



A inefetividade do princípio fundamental da ampla defesa em casos de nomeação de defensor *ad hoc*

Non-effectiveness of the fundamental principle of defense in depth in cases of appointing *ad hoc* defender

Iranilde da Silva¹

Universidade Estadual de Roraima (UERR), Boa Vista/RR
yranylde@yahoo.com.br

Fernando César Costa Xavier²

Universidade Estadual de Roraima (UERR), Boa Vista/RR
fxavier010@hotmail.com

CONTEXTO: Os princípios processuais fundamentais são ferramentas voltadas, no processo penal, à garantia de um julgamento justo e efetivo durante toda a *persecutio criminis*. A ampla defesa é um princípio constitucional aplicável no processo penal para resguardar o direito de todo cidadão em ter um julgamento de qualidade e digno e, por isso mesmo, deve ser observada pelos órgãos jurisdicionais como um compromisso com o Estado democrático.

OBJETIVO: O trabalho pretende mostrar que a assistência jurídica fornecida pelos defensores *ad hoc* nos processos criminais, ao menos no Estado de Roraima, não honram adequadamente o princípio da ampla defesa.

MÉTODO: O presente trabalho é resultado de pesquisa realizada no Tribunal de Justiça do Estado de Roraima, que utilizou o método descritivo para apresentar alguns casos ilustrativos, a partir de uma abordagem predominantemente qualitativa; foram utilizadas ainda técnicas de pesquisa bibliográfica para a seleção de materiais bibliográficos e documentais (jurisprudência) relativos ao tema e com enfoque local.

RELEVÂNCIA/ORIGINALIDADE: O trabalho analisa a qualidade dos serviços oferecidos por defensores *ad hoc* em casos específicos.

RESULTADOS: Por meio de análise de casos julgados no TJ-RR, foi possível chegar à conclusão de que a nomeação de defensor substituto ou *ad hoc* pelo magistrado, em alguns

* **Editor:** Prof. Dr. Flávio Quinaud Pedron. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4259444603254002>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4804-2886>.

¹ Pós-graduada em Direito pela UERR. Bacharel em Direito pela UERR. Advogada. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6337713533233021>. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-9117-701X>.

² Doutor em Relações Internacionais pela UNB. Doutorando em Direito e Sociologia pela UFF. Mestre em Direito pela UFPA. Professor do PPGD da UERR. Advogado. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9838214378778173>. ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-3470-0139>.

casos, torna a defesa técnica inefetiva, violando-se assim o princípio fundamental da ampla defesa e do contraditório, como também do devido processo legal.

CONTRIBUIÇÕES TEÓRICAS/METODOLÓGICAS: O trabalho busca enfatizar a importância de trabalhos sobre assistência jurídica gratuita, incluindo a defesa *ad hoc* em processos criminais, baseado em dados e informações contextualizados.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da ampla defesa. Inefetividade. Defensor *ad hoc*. Tribunal de Justiça do Estado de Roraima.

CONTEXT: The fundamental procedural principles are tools geared, in criminal proceedings, to ensuring a fair and effective trial throughout the *persecutio criminis*. Defense in depth is a constitutional principle applicable in criminal proceedings to safeguard the right of every citizen to have a quality and dignified judgment and, therefore, must be observed by jurisdictional bodies as a commitment to the rule of law.

OBJECTIVE: The work intends to show that the legal assistance provided by *ad hoc* defenders in criminal cases, at least in the State of Roraima, Brazil, does not adequately honor the principle of defense in depth.

METHOD: The present paper is the result of research carried out at the Court of Justice of the State of Roraima, Brazil, which used the descriptive method to present some illustrative cases, from a predominantly qualitative approach; bibliographic research techniques were also used to select texts and judicial documents (sentences) related to the issue and with a local focus.

RELEVANCE / ORIGINALITY: The paper analyzes the quality of services offered by *ad hoc* defenders in specific cases.

RESULTS: Through analysis of cases judged in the Court of Justice of the State of Roraima, Brazil, it was possible to reach the conclusion that the appointment of substitute or *ad hoc* defender by the judge, in some cases, makes the technical defense non-effective, thus violating the fundamental principles of defense in depth and due process.

THEORETICAL / METHODOLOGICAL CONTRIBUTIONS: Paper seeks to emphasize the importance of researches on free legal assistance, including *ad hoc* defense, in criminal cases, based on contextualized data.

KEYWORDS: Principle of defense in depth. Non-effectiveness. *Ad hoc* Defender. Court of Justice of the State of Roraima.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA NO BRASIL; 2 O CONCEITO DE AMPLA DEFESA; 3 O PROCESSO PENAL DIANTE DO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA; 4 A (IN)EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA NA NOMEAÇÃO DE DEFENSOR SUBSTITUTO OU *AD HOC*; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

SUMMARY: INTRODUCTION; 1 HISTORICAL EVOLUTION OF THE DEFENSE IN DEPTH PRINCIPLE IN BRAZIL; 2 THE DEFENSE IN DEPTH; 3 THE CRIMINAL PROCEDURE BEFORE THE PRINCIPLE OF DEFENSE IN DEPTH; 4 THE NON-EFFECTIVENESS OF THE DEFENSE IN DEPTH PRINCIPLE IN THE APPOINTMENT OF SUBSTITUTE OR *AD HOC* DEFENDER; CONCLUSIONS; REFERENCES.

