

DOUTRINA NACIONAL

DEFESA PENAL: DIREITO OU GARANTIA

MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA

Advogada em São Paulo, Mestre e Doutoranda em
Direito Processual Penal da USP

CLEUNICE A. VALENTIM BASTOS

Advogada em São Paulo, Mestranda em
Direito Processual Penal da USP

1. Considerações preliminares. 2. Direitos fundamentais e garantias. 3. A defesa como direito. 3.1 Conceito de defesa. 3.1.1 Conceito comum. 3.1.2 Conceito jurídico. 3.2 Natureza jurídica. 3.3 Classificação. 3.4 Conteúdo da defesa. 4. A defesa como garantia. 5. Limites ao direito de defesa. 6. Defesa ilícita. 7. Conclusão. 8. Bibliografia.

1. Considerações preliminares

Em todos os tempos, a defesa tem sido objeto de estudos, especialmente, a defesa penal, visto como, aqui, se contrapõem dois relevantes direitos: *ius libertatis* e *ius puniendi*. Tanto que, Nicola Carulli¹ afirmou: “a história do processo penal é a história da defesa”. Diga-se do processo de conhecimento e de execução penal.

Surge, portanto, a necessidade de limitar e harmonizar interesses contrapostos: individual e social. João Mendes de Almeida Júnior², com pontualidade, ensina-nos, que: “O primeiro interesse individual é a segurança da ordem social, porque o indivíduo não pode conservar-se e aperfeiçoar-se fora da sociedade: o primeiro interesse da sociedade é a segurança individual, porque a sociedade nada mais é do que a coexistência dos indivíduos. Esses dois interesses igualmente sagrados, igualmente poderosos, exigem garantias formais: o interesse da sociedade, que quer a justa e pronta repressão dos delitos; o interesse do acusado, que é também um

interesse social e que exige a plenitude de defesa”.

Ora, o Estado é o único detentor do poder-dever de punir — *ius puniendi* — com eventual restrição da liberdade dos indivíduos. É inerente, de outra sorte, aos indivíduos o direito de liberdade — *ius libertatis*. Surge, assim, o processo como instrumento público capaz de ajustar os interesses contrapostos: *ius puniendi* e *ius libertatis*.

O poder-dever de punir relaciona-se com o bem comum, a harmonia da vida em comunidade e a paz pública. O respeito à liberdade do indivíduo, também, integra e se insere no conceito do poder-dever de punir, pois, o Estado é responsável pela segurança de todos os direitos individuais.³ (arts. 1.º, 3.º e 4.º, da CR).

A necessidade de integração proporcional entre a função estatal de resguardar a *liberdade* e o *interesse de punir*, em prol da segurança, se resolve por meio do processo penal. Daí porque Alfredo Buzaid afirmou: “de nada valeria a projeção do ideal de definir os direitos do homem” se “a respectiva

declaração se viesse desprovida de meios hábeis à sua realização por um dos poderes do Estado autônomo e independente dos demais".⁴ O binômio *ius libertatis e ius puniendi* é inseparável do processo criminal. A jurisdição,⁵ pois, como função específica do Poder Judiciário, é exercida através do processo.⁶

A nossa legislação cuidou, de modo expresso, de assegurar meios e modos para o exercício da defesa. Assim, a Lei Maior garante o contraditório e a ampla defesa, com os recursos a ela inerentes (art. 5.º, LV da CR). O Código de Processo Penal, de outra sorte, estabelece a indispensabilidade da defesa, como forma de contrariedade necessária no processo (art. 261).

O direito de defesa nada vale, se e quando, os meios assecuratórios do seu efetivo exercício são inexistentes, suprimidos ou cerceados. Daí porque o dualismo entre direitos e garantias.

Observe-se, ainda, que o direito de defesa contra a acusação infundada e, até, temerária, ou caluniosa coloca-se, hoje, ao lado do direito de resistência pacífica, ao poder ilegítimo ou abusado. Ambos possuem base política, além de jurídica.

2. Direitos fundamentais e garantias

Direitos, na lição de José Afonso da Silva,⁷ são bens e vantagens, conferidos pela norma, caracterizando-se por sua índole declaratória.

Ainda para o aludido autor, a expressão *direitos fundamentais do homem* exprime situações jurídicas (objetivas e subjetivas), definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana.⁸

Os direitos fundamentais são direitos constitucionais, na medida em que se inserem no texto de uma constituição, mas também são normas de valor supraconstitucional, haja vista que insertos nas mais diversas Declarações

de Direito, e, em especial, na Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU.

É de se convir, porém, que de nada importaria a definição dos direitos do ser humano, se a respectiva declaração não contivesse os meios aptos à sua realização por uma das atividades do Estado, autônoma e independente das demais.

As garantias emergem, no sentido amplo da palavra, nos meios destinados a fazer valer o direito. São instrumentais (ou assecuratórias), em relação aos direitos, ou, em outras palavras, são instrumentos pelos quais se asseguram o exercício e gozo dos direitos.⁹

Daí o indispensável e aludido dualismo, ressaltado por Rogério Lauria Tucci¹⁰ — *direitos e garantias* —, na certeza de que a outorga destas, mediante preceituações constitucionais, importa tutelar os direitos, que amparam por via de instrumentos correspondentes, que à sua grandeza, quer à sua dignidade e importância.

Estatuidos os direitos fundamentais do indivíduo, na Constituição, devem ser estabelecidas, igualmente, as garantias que lhes correspondem, a fim de preservá-los e tutelá-los, por meio de atuações judiciais tanto quanto possível rápidas, prontas e eficazes. E estas, por sua vez, efetivam-se por meio do *processo*, instrumento técnico e público de realização do direito.

Não surgem muito nítidas, todavia, as linhas divisórias entre direitos e garantias, havendo quem afirme que, entre ambos, não há diferenças básicas.

A dificuldade, a nosso ver, existe porque, como ensina Ada Pellegrini Grinover,¹¹ "por vezes, um direito é ao mesmo tempo garantia de proteção de outros direitos. Assim é para o direito de defesa, em si mesmo declaratório, mas concomitantemente garantia para a efetivação de outros direitos. Realmente, o direito de defesa pode viabilizar o direito ao processo, pode garantir o

direito ao contraditório, pode tutelar até o direito de ir e vir, ou seja a liberdade pessoal. Por sua vez, o direito de defesa tem suas garantias". O direito, portanto, as vezes assume posição de garantidor de outros direitos.

Ressalta José Afonso da Silva que a lição de Ruy Barbosa, a respeito de direitos e garantias, é o que de melhor se produziu no constitucionalismo brasileiro sobre o tema. Separou ele "as disposições meramente *declaratórias*, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições *assecuratórias*, que são as que, em defesa dos *direitos*, limitam o poder. Aquelas instituem os *direitos*; estas, as *garantias*; ocorrendo não raro juntar-se na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito".¹²

E assevera o constitucionalista¹³ que a doutrina não auxilia muito, no aclarar o sentido das expressões "direitos" e "garantias", já que emprega a expressão *garantias constitucionais* em três sentidos: a) reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais — Parte-se da idéia de que os direitos preexistem à Constituição, que não os cria nem outorga, reconhece-os apenas e os garante; é uma idéia vinculada à concepção do direito natural ou da supraestatalidade dos direitos fundamentais; b) formalidades, prescritas pelas Constituições, para abrigarem dos abusos do poder e das violações possíveis de seus concidadãos, os direitos constitutivos da personalidade individual; e c) recursos jurídicos, destinados a fazer efetivos os direitos, que assegura.

