus libertatis* do sentenciado, caso este não possua defensor constituído, deverá ser nomeado defensor público para legitimar o procedimento.

---

69 GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 282-283.

Desta feita, nos procedimentos em contraditório na execução penal, estando o réu desassistido, a Defensoria Pública deverá assumir sua defesa, podendo produzir provas, levantar teses jurídicas e interpor recursos, sempre que caiba sua manifestação. Diante do exposto, percebe-se que a Instituição possui relevante função durante todos os trâmites que formalizam o exercício legítimo do poder punitivo estatal, prezando pela observância do devido processo penal.

### 3.2 O prazo em dobro conferido à Defensoria Pública e o devido processo penal

A Lei Complementar nº 80/94, conforme já mencionado, elenca como prerrogativa dos membros da Defensoria Pública a contagem em dobro de todos os prazos (artigos 44, 89 e 128). No âmbito do processo civil, não há demasiada discussão quanto à constitucionalidade de tal prerrogativa, até mesmo em face do artigo 188 do Código de Processo Civil, que prevê prazos especiais para a Fazenda Pública e o Ministério Público (prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer). Costuma-se aceitar o prazo em dobro no processo civil também por causa da deficiência no número de defensores públicos no Brasil, em comparação à quantidade de membros do Ministério Público e procuradores, gerando o excesso de atribuições a recair sobre os primeiros.

No que diz respeito ao processo penal, entretanto, a prerrogativa do prazo em dobro de todos os prazos processuais conferida à Defensoria Pública é tema bem menos pacífico. Considerando-se que o Ministério Público não possui qualquer prazo diferenciado quando atua perante a jurisdição penal, parte da doutrina aponta uma possível violação ao princípio da igualdade processual ou paridade de armas, enunciado por Fernando da Costa Tourinho Filho nos seguintes termos: “No processo, as partes, embora figurem em pólos opostos, situam-se no mesmo plano, com iguais direitos, ônus, obrigações e faculdades. É uma consequência do princípio do contraditório”<sup>70</sup>.

Percebe-se que o autor acima citado enuncia a paridade de armas em termos garantidores apenas da igualdade formal entre acusação e defesa técnicas. Sabe-se, contudo, que ignorar as desigualdades de fato e pretender conferir aos desiguais um tratamento estritamente paritário pode culminar em injustiça. Atento a tal realidade,

---

70 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. v. 1. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 42.

Celso Antônio Bandeira de Mello, em clássica obra sobre o princípio da igualdade, fornece um método para distinguir os casos em que se justifica a discriminação:

[...] tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional<sup>71</sup>.

No julgamento do Agravo de Instrumento n. 582280/RJ, já mencionado no capítulo anterior e, ainda, no precedente Habeas Corpus (HC) n. 70.514, entendeu o Supremo Tribunal Federal que a concessão de prazo em dobro à Defensoria Pública no processo penal é medida destinada a preservar a igualdade material, ao menos enquanto a Instituição não esteja devidamente instalada. O STF teve como referencial o aparelhamento do Ministério Público, como se verifica pela ementa do HC n. 70.514:

Direito Constitucional e Processual Penal. Defensores Públicos: prazo em dobro para interposição de recursos (§ 5 do art. 1 da Lei n 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n 7.871, de 08.11.1989). Constitucionalidade. "Habeas Corpus". Nulidades. Intimação pessoal dos Defensores Públicos e prazo em dobro para interposição de recursos. 1. **Não é de ser reconhecida a inconstitucionalidade do § 5 do art. 1 da Lei n 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n 7.871, de 08.11.1989, no ponto em que confere prazo em dobro, para recurso, às Defensorias Públicas, ao menos até que sua organização, nos Estados, alcance o nível de organização do respectivo Ministério Público, que é a parte adversa, como órgão de acusação, no processo da ação penal pública.** 2. Deve ser anulado, pelo Supremo Tribunal Federal, acórdão de Tribunal que não conhece de apelação interposta por Defensor Público, por considerá-la intempestiva, sem levar em conta o prazo em dobro para recurso, de que trata o § 5 do art. 1 da Lei n 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n 7.871, de 08.11.1989. 3. A anulação também se justifica se, apesar do disposto no mesmo parágrafo, o julgamento do recurso se realiza, sem intimação pessoal do Defensor Público e resulta desfavorável ao réu, seja quanto a sua própria apelação, seja quanto à interposta pelo Ministério Público. 4. A anulação deve beneficiar também o co-réu, defendido pelo mesmo Defensor Público, ainda que não tenha apelado, se o julgamento do recurso interposto pelo Ministério Público, realizado nas referidas circunstâncias, lhe é igualmente desfavorável. "Habeas Corpus" deferido para tais fins, devendo o novo julgamento se realizar com prévia intimação pessoal do Defensor Público, afastada a questão da tempestividade da apelação do réu, interposto dentro do prazo em dobro<sup>72</sup>. (grifamos)