▪ INTRODUÇÃO

No âmbito processual penal, a ampla defesa é uma garantia processual constitucional necessária e indispensável durante toda a *persecutio criminis*, imprescindível à manutenção do Estado democrático de direito, sobretudo para evitar injustiças contra pessoas acusadas.

Em 1988, o texto constitucional reforçou, de modo firme e explícito, a garantia a uma defesa ampla e plena, como condição necessária a um julgamento justo e digno, a ser assegurada a todos independente de classe social ou da gravidade do delito cometido. A seguir, serão destacados algumas conquistas marcantes relacionadas à ampla defesa.

O artigo busca demonstrar que o direito à ampla defesa é uma ferramenta essencial para o réu, que é considerado a parte mais vulnerável no processo penal, ante o poder punitivo do Estado, de vez que precisa se defender das acusações que lhes foram imputadas, com dignidade e sem cerceamento. Por isso, é imprescindível a ele que possa contar com a assistência legal de um profissional de sua confiança, para combater de forme efetiva possíveis excessos por parte dos órgãos de investigação, acusação e julgamento, muitas vezes cometidos em nome da celeridade processual.

Assim, o princípio da ampla defesa previsto no texto constitucional (inciso LV do art. 5º), especificamente ao âmbito do processo penal, será abordado tendo como objetivo discutir a efetividade desse princípio em situações de nomeação de defensores substitutos (§ 2º do art. 265 do Código de Processo Penal). O princípio da ampla defesa será, portanto, focado a partir de casos reais, todos eles julgados pelo Tribunal de Justiça do Estado de Roraima.

O estudo encaminhado neste artigo vem sustentar que a nomeação judicial de defensor “para ato” ou *ad hoc*, em certos casos, torna a defesa técnica inefetiva, violando-se assim o princípio fundamental da ampla defesa, como também o do devido processo legal.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA NO BRASIL

As Constituições brasileiras passaram por diversas evoluções relevantes, no sentido de aprimoramento das garantias próprias de um Estado democrático. Em

cada umas delas, o princípio da ampla defesa foi ganhando contornos mais robustos. Um primeiro reconhecimento consistente dele ocorreu na Constituição de 1934, no art. 113, item 24: “A lei assegurará aos acusados *ampla defesa*, com os meios e recursos essenciais a esta” (destaquei).

Todavia, com o advento da Constituição de 1937, outorgada já no contexto autoritário do Estado Novo, as garantias processuais penais anunciadas na Constituição anterior tornaram-se invariavelmente letra morta. A ampla defesa passou a ter pouca relevância na ordem constitucional do Estado novo, conforme o texto constitucional de 1937, em seu art. 122, “ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, senão pela autoridade competente, em virtude de lei e na forma por ela regulada; a instrução criminal será contraditória, asseguradas antes e depois da formação da culpa as necessárias garantias de defesa”.

Um marco histórico importante se deu em 1941, com o advento do Código de Processo Penal até hoje vigente. “Inspirado na legislação processual penal italiana produzida na década de 1930, em pleno regime fascista, o Código de Processo Penal (CPP) brasileiro foi elaborado em bases notoriamente autoritárias, por razões óbvias e de origem” (OLIVEIRA, 2012, p. 5). Apesar da influência fascista, esse Código garantia o direito de defesa em seu art. 261, segundo o qual “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”.

De sua parte, a Constituição de 1946 foi mais flexível, pois favoreceu os direitos e garantias individuais relacionada com o processo penal, criou o tribunal do júri e resgatou a ampla defesa e a instrução criminal condenatória (BARBOSA, 1993). A Carta de 1967 mesclou os direitos e garantias referentes à ampla defesa e ao contraditório (§§ 15 e 16 do art. 153, respectivamente), ao estabelecer que “A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem tribunais de exceção”.

Nota-se que os direitos e garantias individuais referente ao processo penal passaram por diversas evoluções significativas para que hoje, na Constituição de 1988, possamos ter assegurados o contraditório e a ampla defesa, vinculados ambos ao princípio do devido processo legal.

2 PLENITUDE DE DEFESA, AMPLA DEFESA E AUTODEFESA

A ampla defesa é um princípio constitucional aplicado no processo penal de fundamental importância para garantir aos acusados um julgamento justo, digno e

sem parcialidades, independentemente de sua classe social, sexo, cor, etnia, religião ou da periculosidade do delito cometido.

Trata-se de uma garantia consagrada e firmada na Constituição de 1988, art. 5º, LV, de que, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Já nos crimes julgado no tribunal do júri, o procedimento é mais complexo, pois envolve delitos de maior periculosidade, por isso a defesa além de ampla, precisa ser plena, conforme art. 5º, XXXVIII, *a*, da mesma Carta; nas palavras de Nucci (2010, p. 83), tem-se que “Ampla quer dizer vasto, largo, muito grande, rico, abundante, copioso; pleno significa repleto, completo, absoluto, cabal, perfeito [...]”.