Para o autor, as garantias constitucionais consistem nas intuições, determinações e procedimentos, mediante os quais a própria Constituição tutela a observância, ou, no caso de inobservância, a reintegração dos direitos fundamentais. E as classifica em garantias constitucionais gerais¹⁴ e especiais.¹⁵

As garantias constitucionais especiais, tendo em vista a natureza do direito garantido, podem se classificar em individuais, coletivas, sociais e políticas.

As garantias constitucionais individuais consubstanciam os meios, instrumentos, procedimentos e instituições, destinados a assegurar o respeito, a efetividade do gozo e a exigibilidade dos direitos individuais, as quais se encontram ligadas a estes entre os incisos do art. 5.º da Constituição em vigor.

Compreendem elas o princípio da legalidade; o "princípio" da proteção judiciária; a estabilidade dos direitos subjetivos adquiridos, perfeitos e julgados; o direito à segurança e os remédios constitucionais.

É no "princípio" da proteção judiciária, também chamado "princípio" da inafastabilidade do controle jurisdicional, que o autor insere as garantias da independência e imparcialidade do juiz, do juiz natural ou constitucional, do direito de ação e de defesa.¹⁶

3. A defesa como direito

A busca da tutela jurídica do direito à liberdade é assegurada pelo direito de defesa, inerente a todos os sistemas processuais acusatórios. Antes de qualquer posicionamento jurídico doutrinário, a decisão implica em: *tese* — *antítese* — *síntese*.

3.1 Conceito de defesa

3.1.1 Conceito comum

A etimologia da palavra defesa vem do latim *defensa*, que significa "ato ou forma de repelir um ataque, resistência, impugnação".¹⁷ Em sentido comum, portanto, defesa é repulsa a um ataque; amparo e proteção.

A defesa, no sentido naturalista ou prejurídico, vincula-se ao instinto de conservação, e se relaciona com o binômio agressão-reação. A idéia soci-

ológica de defesa, conforme Faustino Gutiérrez-Alvis y Conradi¹⁸ consiste na exigência insuperável e co-natural de reação do homem de defender-se: reação adequada e justa a uma agressão. Esta agressão comporta, por essência, a vulneração de um direito fundamental e natural à pessoa humana — o *direito à liberdade*.

3.1.2 Conceito jurídico

A defesa, sob o enfoque jurídico, e em rigor técnico “é o exercício da pretensão à tutela jurídica por parte do acusado”.¹⁹ Diga-se contrapretensão, ressaltando-se eventual ambigüidade que a palavra “pretensão” venha a ter, no processo penal. Sempre, sem esquecer a execução penal, que comporta defesa limitada.

A defesa, no processo penal, tem como escopo preservar os direitos do acusado — ou do condenado —, de tratamento injusto e inadequado. Consiste em momento infalível no processo, representando instrumento indispensável à realização da justiça.²⁰

Segundo Pereira e Souza, a defesa “É a alegação das causas da inocência contra qualquer prejuízo. Tem lugar a defesa em todos os crimes e em qualquer tempo, e estado da causa”.²¹

A defesa é, pois, a expressão da liberdade jurídica²², inerente ao *status libertatis* e mais, especificamente, ao *ius libertatis*.

O direito de defesa pode ser considerado como direito do acusado, ou sancionado, à tutela jurídica de sua liberdade, ou, também, como o direito de querer a observância das normas, que lhe evitam a lesão do direito à liberdade.

3.2 Natureza jurídica

O direito de defesa desponta como contrariedade à acusação, sua repulsa ou antítese. O direito de defesa é, pois, se-

gundo Arturo Santoro,²³ “paralelo e contraposto ao direito de ação”. Afirmar-se o mesmo, no processo de execução penal.

A natureza jurídica da defesa, segundo Fernando de Almeida Pedrosa,²⁴ é de direito público, subjetivo, autônomo e abstrato.

A defesa tem caráter *público*, seja como contrariedade à acusação, seja como direito à prestação jurisdicional, assegurado, inclusive, na Constituição, além de ser *supra jus*.

Possui natureza de direito subjetivo, posto que exercê-lo não constitui um dever imposto ao acusado, mas facultade,²⁵ sob a ótica da autodefesa.

A sua *autonomia* é incontestável. Basta a existência da possibilidade de violação real da liberdade. É direito autônomo, com relação necessária ao direito de liberdade, e que se configura, justamente, no momento em que o direito de liberdade se vê ameaçado por uma acusação, ou imputação.²⁶

Mostra-se, ainda, *abstrato*, pois, independe da existência de direito, em prol do acusado, para sua exerciência. Não se assegura a defesa, apenas aos inocentes, mas se busca, em verdade, a tutela jurídica do direito de liberdade.

Assim, a defesa e a ação em tudo se assemelham; diferem, apenas, na posição dos sujeitos. A *ação* é a tese, a *defesa* a antítese, a *decisão* a síntese.

3.3 Classificação

A defesa penal, hoje, guarda existência indiscutível. Ganhou categoria constitucional, na maioria dos ordenamentos jurídicos, declarações e convenções internacionais sobre direitos e liberdade humanas. Assim, “nenhum direito é mais natural, nenhum é mais sagrado do que a defesa”.²⁷

Alguns autores classificam a defesa em sentido amplo e restrito.²⁸

A defesa em sentido amplo é toda atividade processual dos opostos ou

contrários, no sentido de fazer valer, perante o órgão jurisdicional, seus direitos subjetivos e interesses jurídicos protegidos, não só quanto à atuação do intento punitivo, como também para impedi-lo. A defesa é, pois, a expressão da liberdade jurídica.

Em sentido estrito, defesa exprime o direito de alguém opor-se ao intento, a fim de garantir um direito, que afirma existir e de que entende ser o titular. No processo penal, a defesa contrapõe-se a acusação penal, exercitada pelo Ministério Público ou particular ofendido, mediante atos do próprio acusado e/ou do defensor, constituído ou dativo.

Para outros autores, a defesa pode ser classificada em sentido subjetivo e objetivo.²⁹

A defesa, no sentido subjetivo, consiste em direito individual. É o ato pelo qual o acusado, pessoalmente, ou por defensor, contraria, ou repele a acusação, que lhe é feita.

Em sentido objetivo, a defesa é inafastável cânone geral da ordenação jurídica, do qual a lei faz, constantemente, sua invocação. É o conjunto de matérias, provas e argumentos, que o inculpado aduz a seu favor.

Percebe-se, portanto, que embora os autores dêem nomes diferentes, em verdade, defesa em sentido amplo e subjetivo; e defesa em sentido estrito e objetivo, possuem o mesmo conteúdo.

A defesa pode, ainda, ser considerada em duas vertentes: defesa privada e pública.

A distinção, segundo Carulli,³⁰ “prende-se àquela formulada na Alemanha entre *defesa substancial* (material) e *defesa forma*; na primeira estaria incluída a defesa exercida pelo próprio imputado, bem como a defesa pelo juiz imparcial e pelo Promotor Público, uma vez que, também este, tem dever de ser objetivo em sua atuação; a segunda seria a defesa exercida por pessoa *para esse fim designada*”.

Anota, ainda, que, na Itália, a distinção entre defesa material (ou defesa pessoal) e defesa formal (ou defesa técnica) assumiu significado diverso, identificando-se a primeira com o autopatrocinio da parte, resultando a segunda do patrocínio do defensor.

Segundo o autor, Foschini adotou a diferenciação entre defesa pública e privada, para dar à primeira o significado de autodefesa da parte, no seu próprio interesse; e à segunda a atividade do defensor, o qual defende a parte, não como indivíduo, mas como membro de uma coletividade juridicamente organizada.

