

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP**

**Fabiano Franklin Santiago Grilo**

**Defesa técnica, eficiência e garantismo**

**MESTRADO EM DIREITO**

**SÃO PAULO**

**2011**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP**

**Fabiano Franklin Santiago Grilo**

## **Defesa técnica, eficiência e garantismo**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito (Direito das Relações Sociais), sob a orientação do Professor Doutor Claudio José Langroiva Pereira.

**SÃO PAULO  
2011**

**BANCA EXAMINADORA**

---

---

---

*DEDICATÓRIA*

*À minha esposa Melissa pelo apoio e incentivo  
constant.*

## **AGRADECIMENTOS**

Acima de tudo a Deus, que me concedeu plena capacidade e condição de raciocínio, à minha esposa Melissa, pelas orações, apoio e incentivo constantes, à minha equipe de trabalho, que não mediu esforços para garantir o bom andamento do escritório em minha ausência, aos meus pais, Gilberto e Márcia, e ao meu irmão Bruno, que nunca me desampararam.

Ao Professor Doutor Claudio José Langroiva Pereira, pelos ensinamentos, pela dedicação, compreensão, atenção e orientação, sempre incentivando com a serenidade que lhe é inerente, responsável pelo delineamento de caminhos que para mim eram insuperáveis.

Ao Professor Doutor Marco Antonio Marques da Silva, pelo insuperável saber jurídico, modelo de ser humano e educador.

## RESUMO

GRILO, Fabiano Franklin Santiago. *Defesa técnica, eficiência e garantismo*. 2011. 100 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.

O presente trabalho tem como objetivo identificar, à luz da Constituição Federal, o conteúdo do direito de defesa, com vistas a consolidar a imprescindibilidade da defesa técnica na seara da persecução penal, buscando o delineamento de instrumentos hábeis a promover suas efetividade e eficiência.

No contexto de um Estado Democrático de Direito, é cediço que a defesa técnica se afaste de todo o aparato formal, devendo estar sempre equipada de mecanismos capazes de lastrear o deslinde de um processo justo e imparcial, seja nas fases extrajudicial e judicial, como também na da execução da pena, servindo não somente para impor limites à atuação do Estado, mas também para levar o cidadão ao esclarecimento de seus direitos.

Vislumbra-se que a análise acurada do instituto, à luz da atual conjectura do ordenamento jurídico nacional, que cada vez mais depende de sua interpretação à luz dos paradigmas constitucionais, a fim de se tornar cada vez mais candentes seus princípios, deverá levar à fundamental revisitação do artigo 5º da Constituição Federal e incisos que tratam do tema, caminho esse trilhado sob os fundamentos da dignidade da pessoa humana.

**Palavras-chaves:** Processo penal – Princípios e garantias – Direito de defesa – Defesa técnica – Defesa técnica no processo penal.

## ABSTRACT

GRILO, Fabiano Franklin Santiago. *Technical defense, efficiency and guarantism*. 2011. 100 p. Dissertation (Master Degree in Law) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.

This paper aims to identify, in light of the Federal Constitution, the content of the right of defense, with a view to consolidating the crucial defense technique in the harvest of the criminal prosecution, seeking skilled design tools in order to promote their effectiveness and efficiency.

In the context of a democratic state is the stale technical defense to move away from the whole formal apparatus, which must be equipped with mechanisms capable of disentangling the ballast of a fair and impartial process, is the phase out of court, judicial, or also in phase of enforcement, serving not only to impose limits on state action, but also to provide the citizens of the mechanisms inherent to it.

Sees is that the accurate analysis of the institute, in the light of the current conjecture of national law, which increasingly depends on its interpretation in the light of constitutional paradigms in order to become more and more burning of its principles, should lead to fundamental revisit of Article 5 of the Federal Constitution and the sections dealing with the subject, this path trodden under the foundations of the Human Dignity.

**Keywords:** Penal procedure – Principles and guarantees – Rigths of defense. Technical defense – Technical defense in the penal procedure.

## ABREVIATURAS

AASP – Associação dos Advogados de São Paulo  
ampl. – ampliada  
art. – Artigo  
arts. – Artigos  
atual. – atualizada  
aum. – aumentada  
Cf. – conforme  
CF – Constituição Federal  
Const. – Constituição  
Coord – Coordenador  
CPP – Código de Processo Penal  
CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil  
Des. – Desembargador  
DJU – Diário da Justiça da União  
DOE – Diário Oficial do Estado  
DP – Defensoria Pública  
EC – Emenda Constitucional  
ed. – edição  
HC – Habeas Corpus  
INQ – Inquérito  
j. – julgado  
LEP – Lei de Execução Penal  
MC – Medida Cautelar  
Min. – Ministro  
MS – Mandado de Segurança  
n. – número  
OAB – Ordem dos Advogados do Brasil  
OEA – Organização dos Estados Americanos  
ONU – Organização das Nações Unidas  
Orgs. – Organizadores  
p. – página  
PUC/SP – Pontifícia Universidade de São Paulo

rel. – relator

rev. – revista

RHC – Recurso em *Habeas Corpus*

STJ – Superior Tribunal de Justiça

T. – Turma

VEC – Vara das Execuções Criminais

v.u. – votação unânime

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
<b>1 A EVOLUÇÃO DO DIREITO DE DEFESA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO .....</b>	<b>15</b>
1.1 Considerações iniciais .....	15
1.2 Direitos fundamentais e direitos humanos.....	19
1.3 Aspectos históricos .....	22
1.4 As Ordenações do Reino .....	25
1.5 A Constituição do Império .....	27
1.6 O Brasil como Estado Democrático de Direito .....	28
1.7 O direito de defesa como garantia da dignidade humana.....	29
1.8 Direito de defesa no Pacto de São José da Costa Rica .....	34
<b>2 O PRINCÍPIO E A GARANTIA DA AMPLA DEFESA.....</b>	<b>36</b>
2.1 O princípio como orientador do sistema jurídico .....	36
2.2 Direito de defesa como princípio.....	37
2.3 O devido processo legal.....	39
2.4 O contraditório e a ampla defesa .....	40
<b>3 OUTROS DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS ORIENTADORES DO DIREITO DE DEFESA .....</b>	<b>48</b>
3.1 Proibição de provas ilícitas.....	48
3.2 Presunção de inocência.....	53
3.3 Comunicação da prisão à família do acusado.....	54
3.4 Direito ao silêncio.....	55
3.5 Identificação do responsável pela prisão .....	56
3.6 Publicidade .....	57
3.7 Juiz natural.....	58
3.8 Duplo grau de jurisdição .....	60
3.9 Assistência judiciária.....	61
3.10 Motivação das decisões judiciais.....	63
3.11 Direito de petição.....	65

4 DEFESA TÉCNICA E AUTODEFESA .....	67
4.1 Espécies de defesa .....	67
4.2 Defesa técnica indeclinável, plena e efetiva .....	71
4.3 Defesa técnica necessária .....	72
4.4 Colidência de defesa.....	73
5 A DEFESA TÉCNICA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL.....	75
5.1 Defesa técnica no inquérito policial .....	75
5.2 Defesa técnica na Comissão Parlamentar de Inquérito .....	76
5.3 Defesa técnica no curso da ação penal .....	78
5.4 A defesa técnica no tribunal do júri.....	81
5.5 Defesa técnica na fase da execução penal .....	85
6 A DEFENSORIA PÚBLICA E O ACESSO À JUSTIÇA PENAL.....	88
CONCLUSÕES .....	92
REFERÊNCIAS .....	94

## INTRODUÇÃO

Num modelo de Estado intitulado democrático de direito, sob a regência e primazia da *dignidade da pessoa humana*, tratada como metaprincípio, é imprescindível a efetiva e ampla possibilidade de defesa como garantia dos direitos fundamentais do cidadão, a ser efetivada indistintamente, sob o patrocínio do Estado, como consequência lógica do devido processo legal, seja ela jurídica, judicial ou pré-processual.

Respeitadas as peculiaridades da época em que foi elaborado, no Código de Processo Penal Brasileiro, Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, já constava que o acusado em geral sempre deve estar acompanhado de seu defensor.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, se inaugurou uma nova roupagem do Estado brasileiro, que passou a ser denominado *Estado Democrático de Direito*, repercutindo frontalmente na legitimação do direito processual penal, que a partir de então foi inserido nesse contexto principiológico do novo paradigma constitucional, calcado em seus objetivos, voltados a dar total primazia aos *direitos fundamentais* do ser humano, demonstrando que a defesa técnica é medida imprescindível para a efetivação da justiça.

E nesse particular é o que se observa dentro do perímetro da Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LV<sup>1</sup>, que, além de estender a abrangência do contraditório e da ampla defesa para o procedimento administrativo, ampliou os mecanismos do direito de defesa, ao mencionar que não somente o direito deverá ser efetivado, mas também os meios e recursos que a ele forem inerentes.

Portanto, percebe-se que o texto da Constituição Federal se preocupou em tornar hialina a sua abrangência, estendendo-a a qualquer processo, seja ele judicial ou administrativo, bem como aos acusados em geral.

---

<sup>1</sup> Constituição Federal: “Artigo 5º - [...] LV - aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

Além disso, passou a integrar o rol das “funções essenciais à Justiça”<sup>2</sup> a Defensoria Pública, órgão cuja finalidade é a de aparelhar o Estado para que o cidadão tenha não só o acesso à justiça, como também plena assessoria tecnojurídica.

Assim, conforme ficará demonstrado, trilhou-se uma tendência notável ao avanço e aperfeiçoamento da defesa, de maneira a não dar continuidade aos meros formalismos legais, em que a lei não era constatada na prática, buscando a consagração de uma aplicação prática e efetiva da defesa técnica, não somente como direito, mas como garantia plena e apta a suprir o Poder Judiciário de meios para a propagação da justiça.

E nessa toada, pretendemos analisar cada enfoque e repercussão do instituto da defesa técnica, o que deverá ser a tônica deste trabalho, procedendo a uma sustentação minuciosa e crítica de suas ramificações, tais como a reverberação da autodefesa e sua importância.

Reservamos também um capítulo específico para apresentar o conceito de defesa técnica, no qual analisaremos os seus fundamentos, funções e características (necessidade, indeclinabilidade, plenitude e efetividade).

Feito isso, pretendemos analisar a defesa técnica dentro do direito processual penal brasileiro, de maneira a delinear a sua função prática, desde a fase investigativa, até a execução da pena, passando pelos institutos dos julgamentos de competência do tribunal do júri, comissões parlamentares de inquérito, inclusive quando da lavratura do auto de prisão em flagrante, sem olvidar que toda a construção deverá ser norteadada pela *dignidade da pessoa humana*, paradigma do Estado Democrático de Direito.

Procuraremos ainda trazer uma visão concatenada e enredada ao princípio da *dignidade da pessoa humana*, de maneira a tornar claro que o processo não deve e não pode ser tratado como se fosse uma guerra travada entre as partes, na qual há a presença constante de armas e em que cada ato processual corresponde a uma batalha, mas sim um meio pelo qual o acusado sempre terá as oportunidades necessárias para buscar a confirmação acertada e

---

<sup>2</sup> Constituição Federal: “Artigo 134 - A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV.”

verídica de seu direito, ainda que seja necessário o seu contentamento com a inafastável punição, que deverá ser aplicada de forma adequada e justa.

Também, antes de adentrarmos o cerne da questão, pretendemos trazer os antecedentes históricos do direito de defesa e sua evolução, a partir das Ordenações do Reino de Portugal, buscando o espírito de cada legislação à luz da cultura de cada época, o que nos levará inclusive ao delineamento de questões de cunho terminológico, buscando detectar eventuais discrepâncias que venham a surgir acerca dos termos *direitos fundamentais*, *direitos humanos* e *direitos do homem*, de maneira a se alcançar uma maior linearidade do discurso.

E, por fim, trataremos da Defensoria Pública e das prerrogativas do defensor, elucidando quais foram os avanços e as principais mudanças ocorridas e como tem funcionado na prática a defesa técnica.

# **1 A EVOLUÇÃO DO DIREITO DE DEFESA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

## **1.1 Considerações iniciais**

Antes de mencionar a gênese da existência humana e o culminar do surgimento da civilização organizada, é importante lembrar que a defesa, como ato ou efeito de se defender, não é peculiar ao ser humano, dotado de razão, mas está presente em toda a natureza.

Como característica natural e universal, observa-se que há uma semelhança de atitude, na qual todo ser vivo, quando colocado em situação de destinatário de determinada ação, manifesta uma reação, sendo que, havendo qualquer situação de risco ou eventual ameaça de dano, produto de uma ação ou ataque à sua estrutura, reage no sentido de buscar a preservação de sua integridade.

É assim que acontece com todo ser vivente: nasce com instintos próprios de defesa, peculiares à sua estrutura, que estão notadamente arraigados em um sentimento próprio de preservação e subsistência.

E essa percepção, quando considerada uma forma de defesa em seu sentido mais amplo, também é perceptível em todo o universo e ocorre no caso do próprio planeta Terra, que possui diversos mecanismos de defesa, como por exemplo a camada de ozônio, localizada na estratosfera terrestre, que funciona como filtro à radiação solar ultravioleta, e que é responsável por quebrar a potencialidade do calor da luz solar, sem a qual certamente seria impossível a existência de vida no planeta.

Outra demonstração perceptível e palpável da presença de uma “defesa natural” pode ser vista no organismo humano e em seu sistema imunológico.

O organismo humano, ao detectar algo que não está em perfeito funcionamento, automaticamente emite sinais capazes de produzir a ativação necessária ao combate de

eventual vírus ou doença, criando anticorpos (proteínas específicas que reagem e se defendem de determinado “corpo estranho”).

E essas proteínas possuem rigorosamente aptidão genética ao combate desse corpo estranho, de forma a exercer a sua plena e efetiva defesa.<sup>3</sup>

Portanto, resta evidente que a evolução do direito de defesa está umbilicalmente ligada à defesa natural e inerente do ser humano, na busca constante de preservação e conservação de si mesmo, como assinala Jean-Jacques Rousseau.<sup>4</sup>

Além disso, percebe-se que é ínsito à natureza humana o coexistir, o comungar e o conviver com o seu próximo, o que quase sempre resulta no surgimento de dissensões, decorrentes das diferenças entre os indivíduos.

Com o decorrer dos séculos, ficaram para trás mecanismos de resolução de conflitos baseados na força física e na ardisidade, mais constantes na era da antiguidade humana, com os quais o homem se defendia na caverna e nas primeiras organizações.<sup>5</sup>

Assim, operou-se uma constante transformação no espectro das relações humanas e sociais.

A família, organização existente até os dias de hoje, sociedade natural por excelência, comprometida em alimentar, proteger e educar seus componentes, auxiliada pelas escolas, igrejas, opinião pública, sociedade, etc., e considerada como uma das formas mais antigas de

---

<sup>3</sup> Não é nosso intuito comparar o processo com um “corpo estranho”, e menos ainda que o Estado seja semelhante a uma doença. Contudo, numa visão institucional, quando a defesa é exercida de forma técnica, específica e minuciosa, fundamentada não em meras formalidades ou manifestações protelatórias das partes, se traduz em notável valorização do Poder Judiciário, de maneira a aumentar sua credibilidade por parte do cidadão, culminando com uma maior legitimação do poder. O operador do direito deve agir sempre baseado na prudência, no tirocínio, no equilíbrio e na sabedoria, conjugados com o aperfeiçoamento de seus conhecimentos, principalmente através do constante aprofundamento nos princípios constitucionais e gerais de direito. Agindo assim, certamente diminuirá em larga escala a probabilidade de decisões injustas e arbitrarias. Não que estejam impedidos de utilizar sua técnica argumentativa e eloquência para o convencimento do julgador, mas sempre devem estar calcados nos ditames mais comezinhos do sentimento de justiça social, de maneira a enxergar o seu caso como parte de um sistema que, por mais simples que pareça, produzirá consequências em todo o aparato de poder.

<sup>4</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social: princípios de direito político*. Tradução direta e integral do francês do Dr. Antônio de P. Machado. 6. ed. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1960. p. 14.

<sup>5</sup> ALTAVILA, Jayme. *Origem dos direitos dos povos*. 2. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1958. p. 10.

controle social, mantém os filhos a ela ligados até o tempo em que necessitam, culminando com o desatar desse liame natural.

Não podendo ela dar conta de regular os conflitos sociais rotineiros, que dirá dos de natureza mais complexa, tais como os decorrentes de dissensões econômicas entre regiões, relações internacionais, cidadania, posse de territórios, etc., os quais carecem de um sistema de controle mais adequado e com condições a serem impostas por meio de um sistema mais bem organizado de governo.

Deve cada sociedade dispor de um modelo de sistema de controle para assegurar a sua estabilidade e manutenção em perfeita harmonia.

Já que a sensação do justo e do injusto se infiltrou no espírito humano, fazendo com que a palavra oral não fosse mais suficiente para autenticar os atos, as fórmulas pactuais não eram mais garantias às relações econômicas e políticas.

O testemunho falhou como expressão da verdade, desvirtuado pelo medo e pelo interesse, culminando na necessidade da transliteração do direito em lei escrita, de maneira a se manter a legitimidade e perpetuar os princípios do direito, através de um sistema institucionalizado.

Houve um momento na civilização humana em que foi necessária a elaboração de ordenamentos jurídicos dotados de poder para obrigar as partes, com a finalidade de prover a manutenção da paz, ou seja, através de um sistema formal de controle social, efetivado no tripé normativo, sancionatório e processual.

Podemos dizer que diversos modelos sociais foram nascendo, os quais dependiam de certas peculiaridades comunitárias, dentre elas sociais, políticas, culturais e econômicas, que influenciavam diretamente a identificação do modelo que se pretendia para dar regência sobre a ordem jurídica de cada comunidade.

E para que esse controle pudesse ser exercido sem que houvesse arbitrariedade por parte de seus detentores, passou-se a cunhar uma lei destinada ao titular do poder, ou seja, uma lei que regeria o funcionamento do próprio Estado.

Foi através do constitucionalismo que se buscou dar maior ênfase aos titulares de direitos submetidos ao poderio estatal, de maneira a preservar direitos e garantias, buscando a imposição de limites ao exercício desse poder através de uma Constituição.

Essa Constituição, comumente expressão da vontade popular, cuidou de identificar e organizar formalmente a “particular maneira de ser do Estado”<sup>6</sup>, documentando os bens jurídicos de maior prevalência, os seus princípios e peculiaridades, bem como os direitos e garantias individuais e sociais.

A Constituição, segundo José Afonso da Silva, também é considerada

[...] a organização de seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias; em síntese, é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.<sup>7</sup>

O Brasil, com a promulgação da Constituição da República de 1988, inaugurou o modelo de Estado cunhado como “Democrático de Direito”<sup>8</sup>, ou seja, subordinado ao império da lei e regido pela representação da vontade popular.

Criando, desta forma, uma tábua de *direitos e garantias*, norteadas por *princípios e direitos fundamentais* do cidadão, os quais buscam regular e equilibrar as relações dos cidadãos com outros cidadãos e dos cidadãos com o próprio Estado.

---

<sup>6</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 2002. p. 45.

<sup>7</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 2.

<sup>8</sup> Constituição Federal: “Artigo 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]”

## 1.2 Direitos fundamentais e direitos humanos

Na doutrina, ainda que não haja grande discrepância acerca da questão, é imperioso enfocar as terminologias adotadas para tratar dos *direitos fundamentais* e dos *direitos humanos*.