É preciso destacar que a *plenitude da defesa* é mais abrangente que a *ampla defesa* (FERNANDES, 2009). Alexandre de Moraes (2018, p. 112) define a ampla defesa como sendo o “asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário”. Conforme recorda Nucci (2010, p. 82), “Considerado, no processo, parte hipossuficiente por natureza, [...] merece o réu um tratamento diferenciado e justo, razão pela qual a ampla possibilidade de defesa se lhe afigura a compensação devida pela força estatal”.

Entretanto, para a garantia de um julgamento válido e com equidade, é de fundamental importância a garantia não somente da ampla defesa, mas também do contraditório, constituindo ambos, conjugadamente, os pilares do sistema acusatório, ao lado do direito do princípio da igualdade e do devido processo penal (NICOLITT, 2009). O “[...] contraditório que é a própria exteriorização da ampla defesa, e o devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando no âmbito material e formal assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor [...]” (MORAES, 2018, p. 111). Pode-se dizer que os referidos princípios seriam as armas que o acusado possui para se defender durante toda a persecução criminal.

A ampla defesa pode se manifestar de variadas formas no decorrer da instrução, por isso ela foi regulamentada na nossa Constituição e também no art. 261 do Código de Processo Penal Brasileiro, que deixa claro que é obrigatório que todo acusado seja assistido por um profissional legalmente habilitado, independente se ele está presente ou não durante a apreciação da demanda.

Renato Brasileiro de Lima (2016) classifica a autodefesa em duas modalidades: positiva, quando o réu optar por fazer sua defesa, e negativa, quando ele faz uso do direito ao silêncio. A defesa técnica, por sua vez, é realizada por um profissional habilitado com qualificação jurídica específica. No entanto, se o acusado possui capacidade postulatória e está regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, ele mesmo pode efetuar sua defesa. Trata-se de um direito irrenunciável e de fundamental importância, para resguardar as garantias individuais do infrator.

Diante deste contexto, convém ressaltar a relevância jurídica que possui o direito de defesa no nosso ordenamento jurídico, pois não pode em hipótese alguma o imputado ficar sem assistência de um defensor no decorrer da instrução. Porém para que este realize uma defesa técnica de qualidade e eficiente, necessita de tempo suficiente para conhecer a demanda.

3 O PROCESSO PENAL E O PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

Para uma melhor compreensão do assunto faz-se necessário esclarecer algumas definições utilizadas ao se referir à pessoa do defensor, que pode ser particular ou público. Ambos podem ser *defensores dativo* ou *defensores para ato* (também chamado de *ad hoc*, em latim “para esta finalidade”, “para isso” ou “para esse feito”).

O advogado particular é constituído pelo próprio cliente, para fazer sua defesa, quando este dispõe de recursos para custear os seus honorários. O art. 5º, LXXIV da Constituição, temos a figura do defensor público, onde; “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recurso”. Segundo Oliveira (2012), dativo é o advogado nomeado pelo Estado ao indivíduo que não possuir assistência jurídica no decorrer da instrução; enquanto ao defensor *ad hoc* é designado para realizar um ato exclusivo do processo, diante da ausência do defensor instituído. No presente trabalho, será usada a terminologia defensor substituto para ato ou *ad hoc*, para uma melhor compreensão do assunto.

A Constituição é a base de todo ordenamento jurídico, por isso a sua supremacia deve ser respeitada, para a manutenção da democracia e preservação de direitos e garantias fundamentais, porém às vezes nossos legisladores ultrapassam esses limites ao elaborar normas infraconstitucionais, como foi o caso

da Lei 11.719/2008, que alterou o art. 265 do Código de Processo Penal, conferindo a seguinte redação no parágrafo primeiro: “A audiência poderá ser adiada se, por motivo justificado, o defensor não puder comparecer”.

Entende-se que a lei foi compreensível ao determinar o adiamento do ato, pois assim estaria evitando danos maiores. Por outro lado, a redação do parágrafo 2º do mesmo artigo (art. 265 do CPP) dispõe que “Incumbe ao defensor provar o impedimento até a abertura da audiência. Não o fazendo, o juiz não determinará o adiamento de ato algum do processo, devendo nomear defensor substituto, ainda que provisoriamente ou só para efeito do ato”. Note-se que, nesse caso, haveria clara ofensa à a garantia constitucional da ampla defesa, tal como observado por Nucci (2015, p. 652):

O defensor *ad hoc* não é apto a conduzir todos os atos necessários à garantia de uma defesa eficiente. Cuidar-se-ia de arremedo de defesa em homenagem à celeridade, o que se evidencia hipótese absurda. Ademais, se o defensor constituído, público ou dativo não comparecer à audiência e não provar o impedimento até a abertura dos trabalhos, deve o magistrado redesignar o ato, promover a intimação do réu para constituir outro defensor (quando constituído), ou oficial à Defensoria Pública para apresentar outro defensor de seus quadros, ou, ainda, nomear outro dativo. De todo modo, não pode realizar o ato com a presença de defensor *ad hoc*. Aliás, seria outra hipótese insensata realizar a colheita de vários depoimentos, promover os debates e realizar o julgamento, com acompanhamento de *ad hoc*, para, depois, tomar conhecimento de motivo relevante e justo para a ausência do advogado constituído naquela data.