Luciano Marques Leite³¹ combate a tese da defesa pública, porque “o conceito de defesa, assim ampliado, apresentar-se-ia vazio de qualquer utilidade, vindo a confundir-se no âmbito de um conceito mais genérico, qual seja, o da tutela do direito subjetivo”.

Vittorio Denti³² distingue, no direito de defesa, dois aspectos relevantes: sob primeiro aspecto, a defesa constitui direito do acusado, que se especifica no exercício dos poderes processuais, necessários para agir, ou defender-se, em juízo e para influir, positivamente, sobre a formação do convencimento do juiz. Já, sob um segundo aspecto, a defesa não constitui direito, mas garantia, como exigência de correto desenvolvimento do processo, por um interesse público geral, que transcende ao do acusado e é satisfeito, apenas, quando o contraditório é efetivo, e a igualdade das partes real. Trata-se, aqui, de assegurar o devido processo legal.³³ Surge, assim, o referido dualismo entre direitos e garantias.

O direito de defesa resulta satisfeito e salvaguardado sempre que o acusado puder operar todas as faculdades processuais, que constituem a manifestação concreta de sua defesa.

Com efeito, o direito de defesa se instrumentaliza, ou corporifica, em uma série de direitos, que a legislação re-

conhece ao acusado, e proclamados na constituição, nos direitos fundamentais da pessoa. Daí, porque a necessidade de se distinguir as duas faces da defesa: defesa técnica e autodefesa.

A defesa técnica é desenvolvida por técnico habilitado, com capacidade postulatória. Apresenta-se como pressuposto indeclinável do processo penal, assegurando-se, assim, sua validade e eficácia. Com a defesa técnica o contraditório efetiva-se e se estabelece a paridade de armas.³⁴

A Constituição da República, ao assegurar a ampla defesa aos acusados em geral, e os recursos a ela inerentes, insere a indispensabilidade do defensor técnico (art. 5.º LV e art. 133). Garante, contudo, ao inculcado o direito ao silêncio (art. 5.º LXIII).

O Código de Processo Penal, por igual, dispõe, expressamente, que “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor” (art. 261).

Não guarda mais cabimento admitir-se defensor leigo³⁵, no processo penal, mesmo em face da norma legal, que o tempo superou (art. 75, da Lei 4.215/63) e, hoje, a Lei Maior recusa (art. 133, da CR).

Já, a autodefesa denominada, também, de defesa genérica, quando exercida pelo próprio acusado, mediante atos constitutivos de ação ou omissão, no sentido de fazer prosperar ou impedir que prospere a atuação do intento punitivo no processo penal brasileiro, mostra-se renunciável.

O acusado pode, querendo, exercitá-la ou não. A autodefesa, em verdade, completa a defesa técnica e se compõe em dois aspectos: no interrogatório, quando o acusado poderá influir na formação do convencimento do juiz; e, em todos os demais atos processuais, no direito de assistir e intervir, quando se lhe dá oportunidade de manifestação.

A autodefesa ostenta-se, por igual, no *habeas corpus*, aforado pelo acusado e pelo condenado e, ainda, na revisão criminal, intentada pelo último (art. 623 e 654, *caput*, do CPP).

A defesa, no processo penal, compreende, pois, conjunto de atividades, exercidas e desenvolvidas pelo acusado, com o fim de fazer valer direitos e interesses.

O exercício da defesa, pelo acusado, não exclui a atuação inquisitiva do juiz na busca da verdade atingível. A inquisitividade, ínsita ao nosso processo penal, mostra-se, como ensina Sérgio Marcos de Moraes Pitombo,³⁶ “em atuação oficial, ou de ofício, do magistrado — posto independentemente de provocação — e supletiva da inércia das partes, ou do requerente, em favor da verdade material. Consiste, então, em poder-dever inquisitivo do Juiz”.

3.4 Conteúdo da defesa

Primeiro, antes e fora do processo, existe o direito à liberdade, porquanto resguardado na esfera das liberdades individuais. Assim, a defesa é um direito, atribuído a qualquer indivíduo, que age ou reage, em juízo, exercitando-o, para a tutela de seus próprios interesses.

A defesa desenvolve-se, assim, em todo o curso do processo de conhecimento, de natureza condenatória. O acusado, para a validade e eficácia do processo, tem o direito de exercitá-la. A defesa, portanto, abarca toda temática processual. Podendo ser dividida em: defesa processual e defesa de mérito.³⁷

A defesa processual dirige-se contra a forma processual do ataque. O acusado, aqui, exige que os órgãos estatais ajam em conformidade com o princípio constitucional e a legislação ordinária.³⁸ Refere-se, portanto, ao procedimento e sua regularidade: forma de citação, rito proces-

sual, competência, eventuais nulidades absolutas ou relativas, entre outras.

A defesa processual, quando lançada, pode pôr termo ao processo por via de ato decisório terminativo.

Já, a defesa de mérito é dirigida contra o conteúdo da acusação, e seu acolhimento enseja a finalização do processo, em virtude de sentença definitiva.

No processo de execução, o sancionado com pena, ou com medida de segurança, defende-se, quando referta,³⁹ em face do interesse deficiente do Estado, alegando, por exemplo, erro de pessoa, ou invalidade do título. Sem esquecer causa extintiva do poder-dever de punir. Defende-se, ainda, quando reclama do excesso ou do desvio de execução. Busca a tutela jurisdicional de sua liberdade, ao querer unificar reprimendas privativas de liberdade, formando um só título novo, ou série de títulos.

4. A defesa como garantia

A defesa, como garantia individual, vem consagrada no art. 5.º, LV, da CR, que assegura, também, a sua plenitude, com os meios e recursos que lhe sejam inerentes. Já, a presença do advogado vem estabelecida nos arts. 5.º, LXIII, 133, 134 e 227, § 3.º do diploma.

A Lei Maior, portanto, ao conceder a garantia da defesa ao acusado, não se limita a assegurá-la, mas exige, também, que ela se torne efetiva e ampla.

E o seu exercício, dentro do âmbito traçado pela Constituição, é regulamentado pela lei ordinária, de maneira a assegurar, não só a assistência por defensor, mas a utilização, pela defesa, de todos os meios e recurso, para opor-se ao órgão da acusação.

A ampla defesa consiste, conforme ensinamento de Vicente Greco Filho,⁴⁰ na oportunidade do acusado contraditar a acusação, por via de previsão legal dos termos processuais, que possibilitem a eficiência da defesa.

Daí, decorre, a nosso ver:

1. A *inviolabilidade* do direito de defesa, na medida em que, ao legislador ordinário, não será lícito “modificar ou reduzir as formas e os procedimentos de modo a privar as partes ou o acusado da possibilidade de uma eficaz e válida tutela processual, usando, para isso, dos meios previstos no ordenamento jurídico em geral”;⁴¹

2. A *indispensabilidade* da defesa técnica.⁴² Assim, ainda que o acusado recuse a defesa, levada a cabo por quem tenha habilitação técnica, não pode o juiz atendê-lo. A defesa, porque exculpa protege e ampara o acusado, realiza-se com, sem e contra sua vontade, no direito nacional.⁴³

Aliás, conforme lição de Fernando da Costa Tourinho Filho,⁴⁴ invocando Rui Barbosa, qualquer que seja o crime, que se lhe impute, o acusado tem o sagrado direito de defesa, e o advogado não pode recusar-se e nem a lei impedir.