---

71 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 21-22.

72 Decisão proferida no julgamento do *Habeas Corpus* 70514/RS. Relator: Min. Sydney Sanches. Julgado pelo Pleno do STF em 23/03/1994. Inteiro teor disponível em:

Assim, segundo o Supremo Tribunal Federal, as disposições que permitem aos defensores públicos emitir suas manifestações processuais com prazo em dobro são normas ainda constitucionais ou normas em trânsito para a inconstitucionalidade. Afirma o referido Tribunal que a única justificativa apta a conferir a prerrogativa do prazo em dobro à Defensoria Pública é a deficiência de aparelhamento do órgão, considerando sua recente implantação, o que a impediria de atuar em condição de igualdade com o Ministério Público. Adotou-se construção jurisprudencial alemã segundo a qual circunstâncias fáticas podem fazer com que uma norma em tese inconstitucional não seja declarada como tal, ao menos enquanto a situação fática não se altere.

As implicações da posição do Supremo Tribunal Federal foram doutrinariamente pouco discutidas, inclusive porque se vislumbra ainda um longo decurso de tempo antes que a instituição possua a estrutura e o pessoal necessários a tornar a questão do fim ou não do prazo em dobro uma preocupação iminente. Deste modo, a fundamentação utilizada pelo STF costuma ser aceita sem reservas, com base no reconhecimento do excesso de trabalho que recai sobre os defensores públicos e nos prejuízos que a ausência da prerrogativa poderia trazer aos assistidos pela Defensoria Pública, deixando estes de receber uma assistência jurídica de qualidade. À guisa de exemplo, cita-se Frederico Rodrigues Viana de Lima:

[...] a duplicação dos prazos, em certas oportunidades, também exprime o princípio da isonomia, pois lembra o Ministro Sepúlveda Pertence que a indigitada norma é conhecida pela desigualdade jurídica compensatória de uma desigualdade de fato. Assim, a subsistência do prazo em dobro para a Defensoria Pública há de ser admitida enquanto a Instituição não gozar do mesmo grau de aparelhamento proporcionado ao Ministério Público.

Por outras palavras, a causa para que os prazos processuais penais sejam duplicados encontra guarida na circunstância de que a Defensoria Pública ainda não se mostra estruturada de forma adequada. Logo, enquanto não houver o correto aparelhamento do órgão – com número suficiente de Defensores e servidores de apoio, instalações físicas aptas a atender à demanda crescente etc. – a duplicação do prazo se apresenta como imprescindível para a sua atuação, sob pena de se ocasionarem prejuízos aos assistidos pela Instituição<sup>73</sup>.

Adotando também o excesso de atribuições dos defensores públicos como o único fator legitimador da prerrogativa, tem-se Mauro Fonseca Andrade, que, ainda, critica a posição da parte da doutrina que afirma pela inconstitucionalidade do prazo em dobro apenas porque não foi este conferido ao Ministério Público:

---

<[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(HC\\$.SCLA.%20E%2070514.NUME.\)%20OU%20\(HC.ACMS.%20ADJ2%2070514.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(HC$.SCLA.%20E%2070514.NUME.)%20OU%20(HC.ACMS.%20ADJ2%2070514.ACMS.)&base=baseAcordaos)>.  
Acesso em: 20 mai. 2010.