Assim como uma página de um livro que possui dois lados, um lado configura celeridade processual e cumprido o devido processo legal; não obstante, outro lado representa uma ação teatral que arranhou e lesou a garantia de ampla defesa.

4 A (IN)EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA NA NOMEAÇÃO DE DEFENSOR SUBSTITUTO OU *AD HOC*

Conforme foi demonstrado no tópico anterior, o CPP permite a figura do defensor *ad hoc* atuando em processos criminais. Contudo, convém registrar, com base na exposição e análises de casos julgados nos tribunais, que são tangíveis as situações de ocorrência de dano que essa nomeação pode causar aos direitos fundamentais da ampla defesa dos indivíduos.

O Tribunal de Justiça do Estado de Roraima (TJ-RR), por exemplo,

reconheceu alguns casos de ocorrência de nulidades de atos da instrução processual, por entender que a defesa técnica não foi efetuada com qualidade, causando prejuízo ao réu, conforme será analisado a seguir³.

A Apelação Criminal nº 0010.14.012494-1, julgada pela Câmara Única do TJ-RR em 01/12/2015, relatada pelo desembargador Leonardo Cupello, foi reconhecida nulidade absoluta, por unanimidade dos votos e em consonância com o parecer do Ministério Público, em que o magistrado nomeou defensor *ad hoc* sem prévia intimação do advogado constituído⁴.

As alegações finais são uma fase da instrução de fundamental importância, na qual são resumidos e reiterados todos os atos promovidos pelas partes durante o curso da ação penal. Conforme o art. 403, § 3º, do CPP/1941, as alegações podem ser oferecidas orais e também por meio de memorias, no prazo de cinco dias quando o litígio for considerado complexo ou possuir vários réus.

Na lição de Oliveira (2012, p. 686), “as alegações finais no processo penal ocupam posição do mais alto relevo na estrutura do devido processo legal, particularmente no âmbito do contraditório, mas, sobretudo e especialmente, no da ampla defesa [...]”. Nesse mesmo sentido, Lopes Junior (2015, p. 733) explica que “Os memoriais (ou alegações finais orais) constituem um momento crucial do processo, onde cada uma das partes fará uma minuciosa análise do material probatório e fará sua última manifestação no processo”.

Diante deste contexto, é de se observar a relevância que possuem as alegações finais, especialmente para a defesa. Por isso, é comum nesses casos que seja reconhecida a nulidade absoluta do ato de nomeação de defensor *ad hoc*, que causa prejuízo à efetiva defesa da parte acusada. É resguardado sempre, a esta, o direito de constituir um defensor de sua própria confiança, nos termos do art. 263

³ As pesquisas foram realizadas na página eletrônica do tribunal: www.tjrr.jus.br. As palavras-chave utilizadas no sistema de busca (aba “Jurisprudência”) foram “defensor ad hoc” e “penal”, utilizadas separada e conjuntamente. Neste artigo, são comentados apenas alguns casos encontrados na busca, de uma amostragem considerada representativa para a discussão proposta neste artigo.

⁴ Cf. a ementa do julgado: “PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA SUSCITADA NO 1º APELO. ADVOGADO NÃO FOI INTIMADO PARA APRESENTAR MEMORIAIS FINAIS. CAUSA DE NULIDADE ABSOLUTA. PRECEDENTES DE DIVERSAS CORTES. PRELIMINAR PREJUDICIAL DE MÉRITO ACOLHIDA. TESE ACOMPANHADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ACUSATÓRIO E GRADUADA. NECESSIDADE DE RETORNO DOS AUTOS DESDE O MOMENTO EM QUE A INTIMAÇÃO DEVERIA TER SIDO REALIZADA. SENTENÇA ANULADA. ATOS POSTERIORES INEXISTENTES. DEMAIS PEDIDOS DO 1º APELO PREJUDICADOS. 1º APELO PROVIDO, EM PRELIMINAR, EM CONSONÂNCIA COM PARECER MINISTERIAL. 2º APELO PREJUDICADO”. (TJRR - ACr 0010.14.012494-1, Rel. Des. LEONARDO CUPELLO, Câmara Única, julg.: 01/12/2015, public.: 04/12/2015, p. 28).

do CPP: “se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de, a todo o tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação”. Isso decorre da constatação de que há um direito fundamental em jogo, como bem observa Diogo Malan: “É indubitoso que o direito fundamental à defesa técnica não pode ter o seu conteúdo essencial esvaziado pela comprovada *negligência* ou *imperícia* do defensor do acusado” (MALAN, 2009, p. 160, destaque no original).