Por outro lado, é indeclinável que o acusado esteja assistido por defensor técnico, em todo o curso do processo, pois, caso contrário, ficaria em posição de inferioridade, em face da acusação: a própria dialética do processo exige duelo com armas iguais (*parité d'armes*), razão pela qual, “junto ao acusado, como *sombra* obrigatória, projeta-se o seu defensor, como seu ‘eu formal’, como ‘sua orelha e boca’, na imagem de Vargha”.⁴⁵

Enquanto a defesa técnica é tida como indisponível, a autodefesa é renunciável, posto que faculdade processual. Mas, isto não significa que o juiz possa simplesmente dispensá-la, já que, como uma das vertentes da própria garantia da ampla defesa, a autodefesa constitui um dos meios de seu exercício, e seu cerceamento — mediante o desrespeito ao direito de audiência e ao direito de presença — redundaria no sacrifício da defesa toda.⁴⁶ Razão de falar-se em certa unidade defensoria.

A defesa, para o legislador ordinário, é tida como *injunção legal*, como elemento lógico indispensável ao processo, conforme proclamado pela Exposição de Motivos, item II, do vigente Código de Processo Penal: "Se, por um lado, os dispositivos do projeto tendem a fortalecer e prestigiar a atividade do Estado, na sua função repressiva, é certo, por outro lado, que asseguram, com muito mais eficiência do que a legislação atual, a defesa dos acusados. Ao invés de uma simples faculdade outorgada a este, e sob a condição de sua presença em juízo, a defesa passa a ser, em qualquer caso, uma indeclinável *injunção legal*, antes, durante e depois da instrução criminal. Nenhum réu, ainda que ausente de distrito da culpa, foragido ou oculto, poderá ser processado sem a intervenção e assistência de um defensor... Ao contrário das leis processuais em vigor, o projeto não pactua, em caso algum, com a insídia de uma acusação sem o correlativo da defesa".

Autodefesa e defesa técnica, a primeira manifestando-se mediante o direito de presença (direito de assistir e intervir em quase todos os atos processuais) e direito de audiência (ser ouvido sobre os fatos imputados); e a segunda por meio da defesa, produzida por advogado, constituem, pois, dois aspectos de uma mesma garantia: a da mais ampla defesa.

A defesa técnica não torna prescindível a autodefesa. A defesa do réu exige uma composição dualística: pode haver tanto a autodefesa da parte, como deve existir a defesa técnica do profissional do direito.

3. Com a plena defesa são incompatíveis e, portanto, inadmissíveis, os processos secretos, inquisitoriais, o juramento do acusado, o interrogatório sob coação de qualquer natureza e, em geral, todo procedimento que de qualquer maneira embarace a defesa. Daí, dizer-se que o sistema acusatório e as regras da publicidade e do contraditório

estão, indissolivelmente, ligados à ampla defesa.⁴⁷

Defesa e contraditório estão, inseparavelmente, ligados, porque assim como não ocorre direito amplo de defesa sem procedimento contraditório, também não se compreende este sem a defesa plena. Em outras palavras, é do contraditório que brota o exercício da defesa, mas é esta que o garante. A defesa afirma o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida.⁴⁸

Advirta-se, porém, que ampla defesa não se confunde com contraditório. O contraditório, asseveram Celso Bastos e Ives Gandra Martins,⁴⁹ "é a exteriorização da própria defesa. A todo ato produzido caberá igual direito da outra parte de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou ainda de fornecer uma interpretação jurídica daquela feita pela autor".

Assinala Luciano Marques Leite⁵⁰ que a defesa está no contraditório, mas não o esgota: a contraditoriedade pressupõe a tese (acusação) e a antítese (defesa). Ampla defesa, por seu turno, é a forma ou meio garantido, constitucionalmente, para a realização de um processo justo.

Para que se possa falar em defesa ampla e real faz-se necessário, como ensina Joaquim Canuto Mendes de Almeida:⁵¹ a) a fixação dos termos da imputação e a determinação das provas incriminatórias, que constituem a acusação; b) que o acusado tenha conhecimento de toda a postulação e de todas as provas incriminatórias, a tempo de rebatê-las, contrariá-las em seus efeitos; c) que o juiz fique limitado pelas questões, resultantes da contrariedade entre a acusação e a defesa.

Os chamados "meios inerentes à ampla defesa" não são enfocados de maneira uniforme pela doutrina, embora não divirjam os autores, quanto à sua substância, até mesmo porque há enorme gama de meios, dentro do processo, os quais, na verdade, tornam concreta a garantia.

Assim é que, para Rogério Lauria Tucci,⁵² a concepção moderna da garantia da ampla defesa, compreende o direito de ser informado, a bilateralidade da audiência (contraditoriedade) e o direito à prova, legitimamente, obtida ou produzida.

O direito de ser informado do aforamento da ação, de maneira a conhecer o acusado a postulação e poder preparar sua defesa concretiza-se pela *citação válida*, sendo certo que o contraditório se revela real e indisponível no processo penal, com a efetivação da defesa técnica, a cargo de profissional habilitado, com capacidade postulatória.

Ademais, os sujeitos parciais do processo devem ser cientificados de todos os atos praticados, no desenrolar do procedimento, com a probabilidade de manifestar-se, sempre, e no prazo legal, fixado pelo juiz, ou pela lei, sobre a atuação do antagonista, ou a respeito do andamento da causa, como decorrência da exigência de tratamento paritário das partes.

Neste contexto, mesmo nos procedimentos que comportam decisões *inaudita altera pars* a audiência bilateral é garantida, vez que ostentam elas o caráter de provisoriedade, abrindo-se ao outro sujeito parcial do processo, antes que se tornem definitivas, a possibilidade de defesa (contraditório diferido).

O direito à prova, legitimamente, obtida ou produzida, por seu turno, não implica que só às partes incumbe a iniciativa probatória: além do direito das partes de “defender-se provando”, há a possibilidade do juiz determinar, de ofício, a produção de provas, em face da regra da verdade material.

Ressalta Tucci que, desde que reputada relevante, toda espécie de prova, nominada ou não na legislação em vigor, deve ser considerada pelo juiz, bastando, para isso, que diga respeito a fatos pertinentes, e que se efetive, lícitamente, até porque o n. LVI do art. 5.º da CR estatui serem inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Já, para Vicente Greco Filho,⁵³ a ampla defesa possui os seguintes requisitos essenciais:

1. A adoção do sistema acusatório, vez que o sistema inquisitivo é marcado pelo comprometimento do magistrado com a acusação, que ele mesmo formulou;⁵⁴

2. A apresentação clara e completa da acusação, que deve ser formulada de modo que possa o acusado contrapor-se a seus termos, daí decorrendo ser essencial a descrição do fato delituoso em todas as suas circunstâncias;

3. A citação regular, que deve ser feita, em princípio, na pessoa do acusado, e, somente quando não puder este ser encontrado, far-se-á a citação ficta;

4. A instrução contraditória, vale dizer, deve ser permitido contrariar a acusação, requerer a produção de provas e recorrer quando houver inconformismo;

5. O exercício da defesa técnica, além do que o próprio acusado possa trazer a seu favor. Assim, ainda que não queira, deve o acusado ser acompanhado de advogado, o qual deve ser intimado de todos os atos processuais, para que a defesa seja eficiente;

6. O “princípio” da verdade real, permitindo, o poder inquisitivo do juiz, na produção das provas, determinar, de ofício, aquelas que tendam à verificação do que ocorreu, efetivamente.