Cumprido delinear essa seara terminológica, para tornar mais claro e objetivo o foco deste estudo, já que logo mais trataremos do direito de defesa propriamente dito.

José Afonso da Silva sustenta que os *direitos fundamentais* podem ser equiparados, enquanto expressão, a “direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem”.<sup>9</sup>

Essa equiparação é perfeitamente válida, apesar de no próprio texto da Constituição Federal brasileira de 1988 se constatar uma gama de diversidade semântica muito grande acerca dos termos.

O que se percebe é a utilização constante de nomenclaturas diferentes, que acreditamos, nem sempre se referem a uma mesma definição, expressando ora “direitos humanos”, ora “direitos e garantias fundamentais”, ou “direitos e liberdades constitucionais”, e ainda “direitos e garantias individuais”.

Portanto, é necessário proceder à distinção entre *direitos fundamentais* e *direitos humanos*, o que discorreremos meramente por excesso de atenção ao fato de se evitar o cometimento de eventual atecnia, de maneira a enquadrar o direito de defesa de maneira acertada no bojo do sistema constitucional.

Assim, cumpre esclarecer que o significado técnico dado a *direitos humanos* possui relação direta com os documentos de direito internacional, por se referir às posições jurídicas

---

<sup>9</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 175.

que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente, portanto, de sua vinculação com determinada ordem constitucional.

Nesse caso, atingem um sentido mais genérico de validade universal, servindo para todos os povos e tempos, com caráter que ultrapassa as fronteiras de determinado país.

Com relação à expressão *direitos fundamentais*, entende-se que ela se aplica aos direitos do ser humano reconhecido e positivado na esfera do próprio direito constitucional interno, específico de seu país.

Desse modo, os *direitos humanos* são os direitos que estão positivados na esfera internacional e que afetam as comunidades independentemente de suas fronteiras, e *direitos fundamentais*, são aqueles positivados na esfera constitucional, ou seja, sujeitos à soberania do país e que obedecem a critério principiológico, em prol dos bens jurídicos eleitos por aquele país.

E ainda, quando tratamos de *direitos do homem*, são os direitos considerados inerentes ao ser humano e que nem sempre estão positivados e, portanto, possuem ligação direta à expressão *direitos humanos*.

Ingo Wolfgang Sarlet, por sua vez, constata que “praticamente, não há mais Estado que não tenha aderido a algum dos principais pactos internacionais (ainda que regionais) sobre direitos humanos ou que tenha reconhecido ao menos um núcleo de direitos fundamentais no âmbito de suas Constituições”.<sup>10</sup>

Perceba-se a tecnicidade de sua assertiva, ao separar os termos, conforme acima ficou explicado.

Jorge Miranda também apresenta situação interessante, na qual procura atrelar a efetividade dos direitos fundamentais à participação efetiva popular na direção do poder político, sendo que no seu entendimento:

---

<sup>10</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 11.

Não há direitos fundamentais sem reconhecimento numa esfera própria das pessoas, mais ou menos ampla, frente ao poder político; não há direitos fundamentais em Estado totalitário ou, pelo menos, em totalitarismo integral. Em contrapartida, não há verdadeiros direitos fundamentais sem que as pessoas estejam em relação imediata com o poder, beneficiando de um estatuto comum e não separadas em razão dos grupos ou das condições a que pertençam; não há direitos fundamentais sem Estado ou, pelo menos, sem comunidade política integrada. A observação histórica comprova-o.<sup>11</sup>

Portanto, considerando os *direitos fundamentais* “toda a posição jurídica subjectiva das pessoas enquanto consagradas na *Lei Fundamental*”<sup>12</sup>, segue o mesmo critério terminológico que pretendemos adotar.

Dessa forma, entendemos ser mais acertada a proposta inicial de consenso acerca da terminologia constitucional, sintonizada no sentido de fixar a abrangência dos direitos fundamentais como genéricos e contidos no Estado Democrático de Direito.

Além disso, retornando para a Constituição Federal, verificamos em seu Título II referência expressa aos direitos e garantias fundamentais, que abrangem todas as demais espécies e categorias de *direitos fundamentais*, tais como os direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos sociais, a nacionalidade, os direitos políticos e o regramento dos partidos políticos, em que o direito de defesa é parte integrante dos *direitos fundamentais*.

Neste contexto, oportuno já deixar arquitetada proposta inicial de conceituação dos *direitos e garantias fundamentais* que, conforme Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, “constituem um amplo catálogo de dispositivos, onde estão reunidos os direitos de defesa do indivíduo perante o Estado, os direitos políticos, os relativos à nacionalidade e os direitos sociais, dentre outros”.<sup>13</sup>

Essa proposta também é endossada por Ingo Wolfgang Sarlet, para quem “estas categorias igualmente englobam as diferentes funções exercidas pelos direitos fundamentais,

---

<sup>11</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2000. v. 4, p. 7.

<sup>12</sup> *Ibidem*, v. 4, p. 9.

<sup>13</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 91.

de acordo com parâmetros desenvolvidos especialmente na doutrina e na jurisprudência alemãs e recepcionadas pelo direito luso-espanhol, tais como os direitos de defesa”.<sup>14</sup>

### 1.3 Aspectos históricos

A constatação histórica remonta à visão revolucionária da época das ideias de Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, cujas concepções são consideradas as primeiras manifestações a se levantarem contra a tradição jurídica e a legislação penal dos tempos da escuridão, denunciando os julgamentos secretos, a tortura empregada como meio de se obterem provas de crimes e a prática de confisco de bens do condenado, tendo por ideal a igualdade perante a lei dos submetidos a julgamento.

Beccaria defendia que “se a arbitrária interpretação das leis constitui um mal, a sua obscuridade o é igualmente, visto como precisam ser interpretadas. Tal inconveniente ainda acresce quando as leis não são escritas em língua comum”.<sup>15</sup>

Propunha que o texto das leis deveria ser como um livro familiar, voltado ao ensino, não escrito em língua morta, mas conhecida do povo, não podendo ser admitidos ordenamentos jurídicos demasiadamente solenes e formulados como se fossem oráculos misteriosos, mas sim de maneira a inculcar na mente dos que pensam cometer um crime o conhecimento e a certeza de sua punição, o que certamente poderia colocar freio à eloquência das paixões.

As leis deveriam assegurar que, nos casos em que fosse verificado serem as provas de determinado delito verdadeiras, ou seja, claras quanto à prática do fato transgressor (autoria e materialidade), seriam concedidos ao acusado tempo e meios para se defender.

---

<sup>14</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 12.

<sup>15</sup> BECCARIA, Cesare Bonesana, Marquês de. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Deocleciano Torrieri Guimarães. São Paulo: Rideel, 2003. p. 25.

Porém, o tempo concedido deveria ser curto, para que não demorasse a imposição do castigo, pois com a demora de sua aplicação, ele não mais surtiria efeitos contra os criminosos.

Notemos a amplitude de sua visão, pois, já naquela época, tratava especificamente da efetividade da pena e sua prevenção, perante o acusado e perante a sociedade, sem falar em sua concepção da necessidade de imposição de limites ao poder de punir do Estado, fazendo com que ele, juntamente com o cidadão, observasse e cumprisse a lei, levando ao conhecimento do povo o seu inteiro teor de forma inteligível.

Entretanto foi aos poucos que os contornos humanitários começaram a aparecer, tendo um desenvolvimento paulatino ao longo dos anos, tanto estabelecendo o direito de defesa daqueles que eram submetidos a julgamento no âmbito criminal, como na questão da aplicação da pena.

O processo penal passou a ser visto à luz de uma ideia de combate ao delito, e não mais do mero castigo ao homem ou eliminação do criminoso, buscando uma abertura para a existência da figura de um acusado detentor e sujeito de direitos e garantias, não mero objeto de investigações parciais, cujo intuito era a sua inevitável condenação, mas com a chance de se reconhecer a sua possível recuperação e retorno a sociedade, transformado pelo tratamento e disciplina empreendidos pelo Estado, visão arquitetada por Michel Foucault.<sup>16</sup>

Nesse compasso, é perfeitamente ponderável a vinculação do direito de defesa à evolução do constitucionalismo, uma vez que ele pressupõe o desenvolvimento através dos séculos dos mecanismos de proteção do cidadão perante o Estado, em que o fio condutor de todo esse cenário sempre foi o estabelecimento de limites à atuação do soberano.

De acordo com Pérez Luño<sup>17</sup>, a evolução e o processo de criação dos direitos humanos, inclusive as primeiras declarações do século XVIII, foram acompanhados de uma

---

<sup>16</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhe. 35. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008. p. 117.

<sup>17</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los derechos fundamentales*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

progressiva recepção de direitos, liberdades e deveres individuais, considerados antecedentes dos *direitos fundamentais*.

É na Inglaterra do século XIII que encontramos o principal documento que menciona a origem constitucional.

Foi através da *Magna Charta Libertatum*, documento escrito firmado em 1215 pelo Rei João Sem-Terra com os bispos e barões ingleses, que apesar de ter servido apenas para reger as relações de determinada camada social da época, que ocorreu importante contribuição para o nascimento de direitos e liberdades atualmente peculiares ao modelo de Estado Democrático de Direito.

Dentre suas contribuições, podemos mencionar o *habeas corpus* e os princípios do *devido processo legal* e da *garantia da propriedade*.

Apesar de a *Magna Charta* ser considerada o documento mais importante da época na seara dos direitos humanos e garantias, não foi nem o primeiro e nem o único documento que tratou desse assunto, merecendo destaque também nos séculos XI e XIII as cartas de franquias e os forais outorgados pelos reis portugueses e espanhóis.<sup>18</sup>

Os forais eram diplomas de curta extensão, com caráter bastante rudimentar, cujo objetivo principal era fomentar o povoamento de locais determinados, através da outorga de regalias a criminosos fugitivos de outras terras que adquiriam o direito de ir para aquele local para se estabelecerem e se organizarem honestamente.

Os forais portugueses surgiram em meio a um embate entre a cultura romana, então decadente, e o sentimento natural da personalidade, de conteúdo germânico, que se travou no século X, em meio ao que se constituiu a nacionalidade lusitana, culminando com a ascendência e constante busca de direitos por parte dos servos, de igualdade e liberdade, com vistas a deixar de ser *coisa*, para então ser considerado, através de seu trabalho, ser humano livre.

---

<sup>18</sup> Relativamente a esse período histórico, podemos citar o documento firmado por Afonso IX, em 1188, a Bula de Ouro da Hungria de 1222, o Privilégio General outorgado por Pedro III em 1283 (Cortes de Zaragoza) e os Privilégios da União Aragonesa de 1286.

Dentre outros, esses são alguns dos antecedentes históricos que influenciaram a criação das Ordenações do Reino, assunto que será tratado a partir de agora e que deverá trazer uma visão histórica setorizada do desenvolvimento do direito processual penal brasileiro, de maneira a se efetivar a sua compactação com o desenvolvimento dos *direitos fundamentais*.

Para tanto, faremos novamente um corte metodológico, com o intuito de fixar as estacas no âmbito da evolução do direito de defesa no Estado Democrático de Direito, centrados nos antecedentes do direito português e nas Constituições da República que antecederam a Constituição de 1988, bem como nos contornos que chegaram a influir na defesa técnica, tal qual a conhecemos atualmente.

#### **1.4 As Ordenações do Reino**

Os relatos e documentos históricos indicam que no período colonial o processo penal brasileiro era regulamentado pelas Ordenações do Reino de Portugal; até 1521, vigoraram as Ordenações Afonsinas, que foram substituídas pelas Ordenações Manuelinas, vigentes até 1603, quando foram então promulgadas as Ordenações Filipinas.

O período que antecedeu a promulgação das Ordenações Afonsinas foi marcado pela luta constante contra a vingança privada que ainda se fazia presente no Estado português.

Apesar do fortalecimento da monarquia que surgiu com D. Afonso II, foi com D. Afonso III que a lei passou a ser expressão exclusiva da vontade régia, culminando com a figura do “rei legislador”<sup>19</sup>, cuja elaboração das leis foi substituindo os usos e costumes enraizados na sociedade.

O trabalho legislativo empreendido pelo monarca constituiu um verdadeiro corpo legislativo, funcionando como uma quebra dos paradigmas anteriormente firmados por regras implantadas pelos reis visigodos e pelos concílios religiosos regionais, inseridos nos forais.

---

<sup>19</sup> PIERANGELI, José Henrique. *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*. 2. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2004. p. 44.

Em 1340, com a vitória de D. Afonso IV, os mouros foram banidos definitivamente do território lusitano, na Batalha do Rio Salado, quando já haviam sido criados os *juízes de fora* e promulgada a lei sobre as *inquirições devassas*.

Contudo, mesmo ante as diversas modificações empreendidas por D. Afonso IV, sobraram ainda resquícios de vingança privada na sociedade portuguesa, como, por exemplo, nos casos de homicídios e ofensas graves, cujo direito de vingança era transmitido aos herdeiros por meio da *lei da revindicta*.<sup>20</sup>

Apesar da transição, ainda se percebia a forte e constante influência também dos *concelhos*, uma espécie de assembleia eclesiástica que se traduzia na reunião de homens livres que visavam a tratar e deliberar acerca dos interesses comuns da sociedade, e dos *senhorios*, os quais observavam ainda a orientação do direito consuetudinário e dos forais, além de novas formas processuais fundamentadas e copiadas do direito romano e do Código Visigótico, que já previam modelos de defesa, porém deveras precários e voltados a prover a assistência somente da acusação.

Posteriormente, após um período de preâmbulo para a elaboração das Ordenações Afonsinas, foi nomeado para a tarefa de Corregedor da Corte João Mendes, a quem se atribui a autoria somente do primeiro livro; por ocasião de sua morte, o trabalho se concretizou em 28 de julho de 1446, tendo sido determinado que uma junta fizesse a revisão do trabalho, na qual foram feitas outras alterações.

As Ordenações foram trazidas a público provavelmente no mesmo ano, como um código completo, dispondo sobre quase todas as matérias da administração de um Estado; conforme assinala José Henrique Pierangeli<sup>21</sup>, evidentemente foi o primeiro que se publicou em toda a Europa.

---

<sup>20</sup> Silva Ferrão informa que “é bem conhecida a *lei da revindicta*, que prescrevia os termos, a forma em que cada um podia exercer esse direito, contanto que fosse fidalgo e homem bom. O costume, porém, do reino, ia mais longe, permitindo a todos vingar a desonra dos seus parentes, ou escoimar; o costume que D. Afonso IV, em 1363 e 1385, tratou de abolir em grande parte, e que D. Afonso V suprimiu completamente. (FERRÃO, Francisco António Fernandes da Silva. *Teoria do direito penal aplicada ao Código Penal português comparado com o Código do Brasil...* Lisboa: Typografia Universal, 1856. v. 1. p. XLVII).

<sup>21</sup> PIERANGELI, José Henrique. *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*. 2. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2004. p. 43.

O avanço legislativo foi imperativo dessa época marcada pelas Ordenações, mas nenhuma delas assegurava a defesa do acusado, como aponta José Frederico Marques:

No tocante ao processo penal, as Ordenações de Filipe II repetiram em grande parte o que nas outras se continha, mormente a “nova ordem do processo criminal” publicada por D. João III. Era no famoso Livro V, de malsinada memória em virtude de seus preceitos desumanos e bárbaros, que vinha regulado, nos seus institutos, o processo penal. Sob o signo de seu sistema normativo, cruel e despótico, ali se acasalavam um Direito Penal retrógrado e sanguinário, com regras processuais inquisitivas, consubstanciadas, sobretudo nas tristemente famosas inquirições devassas.<sup>22</sup>

As Ordenações Filipinas tiveram aplicação no Brasil, especificamente após a criação do Tribunal de Relação da Bahia, tendo a sua execução atingido o ano de 1832, quando houve a promulgação do Código do Processo Criminal de Primeira Instância, cuja aplicação ficou limitada aos pontos que não foram revogados pela Constituição de 1824.

## 1.5 A Constituição do Império

O surgimento do constitucionalismo no Brasil praticamente coincidiu com proclamação da independência, tendo sido decretada pelo príncipe regente a convocação de uma assembleia constituinte e legislativa, que ficou incumbida de elaborar o “Código Fundamental do Império”.

Ela foi dissolvida pelo próprio príncipe regente, que nomeou um Conselho de Estado, composto em sua totalidade por brasileiros natos, quase todos formados pela Universidade de Coimbra, para elaborar uma Constituição sob sua orientação pessoal; em 1824 foi proclamada a Constituição do Império.

Essa Constituição tinha forte influência dos ideários iluministas, contudo não fazia menção a qualquer dispositivo expresso acerca do direito de defesa, ordenando apenas que era

---

<sup>22</sup> MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas. Millennium. 2000. v. 1, p. 96.

necessário informar ao réu o motivo de sua prisão, os nomes do seu acusador e os nomes das testemunhas.<sup>23</sup>

Foi com a segunda parte do Código do Processo Criminal do Império que se iniciaram os contornos da gênese, ainda muito tênue, do direito de defesa, contanto ainda destinado somente à acusação.

Nos casos dos crimes em que o ofendido fosse juridicamente miserável, faria uma requisição ao promotor público, que deveria promover a ação penal privada.

Mas é na Constituição Republicana de 24 de fevereiro de 1891 que se pode constatar expressamente a existência de disposição sobre o direito de defesa, sistemática que foi adotada pelas demais Constituições brasileiras, acompanhando o padrão, constando o direito de defesa no rol da categoria dos direitos e garantias individuais e fundamentais.<sup>24</sup>

## 1.6 O Brasil como Estado Democrático de Direito

A Constituição Federal de 1988 fincou a forma de Estado brasileiro como “Democrático de Direito”.

Após tortuoso e longo período de abusos, tiranias e arbitrariedades, resultou da formulação da Assembleia Nacional Constituinte, pelos representantes do povo, fomentando a

---

<sup>23</sup> Constituição do Império: “Artigo 179 – [...] VIII - Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, [...] o Juiz por uma nota por ele assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador e os das testemunhas, havendo-as.”

<sup>24</sup> Constituição de 1891: “Artigo 72 - [...] § 16 - Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela, desde a nota de culpa entregue em vinte e quatro horas ao preso e assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas.”; Constituição de 1934: “Artigo 113 - [...] § 24 - A lei assegurará aos accusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciais a esta.”; Constituição de 1937: “Artigo 122 - [...] § 11 *in fine* - [...] a instrução criminal será contraditória, asseguradas antes e depois da formação da culpa as necessárias garantias de defesa.”; Constituição de 1946: “Artigo 141 - [...] § 25 - É assegurada aos acusados a defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela, desde a nota de culpa, que, assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao preso dentro em vinte e quatro horas. A instrução criminal será contraditória.”; Constituição de 1967: “Artigo 150 - [...] § 15 - A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem tribunais de exceção.”; a Emenda Constitucional n. 1, de 1969, em seu artigo 153, parágrafo 15, manteve a redação da Constituição de 1967.

obediência às leis pelo Poder Público, colocando termo às regalias e desigualdades e consolidando-se como uma para o poder.