73 LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. **Defensoria Pública**. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 355-356.

Por tudo isto, e invocando somente o argumento do excesso de serviço, descartamos a declaração de inconstitucionalidade daquelas previsões legais, o que seria motivado por suposta infringência ao princípio da igualdade, como, contrariamente à nossa opinião, já se decidiu em relação ao artigo 5º, §5º, da Lei nº 1.060/50, e prega parte da doutrina estrangeira. Além disso, eticamente não nos parece recomendável pregar pela constitucionalidade daquilo que vem a favorecer ao Ministério Público, como é o caso da lei adjetiva civil, e advogar pela inconstitucionalidade daquilo que a ele não foi estendido (prazo em dobro no processo penal), quando o fundamento para a existência de ambos é o mesmo, diferenciando-se, no entanto, quanto ao seu destinatário. A seriedade de argumentação deve passar também pelo crivo da coerência<sup>74</sup>.

O autor acima referido, no mesmo trabalho citado, defende a constitucionalidade do prazo em dobro para os defensores públicos, mas, ao mesmo tempo, sugere a ampliação da prerrogativa ao Ministério Público, pois afirma que hoje o *Parquet* estaria em situação de inferioridade frente ao Defensor Público no processo penal, já que este teria mais tempo para preparar suas manifestações processuais. Com a devida vênia, a pesquisa levada a efeito para a elaboração do presente trabalho ensejou conclusões diversas.

Em primeiro lugar, foi mais de uma vez enunciada, neste capítulo e no anterior, a dificuldade que enfrentam os defensores públicos para contatar os assistidos e prestar-lhes uma defesa técnica efetiva, e não meramente formal. Enquanto o Ministério Público utiliza como fundamentação basicamente os elementos colhidos no inquérito e os depoimentos obtidos na instrução, a defesa técnica, por outro lado, jamais poderá prescindir das informações que podem ser prestadas pelo acusado. Sendo um defensor público o profissional responsável pela defesa técnica a situação se agrava, pois não existe inicialmente a relação de confiança indispensável entre réu e defensor.

Ademais, já foram citados os casos em que, antes de apresentar sua manifestação, o defensor público tenha que obter a localização atual do assistido, fazendo com que considerável parcela do prazo em dobro seja despendido no aguardo da resposta deste, seja para fornecer informações, arrolar testemunhas, ou mesmo para apresentar documentos indispensáveis a uma defesa de qualidade. Desde o inquérito policial o Ministério Público teve a oportunidade de cuidar para que estivessem acostados aos autos elementos suficientes para propiciar uma manifestação bem fundamentada, já não se podendo dizer o mesmo do defensor público.

---

74 ANDRADE, Mauro Fonseca. **O prazo em dobro no Processo Penal**. Artigo disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/links/artigos2.php>>. Acesso em: 25 mai. 2010.

Por último, também foi mencionado anteriormente que a Defensoria Pública pode ingressar no feito em fase processual avançada, o que acarreta ao defensor a obrigação de verificar a regularidade de todos os atos que precederam sua atuação. Não pode o defensor público se limitar a apresentar a manifestação que lhe é solicitada no momento sem analisar cuidadosamente os autos da ação penal, verificando se não há alguma nulidade ou até mesmo a consumação da prescrição. No caso do Ministério Público, o processo não avança sem que antes um membro da Instituição a ele tenha acesso, permitindo a análise, fase a fase, da conformidade do procedimento com o direito.

Diante do exposto, conclui-se que o excesso de trabalho que enfrentam os defensores públicos não é a única razão pela qual deve ser concedido prazo em dobro para suas manifestações processuais, embora seja esta uma realidade. O devido processo penal exige uma atuação efetiva da defesa técnica e a Defensoria Pública, conforme amplamente discutido neste trabalho, enfrenta diversas dificuldades em cumprir esta missão, motivo pelo qual a prerrogativa do prazo em dobro se faz indispensável não somente enquanto a Instituição é devidamente instalada, mas sim sempre.