Em suma, qualquer que seja a ótica que se dê aos elementos integrantes da ampla defesa, certo é que é ela a garantia de correto desenvolvimento do processo.⁵⁵

5. Limites ao direito de defesa

A amplitude de defesa, assegurada pela Lei Maior, não se traduz em oportunidades ou prazos ilimitados, vale dizer, em defesa irrestrita e ilimitada. Deve, pois, ser compreendida dentro das fronteiras legais, destacando-se:

1. O estabelecido pelo art. 410 do CPP, que impede que a defesa arrole testemunhas já, anteriormente, ouvidas,

por ocasião da reabertura do prazo em virtude da desclassificação do delito, da competência do Júri para a do Juiz singular;

2. A preclusão, ou seja, a perda do direito de realizar um ato, decorrente do decurso do interregno legal para a sua prática, sem que seja realizado;

3. A impossibilidade da defesa técnica no ato do interrogatório do acusado, salvo, acreditamos nós, na hipótese de pluralidade de acusados, e quando surge confissão delatante do co-imputado, casos em que o exercício da defesa técnica desponta necessário, inobstante a falta de previsão legal;⁵⁶

4. Inidoneidade, *em princípio*, do *habeas corpus* para o trancamento de investigações policiais.

A propósito, o Supremo Tribunal Federal, tendo como relator o Min. Aldir Passarinho, ao analisar a questão, à luz do disposto na vigente Constituição, proclamou que o princípio da ampla defesa não significa que a lei não possa estabelecer limitações à utilização de recursos processuais. "O que seria inadmissível é que fossem fixadas limitações que impossibilitassem a qualquer das partes em litígio defender-se amplamente, no processo, sempre — é bom dizer-se, sob o controle do juiz — posto que não atingirá, igualmente, o princípio da ampla defesa, se o magistrado ao qual cabe a orientação do processo, inadmitir provas que considere apenas procrastinatórias ou absolutamente desnecessárias para o julgamento..."⁵⁷

A mesma Turma do Supremo Tribunal Federal rejeitou a alegação de ofensa à garantia constitucional da ampla defesa, pelo fato do juiz ter indeferido pedido de realização de uma prova, se ele a teve por desnecessária, ante os demais elementos probatórios existentes nos autos, e que, "aliás, o princípio da ampla defesa deve ser assegurado, como resulta do art. 5.º, LV, da CF, pela legislação processual ordinária"⁵⁸

6. Defesa ilícita

Além da existência de balizas traçadas pela lei, ao exercício do direito, é necessário aquilatar se a defesa, concretizada com exagero e desmedida amplitude, é lícita ou ilícita. Importa dizer, se ela se ateve aos cânones constitucionais, ou se infringiu e arranhou postulados penais.

Cogita-se, aqui, tanto do acusado que mente para defender-se, quer, por exemplo, ao alegar ser menor inimputável, quer ao trocar o seu nome, como aquele acusado que, para beneficiar-se do prazo prescricional pela metade, falsifica certidão de nascimento, que ateste sua menoridade relativa; ou que falsifica a certidão de nascimento, a fim de que ela estampe sua inimputabilidade, em razão de idade inferior aos 18 anos.

A resposta, ensina Fernando de Almeida Pedrosa,⁵⁹ está nos efeitos que venha a produzir o fato típico em defesa perpetrado.

Se os fatos típicos, cometidos pelo acusado em sua defesa, acarretarem ofensa a bens jurídicos, penalmente tutelados, de outras pessoas, o ilícito tomará corpo e, como ato criminoso, merecerá punição. Contudo, se tais atos, abstratamente definidos em lei penal como delitos, não obtiverem efeitos outros que não dentro do processo, ao acusado socorrerá a discriminante do exercício regular de um direito.

Dessa maneira, se o fato não extrapolar ou extravasar da órbita processual, para atingir a outros direitos, não haverá a prática de crime. No entanto, se o efeito processual é o intentado, mas a ofensa a outros bens jurídicos, penalmente tutelados, se produz, sem dúvida que o fato ilícito será típico e culpável.

Haverá, pois, conduta ilícita do acusado que, respondendo a processo por lesões corporais culposas, decorrentes de acidente de trânsito, arranca, com o fito de obstaculizar a prova de sua

imprudência, — a placa de sinalização “Pare” existente no cruzamento das ruas, porque seu ato emitiu efeitos lesivos fora do processo, isto é, inutilizou bem pertencente ao patrimônio público.

Por outro lado, não pratica o ilícito penal de fraude processual aquele que, sendo acusado em processo criminal, ferir posteriormente a si próprio e, almejando se prevalecer de eventual reconhecimento de legítima defesa, imputar à vítima a lesão corporal, que ele próprio produziu. É que, em razão dos efeitos produzidos inserirem-se, apenas, no bojo do processo, não haverá crime.

O tema é polêmico, cabendo à jurisprudência importante papel na diferenciação entre amplitude de defesa e sua ilicitude, mesmo porque “o direito de defesa é um direito subjetivamente ilimitado, porém limitado como expressão de poder objetivo.”⁶⁰

7. Conclusão

A defesa penal pode ser considerada como direito ou garantia, conforme o interesse que se privilegie:

Sob a ótica que privilegia o interesse privado (do acusado) sobre o geral, a defesa é entendida como direito do acusado, que possui disponibilidade quanto às formas e os modos de exercício daquele direito.

Sob o enfoque publicístico, que transcede o interesse da parte, a defesa é entendida como garantia, não só do acusado mas também de um justo processo. Nesse sentido, a garantia é satisfeita somente se o contraditório for efetivo, e a igualdade das armas real, assegurado o *due process of law*.⁶¹

A defesa, vista como garantia, responde a objetiva exigência do processo, em razão de interesse geral da justiça.

Sob esse enfoque, que não se limita ao perfil subjetivo da defesa, como direito, mas acentua também seu perfil objetivo, na ótica do interesse público, a defesa deve ser vista como garantia

da parte e do próprio processo: defesa, portanto, como condição de regularidade do procedimento; defesa, em última análise, como fator legitimante da própria jurisdição.⁶²

Victor Moreno Catena⁶³ nega à garantia da defesa técnica — vista como mecanismo de autoproteção do sistema para que funcione a contradição e as partes estejam em igualdade de condições —, o caráter de uma das regras fundamentais do processo penal. E isto porque, para o mencionado autor, se desaparecesse a necessidade legal da defesa técnica, nem por isso se veria ameaçado o atual processo penal, nem se produziria, nele, uma subversão de valores, como ocorreria, sem dúvida, se fosse suprimida a garantia da imparcialidade do juiz ou do processo público. A garantia da defesa é uma simples opção do legislador, com uma transcendência só relativa, não passando de um instrumento de que se serve o processo. Assim, é o interesse público a que se satisfaçam *todas* as garantias o que faz que a defesa seja necessária, e não o interesse do defendido.

Não vemos assim a questão. A garantia da defesa, entendida a palavra em seu sentido lato,⁶⁴ é a mais importante para o desenvolvimento e estrutura do processo penal.⁶⁵

A defesa penal neste contexto, exige uma composição dualística: autodefesa da parte e defesa técnica do profissional, com capacidade postulatória conjugando-se, para a tutela do direito de liberdade do acusado e para garantia do processo devido.

8. Bibliografia

ALMEIDA, João Mendes de, *Processo Criminal Brasileiro*. Rio, Lamert, 1901.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes, *A Contrariedade na Instrução Criminal*, S. Paulo, Gráfica Cruzeiro do Sul, 1937.

— *Processo Penal, Ação e Jurisdição*, S. Paulo, Ed. RT, 1975.