Desse modelo jurídico decorreram alguns fundamentos do Estado brasileiro; o artigo 1º da Constituição Federal elenca seus pilares: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Desses pilares, é imperioso destacar a *dignidade da pessoa humana*, que é a pedra angular que dá sustentação a todo o ordenamento jurídico, sendo considerada como “um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”.<sup>25</sup>

Marco Antonio Marques da Silva a defende como “o reconhecimento constitucional dos limites da esfera de intervenção do Estado na vida do cidadão e por razão os direitos fundamentais, no âmbito do poder de punir do Estado, dela decorrem”.<sup>26</sup>

Ou seja, verifica-se novamente o que já mencionamos acerca da consideração da pessoa, especificamente com relação ao seu tratar perante, ou pelo Estado, devendo ser considerada não mais objeto ou coisa, mas sim sujeito de direitos dentro desse sistema.

O processo deverá obedecer a critérios de funcionamento não mais calcados no embate de guerrilha, com a disposição de armas para as partes, mas sim como uma forma de solução regulada dos conflitos, permeada por direitos, princípios e garantias efetivas, através de oportunidades equânimes na busca pela justiça.

## **1.7 O direito de defesa como garantia da dignidade humana**

Encontra-se estampado no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna o fundamento condutor de todo o ordenamento jurídico nacional: a *dignidade da pessoa humana*.

---

<sup>25</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 38.

<sup>26</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à justiça penal e estado democrático de direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 5.

Esse preceito<sup>27</sup> foi erigido a *status* de direito fundamental pela primeira vez no texto da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, após o Estado nazista ter ferido gravemente a dignidade de seus pares, mediante a prática de horrorosos crimes políticos, sob a invocação de razões de Estado.

Produzida pela filosofia kantiana, também foi insculpida na Constituição portuguesa, segundo a qual: “Portugal é uma república soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.”

Também está presente na Constituição espanhola, cujo artigo 10, n.1, estatui: “A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito a lei e aos direitos dos demais são fundamentos da ordem política e da paz social.”

Tendo como motivos, dentre outros a tortura e toda sorte de desrespeitos à pessoa humana praticados sob o regime militar, necessário foi o constituinte brasileiro também incluir a *dignidade da pessoa humana* como um dos fundamentos do Estado.

É sabido que só o ser humano racional pode ser considerado pessoa, além de ser também espiritual; ao mesmo tempo, é fonte e imputação de todos os valores, consciência e vivência de si próprio.

Nos dizeres de José Afonso da Silva:

Todo o ser humano se reproduz no outro com seu correspondente e reflexo de sua espiritualidade, razão por que desconsiderar uma pessoa significa, em última análise, desconsiderar a si próprio. Por isso é que a pessoa é um centro de imputação jurídica, porque o Direito existe em função dela e para propiciar o seu desenvolvimento.<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> José Afonso da Silva ensina que tal preceito possui base filosófica kantiana, de forma a demonstrar o *homem* como ser racional, que existe como fim em si mesmo e não simplesmente como meio, enquanto os seres desprovidos de razão têm um valor relativo e condicionado. Os seres racionais são chamados de *peçoas* porque sua natureza já os designa com o fim em si mesmo. Portanto, só o ser humano, o ser racional, é *pessoa* (*Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 37).

<sup>28</sup> SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 37.

No passado, como já comentado, os processos eram sigilosos, os acusados não sabiam em que fatos estava consubstanciada a acusação, os defensores não dispunham das suas prerrogativas e o Estado ditava a pena conforme seus interesses, em total dissonância com esse parâmetro.

A defesa, consagrada como garantia, consolidou uma real possibilidade do cidadão pedir do Estado explicações para conhecer os fundamentos de determinada decisão, para então poder aferir, conforme o caso, se há ou não arbitrariedade ou desrespeito à lei.

Criou-se uma forma de fiscalizar o exercício do poder por órgãos descentralizados, reconhecidamente legítimos, totalmente dotados de independência e desvinculados dos interesses do Estado.

Com a constitucionalização dos mecanismos de proteção do cidadão e dos princípios e garantias, consagrados em seu favor, o direito de defesa foi se tornando cada vez mais aprimorado e moldado à concepção de *dignidade humana*, tratando-se também de preceito insito à ordem legal de um Estado Democrático de Direito, conforme ensina José Frederico Marques:

O direito de defesa, em sua significação mais ampla, está latente em todos os preceitos emanados do Estado, como *substratum* da ordem legal, por ser o fundamento primário da segurança jurídica da vida social organizada [...]. É essencial à defesa plena que não se rebaixe o indiciado à condição inferior de simples material de investigações.<sup>29</sup>

Esse entendimento tem estreita ligação com o enfoque que se pretende conceder ao direito de defesa, uma vez que constitui meio capaz de muitas vezes denunciar abusos e ilegalidades empreendidas pelo Estado, não deixando o cidadão ser rebaixado a objeto, mas sujeito de direitos e faculdades.

Portanto, o que se percebe, com relação ao direito de defesa, é que as previsões existentes até então foram sendo aperfeiçoadas ao longo dos anos, e com a Constituição Federal o processo não foi diferente.

---

<sup>29</sup> MARQUES, José Frederico. *Estudos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 301.

E já que mais acima superamos a terminologia dada ao assunto relacionado ao termo *pessoa*, mais uma vez nos socorreremos da filosofia para tratar da questão do que se entende por *dignidade*.

Por meio de uma concepção kantiana, aprende-se que existem alguns bens que podem ser valorados, dentre os quais *bens de valor relativo* e *bens de valor condicionado*, sendo tais bens assim denominados porque possuem relação com as inclinações e necessidades gerais do homem, as quais têm seu preço de mercado.

Contudo em sua análise, tudo aquilo que não é um valor relativo, mas sim superior a qualquer preço, é um valor interno e não admite substituto equivalente, corresponde ao que conhecemos por *dignidade*.<sup>30</sup>

Argumentando dessa forma, observa-se que os conceitos de *dignidade* são atributos intrínsecos da essência da pessoa humana, único ser que compreende um valor interno, superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente.<sup>31</sup>

Jorge Miranda enriquece ainda mais o preceito, ao incluir o Estado como propagador e responsável da dita *dignidade*:

Característica essencial da pessoa – como sujeito, e não como objeto, coisa ou instrumento – a dignidade é um princípio que coenvolve todos os princípios relativos aos direitos e também aos deveres das pessoas e à posição do Estado perante elas. Princípio axiológico fundamental e limite transcendente do poder constituinte, dir-se-ia mesmo um *metaprincípio*.<sup>32</sup>

Sendo assim, detectamos alguns preceitos inseridos no texto constitucional que buscam, relativamente ao direito de defesa, proceder à sua instrumentalização por meio de outros princípios, direitos e garantias, em prol de uma maior concreção à *dignidade da pessoa*

---

<sup>30</sup> KANT, Emmanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Edições 70 Brasil, 2007. p. 102. (Coleção Textos Filosóficos).

<sup>31</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 48.

<sup>32</sup> MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 170.

*humana*: o inciso XXXIV<sup>33</sup> do artigo 5º estampa a previsão do direito de petição, que pode ser usado expressamente em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder, ou ainda para esclarecimento de situações de interesse pessoal; o inciso XXXVIII<sup>34</sup> do artigo 5º restabelece a plenitude da defesa no tribunal do júri; o inciso LX<sup>35</sup> do artigo 5º fixa a defesa da intimidade como paradigma de garantia; foram criados o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção e o *habeas data* como forma de aparelhar os *remédios constitucionais*.

A extensão de abrangência das garantias do contraditório e da ampla defesa para além da pessoa dos acusados em geral, abrangendo os litigantes em processo judicial ou administrativo, foi evolução significativa diferente, no molde antecedente calcado na Constituição de 1891, em que a ampla defesa foi prevista em âmbito constitucional (art. 72, § 17), mas voltada apenas aos acusados em matéria de direito criminal.

Ademais, foram trazidas para o texto constitucional garantias como o devido processo legal e a presunção de inocência, estacas que também estruturam o direito de defesa.

Também ocorreu profunda reforma no âmbito das prisões, que passaram a decorrer somente de flagrante delito ou ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária, pois anteriormente não eram especificadas quais autoridades eram consideradas competentes para ordenar a prisão.

Tendo ficado estampado o dever de sua imediata comunicação ao juiz competente e a família do preso ou pessoa por ele indicada, juntamente com o dever de informação ao preso de seus direitos, dentre os quais o de permanecer calado, acompanhado da disponibilização de assistência da família e de advogado.

E concluindo, mais recentemente, com o advento do inciso LXXVIII, introduzido no artigo 5º pela Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, outra inovação

---

<sup>33</sup> Constituição Federal: “Artigo 5º - [...] XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.”

<sup>34</sup> Constituição Federal: “Artigo 5º - [...] XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa.”

<sup>35</sup> Constituição Federal: “Artigo 5º - [...] LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.”

estrutural ocorreu, com a garantia aos litigantes nos âmbitos judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação.

Impôs, por sua vez, no campo processual penal o dever de respeitar a razoabilidade dos prazos, especificamente quando se trata de acusado preso provisoriamente, avanço que nitidamente aparelha o direito de defesa.

Tal como era previsto na Constituição de 1946, retornou ao Estado a obrigatoriedade de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. (inc. LXXIV)

Endossando o texto da garantia do inciso acima, houve a criação da Defensoria Pública, responsável por prover o cidadão de orientação jurídica adequada, compondo uma das funções essenciais à função jurisdicional do Estado.<sup>36</sup>

Houve preocupação com peculiaridades inéditas, tais como a garantia ao adolescente infrator a igualdade na relação processual e o exercício de defesa técnica por profissional habilitado, nos termos do artigo 227, parágrafo 3º, inciso IV.

Registramos, desta feita, que a Constituição Federal de 1988 ampliou significativamente o que se entendia por direito de defesa, de maneira a fixar os seus contornos, por meio de novos mecanismos que corroboraram a sua prevalência e efetivação, tendo havido uma inédita evolução no campo das garantias, com respeito à *dignidade da pessoa humana* e a plenitude da garantia das liberdades públicas.

## **1.8 Direito de defesa no Pacto de São José da Costa Rica**

E não foi só na Constituição brasileira que houve previsão expressa do aparelhamento do direito de defesa, mas também na Convenção Americana de Direitos Humanos, cujo texto foi aprovado em São José da Costa Rica, em 22.11.1969.

---

<sup>36</sup> A Emenda Constitucional n. 45, em seu artigo 134, parágrafo 2º, conferiu autonomia funcional e administrativa, bem como iniciativa de proposta orçamentária, para que, dessa forma, as instituições estaduais possam executar com independência a prestação de assistência jurídica integral aos necessitados.

A aprovação desse tratado pelo Brasil ocorreu pelo Decreto Legislativo n. 27, de 26.05.1992, que o ratificou pela carta de adesão de 25.09.1992, vindo formalmente a Convenção a ser incorporada ao direito interno pelo Decreto n. 678, de 06.11.1992.

Assim, o rol de garantias judiciais do artigo 8º da Convenção passou a suplementar a Constituição Federal, em patamar de igualdade.

E no que diz respeito ao direito de defesa, cuidou de prever expressamente uma série extensa de medidas voltadas à sua efetivação: concessão de tempo e meios adequados ao acusado para a preparação de sua defesa; direito do acusado defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor, dentre outras.

Tal avanço há de ser computado à luz das características dos *direitos humanos*, especificamente a sua *inexauribilidade*, em conformidade com o artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal<sup>37</sup>, tornando possível a integralização de todas as garantias processuais penais da Convenção Americana de Direitos Humanos no sistema constitucional brasileiro, com o mesmo nível hierárquico da Constituição Federal.

---

<sup>37</sup> Constituição Federal: “Artigo 5º - [...] § 2º- Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

## **2 O PRINCÍPIO E A GARANTIA DA AMPLA DEFESA**

Não podemos falar de defesa sem analisar seus enfoques enquanto direito, garantia e princípio. Ou seja, tecnicamente, a depender do ponto de vista empreendido, a defesa tanto pode ser considerada como um “princípio”, um “direito” e também uma “garantia”.

Vejamos.

### **2.1 O princípio como orientador do sistema jurídico**

De antemão, importante consignar que não é possível estudar o texto constitucional positivo de qualquer Estado sem antes identificar os princípios que informaram tal documento, o que faremos em momento oportuno.

Esta premissa se baseia no entendimento de Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior<sup>38</sup>, que também nos auxiliam na diferenciação entre direitos e garantias, lecionando que direitos são preceitos de caráter declaratório ou enunciativo, enquanto as garantias são marcadas pelo conteúdo assecuratório dos direitos.

A título de ilustração, analisando a Constituição Federal, pode dizer que, além dos remédios constitucionais, todas as demais medidas assecuratórias nela previstas podem ser classificadas como garantias.

A diferença que deve ficar consignada é que as garantias individuais são verdadeiras barreiras de proteção dos direitos e atuam de forma preventiva, já os remédios constitucionais visam a corrigir violações a direitos.

Deve haver o pleno equilíbrio entre os direitos e suas respectivas garantias; é indispensável esse dualismo, sob pena de tais previsões se tornarem sem efeito prático.

---

<sup>38</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 66.

Ada Pellegrini Grinover reconhece a interligação entre direitos e garantias e aborda especificamente o direito de defesa, neste contexto:

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.<sup>39</sup>

O direito de defesa, sob a percepção do acusado, é o direito que ele tem de reagir à ação contra si proposta, a fim de perseguir uma sentença favorável.

Sob o critério constitucional, a defesa não interessa somente à pessoa que está sendo acusada e processada, mas também à comunidade da qual ela faz parte, pois elemento essencial do Estado Democrático de Direito, contribuindo para que a sentença seja justa e em consonância com os ditames constitucionais. Nesse caso, a defesa se corporifica como garantia.

## 2.2 Direito de defesa como princípio

Quando a defesa se impõe como instrumento a permear todo o sistema processual, de maneira a informar o andamento do processo penal em cada um de seus momentos, sua faceta de princípio aflora.

Portanto, a depender do ponto de vista que se examina o instituto, tanto ele pode ser direito, como garantia e princípio, mas em todos os seus contornos, sempre estará ínsito a ela a ideia fulcral de um garantismo processual.<sup>40</sup>

Jorge Miranda explica a verdadeira importância dos princípios e sua carga valorativa voltada ao intérprete, conforme trazemos à colação abaixo, de forma a elucidar o direito de defesa, neste enfoque:

---

<sup>39</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O princípio da ampla defesa. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 19, p. 19, dez. 1981/dez. 1982.

<sup>40</sup> GIANNELLA, Berenice Maria. *Assistência jurídica no processo penal: garantia para a efetividade do direito de defesa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 115.

Os princípios não se colocam, pois, além ou acima do Direito (ou do próprio Direito positivo); também eles – numa visão ampla, superadora de concepções positivistas, literalistas e absolutizantes das fontes legais – fazem parte do complexo ordenamental. Não se contrapõem às normas, contrapõem-se tão somente aos preceitos; as normas jurídicas é que se dividem em normas-princípios e normas-disposições.<sup>41</sup>

E Celso Antonio Bandeira de Melo define:

Princípio é um mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.<sup>42</sup>

Nesta toada, os princípios são ordenações que irradiam e criam os sistemas de normas, ou seja, “são núcleos de condensações nos quais confluem valores e bens constitucionais”.<sup>43</sup>

Podem estar positivamente incorporados no ordenamento jurídico, constituindo preceitos básicos da organização constitucional.

Diferentemente das regras, os princípios sempre são genéricos, ainda que expressos ou tácitos.

As regras são sempre expressas, possuindo a função nítida de regular, direta ou indiretamente, as relações jurídicas que se enquadram nos seus moldes hipotéticos.

Nesse particular, sua roupagem garantista se manifesta de forma plena, ou seja, com vistas a transcender a visão meramente do acusado, mas representando garantia voltada para toda a comunidade, na medida que é essencial ao Estado Democrático de Direito.

E essa essencialidade se encontra na constante busca para a realização da justiça social por meio do devido processo legal, pois se se ficasse subsumido somente à visão do acusado, a defesa não passaria do direito que ele tem de “reagir à ação contra si proposta, a fim de

---

<sup>41</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990. v. 1, p. 198.

<sup>42</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 91.

<sup>43</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. 2. ed. rev. e ampl. Coimbra: Coimbra Editora, 1984. v. 1, p. 41-42.

perseguir decisão favorável e, assim, preservar direitos substanciais individuais questionados no processo”.<sup>44</sup>

### 2.3 O devido processo legal

Prerrogativa para garantia da ampla defesa e da defesa técnica é a existência do devido processo legal garantido constitucionalmente.

A observância do devido processo legal tem sua origem no preceito *by the law of the land* do direito inglês, transposto para a cláusula *by due process of law* do direito americano.

Esse preceito menciona como regra a “lei da terra”, que importava na vinculação dos direitos às regras comuns por todos aceitas, decorrentes de precedentes fáticos e judiciais.

Na Constituição brasileira, o preceito vem estampado no artigo 5º, inciso LIV, cujo enunciado é proveniente da própria Magna Carta inglesa, prevendo que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci conceituam o princípio, mencionando ser oriundo do Estado Democrático de Direito, no qual o devido processo legal alcança desde a elaboração correta e regular da lei, até a sua razoabilidade, senso de justiça e enquadramento constitucional.<sup>45</sup>

É estreme de dúvidas que o devido processo legal é cláusula que se ergue como coluna mestra de sustentação da cidadania, corporificado no direito de defesa, posto que dele decorre.

Ele constitui, por si só, poderoso instrumento de freio à ação do Estado, abrigo inexpugnável do homem comum, titular de direitos irrenunciáveis e inalienáveis, sem o qual o direito de defesa não teria fundamento, desprovido de toda a sua efetividade.

---

<sup>44</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. *Reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 25.

<sup>45</sup> TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 15 e 16.

Marco Antonio Marques da Silva vai ainda mais longe, e leciona que:

O devido processo legal não se destina tão somente ao intérprete da lei, mas já informa a atuação do legislador, impondo-lhe a correta e regular elaboração da lei processual penal. Em outras palavras, o juiz está submetido e deve submeter as partes à norma processual penal vigente, o que caracteriza a garantia constitucional.<sup>46</sup>

Dessa maneira, estabelece as fronteiras de um amplo espectro de garantias em favor do cidadão, em obediência ao Estado Democrático de Direito, no qual o tratamento dado às partes será sempre equânime, autor e réu como partes titulares dos mesmos direitos.

Marco Antonio Marques da Silva complementa:

[...] obedecido o devido processo legal, além de assegurar-se a liberdade do indivíduo contra a ação arbitrária do Estado, busca-se uma correta atuação do poder jurisdicional, evitando-se as nulidades do processo. Desse modo, em uma outra instância, é o próprio processo que fica garantido.<sup>47</sup>

## 2.4 O contraditório e a ampla defesa

Possuem o contraditório e a ampla defesa ligação umbilical com o devido processo legal, uma vez que o contraditório pressupõe a possibilidade de tomar conhecimento de todo o conteúdo do processo, de maneira a se proceder a efetiva defesa.

Dessa forma, para que se defenda de algo, necessário é que se saiba exatamente o teor das acusações e seus fundamentos.

Ambos os termos possuem ligação contínua, chegando a ponto de haver certa vinculação entre as garantias, de maneira que uma é condição de existência da outra.

Além disso, esse modelo processual precisa ser fundamentado numa padronização, ou seja, o conjunto de atos concatenados deve ser igual para todos, como forma de se prover maior segurança jurídica às partes.

---

<sup>46</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à justiça penal e estado democrático de direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 17.

<sup>47</sup> *Ibidem*, mesma página.

Nesse aspecto, o contraditório funciona como imposição ao Estado da obrigação de levar a conhecimento do acusado todos os argumentos que compõem a sua acusação.