Nesse sentido também é o aresto seguinte, do ministro Celso de Mello, no HC 101393:

O réu tem o direito de escolher o seu próprio defensor. Essa liberdade de escolha traduz, no plano da ‘persecutio criminis’, específica projeção do postulado da amplitude de defesa proclamado pela Constituição. Cumpre ao magistrado processante, em não sendo possível ao defensor constituído assumir ou prosseguir no patrocínio da causa penal, ordenar a intimação do réu para que este, querendo, escolha outro Advogado. Antes de realizada essa intimação - ou enquanto não exaurido o prazo nela assinalado - não é lícito ao juiz nomear defensor dativo sem expressa aquiescência do réu” (destacamos).

A rigor, nem mesmo um recurso de apelação pode ser apreciado sem oportunizar o réu para nomear outro patrono, conforme Súmula nº 708: “é nulo o julgamento da apelação se, após a manifestação nos autos da renúncia do único defensor, o réu não foi previamente intimado para constituir outro”. Por isso, é necessário resguardar o direito do réu de escolher o defensor técnico que melhor lhe aprouver, não sendo possível ao juiz nomear defensor dativo ou ‘ad hoc’ que represente violação ao princípio constitucional da ampla defesa.

Assim, fica claro que a preocupação do magistrado, no mais das vezes, é apenas formalizar a realização da audiência, cumprindo as exigências do devido processo legal, já que a falta de defesa gera nulidade absoluta e a sua deficiência deve ser comprovada pelo réu caso seja prejudicado, conforme a Súmula 523 do STF. A suprema corte ao elaborar a citada súmula não se atentou com a impossibilidade do réu de demonstrar que a sua defesa não foi eficiente, pois na visão de Oliveira (2012, p. 471) “seria justamente o defensor o responsável técnico pela insuficiência da defesa, parecendo-nos bastante improvável que ele se disponha a demonstrar a sua atuação deficiente”.

Caso semelhante aconteceu na Apelação Criminal nº 0010.06.145013-5, julgada pela Câmara Única do TJ-RR em 04/02/2014, relatada pelo desembargador

Mauro Campello, na qual foi reconhecida nulidade parcial, por unanimidade dos votos, pois o magistrado nomeou defensor *ad hoc* sem prévia intimação do advogado constituído⁵.

Conforme já foi citado, os memoriais são oferecidos no prazo de cinco dias, por isso é essencial que o mesmo defensor que participou dos atos da instrução elabore as alegações, para que ela possa ser efetiva e bem fundamentada, pois ele já conhece todos os fatos que foram alegados durante a instrução. Assim para Oliveira (2012, p. 688), “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”.

Assim, pode-se perceber a relevância que possui as alegações finais durante a instrução criminal, porém, em alguns casos nossos magistrados com a finalidade de agilizar os atos processuais acabam postergando procedimentos legais e com isso comprometendo a ampla defesa. A nomeação de defensor *ad hoc* era para ser efetuada em casos excepcionais, mais os nossos julgadores estão usando praticamente como regra habitual na aplicação da justiça, objetivando alcançar produtividade, e com isso acabam se beneficiando, unilateralmente.

Vejamos um outro caso concreto com violação do princípio da plenitude da defesa, referente à Apelação Criminal nº 001014010631-0, julgada pela Câmara Única do Tribunal de Justiça do Estado de Roraima, em 11/09/2018. Nele, foi reconhecida a nulidade absoluta, por unanimidade dos votos e em dissonância com o Ministério Público, de um ato no qual o juiz presidente do tribunal do júri indeferiu um pedido de adiamento da sessão e nomeou defensor substituto, sem dar oportunidade ao réu para indicar outro de sua confiança⁶.

⁵ CF. a ementa do julgado: “APELAÇÃO CRIMINAL - DISPARO DE ARMA DE FOGO - ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA - AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO ADVOGADO CONSTITUÍDO - AUTOS REMETIDOS DIRETAMENTE À DEFENSORIA PÚBLICA - NULIDADE CONFIGURADA A PARTIR DAS ALEGAÇÕES FINAIS”. (TJRR - ACr 0010.06.145013-5, Rel. Des. MAURO CAMPELLO, Câmara Única, julg.: 04/02/2014, public.: 15/02/2014, p. 18).

⁶ Cf. a ementa do julgado: “APELAÇÃO CRIMINAL DA DEFESA - CONDENAÇÃO PELO CRIME DO ARTIGO 121, § 2º, II, DO CP - PEDIDO DE NULIDADE - ALEGAÇÃO DE PREJUÍZO PELA AUSÊNCIA DE ADVOGADO CONSTITUÍDO NA SESSÃO DO JÚRI - PEDIDO DE ADIAMENTO DA SESSÃO INDEFERIDO PELO JUÍZO A QUO - DEFESA TÉCNICA QUE COMPROVOU SATISFATORIAMENTE SUA IMPOSSIBILIDADE DE COMPARECER À SESSÃO DO JÚRI EM VIRTUDE DE OUTRA DE RÉU PRESO MARCADA PARA A MESMA DATA EM COMARCA DIVERSA - RÉU MANIFESTOU DESEJO DE SER ASSISTIDO POR SEU ADVOGADO - DEFENSOR PÚBLICO TEVE POUCO TEMPO PARA ESTUDAR OS AUTOS - VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PLENITUDE DE DEFESA (ART.5º, XXXVIII, ‘a’ DA CF) - NULIDADE DECLARADA - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM DISSONÂNCIA COM O PARQUET GRADUADO. 1. Pedido de adiamento de sessão do júri por parte da defesa indevidamente indeferido. Comprovação de atuação por parte do causídico em outra sessão do júri, esta relativa a réu preso, marcada em Comarca de outra unidade da