A prerrogativa em comento não é uma benesse conferida ao defensor público para aliviar sua carga de trabalho, mas um instrumento de concretização do devido processo penal, permitindo que o hipossuficiente jurídico, cujo processo foi encaminhado à Defensoria Pública talvez até sem seu conhecimento, possa ter uma defesa técnica apresentada apenas após a detida análise dos atos processuais precedentes e a tentativa (ao menos) de contato com o assistido. Somente assim o contraditório será viabilizado no caso concreto, através da necessária interação entre defesa técnica e autodefesa, como exige o sistema constitucional brasileiro.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A garantia do devido processo legal, surgida da necessidade de oferecer uma contrapartida aos indivíduos por abdicarem de parte de sua liberdade em prol da construção do Estado moderno, é dotada de elevada importância justamente por impor parâmetros ao exercício da função jurisdicional.

Sendo um enunciado de conteúdo aberto, a cláusula do devido processo legal alberga tanto princípios explícitos quanto implícitos em um ordenamento jurídico, sendo sua construção tarefa eminentemente doutrinária e jurisprudencial. O devido processo legal passou a abranger tantas outras garantias que, para melhor estudá-lo, didaticamente explorou-se sua aplicação a cada ramo do direito.

Em relação ao direito penal, o *due process* garante ao acusado ser tratado como sujeito de direitos e não como objeto da persecução penal. O devido processo penal é o processo que segue o procedimento estabelecido, que respeita os direitos fundamentais do cidadão e que não se contenta com um simulacro de defesa, mas apenas com a real e efetiva oposição à acusação.

Exige o devido processo penal que exista a defesa técnica, já que as funções de julgar e acusar estão necessariamente presentes no curso do procedimento. É função do Estado, assim, assegurar ao acusado a assistência jurídica elencada como direito fundamental, realizando no caso concreto a igualdade material.

Dentro do conceito de Estado prestacionista, surge a Defensoria Pública, órgão cujo funcionamento é custeado pelo Estado para prestar o serviço público de assistência jurídica, possibilitando o acesso à justiça aos privados de recursos. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, conhecida pelo exercício de suas atividades em defesa dos interesses dos necessitados.

O ingresso da Defensoria Pública no processo penal independe, entretanto, da hipossuficiência econômica do acusado, mas sim de sua situação de especial vulnerabilidade jurídica, sendo a defesa técnica no processo penal uma função atípica da Defensoria Pública. Assim, caso o acusado não tenha advogado por qualquer razão, um

defensor público atuará em seu favor, visando melhorar sua situação processual e velar pela regularidade do feito.

Quando ingressa no processo penal, o defensor público não vela apenas pelos interesses do acusado, mas também pelo interesse do Estado em unicamente exercer o *jus puniendi* contra o verdadeiro autor de um fato delituoso. Assim, sua atividade serve inclusive como fator que legitima o exercício da função jurisdicional. Para o eficiente desempenho de suas funções, o defensor público goza de algumas prerrogativas, como a intimação pessoal e o prazo em dobro para suas manifestações processuais, de modo a instrumentalizar uma defesa técnica real.

A Defensoria Pública participa amplamente da concretização do processo penal, portanto, já que possui legitimidade para atuar perante as Justiças Comum e Especializada e, ainda, em todos os graus de jurisdição. O defensor público pode iniciar sua intervenção no processo penal em qualquer fase e até mesmo antes da instauração da ação penal, com a custódia cautelar do acusado, fator que lhe permite uma visão abrangente do procedimento.

Apesar das diversas dificuldades que enfrenta a Defensoria Pública no processo penal, como a ausência de contato com o assistido, uma instrução processual mal conduzida por advogado particular e a falta de elementos fáticos para embasar a defesa, por exemplo, o órgão conjuga esforços pela prevalência dos direitos humanos durante o curso de toda a *persecutio criminis*, resguardando o *status dignitatis* do cidadão ante o arbítrio estatal.

Conclui-se que a Instituição é essencial ao exercício da jurisdição penal, devendo atuar sempre e quando o indivíduo esteja indefeso, cabendo-lhe a defesa técnica do hipossuficiente jurídico, garantindo a igualdade processual (paridade de armas) e desempenhando relevante papel na inesgotável construção do conteúdo jurídico da garantia do *due process* em âmbito penal.

## REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de; TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

ALVES, Cleber Francisco. **Justiça para todos!** Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil. 1.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **O prazo em dobro no Processo Penal**. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/links/artigos2.php>>. Acesso em: 25 mai. 2010.

BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Defensoria Pública**: LC nº 80/1994. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 10 fev. 2010.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 15 fev. 2010.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm)>. Acesso em: 10 mai. 2010.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar n. 80/1994** (Lei Orgânica da Defensoria Pública). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/Lcp80.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp80.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2010.

\_\_\_\_\_. **Lei 7.210/1984** (Lei de Execuções Penais). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm)>. Acesso em: 10 mai. 2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 14. Disponível em:  
<[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/PSV\\_1.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/PSV_1.pdf)>.  
Acesso em: 20 mar. 2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 523. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>>. Acesso em: 20  
mar. 2010.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 347. Disponível em:  
<[http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=RESUMO&livre=  
%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=101](http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=101)>. Acesso em: 08 abr. 2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n.  
142.847-3/SP, julgado em 01 dez. 1992. Disponível em:  
<<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=275362>>. Acesso  
em: 07 fev. 2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.511-7/DF  
(medida liminar), julgada em 14 out. 1996. Disponível em:  
<[http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?  
numero=1511&classe=ADI-MC](http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=1511&classe=ADI-MC)>. Acesso em: 07 fev. 2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2903 / PB,  
julgada em 01/12/2005 pelo Pleno do STF. Disponível em:  
<[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(ADI\\$.SCLA.  
%20E%202903.NUME.\)%20OU%20\(ADI.ACMS.  
%20ADJ2%202903.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(ADI$.SCLA.%20E%202903.NUME.)%20OU%20(ADI.ACMS.%20ADJ2%202903.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 08 mai. 2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 558/RJ  
(medida cautelar). Disponível em:  
<[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/util/obterPaginador.asp?  
numero=558&classe=ADI-MC](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/util/obterPaginador.asp?numero=558&classe=ADI-MC)>. Acesso em 19 mar. 2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 76526/RJ, julgado pela Segunda  
Turma do STF em 17 mar. 1998. Disponível em:  
<[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(HC\\$.SCL](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(HC$.SCL)

[%20%2076526.NUME.\)%20OU%20\(HC.ACMS%20ADJ2%2076526.ACMS.\)&base=baseAcordaos>.](#) Acesso em: 10 mai. 2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 90279/DF, julgado pelo Pleno em 26 mar. 2009. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.aspnumDj=157&dataPublicacaoDj=21/08/2009&incidente=5568&codCapitulo=5&numMateria=24&codMateria=1>. Acesso em: 10 mai. 2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 70514/RS, julgado pelo Pleno do STF em 23 mar. 1994. Disponível em:

<[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(HC\\$.SCLA.%20E%2070514.NUME.\)%20OU%20\(HC.ACMS.%20ADJ2%2070514.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(HC$.SCLA.%20E%2070514.NUME.)%20OU%20(HC.ACMS.%20ADJ2%2070514.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 20 mai. 2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Informativo n. 442 do Supremo Tribunal Federal. Decisão proferida no julgamento do Agravo de instrumento AI-582280/RJ. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo442.htm>>. Acesso em: 18 mar. 2010.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. 1. ed. Campinas: Russell, 2007.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CÓDIGO DE HAMURÁBI. Disponível em:

<<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hamurabi.htm>>. Acesso em: 15 abr. 2010.

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MODELO PARA IBEROAMÉRICA. Disponível em: [http://www.iidp.org/index.cgi?wid\\_seccion=6&wid\\_item=13](http://www.iidp.org/index.cgi?wid_seccion=6&wid_item=13). Acesso em: 09/05/2010.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Emendas n. 11-27. Disponível em: [http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution\\_amendments\\_11-27.html](http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_amendments_11-27.html). Acesso em: 10 fev. 2010.