- “A “*Liberdade Jurídica*” no Direito e no Processo”, (exerto do livro *Estudos Jurídicos em Homenagem a Vicente Ráo*), S. Paulo, Resenha Universitária, 1976.
- ARAUJO, Justino Magno, “Direito de Defesa no Processo Civil e no Processo Penal”, *AJURIS*, Porto Alegre, 26/55-71, 1982.
- ASCENSÃO, José de Oliveira, *O Direito — Introdução e Teoria Geral (uma perspectiva Luso-Brasileira)*, Coimbra, Almedina, 1991.
- BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra, *Comentários à Constituição do Brasil*, v. 2, S. Paulo, Saraiva, 1989.
- BLASI, Ferdinando Umberto Di — “Difesa (in generale)”, *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Torinese, V/615-618, 1975.
- BRANCO, Elcir Castello, “Defesa”, *Enciclopédia Saraiva do Direito*, S. Paulo, Saraiva, 23/46-50, 1979.
- BUENO, Francisco da Silveira, *Grande Dicionário Etimológico-Prosódico da Língua Portuguesa*. 7.º v., S. Paulo, 1967.
- BUSTAMANTE, Juan Jose Gonzalez, *Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano*, México, Porrúa, 1971.
- BUZAID, Alfredo, “Juízo de Amparo”, *Revista da Faculdade da Universidade de São Paulo*, S. Paulo, 1961, ano LVI, fasc. I.
- CANNATA, Carlo Augusto, “Difesa (diritto romano)”, *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Torinese, V/613-614, 1975.
- CARNELUTTI, Francesco, *Lezioni sul Processo Penale*. v. I, Roma, Ateneo, 1946.
- CARULLI, Nicola, *Il Diritto di Difesa Dell'Imputato*, Napoli, Eugenio Jovene, 1967.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de, *O Processo Penal em Face da Constituição*, Rio, Forense, 1992.
- CATENA, Victor Moreno, *La Defensa en el Proceso Penal*, Madri, Civitas, 1982.
- CONRADI, Faustino Gutiérrez Alvis y, “Aspectos del Derecho de Defensa en el Proceso Penal”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 4/757-800, 1973.
- CRISTIANI, Antonio — *Difensore* (“Diritto Processuale Penale”), *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Torinese, V/609-612, 1975.
- DENTI, Vittorio, “La Difesa come Diritto e come Garanzia”, *Il Problema dell'Autodifesa nel Processo Penale*, Bologna, Zanichelli, 1977.
- DINAMARCO, Cândido Rangel, “O princípio do contraditório”, *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, S. Paulo, 19/21-38, dez./81-dez./82.
- ESPINOLA FILHO, Eduardo, “Defesa no Processo Criminal”, *Repertório Enciclopédico Brasileiro*, Rio, Borsoi, XV/91-111, s.d..
- *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, 5.ª ed. at, v. III, Rio, 1961-62.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, S. Paulo, Saraiva, v. 1, 1990.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves et alii, *Liberdades Públicas (Parte Geral)*, S. Paulo, Saraiva, 1978.
- GRECO FILHO, Vicente, *Manual de Processo Penal*, S. Paulo, Saraiva, 1991.
- *Tutela Constitucional das Liberdades*, S. Paulo, Saraiva, 1989.
- GREVI, Vittorio, “Rifiuto del Difensore e inviolabilità della difesa”, *Il Problema dell'autodifesa nel Processo Penale*, Bologna, Zanichelli, 1977.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*, S. Paulo, Ed. RT, 1973.
- *O Processo em sua Unidade*, S. Paulo, Saraiva, 1978.
- “O Princípio da Ampla Defesa”, *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, S. Paulo, 19/9-20, dez./81-dez./82, 1982.
- “As Garantias Constitucionais do Processo”, *Novas Tendências do Direito Processual* (de acordo com a Constituição de 1988), Rio, Forense Universitária, 1990.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, et alii, *Liberdades Públicas (Parte Geral)*, São Paulo, Saraiva, 1978.
- *Nulidades no Processo Penal*, S. Paulo, 1992.
- *Teoria Geral do Processo*, 9.ª ed. rev. e at., S. Paulo, 1992.
- HOLANDA, Aurélio Buarque, *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, 1.ª ed., 15.ª impressão. Rio, nova Fronteira, s/d.
- LEITE, Luciano Marques, *O Princípio “Audiatur et Altera Pars” e o Processo Penal*, Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, s/d.

- MANZINI, Vincenzo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, t. II. Buenos Aires, Ejea, 1951.
- MÉNDEZ, Francisco Ramos, *El Proceso Penal* (Lectura Constitucional), Barcelona, Bosch, 1988.
- MARQUES, José Frederico — *Tratado de Direito Processual Penal*, vs. I e II. S. Paulo, Saraiva, 1980.
- *Elementos de Direito Processual Penal*, v.I. Rio, Forense, 1961.
- MASCAREÑAS, Carlos, "Defensa Procesal", *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. VI, Barcelona, Francisco Seix, 1954.
- MELENDO, Santiago Sentis & REDÍN, Marino Ayerra — *Tratado de Derecho Procesal Penal*, t. II, Buenos Aires, EJEa. s/d.
- MIRABETE, Julio Fabbrini, *Processo Penal*, S. Paulo, Atlas, 1991.
- MIRANDA, F. C. Pontes de, *Comentários à Constituição de 1967* (com a Emenda n. 1, de 1969). 2.^a ed., t. 5, S. Paulo, Ed. RT, 1973.
- NOGUEIRA, Paulo Lucio, *Curso Completo de Processo Penal*, S. Paulo, Saraiva, 1991.
- NORONHA, E. Magalhães, *Curso de Direito Processual Penal*, 17.^a ed., S. Paulo, Saraiva, 1986.
- PEDROSO, Fernando de Almeida, *Processo Penal — O Direito de Defesa: Repercussão, Amplitude e Limites*, Rio, Forense, 1986.
- PEREIRA E SOUSA, Joaquim José Caetano, *Primeiras Linhas sobre o Processo Criminal*, Lisboa, Imprensa Regia, 1831.
- PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes, "Execução Penal", RT, S. Paulo, 623/258-263, 1987.
- "O Juiz Penal e a Pesquisa da Verdade Material". *Processo Penal e Constituição Federal*, São Paulo, Editora Acadêmica, 1993.
- PRATA, Ana, *Dicionário Jurídico*. Coimbra, Almedina, 1989.
- ROSA, Inocêncio Borges da, *Processo Penal Brasileiro*, v. II, Porto Alegre, Globo, 1942.
- RICCIO, Giuseppe, *Processo Penale e Modelli di Partecipazione*, Napoli, Jovene, 1977.
- SANTORO, Arturo, *Manuale di Diritto Processuale Penale*, Torino, UTET, 1954.
- SILVA, Antonio de Moraes, *Diccionario da Lingua Portuguesa*. t. 2.^o, Lisboa, Typographia Lacérdua, 1813.
- SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 7.^a ed. rev. e ampl., S. Paulo, Ed. RT, 1991.
- SLAIBI FILHO, Nagib, *Anotações à Constituição de 1988* (Aspectos Fundamentais). 3.^a ed. Rio, Forense, 1992.
- SUANNES, Adauto — "O Interrogatório Judicial e o art. 153 §§ 15 e 16, da Constituição Federal", RT, S. Paulo, 572/283/-290, 1983.
- TORNAGHI, Hélio, *Curso de Processo Penal*, v. I, S. Paulo, Saraiva, 5.^a ed. rev., 1988.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Processo Penal*, v. 2., 5.^a ed., S. Paulo, Jalovi, 1979 e 9.^a ed., S. Paulo, Saraiva, 1986.
- TOVO, Paulo Claudio e Tovo, João Batista, *Primeiras linhas sobre o Processo Penal em Face da Nova Constituição*, Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1989.
- TUCCI, Rogério Lauria, "Defensor", *Enciclopédia Saraiva do Direito*, S. Paulo, Saraiva, 23/32-38, 1979.
- TUCCI, Rogério Lauria et alii, *Princípios e Regras Orientadoras do Processo Penal Brasileiro*, Rio, Forense, 1986.
- TUCCI, Rogério Lauria e Tucci, José Rogério Cruz e, *Constituição de 1988 e Processo*, S. Paulo, Saraiva, 1989.
- *Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional*, S. Paulo, Ed. RT, 1993.