Nas sessões de julgamento do tribunal do júri, vige o princípio da plenitude da defesa, em que, por envolver o julgamento de crimes dolosos contra a vida feito por juízes leigos, a defesa do acusado tem maior e mais complexos desafios para a defesa plena e efetiva da pessoa acusada. Giacomolli (2016, p. 457) entende que a defesa será plena “quando for completa, integral, abarcar toda a matéria possível de ser deduzida em plenário perante os jurados e se revestir de intensidade suficiente de modo a tornar passível de entendimento a um julgador leigo o âmbito de resistência”. Por conseguinte, tem-se a seguinte indagação: Será que um defensor substituto ou *ad hoc* seria capaz de fazer essa defesa efetiva sem tempo para estudar a demanda?

Analisando essa apelação é fácil de perceber os equívocos cometidos pelo magistrado presidente, primeiro, de acordo com o art. 497, V, do Código de Processo Penal, o juiz presidente do tribunal do júri é atribuído o poder para, “nomear defensor ao réu, quando o considerar indefeso, podendo, neste caso, dissolver o conselho, marcado novo dia para o julgamento e nomeado outro defensor”. A sessão de julgamento tinha que ser cancelada, pois o réu nesse caso era considerado indefeso, tendo em vista que seu advogado não tinha condições de fazer sua defesa por motivo justificado, vale frisar que, o próprio defensor nomeado se manifestou afirmando que não tinha condições de efetuar uma defesa de qualidade porque só teve acesso aos autos na tarde anterior ao julgamento.

Na visão de Nucci (2015), quando esteja em questão a prática de atos considerados fundamentais no processo (p. ex., a audiência de debates e julgamento, o plenário do júri etc.), não há que se cogitar da nomeação de defensor *ad hoc*, uma vez que, nesses casos, o prejuízo a defesa seria altamente provável. Além disso, segundo Giacomolli (2016), a defesa efetiva depende diretamente do tempo que o defensor técnico disponibiliza para preparar os atos da defesa técnica, tanto na fase de cognição quanto na de recursos.

Convém sublinhar que um defensor, por melhor que seja, não seria capaz de fazer uma defesa de qualidade, bem fundamentada, em uma sessão de julgamento

Federação. 2. Pedido de nulidade em razão de inconformismo do réu em ser assistido pela Defensoria Pública. O acusado tem o direito de ser representado por advogado de sua confiança. 3. O Defensor Público pediu que ficasse registrado em ata que não possuía condições de assistir ao réu em razão de ter tido acesso aos autos somente na tarde anterior ao julgamento. 4. Efetivo prejuízo demonstrado pela violação ao princípio da amplitude de defesa. Nulidade reconhecida”. (TJRR - ACr 0010.14.010631-0, Rel. Des. JESUS NASCIMENTO, Câmara Criminal, julg.: 11/09/2018, public.: 13/09/2018).

do júri, com apenas uma tarde para estudar o caso. Para lograr êxito, a defesa precisa ser fundamentada, conforme a redação do art. 261, parágrafo único, do CPP. Nessa mesma linha, para Cruz (2002, p. 140) esclarece que

A defesa técnica importa, não apenas em uma formal nomeação de profissional para representar ou assistir o acusado; exige, também, que essa atividade se realize com qualidade, o que se alcança apenas se dispuser o defensor de um mínimo de tempo necessário para o desempenho satisfatório de seu mister.

Entretanto, o magistrado, no caso concreto, mais uma vez afrontou a norma do art. 263 do CPP, pois o réu demonstrou inconformismo, ao afirmar que não queria ser assistido pela defensoria pública, já que tinha advogado constituído e diante do equívoco ocorrido não teve oportunidade para substituir por outro de sua confiança. Além disso, Lima (2016, p. 60) reforça: “Em virtude da relação de confiança que necessariamente se estabelece entre o acusado e quem o defende, entende-se que um dos desdobramentos da ampla defesa é o direito que o acusado tem de escolher seu próprio advogado”.

Ademais, as ações do magistrado não denotaram preocupação com a efetividade do julgamento. Ele pareceu mecanicamente comprometido apenas em cumprir requisitos legais. Isso, a propósito, não é algo estranho da prática, pois, “[...] no cotidiano forense, normalmente defensores ‘ad hoc’ e mesmo dativos ingressam em audiências de instrução incapazes de, efetivamente, defenderem seus clientes, por desconhecerem a causa. A defesa, assim torna-se um faz-de-conta” (FEITOZA, 2009, p. 682-683).