COTRIM, Gilberto. **História Global**: Brasil e Geral. Volume único. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GIANELLA, Berenice Maria. **Assistência jurídica no Processo Penal**: garantia para a efetividade do direito de defesa. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZOULI, Valerio de Oliveira. **Direito Penal**. v. 4. Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GRECO, Leonardo. **Garantias fundamentais do processo**: o processo justo. *Estudos jurídicos*, Itajaí, a. VII, n.14, abr. 2002. Disponível em: <http://www.univali.br/nej>. Acesso em 08 fev. 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no Processo Penal**: Teoria Geral dos Recursos, Recursos em Espécie, Ações de Impugnação, Reclamação aos Tribunais. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. **As Nulidades no Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Fundamentos constitucionais do processo: sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. **Defensoria Pública**. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito de defesa e acesso do advogado aos autos do inquérito policial: desconstruindo o discurso autoritário**. In BONATO, Gilson (Org.). *Processo Penal: leituras constitucionais*. 1.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MAGNA CARTA. Disponível em:

<[http://www.humanistictexts.org/magna\\_carta.htm](http://www.humanistictexts.org/magna_carta.htm)>. Acesso em: 10 fev. 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova Reforma do Código de Processo Penal: comentada artigo por artigo**. 1.ed. São Paulo: Método, 2008.

MENEZES, Felipe Caldas. **Defensoria Pública da União: Princípios Institucionais, Garantias e Prerrogativas dos Membros e um Breve Retrato da Instituição**. Disponível em: <[http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo\\_principios\\_institucionais\\_Felipe.pdf](http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_principios_institucionais_Felipe.pdf)>. Acesso em: 25 abr. 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 10.ed. São Paulo: Lumen Juris, 2008.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo Penal. O Direito de Defesa**: repercussão, amplitude e limites. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

REGRAS MÍNIMAS PARA O TRATAMENTO DE PRISIONEIRO DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, adotadas pelo 1º Congresso da ONU sobre Prevenção do Crime e Tratamento de Delinqüentes. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/fpena/lex52.htm>>. Acesso em: 15 mai. 2010.

RESOLUÇÃO N. 9 DO CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. Disponível em: <[http://www.dpu.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=950:resolucao-csdpu-no-009-de-06-de-julho-de-2005-dispoe-sobre-a-identificacao-da-hipotese-de-atuacao-da-defensoria-publica-da-uniao-e-sobre-o-deferimento-da-assistencia-juridica&catid=49:resolucoes&Itemid=66](http://www.dpu.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=950:resolucao-csdpu-no-009-de-06-de-julho-de-2005-dispoe-sobre-a-identificacao-da-hipotese-de-atuacao-da-defensoria-publica-da-uniao-e-sobre-o-deferimento-da-assistencia-juridica&catid=49:resolucoes&Itemid=66)>. Acesso em: 25 abr. 2010.

RESOLUÇÃO N. 13 DO CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. Disponível em: <[http://www.dpu.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=954:resolucao-csdpu-no-013-de-25-de-outubro-de-2006-fecha-parametros-objetivos-e-procedimentos-para-a-presuncao-e-para-a-comprovacao-da-necessidade&catid=49:resolucoes&Itemid=66](http://www.dpu.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=954:resolucao-csdpu-no-013-de-25-de-outubro-de-2006-fecha-parametros-objetivos-e-procedimentos-para-a-presuncao-e-para-a-comprovacao-da-necessidade&catid=49:resolucoes&Itemid=66)>. Acesso em: 25 abr. 2010.

RIBEIRO, Luiz Rezende de Andrade. **Dicionário de conceitos e pensamentos de Rui Barbosa**. São Paulo: Edart, 1967.

SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004 (Coleção de estudos de processo penal prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida; v.9).

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. **O Princípio do Defensor Natural no Processo Penal Brasileiro**. *In*: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; LIMA, Marcellus Polastri. (Org.). *A Renovação Processual Penal após a Constituição de 1988: estudos em homenagem ao Professor José Barcelos de Souza*. v. 1. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA, Holden Macedo da. **Princípios institucionais da Defensoria Pública: breves comentários textuais ao regime constitucional da Defensoria Pública**. 1.ed. Brasília: Fortium, 2007.

SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. v.1. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no Processo Penal brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.