NOTAS

1. Em seu trabalho *Il Diritto di Difesa dell'Imputato*, Napoli, Eugenio Jovene, 1967, p. 3.
2. Almeida Júnior, João Mendes, *Processo Criminal Brasileiro*, Rio, Laemmert, 1901, p. 3.
3. Cf. Tucci, Rogério Lauria et alii, *Princípio e Regras Orientadoras do Processo Penal Brasileiro*, S. Paulo, Forense, 1986, p. 36.
4. Cf. Buzaid, Alfredo, "Juízo de Amparo", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, 1961, ano LVI, fasc. I, pp. 185 e ss.
5. "Jurisdição — função específica do Poder judiciário — é, potencialmente, o poder-dever de realizar justiça estatal e, efetivamente, a atividade concernente ao exercício pelos agentes denominados juízes e tribunais". Cf. Almeida, Joaquim Canuto Mendes de, *Processo penal, Ação e Jurisdição*, S. Paulo, 1975, p. 7.

6. "processo é o instrumento por meio do qual os órgãos jurisdicionais atuam para pacificar as pessoas conflitantes, eliminando os conflitos e fazendo cumprir o preceito jurídico pertinente a cada caso que lhes é apresentado em busca de solução", cf. Grinover, Ada, *Teoria Geral do Processo*, 9.^a ed. rev. at., S. Paulo, 1992, p. 27.

7. Silva, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 7.^a ed., rev. e ampl., S. Paulo, Ed. RT, 1991, p. 354.

8. Id., *ibid.*, p. 160.

9. Ferreira Filho, Manoel et alii — *Liberdades Públicas* (Parte Geral). S. Paulo, Saraiva, 1978, p. 119, definem garantias, em sentido amplo, como os meios que protegem os direitos e, portanto, sua existência efetiva; e, em sentido estrito, como prescrições que vedam determinadas ações ao poder público; No mesmo sentido, Grinover, Ada Pellegrini, "O Princípio da Ampla Defesa", *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, S. Paulo, dez.-81/dez.-82, (19):9.

10. Tucci, Rogério Lauria e Tucci, José Rogério Cruz e — *Constituição de 1988 e Processo*. S. Paulo, Saraiva, 1989, p. 7.

11. Em seu artigo "O Princípio..." cit., *Revista da Procuradoria...* cit., p. 9.

12. Barbosa, Ruy, *República: Teoria e Prática* (Textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na primeira Constituição da República). Seleção e coordenação de Hilton Rocha. Petrópolis/Brasília, Vozes/Câmara dos Deputados, 1978, p. 124, *apud* Silva, José Afonso, *Curso...* cit., p. 355.

13. Silva, José Afonso — *Curso...* op. cit., p. 167.

14. Garantias constitucionais gerais são instituições constitucionais que se inserem no mecanismo de freios e contrapesos dos poderes, impedindo o arbítrio, e constituindo, ao mesmo tempo, técnicas de garantias e respeito aos direitos fundamentais; são garantias gerais, precisamente, porque consubstanciam salvaguarda de um regime de respeito à pessoa humana em toda a sua dimensão;

15. Garantias constitucionais especiais são prescrições constitucionais, que estatuem técnicas e mecanismos que, limitando a atuação dos órgãos estatais ou de particulares, protegem a eficácia, aplicabilidade e a inviolabilidade dos direitos fundamentais de modo especial; são técnicas preordenadas com o objetivo de assegurar a observância desses direitos, considerados em sua manifestação isolada ou em grupo. Tais normas constitucionais de

garantia são, também, direitos — direitos conexos com os direitos fundamentais — porque são *permissões* concedidas pelo direito constitucional objetivo ao homem e substanciais.

16. Silva, José Afonso, *Curso...* op. cit., p. 372. No mesmo sentido é o pensamento dos Profs. Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, in *Nulidades no Processo Penal*, S. Paulo, 1992, p. 63, asseverando que ao estabelecer o "princípio" da proteção judiciária, "a Constituição eleva a nível constitucional os direitos de ação e de defesa, face e verso da mesma medalha. E mais: dá conteúdo a esses direitos, pois não se limita a permitir o acesso aos Tribunais, mas assegura também, ao longo de todo o *iter* procedimental, aquele conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, tutelam as partes quanto ao exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição: trata-se das garantias do "devido processo legal".

17. Cf. Holanda, Aurélio Buarque, *Nova Dicionário da Língua Portuguesa*. 1.^a ed., 15.^a imp. Rio, Nova Fronteira.

18. Cf. Conradi, Faustino Gutiérrez-Alviz y., "Aspectos del Derecho de Defensa en el Proceso Penal", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*. 4/760.

19. Grinover, Ada Pellegrini et alii, *Liberdades Públicas* (Parte Geral), S. Paulo, Saraiva, 1978, p. 234.

20. Cf. Carruli, Nicola, *Il Diritto...* op. cit., p. 9.

21. Pereira e Sousa, *Primeiras Linhas sobre o Processo Criminal*, Lisboa, Imprensa Régia, 1831, p. 165.

22. Almeida, Joaquim Canuto Mendes, *A Liberdade Jurídica no Direito e no Processo*, S. Paulo, Resenha Universitária, 1976, p. 12, anota que: "Chama-se *liberdade jurídica* a prerrogativa do ser humano, enquanto racional e livre, não só poupada pela lei, se e enquanto esta não a restringe, mas também, enquanto tutelada, especificamente, pelo processo judiciário (jurisdição em ação), isto é, pelo processo de verificação, declaração e fixação dos termos da incidência concreta da lei, e seus efeitos. O julgado filtra, por assim dizer, mediante juízo de legalidade, ou Justiça (em direito positivo), o qual ele encerra, a pleiteada (no cível) ou assentada (no crime) coação estatal".

23. Em seu *Manuale di Diritto Processuale Penale*, Torino, UTET, 1954, p. 20.

24. Cf. Pedrosa, Fernando de Almeida, *Processo Penal — O Direito de Defesa: Repercussão, Amplitude e Limites*, Rio, Forense, 1986, pp. 19-20.

25. Para Fernando Almeida Pedrosa, op. cit., p. 20, o que se deve entender pela "facultatividade que encerra o direito em pauta — e pelas consequências que de seu não exercício pelo réu pode advir — é que a defesa não se fará tão robusta quanto o seria se o próprio acusado nela se empenhasse".

26. Cf. Conradi, Faustino Gutiérrez-Alvis y, op. cit., p. 763.

27. Cf. Gomes de La Serna, apud Catena, Vitor Moreno, *La Defensa en el Proceso Penal*, Madri, Civitas, 1982, p. 22.

28. Na direção, apontada, destacam-se, entre outros: Manzini, Vincenzo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, t. II, Buenos Aires, Ejea, 1951; Marques, José Frederico, *Tratado de Direito Processual Penal*, v. II, S. Paulo, Saraiva, 1980; Tourinho Filho, Fernando da Costa, *Processo Penal*, v. 2, 9.ª ed., S. Paulo, Saraiva, 1986; Mirabete, Julio Fabbrini, *Processo Penal*, S. Paulo, Atlas, 1991; e outros.

29. Nesse sentido: Rosa, Inocêncio Borges da, *Processo Penal Brasileiro*, v. II, Porto Alegre, Globo, 1942; Pedrosa, Fernando de Almeida, *Processo...* op. cit., dentre outros.

30. Cf. Carulli, Nicola., op. cit., pp. 11-2.

31. Em sua dissertação *Principio Auter et Altera Pars* e o *Processo Penal*, apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, s/d. p. 57.