É aqui oportuna a observação de Luigi Ferrajoli em seu clássico *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*: “O problema do garantismo penal é elaborar tais técnicas no plano teórico, torná-las vinculantes no plano normativo e assegurar sua efetividade no plano prático” (2002, p. 57). No plano normativo, aliás, há textos muito importantes que resguardam o direito da defesa de poder dispor de tempo e meios adequados para promover seu ofício a contento. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu art. 8.2, c, reconhece como direito humano no âmbito interamericano a “concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa”.

Igualmente, são oportunas as palavras de Francesco Carnelutti (2013), ao comparar o advogado como se fosse um médico, pois quem o procura está em busca de socorro, e ver nele a solução para seu problema, por isso é importante

estabelecer uma relação de confiança e amizade entre advogado e cliente. Portanto, convém destacar que estamos nos referindo a um profissional indispensável durante a *persecutio criminis*, conforme o art. 564, III, 'c' do CPP, o processo que tramitar sem defensor será anulado, pois o ato está viciado, ofendendo a ampla defesa.

Nesses termos, a alteração realizada pela Lei 11.719/2008, em relação ao art. 265 do CPP, especialmente o seu § 2º, ofende literalmente a ampla defesa, ao inviabilizar o contraditório e desconfigurar o princípio do devido processo legal. Diogo Malan defende que não “se afigura legítima a exigência contida no § 2º, o qual impõe que a prova do impedimento seja feita até o momento do início do ato processual, sob pena de nomeação de defensor dativo *ad hoc*” (MALAN, 2009, p. 166). Para que isso não ocorra, é necessário que o magistrado esteja pautado na Constituição, e não na lei, assumindo assim uma postura de garantidor de direitos fundamentais, mesmo que contra texto expresso do Código de Processo Penal (NUCCI, 2010). A lei pode expandir o direito de defesa técnica, mas é impossibilitada constitucionalmente de restringi-lo (MALAN, 2009).

Nesse sentido, cumpre ao magistrado usar do bom senso e prezar mais por uma defesa ampla, plena e efetiva; afinal, o réu não pode ser responsabilizado e muito menos penalizado, prejudicado e desgastado moral e psicologicamente pela ausência do advogado. Pode-se chegar, consensualmente, à constatação de que nenhum defensor será capaz de realizar uma defesa de qualidade e efetiva se ele não dispuser de tempo para estudar cada item da lida e estabelecer, formular em tese defensiva consistente em relação a ela, e fixar-se em uma relação de confiança com seu cliente.

▪ CONSIDERAÇÕES FINAIS

A primeira conclusão que aqui deve ser apresentada, a partir dos entendimentos doutrinários colhidos e dos casos analisados na Corte de Justiça roraimense, é a de que as garantias processuais penais demandam eterna vigilância. Isso implica um compromisso irrevogável com a Constituição, pois é nela que se encontra a essência dos valores mais caros à defesa de um acusado.

Nesse contexto, não pode o legislador criar leis que ofendam ou restrinjam os direitos e garantias fundamentais resguardados pela Constituição. E, de sua parte, o magistrado, como aplicador do direito, deve desconsiderar leis desse tipo

e pautar-se prioritariamente pelo texto constitucional, pelo menos quando estejam em jogo os princípios da ampla defesa, do contraditório, da plenitude da defesa ou do princípio do devido processo legal, todos pilares do processo penal justo.

Os defensores das partes acusadas, investidos do múnus de mobilizar argumentativamente as garantias constitucionais em favor de seus assistidos, são fundamentais e indispensáveis para a realização de um julgamento amplo, justo, eficiente e imparcial. No entanto, para que possam promover uma defesa de boa qualidade, eles precisam dispor de tempo para estudar cada caso; por isso, a nomeação de defensor substituto invariavelmente traz prejuízo para defesa quando o processo já se encontra em andamento e o mesmo é nomeado para realizar apenas um ato, como é o caso do *ad hoc*.

Nos julgamentos em análise foi possível perceber que o maior engajamento do juiz era realizar os atos processuais formalmente para cumprir requisitos de validade do devido processo legal e metas. Note-se que, primeiro, ele se mostrou desatento quanto à intimação do advogado para oferecer alegações finais. Depois, indeferiu o pedido de adiamento da sessão do júri, tendo ciência de que esse ato seria prejudicial ao acusado, pois não haveria tempo para o defensor substituto preparar a defesa.

Por meio de experiência profissional vivenciada no Fórum Sobral Pinto, em Boa Vista, foi possível presenciar a nomeação de defensor *ad hoc* pelo magistrado durante a realização das audiências, quando o advogado constituído esteve ausente. Na oportunidade, o réu foi claramente prejudicado pela ausência do seu patrono, tendo a sua substituição às pressas, por um defensor desconhecido do acusado, ofendido a garantia constitucional da ampla defesa.