Segundo Marco Antonio Marques da Silva, “contraditório e ampla defesa formam um binômio inarredável e uma consequência lógica do devido processo legal em um Estado Democrático de Direito”.<sup>48</sup>

Eduardo Couture afirma que “a justiça se serve da dialética porque o princípio da contradição é o que permite, por confrontação de opostos, chegar à verdade”.<sup>49</sup>

O único meio para que se alcance a verdade é mediante a efetivação desses princípios, em que o contraditório deve ser concretizado num primeiro momento, atrelado ao direito à informação (princípio da publicidade), fazendo assim nascer a possibilidade do exercício da ampla defesa.

Disso se conclui também, por razões lógicas, que a acusação deve ser anterior à defesa, devendo o acusado ser informado do inteiro teor da imputação que lhe é feita, para que não exista óbice ao devido processo legal e à plena defesa, pois caso o acusado não tenha conhecimento da acusação formulada, ficaria impossibilitado de proceder à sua plena defesa, bem como sequer opor uma versão diferente da apresentada pela acusação.

E nesse sentido também não podemos deixar de mencionar Marco Antonio Marques da Silva, que sustenta que o direito de informação é indispensável para que o processo tenha um conteúdo dialético, composto por uma paridade de oportunidades.<sup>50</sup>

Em outras palavras, não é qualquer informação que preenche o conteúdo do princípio do contraditório, mas sim uma informação de caráter explícito e efetivo, de maneira a evitar o

---

<sup>48</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à justiça penal e estado democrático de direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 26.

<sup>49</sup> COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao estudo do processo civil*. Tradução de Mozart Victor Russomano. Rio de Janeiro: José Konfino, 1951. p. 66.

<sup>50</sup> “O direito a informação é indispensável para que se dote o processo de conteúdo dialético característico do princípio do contraditório. Desconhecida por parte do acusado o conteúdo da acusação o processo em que se poderá proferir sentença condenatória terá seu conteúdo proporcionado exclusivamente por uma das partes – a acusação – na busca da verdade real, acerca dos fatos e com violação do direito de defesa inerente a qualquer pessoa.” (SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à justiça penal e estado democrático de direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 27).

cunho meramente formal. Para tanto, deverá ser expressa, certa e completa, de forma a ilustrar todos os fatos em que se fundamentou a acusação.

A ampla defesa, por consequência, também não difere do contraditório, operando também como consectário do devido processo legal.

A Constituição garante que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, conforme já mencionado, para total segurança às partes de um processo (art. 5º, LIV, da CF).

Outrossim, “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” (art. 5º, LV, da CF).

A expressão *ampla defesa*, numa análise menos atenciosa, poderia dar uma ideia inicial de redundância, mas, contrariamente, “a *ampla* possibilidade de se defender representa a mais copiosa, extensa e rica chance de preservar o estado de inocência, outro atributo natural do ser humano”.<sup>51</sup>

De maneira a envolver todos os estágios procedimentais da persecução penal, o instituto também apresenta outras peculiaridades.

E, conforme já falamos, só existe ampla defesa posteriormente à cientificação da acusação – contraditório – e, portanto, o direito à ampla defesa está arraigado ao direito de ser informado anteriormente do conteúdo da acusação.

Vicente Greco Filho nos dá uma perspectiva completa de abrangência dos princípios, os conceituando:

[...] como o meio ou instrumento técnico para a efetivação da ampla defesa, e consiste praticamente em: poder contrariar a acusação; poder requerer a produção de provas que devem, se pertinentes, obrigatoriamente ser produzidas; acompanhar a produção das provas, fazendo, no caso de

---

<sup>51</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 264.

testemunhas, as perguntas pertinentes que entender cabíveis; falar sempre depois da acusação; manifestar-se sempre em todos os atos e termos processuais aos quais devem estar presentes; recorrer quando inconformado.<sup>52</sup>

Ela se concretiza por meio da efetivação da citação válida no processo ou no inquérito policial, de maneira a informar ao acusado quais providências deverá tomar especificamente, quer seja tomar ciência do conteúdo inicial de um processo, quer seja ser incitado para comparecimento em juízo ou propiciar atuação do acusado por meio de seu defensor apresentando a respectiva defesa com relação as acusações, bem como o prazo que ele dispõe para tal.

Nesse aspecto, o fator tempo também é componente imprescindível à ampla defesa, uma vez que, dependendo do caso, é possível que a matéria a ser examinada dependa de longos estudos, antes da formulação da defesa final.

Entretanto, apesar de existirem prazos regendo o trâmite processual, a amplitude da defesa se posta à frente deles, ou seja, nos casos em que não forem apresentadas as peças ou recursos necessários dentro do prazo legal, tal não poderá representar prejuízo para o acusado, ainda que por desídia do seu defensor.

Porém, voltando à questão da visão sistemática do Poder Judiciário, é incumbência das partes contribuir para o bom andamento processual, com vistas à consagração da ética e disciplina, respeitadas conforme a tecnicidade.

Contudo, interessante também pontuar acerca do operar da ampla defesa e do contraditório no transcurso da investigação policial, devendo ficar claro que essa fase processual tem natureza inquisitiva, não dependendo de contraditório, nem da ampla defesa, pela razão de ser momento único destinado à formação da convicção do órgão acusatório.

E essa mitigação do contraditório e da ampla defesa na fase investigativa, conforme Guilherme de Souza Nucci, nos casos em que “cuidando-se de prova não repetível, como

---

<sup>52</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 65.

ocorre, basicamente, com as perícias, torna-se fundamental a participação do defensor, seja formulando quesitos, seja acompanhando qualquer diligência empreendida pelo experto”.<sup>53</sup>

Com todo o acato ao entendimento acima expandido, defendemos, com base na grandiosidade e importância do *princípio da dignidade da pessoa humana*, que no transcurso da investigação criminal, a defesa deve ser ampla, não podendo ser mitigada ou relativizada, sob o argumento de se tratar de fase inquisitiva. Explicamos:

A título de exemplo, tomemos o caso acima, que trata de prova não repetível e necessidade de formulação de quesitos.

Na prática, como seria possível detectar ou não a necessidade de ampla defesa, sem que ela já não estivesse atuando na investigação? Seria incumbência da autoridade policial? Do Ministério Público? Quem faria tal constatação, senão o próprio defensor?

Existem ainda os casos em que se fazem necessárias medidas cautelares que tramitam nessa fase, conforme ocorre nos casos dos crimes de violência doméstica, regidos pela Lei n. 11.340/2006, que criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Conhecida como Lei Maria da Penha, ela dispõe em seu artigo 22 que, constatada a prática da violência doméstica e familiar contra a mulher, o juiz poderá aplicar de imediato, dentre outras medidas, por exemplo, o afastamento do acusado do lar, do domicílio ou local de convivência com a ofendida.

Em casos como esse, é inadmissível que o acusado seja processado sem poder ofertar sua defesa de forma plena e técnica, pois a determinação da medida se afasta do campo investigatório para a prolação de um juízo de valoração acerca dos fatos, o qual vai gerar certos impedimentos ao acusado.

---

<sup>53</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 266.

E se tem o condão de lhe causar impedimentos, por óbvio que ainda que seja em parte, a investigação se apartou de seu cunho inquisitivo, passando para o âmbito acusatório.

Mas o que se percebe na prática é que isso não tem gerado maiores problemas, pois os operadores de direito têm admitido a defesa por advogado de forma plena, no âmbito desse regramento.

Portanto, rigorosamente, a defesa técnica deve se fazer plena no trâmite investigativo, diferentemente do contraditório, o que só viria a tornar mais burocrático e formal o seu andamento.<sup>54</sup>

Também é interessante citar questão digna de análise relativa à audiência que se realiza sem a presença do acusado, mas somente com a presença do seu defensor, em que o Superior Tribunal de Justiça já tem firmado posição no sentido de que não há violação do contraditório e ampla defesa, desde que a defesa seja exercida de forma plena pelo advogado.<sup>55</sup>

Nesse particular, o entendimento merece ponderação, pois como a defesa pode ser plena se lhe faltam elementos para sua concretização?

Em outras palavras, e conforme restará demonstrado, a defesa técnica é dividida em autodefesa e defesa técnica propriamente dita, sendo que a defesa técnica de mérito, apesar de efetuada pelo defensor, depende totalmente da autodefesa do acusado.

Ou seja, ao acusado incumbe o delineamento dos fatos para proceder o devido municiamento das teses da sua defesa, no que diz respeito ao mérito da questão abrangida.

---

<sup>54</sup> Nesse particular, imperioso mencionar que o anteprojeto do novo Código de Processo Penal, em trâmite no Senado Federal, prevê que a vítima também deve ser notificada dos atos praticados no processo. Imaginemos uma situação prática em que, para se proceder ao interrogatório do acusado, deveria se aguardar não só a sua intimação, de seu defensor, mas também da vítima. Isso viria certamente a emperrar o trâmite das investigações, dificultando atingir a sua finalidade.

<sup>55</sup> “Não há que falar em violação aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, pela ausência do réu em audiência de inquirição de testemunhas, uma vez que exercida de maneira plena pelo advogado regularmente constituído presente ao ato processual.” (STJ – HC n. 127082/MG, 5ª T., rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 17.11.2009, v.u.).

Ainda, para reflexão, outro acontecimento prático é o referente ao caso de quando o defensor do acusado não for intimado para o seu interrogatório, mas no ato de sua realização for nomeado defensor dativo, mediante autorização do acusado.

O Superior Tribunal de Justiça entende que mesmo assim não ocorre violação dos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, pois não há prejuízo ao réu, uma vez que a defesa foi exercida de maneira plena.<sup>56</sup>

Em que pese esse entendimento, *permissa venia* não compactuamos com ele, uma vez que não se tem a comprovação de que o defensor dativo estava ou não apto a conhecer todos os detalhes e peculiaridades inerentes ao processo, como seria o caso do advogado do acusado.

Ainda que venha a ter o tempo necessário para o exame dos autos, ele veio a cometer infração ética, ao adentrar nos autos sem a devida desconstituição de seu antecessor, do que de plano também já se percebe certo descompasso com a realidade constitucional.

É sabido que o próprio Supremo Tribunal Federal tem admitido a dispensabilidade da intimação do advogado do réu, reconhecendo que a prerrogativa da intimação pessoal dos defensores é inerente aos defensores dativos, por força do artigo 370, parágrafo 4º, do Código de Processo Penal, podendo ser causa de nulidade somente a falta de intimação pessoal do defensor dativo, a qual independe até mesmo de comprovação do efetivo prejuízo para a declaração da nulidade; mas, sob nosso ponto de vista, mesmo assim a crítica deve perdurar, e acrescente-se que tal dispositivo desrespeita o princípio da legalidade e da igualdade.<sup>57</sup>

---

<sup>56</sup> “Não viola os princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, bem como não prejudica o réu, a ausência de intimação do advogado constituído para interrogatório, se a defesa foi exercida por defensor dativo, com anuência do réu, de maneira plena em todos os atos processuais.” (STJ – HC n. 93773/PI, 5ª T., rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 19.11.2009, v.u.).

<sup>57</sup> “É entendimento reiterado desta Corte que a prerrogativa de intimação pessoal dos defensores de réus de ação penal é inerente aos defensores dativos, por força do art. 370, parágrafo 4º do CPP, e decorrente da própria Constituição, que assegura o direito à ampla defesa em procedimento estatal que respeite as prerrogativas do devido processo legal. Precedentes. A falta de intimação pessoal do defensor dativo qualifica-se como causa geradora de nulidade processual absoluta, sendo desnecessária a comprovação, nesta hipótese, do efetivo prejuízo para que tal nulidade seja declarada.” (STF – HC n. 98802/GO, 2ª. T., rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 20.10.2009, v.u.).

Nessa linha, assinala Eugenio Pacelli de Oliveira que “enquanto o contraditório exige a garantia de participação, o princípio da ampla defesa vai além, impondo a realização efetiva desta participação, sob pena de nulidade, também quando prejudicial ao acusado”.<sup>58</sup>

---

<sup>58</sup> OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 24.

### **3 OUTROS DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS ORIENTADORES DO DIREITO DE DEFESA**

Da análise do texto constitucional constata-se que outros princípios, com intuito de conferir maior efetividade ao direito de defesa, estão incrustados em seu rol de garantias, compostos de preceitos afirmativos de uma mesma ideia: a proteção e a defesa plena e efetiva da pessoa, de maneira a enfatizar a *dignidade humana* em todos os seus aspectos.

Vejamos.

#### **3.1 Proibição de provas ilícitas**

A vedação de uso no processo de provas obtidas por meios ilícitos é outra norma integrativa do princípio da ampla defesa e da defesa técnica.

Dispositivo previsto no inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal estabelece que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Muito embora tal previsão esteja arraigada de forma intrínseca na cláusula do devido processo legal, também tem ligação direta com o princípio do contraditório.

Cabe lembrar que a sistemática constitucional dá plena liberdade às partes para produzirem as provas que considerarem importantes para sua defesa, conforme lecionam Rogério Lauria Tucci e José Roberto Cruz e Tucci: “[...] afora os meios especificados na legislação processual, são admissíveis quaisquer provas obtidas ou produzidas em consonância com os preceitos legais e éticos.”<sup>59</sup>

O que vale dizer que, em caso contrário, tais provas não serão admitidas, ainda que colhidas ou produzidas na etapa extrajudicial.

---

<sup>59</sup> TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 70.

Como adverte Celso Bastos, tais vedações são advindas da própria Constituição Federal, que apesar de ressaltar a amplitude da liberdade de produzir provas, elenca algumas restrições:

Desta forma, o inciso LVI do artigo 5º da Constituição não apenas ratifica uma tradição legislativa brasileira – segundo a qual cabe ao direito repugnar a ilicitude dos atos, não importando ao que eles se refiram –, mas soluciona definitivamente o impasse doutrinário apontado, pois, a limitação ao direito de prova advém da própria Constituição de 1988.<sup>60</sup>

Nesse particular, destacamos algumas dessas restrições extraídas do próprio texto constitucional: a preservação da intimidade (art. 5º, X); a casa como asilo inviolável, salvo algumas restrições (art. 5º, XI); a inviolabilidade e sigilo da correspondência e comunicações telefônicas, telegráficas e de dados, salvo por ordem judicial, nas hipóteses em que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (art. 5º, XII); dentre outras.

E também as contidas no próprio texto do Código de Processo Penal, tais como os impedimentos para depor de pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devem guardar segredo (art. 207); ou a recusa de depor consentida aos parentes e afins do acusado (art. 206); bem como as restrições à prova estabelecida na lei civil, quando se trate do estado das pessoas (art. 155, parágrafo único).

Outrossim, a Lei n. 9.296/96, que trata especificamente das interceptações, estabelece em seu artigo 2º que a interceptação das comunicações telefônicas só poderá ocorrer quando houver indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal, quando a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis, ou quando o fato investigado constituir infração penal, punida, no máximo, com pena de detenção.

Por sua vez, ainda a depender de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigredo de justiça, devendo em qualquer hipótese ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, que também carecerá de justificação fundamentada.

---

<sup>60</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. As provas obtidas por meios ilícitos e a Constituição. *Revista do Advogado*, São Paulo, AASP, n. 42, p. 44-45, abr. 1994.

Em caso contrário, se dá causa ao crime previsto no artigo 10 da mesma lei, com pena prevista de dois a quatro anos de reclusão, além de multa.

Lênio Luiz Streck<sup>61</sup> critica essa lei, lembrando que, antes de sua criação em sede infraconstitucional, o Supremo Tribunal Federal não admitia escuta telefônica em nenhuma hipótese, considerando a como prova ilícita.<sup>62</sup>

Essa crítica é traçada de forma pontual, nos casos em que a lei permite que o juiz, de ofício, decreta a interceptação das comunicações telefônicas, previsão que não se coaduna com os ditames do moderno processo penal sustentado pelo Estado Democrático de Direito, segundo sua visão.

Entretanto, maior celeuma se detecta no caso em que as provas obtidas por meio ilícito se traduzem como único meio para se provar a inocência do acusado.

Para se ter ideia da proporção da discussão, também no Código Civil encontra-se base para estruturação inicial de uma possível admissão nesse caso, pois o inciso I do artigo 188 dispõe que “não constituem atos ilícitos os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido”.

Ainda há entendimentos no sentido de que a não permissão dessas provas é voltada para ambos os polos do processo, não sendo admitida nem mesmo para provar a inocência do acusado.

---

<sup>61</sup> STRECK, Lênio Luiz. *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais: constituição, cidadania, violência, a Lei 9296/96 e seus reflexos penais e processuais*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 21.

<sup>62</sup> STF – HC n. 73.351/SP, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 10.05.1996. No mesmo sentido: “Interceptação telefônica. Prova ilícita. Autorização judicial deferida anteriormente à Lei n. 9296/96, que regulamentou o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal. Nulidade da ação penal, por fundar-se exclusivamente em conversas obtidas mediante a quebra dos sigilos telefônicos dos pacientes.” (STF – HC n. 81.154, rel. Min. Maurício Corrêa, DJU, de 19.12.2001).

Celso Bastos defende que a análise e a interpretação deve ser ponderada e equilibrada, pois o rigor em impedir tais provas pode conduzir a uma ofensa a outros direitos também protegidos pela Constituição, como o direito à liberdade ou à vida.<sup>63</sup>

Antonio Scarance Fernandes também reputa “inaceitável que o acusado fosse condenado apenas porque a demonstração de inocência só pôde ser realizada por meio de prova obtida de forma ilícita”.<sup>64</sup>

E Ada Pellegrini Grinover solapa qualquer dúvida:

Aliás, não deixa de ser, em última análise, manifestação do princípio da proporcionalidade a posição praticamente unânime que reconhece a possibilidade de utilização, no processo penal, da prova favorável ao acusado, ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros. Trata-se de aplicação do princípio da proporcionalidade, na ótica do direito de defesa, também constitucionalmente assegurado e de forma prioritária no processo penal, todo informado pelo princípio do *favor rei*.<sup>65</sup>

Portanto, o que se percebe é que em casos como esse, há de se reconhecer a relativização dos bens jurídicos em voga, de maneira a se admitir exceção à regra constitucional do inciso LVI, em favor do réu ou em favor da própria sociedade, à luz novamente de uma interpretação do indivíduo dentro de uma sistemática social.<sup>66</sup>

Balizadas as exceções, certamente, em outros casos será considerada ilícita e imprestável para a formação do juízo de convencimento do magistrado, devendo ser inclusive desentranhada dos autos.

---

<sup>63</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. As provas obtidas por meios ilícitos e a Constituição. *Revista do Advogado*, São Paulo, AASP, n. 42, p. 45, abr. 1994.

<sup>64</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 84.

<sup>65</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 129.

<sup>66</sup> “As grandes linhas evolutivas dos direitos fundamentais, após o liberalismo acentuarão a transformação dos direitos individuais em direitos do homem inseridos na sociedade. De tal modo que não é mais exclusivamente com relação ao indivíduo, mas no enfoque de sua inserção na sociedade, que se justificam, no Estado social de direito, tanto os direitos como as suas limitações.” (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance, op. cit., p. 123).

André Ramos Tavares<sup>67</sup> diz que o Estado não pode violar esse princípio porque, se assim o fizer, estará dando guarida àquilo que a própria lei desautoriza.