32. Cf. Denti, Vittorio, "La Difesa come diritto e come Garanzia", *Il Problema dell'autodifesa nel Processo Penale*, Bologna, Zanichelli, 1977, p. 48.

33. Rogério Lauria Tucci explica que, em sede penal, a expressão apropriada, dotada de maior rigor técnico, é devido processo penal, em sua obra: *Devido Processo Penal e alguns de seus mais importantes corolários, Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional*, S. Paulo, Ed. RT, 1993, p. 19.

34. Ressalva-se, aqui, que a indispensabilidade de defensor técnico, não existe em todas as legislações alienígenas. Na Itália, por exemplo, o defensor é excluído em alguns casos. O próprio imputado defende-se.

35. V. a propósito Lobo, Eugênio R. Haddock e outro, *Comentários ao Estatuto da OAB e às Regras da Profissão do Advogado*, Rio, 1978, p. 163.

36. In *O Juiz Penal e a Pesquisa da Verdade Material. Processo Penal e Constituição Federal*, S. Paulo, Ed. Acadêmica, 1993, p. 75.

37. Partilham desta divisão: Nicola Carrulli, *Il diritto...* op. cit. p. 11, Arturo Santoro, *Manuale...* op. cit., p. 22. Já, Júlio Fabbrini Mirabete, *Processo...* op. cit., p. 328, as denomina como defesa direta (quanto ao mérito) e defesa indireta (processual). José Frederico Marques — *Elementos de Direito Processual Penal*. v. II, Rio, Forense, 1961, p. 200 e Fernando de Almeida Pedrosa, *Processo...*, op. cit., p. 22, de outra sorte, as classificam como *dilatatória* (defesa de mérito) ou *peremptória* (defesa processual).

38. Cf. Carulli, Nicola. op. cit., 10

39. A palavra é empregada para significar: "contender, controverter, resistir com razões: (Silva, Antonio de Moraes *Dicionário da Língua Portuguesa*, Lisboa, Typographia Lacédina, 1813, p. 577) e, ainda, "discutir, impugnar, contradizer, contestar, contender" (Bueno, Francisco da Silveira — *Grande Dicionário Etimológico-Prosódico da Língua Portuguesa*. 7.ª ed., São Paulo, Saraiva, 1967, p. 3.421). A expressão é utilizada por Pitombo, Sérgio Marcos, "Execução Penal", Ed. RT, S. Paulo, 1987, 625/257-263.

40. Greco Filho, Vicente, *Manual de Processo Penal*, S. Paulo, Saraiva, 1991, p. 63.

41. Cf. Marques, José Frederico, *Tratado...* op. cit. p. 103.

42. V., a respeito do significado de defesa técnica e sua distinção da autodefesa, item 3.3.

43. Já, na Itália, nos crimes de menor potencial ofensivo, a atuação do defensor técnico é dispensada, em prol da autodefesa. A questão foi suscitada no famoso caso das "Brigadas Vermelhas", em maio de 1976, em que os acusado por crime gravíssimo pretenderam, sem sucesso, ver excluída a defesa técnica. Mas, na verdade, a intenção era impedir o normal desenvolvimento do processo e ridicularizar a administração da justiça. V., a propósito, Grevi, Vittorio, "Rifiuto del difensore e inviolabilità della difesa", *Il Problema dell'autodifesa nel processo penale*, Bologna, Zanichelli, 1977, p. 6. No direito penal americano a *self-representation* mostra-se reduzida. A possibilidade de atuação concreta da autodefesa está a critério da discricionariedade do magistrado. Cf. Jacinta Paroni Rumi — "Il problema dell'autodifesa nel processo penale

anglo-americano", *Il problema...*, op. cit., pp. 98-123.

44. Tourinho Filho, Fernando da Costa, *Processo...* op. cit. p. 385. No mesmo sentido: Tucci, Rogério Lauria, "Defensor", *Enciclopédia Saraiva do Direito*, S. Paulo, 1979, 23/32-33; Slaibi Filho, Nagib, *Anotações à Constituição de 1988*, 3.ª ed., Rio, Forense, 1992, p. 190.

45. Leite, Luciano Marques, *O Princípio...* op. cit. p. 58. No sentido de que a defesa técnica é indisponível, na medida em que é garantia da paridade de armas, manifesta-se a unanimidade da doutrina.

46. Cf. Grinover, Ada Pellegrini, "As Garantias Constitucionais do Processo", *Novas Tendências do Direito Processual* (De acordo com a Constituição de 1988). Rio, Forense Universitária, 1990, p. 9.

47. Cf. Miranda, Pontes de, *Comentários...* op. cit. p. 234, cit. João Barbalho; Marques, José Frederico — *Tratado...* op. cit., 1/104 e 2/150.

48. Cf. Marques, José Frederico, *Tratado...* op. cit., 2/150; Grinover, Ada Pellegrini et alii — *Nulidades...* op. cit., p. 63, dentre inúmeros outros autores.

49. Bastos, Celso Ribeiro e Martins, Ives Gandra — *Comentários à Constituição do Brasil*, 2/267, S. Paulo, Saraiva, 1989.

50. Leite, Luciano Marques, *O Princípio...* op. cit., p. 101.

51. Almeida, Joaquim Canuto Mendes de, *A Contrariedade na Instrução Criminal*, S. Paulo, Cruzeiro do Sul, 1937, p. 30. Ainda, *Princípios Fundamentais do Processo Penal*, S. Paulo, Ed. RT, 1973, pp. 93-109.

52. Tucci, Rogério Lauria, *Constituição...* op. cit., pp. 61 e ss.

53. Greco Filho, Vicente, *Manual...* op. cit., pp. 63 e ss.

54. Aliás, atualmente, a exclusividade da titularidade do Ministério Público para a ação

de iniciativa pública decorre da Constituição, em vigor, sendo importante realçar que o sistema acusatório, adotado por nosso legislador, não retira do juiz os poderes inquisitivos, referentes à prova e perquirição da verdade material, porque ela não se faz, predeterminadamente, nem a favor da acusação, nem da defesa, nem compromete a imparcialidade. Até porque, em países em que maior parcela de acusados surge miserável, ou pobre, o poder-dever inquisitivo do juiz emerge como subsidiária garantia de defesa.

55. Cf. Denti, Vittorio, *La Difesa...*, op. cit. p. 48.

56. V. a respeito Suannes, Adauro, "O Interrogatório Judicial e o art. 153 §§ 15 e 16, da Constituição Federal", RT, S. Paulo, 1983, 572/284-290.

57. Cf. AI 133.330-RJ — 2.ª T., in RTJ 133/938-939.

58. AI 135.181-SC, in RTJ 133/951-954.

59. Pedroso, Fernando de Almeida, *Processo...*, op. cit., p. 361.

60. Cf. Marques, José Frederico, *Elementos...* op. cit. 1/374.

61. Cf. Denti, Vittorio, "La difesa come diritto e come garanzia", *Il Problema dell'autodifesa*, cit., pp. 48-49. V. tb., nota 37.

62. Cf. Grinover, Ada Pellegrini, "As Garantias..." cit. *Novas Tendências...* op. cit., pp. 2 e 8.

63. Catena, Víctor Moreno, *La Defensa...* op. cit., p. 114.

64. Que abrange, como ensina Grinover, Ada Pellegrini, "As Garantias..." cit., *Novas Tendências...* op. cit., p. 2, não somente o poder de iniciativa e o direito às exceções, mas para compreender todas as posições de vantagens — direitos, poderes, faculdade, ônus — que as partes podem desenvolver ao longo do *iter* processual.

65. Cf. Greco Filho, Vicente, *Manual...* op. cit., p. 63.