Os acusados em processos em geral são seres humanos, tem uma vida que a depender do resultado de um julgamento pode ser mudada radicalmente, pois se um réu é condenado por equívocos cometidos durante a instrução não poderá jamais recuperar os anos perdidos que ele passou em cárcere; por conseguinte, o Poder Judiciário precisa ter mais cautela durante a persecução criminal e buscar a efetividade e não a quantidade de processos solucionados, respeitando acima de tudo a supremacia da Constituição e seus princípios e garantias fundamentais.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Marcelo Fortes. **Garantias constitucionais de direito penal e de processo penal na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1993.

BRASIL. [Constituição (1934)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República. Diário Oficial da União: 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 1 set. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. [2019] (até Emenda Constitucional nº 103 de 12 nov. 2019). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 22 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar no Habeas Corpus 101393**. Relator: Min. Celso de Mello, 9 de novembro de 2009. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=213&dataPublicacaoDj=13/11/2009&incidente=3790005&codCapitulo=6&numMateria=170&codMateria=2>. Acesso em: 15 set. 2020.

OEA. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**. Aprovada em 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 6 set. 2019.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. 3. ed. Leme: CL Edijur, 2013.

CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **Garantias processuais nos recursos criminais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FEITOZA, Denílson. **Direito Processual Penal: Teoria, Crítica e Práxis**. 6. ed. Niterói: Impetus, 2009.

FERNANDES, Antonio Scarance. Vinte anos de Constituição e o Processo Penal. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. (Coord.). **Processo Penal e Democracia: Estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. rev. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MALAN, Diogo. Defesa técnica e seus consectários lógicos na Carta Política de 1988. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. (Coord.). **Processo Penal e Democracia: Estudos em**

homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NICOLLIT, André Luiz. A garantia do contraditório: consagrada na Constituição de 1988 e olvidada na Reforma do Código de Processo Penal de 2008. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. (Coord.). **Processo Penal e Democracia: Estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

RORAIMA. Tribunal de Justiça do Estado de Roraima (Turma Criminal Única). **Apelação Criminal nº 0010.06.145013-5**. Relator: Des. Mauro Campello, 04 de fevereiro de 2014. Disponível em: <http://jurisprudencia.tjrr.jus.br/juris/detalhes.xhtml?juris=7582>. Acesso em: 1 out. 2019.

RORAIMA. Tribunal de Justiça do Estado de Roraima (Turma Criminal Única). **Apelação Criminal nº 001014010631-0**. Relator: Des. Jésus Nascimento, 11 de setembro de 2018. Disponível em: <http://jurisprudencia.tjrr.jus.br/juris/detalhes.xhtml?juris=37091>. Acesso em: 1 out. 2019.

RORAIMA. Tribunal de Justiça do Estado de Roraima (Turma Criminal Única). **Apelação Criminal nº 001014012494-1**. Relator: Des. Leonardo Cupello, 01 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://jurisprudencia.tjrr.jus.br/juris/detalhes.xhtml?juris=16971>. Acesso em: 1 out. 2019.

Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)

Agradecimentos (acknowledgement): Os autores agradecem à Coordenadora do Curso de Especialização em Direito Público da Universidade Estadual de Roraima, profa. Ana Paula Joaquim Macêdo, pelo apoio e incentivo para a publicação deste texto.

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): Os autores confirmam que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste artigo.

- Iranilde da Silva: projeto e esboço inicial (conceptualization), coleta e análise de dados (data curation), levantamento bibliográfico (investigation), revisão bibliográfica (investigation), redação (writing - original draft), participação ativa nas discussões dos resultados (validation).
- Fernando César Costa Xavier: indicação de bibliografias complementares (references), sugestões metodológicas (methodology), participação ativa nas discussões dos resultados (validation), revisão crítica com contribuições substanciais (writing - review and editing), aprovação da versão final.

Declaração de autoria e especificação das contribuições (declaration of authorship): Todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste artigo estão listadas como autores; os coautores se responsabilizam integralmente por este trabalho em sua totalidade.

Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality): Os autores asseguram que o texto aqui publicado não foi divulgado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atestam que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Dados do processo editorial

- | | |
|---|----------------------------|
| • Recebido em: 07/04/2021 | Equipe editorial envolvida |
| • Controle preliminar e verificação de plágio: 10/04/2021 | • Editor-Chefe: FQP |
| • Avaliação 1: 17/04/2021 | • Assistente-Editorial: MR |
| • Avaliação 2: 16/05/2021 | • Revisores: 02 |
| • Decisão editorial preliminar: 16/05/2021 | |
| • Retorno rodada de correções: 04/06/2021 | |
| • Decisão editorial final: 04/06/2021 | |
| • Publicação: 05/06/2021 | |

COMO CITAR ESTE ARTIGO

SILVA, Iranilde da; XAVIER, Fernando César Costa. A inefetividade do princípio fundamental da ampla defesa em casos de nomeação de defensor *ad hoc*. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, Guanambi, v. 8, n. 01, e330, jan./jun. 2021. doi: <https://doi.org/10.29293/rdfg.v8i01.330>. Disponível em:

<http://revistas.faculdadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/330>. Acesso em: dia mês. ano.