O princípio é dotado de tamanho grau dogmático que o seu comando determina a sua retirada dos autos<sup>68</sup>, o que demonstra a preocupação do legislador em não macular o entendimento do juiz, ainda que ele saiba a procedência de determinado elemento de comprovação, sofrerá influência em sua decisão.

Nesse sentido, Antonio Scarance Fernandes cita julgado do Supremo Tribunal Federal, no qual o Ministro Celso de Mello se manifesta sobre a repercussão da prova obtida por meio ilícito:

A prova obtida por meios ilícitos não pode ser admitida no processo (art. 5º, inciso LVI), sendo destituída de eficácia jurídica. O Supremo Tribunal Federal, em precisa manifestação do Ministro Celso de Mello, bem acentuou que a cláusula constitucional do *due process of law* encontra, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras, pois o réu tem direito de não ser denunciado, de não ser processado e de não ser condenado com apoio em elementos probatórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites ético-jurídicos que restringem a atuação do Estado em sede de persecução penal. A prova ilícita – por qualificar-se como elemento inidôneo de informação – é repelida pelo ordenamento constitucional, apresentando-se destituída de qualquer grau de eficácia jurídica.<sup>69</sup>

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, fincou o entendimento asseverando a recepção da doutrina da árvore dos frutos envenenados como a única capaz de dar eficácia à garantia constitucional de sua inadmissibilidade.<sup>70</sup>

Cumprе esclarecer também que igualmente a todo o tipo de prova ilícita, as provas consideradas ilícitas por derivação também devem ser igualmente banidas do processo.

---

<sup>67</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 725.

<sup>68</sup> Código de Processo Penal: “Artigo 157 - São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.” (nova redação dada pela Lei n. 11.690/2008). Dispositivo semelhante pode ser observado no Código de Processo Civil (art. 332) e Código de Processo Penal Militar (art. 295).

<sup>69</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 88

<sup>70</sup> “Estou convencido de que essa doutrina de invalidade probatória do *fruits of the poisonous tree* é a única capaz de dar eficácia à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita.” (STF – HC n. 69.912-0/RS, Plenário, j. 16.12.1993, DJU, de 25.03.1994).

### 3.2 Presunção de inocência

Direito originário do pensamento expresso no clássico brocardo latino *in dubio pro reo*<sup>71</sup>, encontra-se gravado nos grandes diplomas jurídicos de direito internacional.

Na evolução histórica, teve sua proclamação inicial na França, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, foi reconhecido no artigo 26 da Declaração Americana de Direitos e Deveres, no artigo 11 da Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU, e também pela Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Tal preceito deve ser entendido como precursor de todo o direito processual penal, pois do contrário estaria se adotando modalidade criminal destoadada de diversos preceitos constitucionais, tal qual remontando à época da Ordenança Criminal de 1669 da França, que segundo ensina Marco Antonio Marques da Silva, pode ser considerado como “um dos sistemas mais duros para o imputado no que diz respeito ao modo como era tratado dentro do processo inquisitivo”<sup>72</sup>, em que não era assegurada a certeza da prova produzida, podendo ocorrer condenação com base em uma “quase prova” ou “semiprova”.

E se assim o fosse, num modelo de Estado atual, o acusado não disporia de suas garantias até que viesse a comprovar que não é culpado da acusação, o que implicaria na sua retirada do pacto social, com a suspensão de suas garantias, o que no modelo constitucional brasileiro não se admite.

E mais ainda, as garantias ali previstas são específicas para casos como esse, e entende-se que a busca pela verdade não pode suplantiar as garantias do indivíduo, ainda que se trate do pior dos criminosos.

---

<sup>71</sup> Marco Antonio Marques da Silva salienta que há discussão se esse princípio é ou não conteúdo da presunção de inocência, mas explica: “Há autores que enxergam este princípio como o conteúdo material da presunção de inocência, especialmente naqueles casos em que a presunção de inocência não tenha sido contemplada de modo explícito na legislação interna e tenha como fonte os textos de declarações internacionais, como o art. 6.2 do Convênio Europeu de Direitos Humanos.” (*Acesso à justiça penal e estado democrático de direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 33).

<sup>72</sup> *Ibidem*, mesma página.

Essa é a visão de José de Faria Costa, que traz algumas reflexões sobre o direito penal no mundo contemporâneo, no sentido de que “até o pior e mais cruel dos criminosos deve desfrutar dos seus direitos e garantias como cidadão”.<sup>73</sup>

Nessa visão, percebe-se que todo o processo penal, em seu conjunto, deve se prestar a servir à presunção de inocência, ou seja, o conteúdo da presunção de inocência tem que alcançar a sua máxima amplitude em todos e, ao mesmo tempo, em cada um dos momentos processuais.<sup>74</sup>

### **3.3 Comunicação da prisão à família do acusado**

O preceito que obriga à comunicação da prisão de qualquer pessoa ao juiz e à sua família é imperativo do respeito à dignidade da pessoa humana e abre espaço para o pronto exercício do direito de defesa.

Tal providência consubstancia um grande passo na afirmação e na efetividade do direito de defesa, do Estado Democrático de Direito e da dignidade da pessoa humana.

Na verdade, a mera comunicação dos motivos da prisão por nota de culpa entregue ao acusado ou por ofício ao juiz não significava real possibilidade de combate a uma prisão ilegal ou a uma injusta acusação, pois o acusado, se estiver preso, nada poderá fazer de posse de sua nota de culpa.

A comunicação ao juiz, na prática, não importa também na imediata correção da eventual ilegalidade.

Sendo assim fica patente a importância da cláusula que obriga à comunicação da prisão à família do preso ou à pessoa por ele indicada, abrindo-se, com tal providência, espaço para o exercício pleno do direito de defesa e da defesa técnica, podendo a família do acusado tomar providências no sentido de efetivar tais meios.

---

<sup>73</sup> COSTA, José de Faria. Reflexões sobre o direito penal no mundo contemporâneo. In: COLÓQUIO LUSO-BRASILEIRO DE ESTUDOS DE DIREITOS HUMANOS E DIREITO PENAL, 2., 2009, São Paulo. *Anais...* São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009.

<sup>74</sup> Constituição Federal: “Artigo 5º - [...] LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

### 3.4 Direito ao silêncio

Pode-se dizer que o direito a não se autoincriminar foi concebido a partir da interpretação sistemática de consagradas garantias constitucionais, notadamente os princípios da ampla defesa, da presunção de inocência e, como não poderia deixar de ser, do devido processo legal.

Concluiu-se que ninguém seria obrigado a se autoincriminar, não podendo o acusado ou suspeito ser coagido a produzir prova contra si mesmo.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, ratificada pelo governo brasileiro por meio do Decreto n. 678, de 06.11.1992, inseriu expressamente, no contexto jurídico positivo brasileiro, o princípio de que o acusado não está obrigado a produzir prova contra si mesmo, prevendo em seu artigo 8º, n. 2, “g”, que “toda pessoa tem direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”.

Do amplo princípio que veda a autoincriminação, decorre o direito ao silêncio, manifestamente previsto no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal de 1988.<sup>75</sup>

Muito embora o texto constitucional tenha se referido apenas ao preso, entendem a doutrina e a jurisprudência que a interpretação da regra constitucional, face ao princípio da presunção de inocência, deve ser no sentido de que a garantia ao silêncio seja assegurada a toda e qualquer pessoa que sofra investigações penais ou que esteja sendo acusada em juízo criminal, devendo o ônus da culpabilidade ser imputado à acusação.

Nesse contexto, face ao reconhecimento constitucional da prerrogativa de permanecerem em silêncio, o investigado, o indiciado e o réu têm o direito subjetivo de, se assim desejarem, não responderem às perguntas que lhes forem formuladas por qualquer autoridade ou agente do Estado, porquanto, escolhendo permanecer calados, estarão exercitando legitimamente a prerrogativa que têm.

---

<sup>75</sup> Constituição Federal: “Artigo 5º - [...] LVII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.”

Rogério Lauria Tucci também ressalta que o direito de permanecer calado “não pode importar desfavorecimento do imputado, até mesmo porque consistiria inominado absurdo entender-se que o exercício de um direito, expresso na Lei das Leis como fundamental ao indivíduo, possa acarretar-lhe qualquer desvantagem”.<sup>76</sup>

Nesse particular, também já existe pronunciamento do Pleno do Supremo Tribunal Federal assegurando que “o réu, ainda negando falsamente a prática do delito, não pode, em virtude do princípio constitucional que protege qualquer acusado ou indiciado contra a autoincriminação, sofrer, em função do legítimo exercício desse direito, restrição que afete o seu *estatus poenalis*”.<sup>77</sup>

Sendo assim, o direito ao silêncio há de ser exercido de maneira plena, sem quaisquer influências destinadas a forçar o depoimento do acusado.

E na perspectiva das argumentações expendidas, os artigos 186 e 198 do Código de Processo Penal perdem sua eficácia, quando em cotejo com a Constituição Federal, não tendo sido recepcionados pela Lei Fundamental, uma vez que aludem a prejuízos ao interrogado, face ao legítimo exercício do direito constitucional de permanecer em silêncio.

### **3.5 Identificação do responsável pela prisão**

Entendemos que o dispositivo constitucional que prevê a identificação do responsável pela prisão do acusado<sup>78</sup> possui total natureza de defesa, ante eventuais ilegalidades e abusos cometidos pela autoridade.

Nesse aspecto tal princípio estaria vinculado estritamente à possibilidade e amplitude da defesa técnica, pois é condição que viabiliza o reexame da atuação do Estado numa escala

---

<sup>76</sup> TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais 2004. p. 367-370.

<sup>77</sup> STF – HC n. 68.742/DF, Pleno, rel. Min. Ilmar Galvão, DJU, de 02.04.1993.

<sup>78</sup> Constituição Federal: “Artigo 5º - [...] LXIV - O preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial.”

superior, devendo certamente o acusado e seu defensor serem informados, para saberem o direcionamento de eventual remédio constitucional ou recurso processual, conforme o caso.

Por outro lado, também possui natureza preventiva, de maneira a intimidar o próprio agente administrativo, que tem a responsabilidade de não restringir os direitos políticos do acusado, sabendo que se o fizer, certamente poderá contribuir para a ilegalidade daquele processo, ou até mesmo se sujeitar responsabilização criminal pessoal.

### 3.6 Publicidade

A Constituição Federal sistematicamente tem por regra a publicidade de todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário, que poderá sofrer restrição em defesa da intimidade ou quando o interesse social o exigir.<sup>79</sup>

O princípio adquiriu a sua amplitude com a Emenda Constitucional n. 45/2004, ao se acrescentar ao dispositivo do artigo 93, inciso IX<sup>80</sup> uma parte final que previu que a limitação à publicidade ficasse restrita somente “aos casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudicasse o interesse público à informação”.

Assim, percebe-se que a adequação do preceito constitucional traduziu a atual conjectura do Estado Democrático de Direito, cujas bases se fundamentam na dignidade humana, o que fez com que a transparência da atividade jurisdicional se tornasse plena, de maneira a permitir a sua fiscalização.

Essa modificação, segundo, Antonio Scarance Fernandes, “teve o condão de alterar situações em que a regra era o julgamento em sigilo, como sucedia, por exemplo, nos

---

<sup>79</sup> Constituição Federal: “Artigo 5º - [...] LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.”

<sup>80</sup> Constituição Federal: “Artigo 93 - [...] IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito a intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.”

juulgamentos militares, os quais, depois, passaram a ser feitos com maior publicidade, assegurando-se a participação das partes”.<sup>81</sup>

Portanto, a regra do sistema constitucional brasileiro é a de que a publicidade é plena e ampla, devendo, contudo, ser analisada em ponderação com outros princípios que também são corolários da mesma Constituição, tais como a privacidade e o direito à informação, de maneira a se evitar inconvenientes que muitas vezes ultrapassam a própria restrição ao princípio, como, por exemplo, sensacionalismo, desprestígio do réu, condenação pelo clamor público, dentre outras.

### **3.7 Juiz natural**

A garantia do juiz natural é princípio que se insere na ideia do Estado Democrático de Direito Constitucional, equipado com a garantia do devido processo legal.

Expressa a preocupação do Estado em não permitir que um cidadão seja processado e julgado senão por juízes componentes do Poder Judiciário, previamente investidos de atribuições para dizer a lei.

Mencionada garantia pode ser observada na *Magna Charta* de 1215, cujo artigo 20 expressa como direito do cidadão o de ser julgado por órgãos e pessoas do local em que o delito foi cometido, de forma a dar uma ideia de competência territorial.

Esse dispositivo também está previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Convenção Americana de Direitos Humanos e na Constituição Federal, que o insculpiu em seu artigo 5º, incisos XXXVII e LIII, que dispõem que “não haverá juízo ou tribunal de exceção” e que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

Sua definição é assim estruturada por Marco Antonio Marques da Silva:

---

<sup>81</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 67.

Juiz natural é o órgão previsto, explícita e implicitamente, pela Constituição, como aquele de competência genérica para espécie de infração penal que se apresenta. Dentro dos campos de atuação da jurisdição competente, que poderá ser comum ou especial (como a Justiça Militar ou a Eleitoral), o legislador ordinário tem um campo de ordenação possível, de tal sorte que poderá estabelecer normas destinadas a regulamentar a distribuição do poder jurisdicional entre os órgãos que componham cada uma dessas Justičas. Ao legislador ordinário é vedado, porém, por uma impossibilidade constitucional, de atribuir competência para processo e julgamento de infrações penais desrespeitando a anterior demarcação constitucional que determina uma separação de funções das Justičas especiais com a Justiça comum.<sup>82</sup>

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXVII, em complementação ao referido princípio, veda expressamente os julgamentos efetuados por juízos ou tribunais de exceção.

Tal vedação busca impedir os chamados tribunais de privilégio, denominados como aqueles instituídos para um caso determinado, com a pré-designação de juízes especiais para o julgamento.

A própria nomenclatura deixa claro que tal tipo de julgamento foge à regra do Estado Democrático de Direito, especificamente no que diz respeito ao devido processo legal.

Ao escapar da regra, por consequência se despe das garantias previstas na Lei Maior.

Ademais, substancialmente verifica-se que essa garantia emite sinais em três linhas de proteção, sendo certo que “só podem exercer jurisdição os órgãos instituídos pela Constituição; ninguém pode ser julgado por órgão instituído após o fato e entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja”.<sup>83</sup>

---

<sup>82</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à justiça penal e estado democrático de direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 22.

<sup>83</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 124.

Resta importante frisar que o fato de não poder haver tribunais de exceção não impede a criação de Justiças, varas ou tribunais especializados, os quais não irão impor distinções com relação a pessoa ou a fato, mas sim a matéria específica.

Nos moldes dessa garantia de vedação está subentendida a sua abrangência para os foros que proferem julgamentos em razão de raça, religião, riqueza, função, etc., os denominados *foros privilegiados*, os quais representam um juízo de natureza discriminatória que fere veementemente o princípio da igualdade, portanto incompatível com o paradigma constitucional.

### **3.8 Duplo grau de jurisdição**

Não se trata de princípio constitucional expresso, mas decorre da própria estrutura constitucional.

A Constituição Federal prevê a existência de diversos juízos, distribuídos em diferentes instâncias e graus de jurisdição, dotados de hierarquia própria, com respectivos recursos, tais como o recurso ordinário, especial e extraordinário, bem como as instâncias competentes para processar e julgar os recursos das instâncias inferiores.

Desse conjunto sistemático constitucional, denota-se que o chamado duplo grau de jurisdição é princípio constitucional amplo.

Fundado na certeza da falibilidade humana, o duplo grau de jurisdição se desenvolve no pressuposto de que os conflitos de interesses são mais justamente decididos quando passam pela apreciação de juízos diferentes.

André Ramos Tavares<sup>84</sup> chama a atenção para o fato de que a expressão “duplo grau de jurisdição” é equivocada, uma vez que a jurisdição atrelada à soberania é una e indivisível, não podendo se cogitar a existência de uma segunda jurisdição, do que decorreria a existência de uma segunda “soberania”; na sua visão, seria mais apropriado falar em duplo grau de

---

<sup>84</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 714.

cognição ou julgamento das lides, querendo significar que a pluralidade é de instâncias ou de juízos, e não de jurisdições.

Outra constatação importante do autor é a diferença existente entre *direito de recurso* e direito ao *duplo grau de jurisdição*, sendo que os termos não podem se confundir.

Embora possa existir o *direito de recorrer*, não necessariamente o reexame deve ser feito por autoridade hierarquicamente superior, ao passo que embora haja o *direito ao duplo grau de jurisdição*, há casos em que não se tem o recurso concomitante.

Por outro lado, também nos casos em que cabe à parte a sua iniciativa, automaticamente, quando ela deixa de recorrer, se observa a extinção de tal princípio; contudo, não deixa ele de reverberar em garantia que repercute certamente no âmbito da defesa do acusado, ou seja, os argumentos poderão ser submetidos a novo exame, de maneira a tornar maior a garantia do julgamento dentro dos padrões de justiça perseguidos.

### **3.9 Assistência judiciária**

Nos dizeres de José Afonso da Silva<sup>85</sup>, não é intenção do Estado apenas prestar assistência judiciária, mas sim fazer com que o portador de insuficiência de recursos seja assistido integralmente em todas as questões jurídicas que requeiram uma orientação técnica de advogado.

Segundo o autor ensina, o termo “integral” é um signo de abrangência de todas as situações jurídicas que requeiram uma orientação técnica advocatícia.

O patrocínio gratuito não pode ser confundido com o *patrocínio honorífico*, que estava previsto em lei como obrigação do advogado particular, mas sim corresponde a direito fundamental do cidadão desprovido de recursos e meios para a busca de outro direito fundamental correspondente ao acesso à justiça.

---

<sup>85</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros. 2006. p. 173.

O conteúdo constitucional leciona expressamente que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (art. 5º, LXXIV, da CF).

Impõe-se o registro da garantia de assistência dos necessitados em juízo, certamente outra garantia significativa nesse espectro que confere efetividade ao direito de defesa.

Na era presente, marcada por profundas desigualdades sociais provocadas por uma exuberante concentração de renda e um aumento progressivo da miséria, a presença do advogado público no foro é providência irrenunciável.

O constituinte de 1988 conferiu ao tema alcance maior, prometendo “assistência jurídica integral e gratuita” aos insuficientes de recursos (art. 5º, LXXIV), instituindo a Defensoria Pública, qualificada como “essencial à função jurisdicional do Estado”, e programando a sua organização, conforme se constata dos artigos 134 e 135 da Constituição Federal.

Regulamentado tais preceitos, foi editada a Lei Complementar n. 80/94, que estruturou o órgão e dispôs sobre sua vida funcional. Sua composição e estrutura, ao lume da Emenda Constitucional n. 45, de 31.12.2004, recebeu autonomia, especificamente as Defensorias Públicas Estaduais.

Todavia, as providências adotadas pelo Poder Público para efetivação desse preceito são pálidas e têm mais a aparência de meras amostras, seja no âmbito da União, seja na esfera dos Estados.

Sem o advogado público para o réu pobre, a justiça penal será sempre precária e o direito de defesa continuará incompleto.

Se a lei deve ser a mesma para todos, seja quando protege, seja quando pune, como proclama a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, deve o Estado assegurar a efetividade desse dogma, sob pena de voltarmos aos tempos anteriores ao iluminismo.

Aqui, é relevante lembrar as normas provenientes do Pacto de San José de Costa Rica, incorporado ao nosso sistema constitucional, em especial o preceito do artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal, que dispôs literalmente sobre o assunto, mencionando que “toda pessoa acusada de delito tem direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado”.

Sendo assim, não restam dúvidas de que a defesa patrocinada pelo Estado não pode ser uma defesa formal, mas sim uma defesa efetiva e plena do cidadão desprovido de recursos.

### **3.10 Motivação das decisões judiciais**

Já que estamos a tratar daquilo que é incumbência estrita do magistrado dentro do processo, vale consignar algumas funções que lhe são inerentes e que irão contribuir para um melhor delineamento dentro do contexto constitucional.

É no artigo 251 do Código de Processo Penal que encontramos que “ao juiz incumbirá prover a regularidade do processo e manter a ordem no curso dos respectivos atos, podendo, para tal fim, requisitar a força pública”.

Dentre outras, estão elencadas que ele deve manter posicionamento preponderante na direção do processo, haja vista tratar de questão que ocupa posição dentro do ramo do direito público interno e que abrange total interesse social, tanto na repressão à criminalidade como na prevalência do interesse público sobre o particular.

Na exposição de motivos do Código de Processo Penal, formulada pelo Ministro Francisco Campos, já se afirmava que “a sentença deve ser motivada, com o sistema do relativo arbítrio judicial na aplicação da pena, consagrado pelo novo Código Penal, e o livre convencimento do juiz”.

Percebe-se com isso que houve uma extensão conferida à autoridade judicial, sendo que, nos dizeres de Marco Antonio Marques da Silva:

Quer na direção do processo, quer na formação do material submetido a julgamento, a regra que prevalece, embora *temperada e compensada* como manda a prudência, é a de que o Juiz ordenará quanto for necessário ao conhecimento da verdade.<sup>86</sup>

O que se observa é um direcionamento no sentido de normatizar e balizar as decisões dos órgãos da Administração pública em favor do cidadão, de maneira a lhe conceder oportunidade e condição para contraditá-la mediante seus fundamentos.

Mas não é só. Tal perspectiva de análise dessa garantia evoluiu e transcendeu o mero tecnicismo processual, cujos objetivos estavam restritos ao conhecimento pelas partes da fundamentação, com vistas ao reexame pelo órgão superior.

A constatação é feita por Antonio Scarance Fernandes, de maneira a enaltecer o sentido de abrangência do termo, no sentido de que “os destinatários da motivação não são somente as partes e os juízes de segundo grau, mas também a comunidade que, pela motivação, tem condições de verificar se o juiz decide com imparcialidade e com conhecimento da causa”.<sup>87</sup>

E a Constituição Federal de 1988 foi pontual ao assegurar expressamente o disposto no artigo 93, inciso IX, que prevê que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

Essa garantia nasceu juntamente com a noção de Estado de Direito, impondo limites à atuação do poder, mas, antes disso, buscando a justificação do por que determinada autoridade agiu daquela maneira.

Afinal, como exercer o controle sem ter o direito de saber as justificativas pelas quais a atuação se desenvolveu?

Em que pese o dispositivo constitucional mencionar que todas as decisões devem ser fundamentadas, tecnicamente nem sempre é verdade.

---

<sup>86</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da. *A vinculação do juiz no processo penal*. São Paulo: Saraiva. 1993. p. 5.

<sup>87</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 127.

Apesar de não pairar dúvidas de que a exigência abrange todas as decisões relevantes do processo, sejam elas definitivas ou interlocutórias, também o julgamento de competência do tribunal do júri (art. 5º, XXXVIII, “b”), apesar de processado mediante o rigor do sigilo das votações, não independe da respectiva fundamentação, ou seja, o artigo 492 do Código de Processo Penal sinaliza que cabe ao juiz proferir sentença.

Desse modo, aos jurados caberia a votação e ao magistrado, além de exercer o prévio controle judicial sobre a admissibilidade do julgamento (art. 413 do CPP<sup>88</sup>), adequar a decisão e seus fundamentos de forma motivada ao comando constitucional.

Também no que diz respeito ao recebimento da denúncia, certamente que não há a fundamentação, mas a explicação para tanto é a de que se trata de mero despacho, ou ainda que tenha cunho decisório, esse cunho é diferente das decisões proferidas em sentenças condenatórias ou absolutórias.

Mas o argumento mais acertado nos parece o de que, em virtude dos novos procedimentos trazidos para o Código de Processo Penal pela Lei 11.719/2008, o juiz tem a possibilidade de examinar a viabilidade da denúncia em dois momentos diversos. A primeira análise é feita de maneira superficial, provisória, e, não sendo caso de rejeição liminar da denúncia, o juiz procederá à citação do acusado, o qual poderá apresentar sua resposta, arguindo preliminares, bem como tudo o que interessar à sua defesa, de maneira a posteriormente o juiz vir a ter a oportunidade de decidir de forma fundamentada, mediante o exame mais acurado dos argumentos. (art. 399, *caput*, do CPP).

### **3.11 Direito de petição**

José Afonso da Silva elenca o *direito de petição* no rol dos remédios constitucionais, no sentido de:

---

<sup>88</sup> Código de Processo Penal: “Artigo 413 - O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.”

[...] meios postos à disposição dos indivíduos e cidadãos para provocar a intervenção das autoridades competentes, visando *sanar, corrigir*, ilegalidade e abuso de poder em prejuízo a interesses individuais. São garantias constitucionais na medida em que são instrumentos destinados a assegurar o gozo de direitos violados ou em vias de ser violados ou simplesmente não atendidos.<sup>89</sup>

José Afonso da Silva assegura que o “direito de petição define-se como o direito que pertence a uma pessoa de invocar a atenção dos Poderes Públicos sobre uma questão ou uma situação”.<sup>90</sup>

Pode conter essa invocação, por do cidadão, face ao Estado, tanto uma denúncia acerca de uma lesão concreta, como também um pedido de reorientação sobre determinada situação, como também pedidos destinados à modificação do direito em vigor, sendo certo que é vedado à autoridade a quem foi dirigido se escusar de se pronunciar sobre o conteúdo da petição, de maneira a acolher ou negar de maneira devidamente fundamentada.<sup>91</sup>

O direito de petição é entendido a qualquer pessoa, seja ela física ou jurídica, individual ou coletivamente, por nacionais ou por estrangeiros. Contudo não pode ser invocado pelas forças armadas, tais como instituição, podendo abranger os seus componentes individualmente, observadas as regras de hierarquia e disciplina.

Outrossim, abrange as três esferas de poder institucional dentro do Estado: Legislativo, Executivo e Judiciário.

---

<sup>89</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros. 2006. p. 130.

<sup>90</sup> *Ibidem*, mesma página.

<sup>91</sup> José Afonso da Silva prognostica que caso a petição não tenha resposta por parte da autoridade, é cabível ao prejudicado se socorrer do mandado de segurança para suprir a eventual violação de direito líquido e certo, não ficando prejudicada responsabilização administrativa civil e penal. (*Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros. 2006. p. 130).

## 4 DEFESA TÉCNICA E AUTODEFESA

### 4.1 Espécies de defesa

A defesa pode ser subjetiva ou objetiva, sendo que *subjetivamente* considerada, é uma faculdade de contrariar a ação penal e a pretensão que nela se deduz.

Com relação ao seu aspecto *objetivo*, a defesa corresponde ao ato efetivamente exercido no processo, ou seja, a corporificação da faculdade de agir aferida concretamente.

Dessa maneira, em seu aspecto *objetivo*, a defesa corresponde ao conjunto das matérias, conhecimentos acerca dos fatos, provas, argumentos de fato e de direito, eloquência e argumentação que são deduzidas em favor do acusado.

*Objetivamente*, a defesa se corporifica em autodefesa, defesa técnica e no direito de produzir provas lícitas.

A autodefesa é o tipo de defesa que é exercida pelo próprio acusado em momentos fundamentais do processo, diferente da defesa exercida por advogado em seu próprio favor, nos casos em que atua em causa própria, quando acusado em processo criminal.

Tal característica da defesa se manifesta no processo através de audiência, interrogatório, direito de presença nos atos processuais e direito de postular pessoalmente, ou seja, momentos em que tem a oportunidade de trazer pessoalmente a sua versão dos fatos diretamente ao juiz da causa.

A autodefesa é indispensável, porém pode o acusado dela renunciar, tendo em vista não estar obrigado a comparecer aos atos de seu interrogatório ou atos processuais.

É possível analisar o direito de defesa por meio de uma visão bipartida, dividindo-o em defesa técnica e autodefesa, sustentando que o direito de defesa pode se confundir com a própria autodefesa, e que as prerrogativas do acusado dela emanariam.

A partir dessa concepção, logicamente que a autodefesa receberia contornos de maior importância em face da defesa técnica, passando esta última a ser subordinada àquela, ou considerada como uma de suas facetas.

Por outro lado, há casos em que também se concede maior amplitude à defesa técnica, porém não se pode esquecer que a autodefesa também é mecanismo garantidor da amplitude que confere a Constituição ao direito de defesa.

Preferimos adotar a proposta de que uma é dependente da outra e o acusado necessita de auxílio integral de profissional capacitado para lhe ofertar a tecnicidade de sua defesa, não somente para sua garantia, mas também como garantia da segurança jurídica, legitimando dessa maneira a sentença proferida.

Ao mesmo tempo, o defensor técnico depende dos esclarecimentos do acusado para elaboração de sua defesa de mérito.

A defesa pode ser classificada também em *defesa processual* e *defesa de mérito*, tipos de defesa que dizem respeito ao conteúdo da reação defensiva e qual matéria irá ser atacada no decorrer do processo.

A *defesa processual* corresponde à reação defensiva do acusado com relação ao procedimento ou forma processual adotada pela acusação, por não se encontrar conforme às normas processuais, de maneira a buscar atacar questões preliminares, tais como juízo ou tribunal incompetente, falta de citação efetiva, prescrição, etc.

Já a *defesa de mérito ou defesa penal* tem como objetivo o conteúdo fático da acusação, buscando atacar a imputação ou a culpabilidade imputada ao acusado. Ela também pode se dividir em direta e indireta.

A *defesa direta* se dará quando a reação defensiva buscar, por exemplo, a inocência do acusado, fundamentando-se em prova positiva dos autos que demonstre ter ele atuado no exercício do próprio direito ou na eventual sustentação de um alibi.

Já a *defesa indireta* se limita a prova produzida pela acusação, que sofrerá crítica pela defesa no sentido de demonstrar sua insuficiência acerca de autoria e materialidade.

Com relação à estrutura do direito de defesa, pode ser observado que o processo penal brasileiro teve sua função e abrangência alargadas pela Constituição Federal de 1988, visando a buscar uma maior efetividade dos institutos, para distanciar o processo penal do mero instrumento do Estado para aplicação da pena, para um direito processual penal como instrumento do acusado contra abusos do Estado, para proteger não somente o seu direito de liberdade, mas também aparelhar o Estado Democrático de Direito com um processo justo.

Observamos que a amplitude defensiva do acusado dentro do processo penal constitucional também deixou de ser cunhada de forma individual, passando para um panorama sistemático de maneira que acompanhou o deslinde processual: *o direito de defesa como um direito do acusado e o direito de defesa como garantia da jurisdição*.

E em se tratando do direito de defesa como um *direito do acusado*, percebe-se que se posta como um direito específico no âmbito processual, ou seja, destinado a propiciar a prerrogativa necessária para o acusado se postar em juízo, participando no processo, para influenciar o convencimento do juiz.<sup>92</sup>

Nesse norte, podemos sustentar que se o direito de defesa como prerrogativa do acusado implica em sua participação dentro do processo, o exercício de sua autodefesa possui destacada importância.

Vejamos.

A autodefesa é um mecanismo defensivo que existe e atua muito antes do que podemos chamar de direito a audiência do acusado<sup>93</sup>, ou seja, iniciados os procedimentos para exercício do *jus puniendi*, o acusado recebe a citação, devendo ser comunicado de todos os fatos que lhe são imputados; esse ato, apesar de ter a finalidade de somente a ele comunicar a

---

<sup>92</sup> DENTI, Vittorio. La difesa come diritto e come garanzia. In: GREVI, Vittorio. (Org.). *Il problema dell'autodifesa nel processo penale*. 6. ed. Bologna: Zanichelli, 1982. p. 48.

<sup>93</sup> *Direito de audiência* é a primeira manifestação da autodefesa, segundo a doutrina tradicional.

acusação (contraditório), marca o momento a partir do qual ele começa a coletar o que considera útil ou conveniente para sua defesa.

Citado, o acusado começa a trilhar um caminho em sua memória capaz de trazer fatos que ele entenda importante na elaboração de sua defesa, para somente então procurar o advogado ou defensor, que deverá ouvir dele as circunstâncias fáticas que deverão nortear a sua defesa técnica.

Mas tal assertiva leva a crer que o réu já está a exercer autodefesa, ainda que não tenha chegado a ser ouvido pelo juízo ou autoridade policial, ficando claro haver a defesa de um direito pelo seu próprio titular, sendo que o direito de defesa também implica em uma manifestação do acusado em autodefesa.

Nos dizeres de Antonio Scarance Fernandes:

Quando, nas Constituições, se assegura a ampla defesa, entende-se que, para a observância desse comando, deve a proteção derivada da cláusula constitucional abranger o direito à defesa técnica durante todo o processo e o direito de autodefesa. Colocam-se ambos em relação de diversidade e complementariedade.<sup>94</sup>

Portanto, não se pode imaginar defesa ampla sem defesa técnica, essencial para se garantir a paridade de armas, mas também sem autodefesa.

Tanto o Ministério Público como o defensor ou advogado devem estar bem aparelhados de vasto conhecimento e experiência técnica para que haja o transcurso equilibrado do processo.

A acusação deve ser entabulada dentro dos parâmetros legais, no que diz respeito à especificação de fatos bem delineados, no que tange às imputações, assim como à defesa efetuada de maneira abrangente e técnica, não meramente formal ou por negativa geral, mas

---

<sup>94</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

sim contraditando todos os pontos levantados pela acusação, de maneira a se evitarem maiores delongas de caráter meramente protelatório.

## 4.2 Defesa técnica indeclinável, plena e efetiva

Uma das características ínsitas da defesa técnica é ser ela indeclinável, o que significa que o acusado não pode dela renunciar.

A defesa do acusado se trata de questão de ordem pública, porque representa garantia da própria justiça, havendo interesse público em que todos os acusados sejam defendidos, de maneira a se assegurar efetivo contraditório, bem como a regularidade do devido processo legal.

Sendo indeclinável, de nada adiantaria uma defesa formal e destoadada do contexto fático e legal; ela deve também ser plena, ou seja, presente em todo o *iter* processual. Essa característica está ligada à efetividade da própria defesa em favor do réu, não podendo ser uma mera aparência de defesa, pois o fato de ter o acusado um defensor constituído ou ter nomeado advogado para sua defesa, por si só, não basta para que sua defesa seja rigorosamente apta a contradizer as acusações.

Antonio Scarance Fernandes ensina que, além de obrigatório o oferecimento de defesa técnica, em seu conteúdo também serão aferidos todos os critérios, não bastando sua mera apresentação:

O fato de ter o réu defensor constituído, ou ter sido nomeado advogado para sua defesa, não é suficiente. É preciso que se perceba, no processo, atividade efetiva do advogado no sentido de assistir o acusado. Por isso, acrescentou-se com a Lei 10.792/2003, parágrafo único ao artigo 261 do CPP, a fim de se exigir que a defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada. De que adiantaria o defensor designado que não arrolasse testemunhas, não reperguntasse, oferecesse alegações finais exageradamente sucintas, sem análise da prova, e que culminassem com pedido de Justiça? Haveria, aí, alguém designado para defender o acusado, mas a sua atuação seria tão deficiente como se não houvesse defensor. Em caso como este, o processo deve ser anulado por falta de defesa.<sup>95</sup>

---

<sup>95</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

Ainda que o acusado não queira, incumbirá ao juiz proceder à nomeação de profissional, o qual deverá representar tecnicamente o acusado em todo o *iter* processual.

Não basta, como sucede na ação civil, o poder de reação inicial, sendo mister que se assegure ao acusado a garantia de que, no correr do processo, terá a oportunidade de efetiva contraposição à acusação: garantia de contraditório, garantia do direito à prova, garantia ao duplo grau de jurisdição.<sup>96</sup>

Nesse sentido também é uníssono o entendimento do Supremo Tribunal Federal através da Súmula n. 523, no sentido de que “no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prejuízo para o réu”.

Mesmo que a deficiência na defesa culmine com a nulidade da ação somente em caso de prejuízo ao acusado, o próprio Supremo Tribunal Federal já anulou processo em que o defensor não apresentou defesa prévia, embora presente em todos os atos do processo, caso em que o defensor nada requereu, nem na audiência, nem durante a inquirição das testemunhas, afirmando, por último, à guisa de alegações finais, que não existiam elementos a justificar o pedido de absolvição, deixando ainda de recorrer da sentença condenatória.<sup>97</sup>

### **4.3 Defesa técnica necessária**

A característica que a partir de agora será tratada encontra respaldo legal na previsão insculpida no artigo 261 do Código de Processo Penal, que assevera que “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”.

O acusado tem sempre a seu dispor o direito de escolher seu defensor conforme sua vontade e de sua confiança, ficando consignado que se não o fizer, obrigatoriamente será nomeado para sua defesa um defensor.

---

<sup>96</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

<sup>97</sup> STF – RHC n. 59.502-2/SP, 1ª Turma, DJU, de 11.06.1982, p. 5.678.

Outra vez, percebe-se que para o deslinde do devido processo legal, todos os requisitos devem ser preenchidos, sendo certo que na falta de qualquer deles, o processo deverá ser julgado nulo.

O caso da defesa do acusado não é diferente, e ainda que ele, devidamente intimado, insista em não se defender, é medida crucial que o magistrado nomeie defensor que elabore a sua defesa.

Portanto, ainda que, como já dissemos, a autodefesa possa ser dispensada, isso não ocorre com a defesa técnica, que obriga a argumentação do polo do acusado a proceder à defesa em juízo.

#### **4.4 Colidência de defesa**

Como já demonstramos acima, para que o Estado Democrático de Direito seja real, há necessidade de que seja disponibilizado ao jurisdicionado uma defesa efetiva contendo todas as suas peculiaridades.

Para tanto, não se admite a *colidência de defesas*, ou seja, um mesmo advogado patrocinando, em juízo, a defesa de dois acusados, valendo-se de teses antagônicas.

De fato, não poderá sustentar duas defesas colidentes, sendo certo que um dos acusados restará prejudicado, comprometendo seu direito de defesa.

Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes alertam para o fato de que “a nomeação de um só defensor para réus que apresentem versões antagônicas para os fatos apontados como delituosos sacrifica bruscamente o direito de defesa”.<sup>98</sup>

---

<sup>98</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 87.

Não raro, pode ocorrer que as linhas de defesa técnica e autodefesa apresentem, entre si, argumentações divergentes, como, por exemplo, o caso do advogado alegar legítima defesa e o acusado apresentar sua negativa de autoria. Nesse caso, há aparente colidência, em regra plenamente conciliável, entre a defesa técnica e a autodefesa relativas ao mesmo acusado.

Grinover, Gomes Filho e Scarance Fernandes asseveram que a apreciação sucessiva das linhas de defesa apresentadas é a solução acertada para dirimir o aparente conflito que, na verdade, consubstancia-se em mera incompatibilidade lógica.<sup>99</sup>

Alertam os mencionados doutrinadores que pode acontecer, porém, que a defesa técnica ignore os argumentos defensivos apresentados pelo réu em sua autodefesa.

Nesse caso, deverá o juiz proceder às seguintes análises: primeiramente, verificar se, no caso em apreciação, o comportamento do defensor significou deixar o réu indefeso, circunstância que, se constatada, implicará em nulidade absoluta do processo, tendo em vista a incompatibilidade ter afetado a defesa como um todo.

Se o resultado for negativo, deverá o juiz apreciar as diversas teses de defesa, também sob pena de nulidade.

Entretanto, já entenderam nossos tribunais que, numa situação de total disparidade entre a autodefesa e a defesa técnica, sendo a apresentada pelo defensor a mais benéfica, deverá esta prevalecer sobre aquela.

A colidência de defesa portanto é considerada quando um mesmo advogado, em juízo, proceder à defesa de dois acusados, valendo-se de teses antagônicas.

De fato, observa-se a impossibilidade absoluta de um mesmo causídico proceder dessa maneira, uma vez que sempre um dos acusados restará prejudicado, e com isso haverá necessariamente o comprometimento de suas garantias.

---

<sup>99</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 86.

## **5 A DEFESA TÉCNICA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL**

Em nossa perspectiva, seria essencial efetuar um exame integral do Código de Processo Penal, revisitado à luz da Constituição Federal de 1988, porém, com a certeza de que jamais se alcançará o esgotamento do presente tema, vejamos alguns tópicos no aspecto da defesa técnica em face da lei ordinária:

### **5.1 Defesa técnica no inquérito policial**

Está consolidado o dúbio conceito de que o inquérito policial é um procedimento de natureza informativa, de caráter inquisitivo e, por isso, no seu curso não há a exigência do contraditório.

Tem-se, com essa visão, uma autêntica privatização de uma atividade pública, situada no puro campo do arbítrio, sem efetivo controle, susceptível de produzir provas definitivas, como o corpo de delito, documentos, perícias, sempre utilizados para embasar sentença condenatória, tudo produzido sem a intervenção da defesa do réu.

Impõe-se frisar, ademais, que no curso do inquérito policial podem ser ordenadas buscas e apreensões (arts. 240 a 249 do CPP), sequestro de bens (arts. 125 a 132 do CPP), quebra do direito à intimidade pela investigação da vida pregressa (art. 6º, IX, do CPP), prisão temporária (Lei n. 7.960/89), prisão preventiva (art. 312 do CPP), ordem de incomunicabilidade do indiciado (art. 21 do CPP), atos esses sempre realizados de surpresa, bem como interceptações telefônicas, sem possibilidade de exercício do direito de defesa.

Ressalte-se que é imprescindível para o perfeito exercício da ampla defesa que o acusado manifeste-se sempre depois da acusação e, especificamente, no rito do tribunal do júri poderá o juiz nomear novo defensor ao réu, quando o considerar indefeso (art. 497, inc. V, do CPP).

Nesse aspecto, é importante salientar as inovações trazidas pela Lei n. 10.792/2003, que modificou completamente o instituto do interrogatório do acusado no Código de Processo Penal, de molde a adequá-lo aos ditames do princípio do contraditório e ampla defesa.

A título de elucidação, mencionamos duas importantes alterações: a primeira diz respeito à necessidade do magistrado conceder o direito ao acusado de entrevista reservada com o seu defensor antes do interrogatório (art. 185, § 2º, do CPP); a segunda refere-se à imposição de citação pessoal do réu preso para o seu interrogatório, não mais valendo a mera requisição à autoridade policial (art. 360, do CPP).

## **5.2 Defesa técnica na Comissão Parlamentar de Inquérito**

Com o fito de aperfeiçoar o Estado Democrático de Direito e seu sistema de freios e contrapesos, não só o cidadão comum pode ser sujeito de investigação, mas também o cidadão investido de cargo de representação pública.

Respeitadas a separação das esferas de poder, por meio da consagração do princípio da limitação dos poderes do Estado, as Comissões Parlamentares de Inquérito nada mais são do que “um procedimento jurídico-constitucional”<sup>100</sup>, ou seja, seus poderes estão atrelados aos concedidos pela Constituição Federal; não se trata de um órgão hegemônico de poder, mas instrumento do Estado Democrático de Direito para atuação em determinado sistema de investigação diverso do ordinário, porém sujeito às mesmas limitações e garantias dos outros órgãos de poder.

Nesse particular, o entendimento do Ministro Celso de Mello contribui para o delineamento do tema, em sede de mandado de segurança impetrado contra presidente de uma Comissão Parlamentar de Inquérito:

Torna-se importante assinalar, neste ponto, que, mesmo naqueles casos em que se revelar possível o exercício, por uma Comissão Parlamentar de Inquérito, dos mesmos poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, ainda assim a prática dessas prerrogativas estará necessariamente

---

<sup>100</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral das comissões parlamentares: comissões parlamentares de inquérito*. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 162.

sujeita aos mesmos condicionamentos, às mesmas limitações e aos mesmos princípios que regem o desempenho, pelos juízes, da competência institucional que lhes foi conferida pelo ordenamento positivo.<sup>101</sup>

Referido instituto tem previsão no artigo 58, parágrafo 3º, da Constituição Federal brasileira, de maneira a impor ao Congresso Nacional e suas Casas Legislativas (Senado e Câmara dos Deputados) a criação de comissões permanentes e temporárias, a serem constituídas na forma e com as atribuições previstas nos respectivos regimentos internos, ou no ato de que resultar a sua criação, com poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos respectivos regimentos.

Dos motivos que levaram o legislador constituinte a determinar o comando relativo a esse procedimento, ressalta a própria missão do Poder Legislativo, que está ligada diretamente com sua responsabilidade política de vigilância sobre os fatores que contribuem para que a máquina do Estado não seja objeto de negligência, desonestidade, incompetência, desmandos e prepotência.

No tocante a esse fato, é constituída a Comissão e o parlamentar se investe de judicatura política, podendo adotar todas as providências exigidas no correr da instrução ou investigação.

Nesse particular, se dá grande importância ao imperativo do direito de defesa garantidos nesse procedimento, seja através da defesa técnica, por meio de advogado a ser escolhido pelo parlamentar investigado, seja também pela sua autodefesa.

E tais garantias também carecem de sua total indeclinabilidade, plenitude e efetividade, posto também estarem a exercer seu papel institucional no Estado Democrático de Direito.

O que vale dizer neste caso é que todos os mecanismos constitucionais voltados a aparelhar o direito de defesa também são cruciais para a legitimação da investigação, sob pena de se iniciar uma posterior ação penal *natimorta*.

---

<sup>101</sup> STF – MS n. 23.452-1/RJ, DJU, de 08.06.1999.

Portanto, não há dúvidas de que o sujeito investigado pela Comissão Parlamentar de Inquérito mantém erguidas em seu favor as garantias constitucionais de presunção de inocência, direito ao silêncio, publicidade, juiz natural e ampla defesa, dentre outras.

### 5.3 Defesa técnica no curso da ação penal

É indiscutível que no curso da ação penal a plenitude da defesa se corporifica como elemento essencial ao seu andamento.

O processo, como formalização do desenvolvimento das atividades do Estado e das partes, deve sempre estar estruturado de maneira a equilibrar e cooperar a manifestação das partes.

Pode também ser enxergado, sob a ótica de Vicente Greco Filho, como uma garantia ativa e passiva.

Como garantia ativa:

[...] porque, diante de alguma ilegalidade, pode a parte dele utilizar-se para a reparação dessa ilegalidade. Nesse sentido existe a garantia do *habeas corpus*, contra a violação do direito de locomoção sem justa causa, o mandado de segurança, contra a violação do direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, a garantia geral da ação, do recurso ao Judiciário, toda vez que houver lesão a direito individual etc.<sup>102</sup>

Mas também de forma passiva, o processo assim pode ser visto:

[...] porque impede a justiça pelas próprias mãos, dando ao acusado a possibilidade de ampla defesa contra a pretensão punitiva do Estado, o qual não pode impor restrições à liberdade sem o competente e devido processo legal. Ainda, é o processo garantia passiva quando impede a justiça privada, isto é, garante que a submissão ao direito de outrem não se fará por atividade deste, mas por atividade solicitada ao Judiciário, que examinará o cabimento e a legitimidade de tal pretensão.<sup>103</sup>

---

<sup>102</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 60.

<sup>103</sup> Ibidem, mesma página.

Sob esse enfoque, percebe-se que a função do direito processual penal acaba por transcender a mera função de aplicação do direito penal, para um ramo do direito que é responsável por efetivar a plenitude do exercício das garantias constitucionais do cidadão.

No tocante ao direito de defesa e seus mecanismos, passa a ser o trilho por onde o defensor deverá permear seus argumentos, na finalidade de convencimento do julgador, figura do Estado, quando da sua atuação na busca da aferição da culpa e aplicação da medida certa da pena ao caso concreto.

Essa busca precisa ser sempre norteada pelo contraditório e ampla defesa do acusado, plenamente exercida e, no que se refere ao processo e às especificidades do direito de defesa, o ordenamento infraconstitucional codificado apresenta alguns pontos que merecem reflexão.

Foi a partir da Lei n. 10.792/2003 que se tornou indispensável que o interrogatório do acusado fosse acompanhado por defensor constituído ou dativo.

A peculiaridade é que foi criado um mecanismo para que fosse assegurada a garantia da ampla defesa, na medida que a lei passou a exigir que, no momento da citação, fosse determinado ao oficial de justiça que indagasse ao réu se ele possuía ou não defensor, devendo fornecer o seu nome e endereço.

Caso ele não tivesse, ao juiz caberia lhe indicar defensor público, que seria nomeado para o processo.

Também, em qualquer modalidade de interrogatório, lhe será garantido o direito de entrevista prévia e reservada com seu defensor, ainda que o interrogatório se dê por meio de videoconferência, ficando garantido ao acusado acesso a canais de telefones reservados para a comunicação com seu defensor, conforme o parágrafo 5º do artigo 185 do Código de Processo Penal.

Em que pesem as inovações trazidas com o intuito de aparelhar o Poder Judiciário, bem como conceder maior celeridade processual, entendemos que tal medida deve ser pontuada às hipóteses em que o juiz já teve a oportunidade de audiência pessoal com o

acusado, que já se autodefendeu, de maneira a solucionar questões de natureza processual e não material, as quais é possível suprir somente com a presença física do defensor.

O exercício da ampla defesa depende sempre da efetivação e oportunidade de autodefesa e defesa técnica, sendo a autodefesa só possível de ser realizada com o acusado presente, quando o juiz poderá observar ou perceber o que ele queria dizer naquele momento, ainda que tenha permanecido em silêncio.

Ou seja, o juiz terá oportunidade de conhecer o acusado e, ao proceder à entrevista ou interrogatório pessoal, saber o *animus* de seu depoimento, podendo apreciar, pela sua vivência e experiência cada palavra pronunciada, seu tom de voz, e até mesmo quando o acusado está a falar a verdade ou há indícios de não ser verídico o que fala.

Pode assim dispor de critérios mais sólidos para proferir a sentença com maior propriedade.

Outra observação importante diz respeito à regra do antigo artigo 396 do Código de Processo Penal, a qual dava azo a uma possibilidade de não oferecimento de ampla defesa, ao prever que “apresentada ou não a defesa”, autorizando desta forma a consolidação da tese de que a defesa prévia era uma faculdade e não uma providência indispensável à formação do processo.

Tratava-se de ataque frontal à ampla defesa, pois não havia prejuízo ao permitir julgamentos cuja defesa não era exercida, e quando o era, continha argumentos meramente formais, que não contraditavam de forma apta os termos da acusação.

Mas atualmente, com a reforma do Código de Processo Penal, existe uma tendência em se conceder ao investigado maiores condições de se defender (art. 396-A), antes mesmo do início da ação penal.

Essa garantia também transfere ao juiz a possibilidade de análise da viabilidade do recebimento da denúncia em momentos diferentes, ou seja, antes e depois do oferecimento da

defesa preliminar, podendo selecionar e extirpar o ajuizamento de ações penais temerárias, com base em provas e argumentos frágeis.

Efetuada essa seleção, o acusado não mais precisa se preocupar em ter de se submeter a um processo desprovido de fundamentação, pois tem a certeza de que ao final será absolvido, o que por si só já gera transtorno ao cidadão.

Sendo certo que dessa análise se permite visualizar melhor a existência de indícios de autoria e materialidade, com contornos mais fortes, pois nessa fase as partes já puderam apresentar seus argumentos, o que também contribui para o melhor deslinde da ação, no caso do recebimento da denúncia.

Portanto, essa nova roupagem do ordenamento processual penal, além de trazer instrumentos de defesa efetivos ao cidadão, culminou por evitar que se tenha a continuidade de ações penais temerárias, diminuindo gastos públicos com o processo, bem como a propagação de injustiça social, diferente do que acontecia no instituto da defesa prévia, que impossibilitava a defesa plena e efetiva do acusado, trazendo meras alegações sucintas a respeito do acusado e do crime, que em nada contribuía para a prestação jurisdicional.

#### **5.4 A defesa técnica no tribunal do júri**

A plenitude da defesa é princípio regente dos julgamentos realizados pelo tribunal do júri.

Conforme o artigo 5º, inciso XXXVIII, “a”, da Constituição Federal, “é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a plenitude de defesa”.

Alguns autores fazem a distinção da defesa plena aplicável no tribunal do júri da ampla defesa constitucional que opera perante a corte ordinária criminal, sustentando tratar de amplitudes diferentes.

Segundo esse entendimento, isso pode ser constatado pela simples leitura do texto constitucional, que tratou de inserir o preceito em local específico, que trata dos crimes cuja competência para julgamento é do tribunal do júri.

Nesse sentido é o entendimento de Guilherme de Souza Nucci:

Não foi à toa que o princípio da plenitude da defesa foi inserido dentre as específicas garantias do Júri e muito menos pode ele comportar idêntico sentido que a similar, porém diversa, ampla defesa. Várias são as razões a expressar a diferença existente entre ambas as garantias.<sup>104</sup>

Em seu entendimento, as diferenças entre a plenitude da defesa no tribunal do júri e as características da ampla defesa constitucional geral são diversas. Vejamos algumas delas.

Inicialmente, Souza Nucci começa por delinear as propriedades terminológicas dos significados, sustentando que *pleno* indica algo completo e perfeito, enquanto *amplo* aponta para vasto e extenso.

Enquanto a *plenitude* clama por uma robusta e integral forma de defesa, a *amplo* pode ser considerada como uma vasta e robusta atuação, ainda que não seja cabal e absoluta.

Em sua perspectiva, a razão dessa maior amplitude ao direito de defesa no tribunal do júri ocorre por se tratar de um julgamento em corte popular, que decide por meio de votação sigilosa o destino do acusado, sem qualquer fundamentação.

Exige assim uma impecável atuação defensiva, sob pena de se configurar um cerceamento da defesa do acusado pela fragilidade do seu defensor.

Outrossim, os jurados são pessoas do povo, desprovidos das garantias inerentes aos juízes togados e de sua tecnicidade, podendo ser mais fortemente influenciados pela argumentação e eloquência do que pela formalidade legal, mais suscetíveis à emocionalidade e ao sentimento de vingança do que o magistrado togado.

---

<sup>104</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 281.

Além disso, em decorrência dos princípios exclusivos do plenário, tais como oralidade, imediatidade e identidade física do juiz, a atuação da defesa precisa ser perfeita, inexistindo outra chance para defender o acusado.

Mas o que levaria a crer que tal entendimento conferiria uma conotação de maior amplitude a essa defesa é o fato de que o juiz togado estaria mais bem preparado, conhecedor das leis e da jurisprudência, dotado de vivência jurídica e de vida, e nos seus julgamentos empreendidos poderia eventualmente suprir falha da defesa, aplicando a melhor solução ao caso, ainda que não exista pedido formal do advogado.

Isso, em teoria, não ocorre com relação aos jurados, ainda que o juiz do tribunal seja responsável pela presidência do julgamento.

Mas esse posicionamento é trilhado pelo Superior Tribunal de Justiça, ao reconhecer não se tratar de mera variação terminológica:

A Constituição Federal de 1988 garante aos que serão submetidos a julgamento pelo Júri Popular a plenitude da defesa (art. 5.º, XXXVIII), princípio muito mais amplo e complexo do que a ampla defesa, sendo, desta forma, inadmissível que os réus fiquem tanto tempo indefesos em processo que apura a suposta prática de homicídio qualificado.<sup>105</sup>

Dessa análise, surge também outra repercussão interessante, que traz à tona certa restrição à autodefesa empreendida pela pessoa do próprio advogado (autodefesa técnica).

Vejamos.

Conforme já expusemos, o réu possuidor de habilitação para advogar pode defender-se tanto em defesa técnica como em sua autodefesa, nos casos de se tratar de feitos comuns, perante juiz togado.

---

<sup>105</sup> STJ – RHC n. 22919/RS, 5ª T., rel. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 18.06.2009, v.u.).

Contudo, tratando-se de julgamento perante o tribunal do júri, há vedação técnica de atuação em prol de sua própria defesa, sob pena de lesar a plenitude da defesa, conforme abaixo mencionamos:

Por mais atuante e brilhante que possa ser, o advogado, quando réu, no Tribunal do Júri, haverá de se voltar a pessoas leigas para explicar o que houve e qual é a tese. Dificilmente conseguiria elogiar, por exemplo, a si mesmo, sem provocar ares de empáfia ou falta de humildade, no intuito de convencimento dos jurados. Determinados argumentos técnicos deixariam de ser usados, pois a sua posição unitária comprometeria a adoção, por exemplo, do direito ao silêncio. A acusação poderia se sentir constrangida em atacar a figura do réu, em seus aspectos morais e comportamentais, pois estaria atingindo, igualmente, a pessoa do defensor.<sup>106</sup>

Sobre essa matéria também existem outras especificidades que são dignas de menção neste contexto:

A aplicação da plenitude da defesa, no âmbito do Tribunal do Júri, fomenta, de certo modo, o desequilíbrio das partes, privilegiando-se a atuação da defesa, em virtude de várias peculiaridades de sua situação processual. Há que se garantir ao defensor o amplo acesso às provas e sua produção, sem se importar, em demasia, com a forma ou com os prazos estipulados pela lei ordinária. Deve-se assegurar ao defensor, desde que haja justificativa, um tempo razoável de dilação para a sua manifestação, ainda que esgotado o tempo previsto pelo Código de Processo Penal. Todas as teses defensivas (autodefesa e defesa técnica) devem ser bem expostas aos jurados no momento da votação.<sup>107</sup>

Em que pesem os entendimentos proclamados acima, não concordamos que a plenitude da defesa seja diferente da ampla defesa, mas sim que a plenitude é característica essencial da defesa técnica, a qual deve ser garantida e efetivada em todos os processos e não somente nos de competência do tribunal do júri.

E, conforme já expusemos, a defesa não será técnica se faltarem os seus requisitos, dentre os quais a necessidade, a plenitude, a indeclinabilidade e a efetividade.

---

<sup>106</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 283.

<sup>107</sup> *Ibidem*, p. 282.

## 5.5 Defesa técnica na fase da execução penal

Embora proclamado que a atuação do juiz devia estender-se a todo o campo da execução penal, no sistema original do Código de Processo Penal de 1941, as intervenções do juiz e sua atuação se limitavam às decisões sobre os chamados “incidentes de execução”.<sup>108</sup>

Com o passar dos anos, houve modificação substancial, no sentido de se tentar solucionar problemas ligados à superpopulação carcerária, exigindo dessa maneira novas formas de cumprimento das penas privativas de liberdade.

Com a introdução do regime aberto de pena, (prisão-albergue), admitido desde 1965 pelos provimentos do Tribunal de Justiça de São Paulo, e posteriormente regido pela Lei federal n. 6.416/77, a exigência da intervenção do juiz passou a ser maior no âmbito da execução da pena, não mais somente na verificação dos pressupostos de sua concessão, mas, sobretudo, na supervisão permanente do atendimento das regras a que estavam sujeitos os beneficiários desse regime.

Em conjunto com a nova lei que reformulou o Código Penal em sua parte geral (Lei n. 7.209/84), foi editada a Lei n. 7.210/84, que tratou da execução penal, de maneira a unificar as normas sobre essa matéria.

Essa unificação passou a tratar a matéria como atividade complexa, que se desenvolve dentro dos planos jurisdicional e administrativo.

Participam dessa atividade os Poderes Judiciário e Executivo, por intermédio de seus órgãos jurisdicionais e administrativo.

---

<sup>108</sup> “A incidência de questões novas sobre o processo dá margem aos denominados *incidentes*. No decorrer do processo de conhecimento e na sentença, o juiz soluciona as questões pertinentes ao mérito. Com a sentença penal condenatória, título executivo que abre caminho ao denominado *ius punitiones*, inicia-se o processo de execução penal, surgindo agora questões sobre a interpretação ou aplicação do julgado. Trata-se de questões que recaem sobre a execução e que são, conseqüentemente, denominadas incidentes de execução.” (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 284).

A aplicação da pena é objeto do direito penitenciário, ligado diretamente com o direito administrativo, apesar de se encontrar prevista nos Códigos Penal e Processual Penal.

A tutela que trata da efetivação da sanção penal é objeto do processo de execução, que possui ligação direta com o direito processual, de natureza jurisdicional.

Desse modo, o processo de execução penal corresponde ao instrumento através do qual opera a jurisdição, ou seja, dizer o direito do sentenciado e realização do comando concreto da sentença penal condenatória, de maneira a aplicar a sanção correspondente ao título executivo.

Portanto, para deixar consignado, a atividade administrativa corresponde na expiação da pena, através da vida penitenciária do condenado e de sua vigilância, que cuida de tarefas tais como a observação cautelar e devida proteção.

Sob o enfoque jurisdicional da execução da pena, o condenado é titular de direitos públicos subjetivos em relação ao Estado, que por sua vez é obrigado a prestar-lhe a tutela jurisdicional.

O aspecto jurisdicional se faz necessário e presente porque sem ele, o acusado seria considerado um mero objeto do procedimento e simples detentor de obrigações, deveres e ônus.

Como ele não pode ser considerado objeto dessa relação, é detentor e sujeito de direitos na relação processual, tornando-se titular de faculdades e poderes, em que o processo não se resume a mera ordenação de atos, mas sim propulsor de garantias constitucionais em favor do condenado.

Essas garantias se manifestam por meio do *devido processo legal*, do direito de defesa, compreendendo a defesa técnica, do contraditório, do duplo grau de jurisdição, da publicidade, da igualdade processual e evidentemente da legalidade.

Em linhas gerais, o diploma da Lei de Execuções Penais buscou consagrar um sistema de recuperação efetiva do condenado, trazendo uma série de situações em que as indicações sobre a ressocialização do indivíduo submetido a execução possa exercer influência decisiva na quantidade e na forma da sanção punitiva.

Em razão dessa sistemática, é óbvio que ao juiz e ao defensor incumbe o acompanhamento permanente do processo de execução, pois são os dados correspondentes e resultantes dessa observação que permitirão a correta adequação da pena a personalidade do sentenciado.

E essa observação não pode ficar concentrada somente nas mãos da autoridade jurisdicional, devendo sobretudo ser resultante do respeito à garantia do *devido processo legal*.

Nesse particular é que se observa a necessidade da atuação do defensor e do representante do Ministério Público, devido ao caráter indiscutível de processo judicial, devendo o juiz, ao indeferir ou revogar determinado benefício ao réu, dar a ele a possibilidade do contraditório, de maneira a lhe prover o direito de defesa ampla, bem como, a depender do caso, produzir provas, prévia audiência etc.<sup>109</sup>

Outrossim, por outro lado, também pode ser considerada nula decisão do magistrado que julga extinta a pena sem antes permitir a intervenção do Ministério Público.<sup>110</sup>

---

<sup>109</sup> “O processo de execução penal possui natureza jurisdicional, impondo que o apenado tenha preservado os princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal. No caso em tela, não foi franqueada vista à defesa técnica para se manifestar acerca das transferências e regressão de regime, assim como não foi respeitada a regra contida no § 2º do art. 5º da Lei 11.671/2008. A gravidade dos fatos, por si só, não autoriza a violação dos princípios constitucionais e a inobservância às leis, essenciais ao Estado Democrático de Direito.” (TJRJ – HC n. 0001686-76.2010.8.19.000/RJ, 5ª CC, rel. Adilson Vieira Macabau, j. 15.04.2010).

<sup>110</sup> “A execução das penas se desenvolve sob garantia do contraditório e deve obedecer ao princípio do *due process of law*, de tal sorte que, dispondo o art. 67 da LEP sobre a intervenção do MP no processo e nos incidentes de execução, é nula a decisão que, sem a sua prévia ouvida, julga extinta a pena.” (TACrimSP – rel. Marrey Neto, JTACrim 96/33-35).

## 6 A DEFENSORIA PÚBLICA E O ACESSO À JUSTIÇA PENAL

Tendo por premissa que o direito de defesa é inerente ao cidadão que compõe e participa do Estado Democrático de Direito, sob os auspícios da dignidade da pessoa humana, no qual o Estado é o ente responsável pela substituição dos interesses das partes em caso de conflito ou lesão de bens jurídicos essenciais, é ao próprio Estado que incumbe o ônus de proporcionar assistência jurídica gratuita, através da efetivação da plenitude da defesa, àqueles que não dispõem de condição econômica capaz de custear uma demanda.

Essa constatação não é nova, e no decorrer dos anos, se operou em proporções diferenciadas nos ordenamentos jurídicos das sociedades nos tempos passados, sendo que a defesa dos desfavorecidos já ocorria na antiga Grécia, conforme ensina Marco Antonio Marques da Silva, que “anualmente eram nomeados dez advogados para promover a defesa dos mais pobres. O argumento usado para justificar a nomeação era, de que *todo o direito ofendido deve encontrar defensor e meios de defesa*”.<sup>111</sup>

No direito romano, também se tem notícia de que é creditada a Constantino a iniciativa de criar uma lei, inserida na legislação de Justiniano, de se proporcionar advogado a quem não tivesse condições para constituí-lo.

Conforme ensina o mesmo autor, “no Brasil, desde as Ordenações Filipinas, que vigoraram até 1822, no Livro III, Título 84, § 10, havia a previsão de não pagamento das custas por aquele que não tivesse condições econômicas de fazê-lo”.<sup>112</sup>

No decorrer dos anos, verifica-se que tal garantia foi se aprimorando, até que se alcançou o *status* da atual conjuntura social, voltada à plenitude do acesso à jurisdição por parte dos cidadãos menos favorecidos.

---

<sup>111</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à justiça penal e estado democrático de direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 32.

<sup>112</sup> *Ibidem*, p. 80.

Na atual Constituição Federal de 1988, o direito se ampliou, na medida que o artigo 5º, LXXIV, garante, como direito individual, assistência tanto processual como pré-processual.

A assistência pré-processual é tão importante quanto a processual, na medida que implica em informação e conscientização do cidadão acerca da existência ou inexistência de algum direito, consultoria e aconselhamento, orientação, inclusive com a indicação e encaminhamento a órgãos competentes para a solução do problema apresentado. De outro lado, também o destinatário da norma tem sido entendido como não só o economicamente necessitado, como o hipossuficiente juridicamente.<sup>113</sup>

Sendo assim, o mecanismo da atual Constituição Federal passou a integrar como órgão essencial à Justiça, ao lado do Ministério Público e da Advocacia Geral da União, além da advocacia privada, também a Defensoria Pública.

A Defensoria Pública encontra-se regulamentada pela Lei Complementar n. 80/94, que prescreve as normas gerais para a sua instituição nos âmbitos da União, Distrito Federal e Territórios, tendo sido reformada para inclusão de outras atribuições pela Lei Complementar n. 132/2009.

Trata-se de órgão fundamental para o efetivo exercício do direito de defesa, com a importância e atenção devida à defesa técnica, com vistas a assegurar o devido processo legal, mediante a efetivação do acesso do cidadão não só ao Poder Judiciário, mas também aos outros órgãos que venham a envolver questões jurídicas cruciais, tanto processuais, quanto pré-processuais.

Ela não somente funciona de maneira a inteirar o cidadão de seus direitos, como também evita o ajuizamento de demandas temerárias, que só tendem a atrasar o bom andamento dos tribunais, através de processos repetitivos e protelatórios, cujos fundamentos há muito já se encontram superados, mas muitas vezes persistem com intentos protelatórios.

---

<sup>113</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à justiça penal e estado democrático de direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 90.

Contudo, como se trata de uma instituição nova, ainda sofre aperfeiçoamentos decorrentes do caráter programático da legislação constitucional, o que muitas vezes a impede de efetivamente exercer o seu papel de inserção social, destinado à propagação da justiça.

E o acesso à justiça não foge aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, que são construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, conforme dispõe a Carta Magna, em seu artigo 3º.

Nesse compasso, o acesso à justiça em favor dos menos favorecidos, por consequência, é considerado um direito fundamental e que deverá ser efetivado através da Defensoria Pública, que tem se corporificado como promessa para tais questões, já que, diferentemente da superada advocacia dativa, nasce com o ônus e com o compromisso institucional legal e incumbência constitucional de “orientação jurídica” e “defesa”, “em todos os graus, dos necessitados”.<sup>114</sup>

De outra maneira, em que pesem as qualidades acima delineadas ao instituto, mister se faz nos afastarmos por um momento da retórica formal do texto da lei, em favor de sua análise de forma empírica e pragmática, ou seja, cientificar e esclarecer que tais avanços ainda não saíram do papel e que existem ainda diversos Estados brasileiros que não dispõe desse tipo de serviço, principalmente os locais mais distantes das capitais do país.

Outra crítica que deve ser mencionada é a de que a Defensoria Pública não possui estrutura capaz de dar conta de todo o arcabouço legal de suas incumbências, não tendo conseguido até o momento suprir as necessidades pré-processuais por meio de orientações jurídicas.

---

<sup>114</sup> Constituição Federal: “Artigo 134 - A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV.”

Mas mesmo assim, à parte dessas críticas, que não devem ser consideradas de natureza pejorativa, mas sim com intuito mais investigativo e construtivo, é notável que em pouco tempo de existência já fez alguma diferença.

À guisa de exemplo, já existem em algumas capitais órgãos da Defensoria que atuam especificamente no acompanhamento de autos de prisão em flagrante, mediante a ação nas delegacias de defensor plantonista; outro exemplo claro é o seu funcionamento nas Varas da Infância e Juventude, provendo maior celeridade nos julgamentos e dispensando o longo procedimento que havia quando se aguardava a família contratar advogado particular, ou até mesmo os trâmites da constituição de defensor dativo.

Mas a inovação mais importante se deu na questão atinente às Varas das Execuções Penais, em que já existe uma comissão de defensores responsáveis pela representação dos condenados perante esse juízo, de maneira a garantir aos cidadãos o ideal cumprimento de suas penas, evitando, dessa forma, a lotação de presídios devido à permanência prolongada de detentos cujas penas já foram cumpridas.

## CONCLUSÕES

1) A defesa técnica é elemento indispensável para a efetivação da dignidade da pessoa humana num Estado Democrático de Direito, através do devido processo legal, não bastando expressões de cunho constitucional formal, mas sim incessante batalha no sentido de inserir o ordenamento jurídico nos princípios norteadores da Constituição Federal de 1988, de maneira a proceder à aplicação de todo o direito sob seu regimento.

2) A harmonia social depende de meios de controle formais, a serem apresentados previamente, de forma a reger o comportamento dos indivíduos, de maneira a lhes provocar determinados comportamentos, os quais, em caso de descumprimento, os submetam a sanções, a serem aferidas através do devido processo legal.

3) O direito penal é um sistema de controle social formal que prevalece no Estado Democrático de Direito brasileiro, conforme a Constituição Federal, que prevê princípios para a sua regência.

4) O direito penal e o direito processual penal estão totalmente vinculados à dignidade da pessoa humana, considerada como um valor supremo, sustentáculo de todo o ordenamento jurídico.

5) A defesa, os direitos fundamentais e o processo penal, ao longo do tempo, se desenvolvem conjuntamente.

6) Pode-se dizer que a defesa possui não somente característica de direito, mas também prerrogativas de garantia e princípio.

7) A defesa técnica é uma garantia destinada ao acusado e também à sociedade, cujos interesses também se direcionam para a efetiva aplicação do *jus puniendi*.

**8)** É a defesa técnica garantia do acusado, enquanto condição do devido processo legal, cuja finalidade é provê-lo de meios capazes de lhe concederem o perfeito equilíbrio e igualdade em face da acusação.

**9)** A referida igualdade não mais pode ser vista como provedora de armas às partes, mas sim de oportunidades dentro do processo, de maneira a buscar a plenitude do contraditório, para a construção da defesa peculiar a cada caso.

**10)** Nos casos de atos que implicam a realização de atos processuais *ad hoc*, deve ser concedido ao defensor tempo suficiente para a leitura dos autos e entrevista antecipada com o acusado.

**11)** O direito à defesa técnica em favor do cidadão, promovida pelo Estado, deve ser enaltecido como pilar estrutural essencial da garantia da dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5. ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2006.

ALTAVILA, Jayme. *Origem dos direitos dos povos*. 2. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1958.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral das comissões parlamentares: comissões parlamentares de inquérito*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil: arts. 5º a 17*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

\_\_\_\_\_. As provas obtidas por meios ilícitos e a Constituição. *Revista do Advogado*, São Paulo, AASP, n. 42, p. 44-45, abr. 1994.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marquês de. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Deocleciano Torrieri Guimarães. São Paulo: Rideel, 2003.

BRASIL. Código de Processo Penal (1941). *Código de Processo Penal: Decreto-lei n. 3.689, de 03-10-1941, atualizado acompanhado de legislação complementar especial e súmulas, de índices...* Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 51. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. (Legislação Brasileira).

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 45. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. (Coleção Saraiva de Legislação).

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2008.

\_\_\_\_\_. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. 2. ed. rev. e ampl. Coimbra: Coimbra Editora, 1984. v. 1.

CARBONELL MATEU, Juan-Carlos. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. (Alternativa).

COSTA, José de Faria. *Direito penal especial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

\_\_\_\_\_. Reflexões sobre o Direito Penal no Mundo Contemporâneo. In: COLÓQUIO LUSO-BRASILEIRO DE ESTUDOS DE DIREITOS HUMANOS E DIREITO PENAL, 2., 2009, São Paulo. *Anais...* Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2009.

CARULLI, Nicola. *Il diritto di difesa dell'imputato*. Napoli: Jovene, 1967.

COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao estudo do processo civil*. Tradução de Mozart Victor Russomano. Rio de Janeiro: José Konfino, 1951.

DENTI, Vittorio. La difesa come diritto e come garanzia. In: GREVI, Vittorio (Org.). *Il problema dell'autodifesa nel processo penale*. 6. ed. Bologna: Zanichelli, 1982. p. 48-56.

DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar José. *Vocabulário jurídico*. 28. ed. 2. tiragem de acordo com a nova reforma ortográfica da língua portuguesa, atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 10. ed. Lisboa: Fundação Calousta Gulbenkian, 2008.

ERBELLA, Marcelo Augusto Custódio. *A defesa técnica no processo penal*. 2004. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2004.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. *Reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, n. 61, p. 29-49, jan./mar. 1995.

\_\_\_\_\_. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRÃO, Francisco António Fernandes da Silva. *Teoria do direito penal aplicada ao Código Penal português comparado com o Código do Brasil...* Lisboa: Typografia Universal, 1856. v. 1.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhete. 35. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GIANNELLA, Berenice Maria. *Assistência jurídica no processo penal: garantia para a efetividade do direito de defesa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Defesa do condenado na execução penal. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BUSANA, Dante (Coords.). *Execução Penal, Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984*. São Paulo: Max Limonad, 1987. p. 37-46.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual de acordo com a constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

\_\_\_\_\_. *O princípio da ampla defesa*. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 19, p. 9-20, dez. 1981/dez.1982.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Tradução de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984.

\_\_\_\_\_. *Crítica al derecho penal de hoy*. Traducción de Patricia S. Ziffer. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1998.

KANT, Emmanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Edições 70 Brasil, 2007. (Coleção Textos Filosóficos).

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas, SP: Millennium, 2000. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Estudos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

MARTY, Mireille Delmas (Org.). *Processos penais da Europa*. Tradução de Fauzi Hassan Chouk, com colaboração de Ana Cláudia Ferigato Choukard. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. v. 4.

\_\_\_\_\_. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin. 2008. p. 169-170.

MIRANDA, JORGE; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

NAVARRO, Luiz George. *A defesa do réu na história do processo*. 1994. 129 p. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1994.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Penal comentado*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Manual da monografia jurídica*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PALMA, Maria Fernanda. Constituição e direito penal: as questões inevitáveis. In: MIRANDA, Jorge (Coord.). *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. v. 2, p. 227-237.

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional penal*. Coimbra: Almedina, 2006.

PEDROSO, Fernando de Almeida. *Processo penal: o direito de defesa, repercussão, amplitude e limites*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PEREIRA, Claudio José Langroiva. *Proteção jurídico-penal e direitos universais*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los derechos fundamentales*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

PIERANGELI, José Henrique. *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*. 2. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2004.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Reforma penal*. São Paulo. Saraiva, 1985.

PORTO, Hermínio Alberto Marques. *Júri: procedimento e aspectos do julgamento, questionários*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1988.

PORTO, Hemínio Alberto Marques; SILVA, Marco Antonio Marques (Orgs.). *Processo penal e Constituição Federal*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 10. ed. rev., ampl e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Tradução e introdução de Luís Greco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROXIN, Claus; ARTZ, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Introdução ao direito penal e ao direito processual penal*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social: princípios de direito político*. Tradução direta e integral do francês do Dr. Antônio de P. Machado. 6. ed. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1960.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

- SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. Malheiros. São Paulo. 2006.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros. 2011.
- SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à justiça penal e estado democrático de direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
- \_\_\_\_\_. *A vinculação do juiz no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord). *Processo penal e garantias constitucionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Tratado temático de processo penal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- SILVA, Marco Antonio Marques da; COSTA, José de Faria (Coords.). *Direito penal Especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. O direito de defesa como princípio constitucional processual. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, v. 4, n. 7, p. 103-121, jan./jun. 2001.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- \_\_\_\_\_. *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais: constituição, cidadania, violência, a Lei 9296/96 e seus reflexos penais e processuais*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 1993. 501 p. Tese (Professor Titular de Direito Processual Penal) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1993.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais 2004.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

VÁZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. *La defensa penal*: 3. ed. actual. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1996.