

MARCO ANTONIO PAIXÃO

PROCESSO PENAL: CONTEÚDO E LIMITES DA DEFESA TÉCNICA

Monografia Final de Curso apresentada como requisito à obtenção do grau de Bacharel em Direito das Relações Sociais. Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. João Gualberto G. Ramos

CURITIBA

2001

TERMO DE APROVAÇÃO

MARCO ANTONIO PAIXÃO

PROCESSO PENAL: CONTEÚDO E LIMITES DA DEFESA TÉCNICA

Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela banca examinadora formada pelos professores:

Orientador: Professor Doutor João Gualberto Garcez Ramos
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Professor Doutor Nilton Bussi
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Professor Doutor Arnaldo Faivro Busato
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Curitiba, 21 de novembro de 2001.

SUMÁRIO

RESUMO	iii
1. INTRODUÇÃO.....	1
2. OS PRINCÍPIOS ATINENTES À DEFESA.....	3
2.1. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A LIBERDADE.....	4
2.1.1. <i>A Liberdade Como Regra</i>	5
2.1.2. <i>A Liberdade Provisória</i>	7
2.2. OS PRINCÍPIOS GERAIS	7
2.2.1. <i>Princípio da Justiça</i>	7
2.2.2. <i>Princípios da Certeza do Direito e da Segurança Jurídica</i>	8
2.2.3. <i>Princípio da igualdade</i>	9
2.2.4. <i>Princípio da Universalidade da Jurisdição</i>	9
2.2.5. <i>Outros Princípios</i>	10
2.3. OS PRINCÍPIOS DO PROCESSO PENAL	11
2.3.1. <i>Princípio do Devido Processo Legal</i>	11
2.3.2. <i>Princípios da Ampla Defesa e do Contraditório</i>	12
2.3.3. <i>Princípio da Verdade Real</i>	14
2.3.4. <i>Princípio do Estado de Inocência</i>	16
2.3.5. <i>Princípio da Congruência e da Motivação da Sentença</i>	18
2.3.6. <i>Princípio do Favor Rei</i>	20
3. O CONTEÚDO DA DEFESA EM JUÍZO	22
3.1. O DIREITO DE DEFESA E O DEFENSOR.....	22
3.1.1. <i>A Defesa Técnica</i>	22
3.1.2. <i>O Defensor Técnico</i>	23
a) O defensor constituído.....	24
b) O defensor dativo	25
c) O defensor <i>ad hoc</i>	27
d) O curador	27
3.2. AS FORMAS DE DEFESA.....	29
3.2.1. <i>Defesa Contra a Ação</i>	30
a) A atividade postulatória	30
b) A atividade instrutória	33
c) A atividade crítica	39
3.2.2. <i>Defesa Contra o Processo</i>	41
a) As exceções dilatórias.....	43
b) As exceções preempatórias.....	46
4. LIMITES AO PLENO EXERCÍCIO DA DEFESA.....	49
4.1. OS LIMITES LEGAIS	49
4.1.1. <i>Dos Prazos</i>	50
4.1.2. <i>Das Provas</i>	51
a) Limites quanto às testemunhas	51
b) As provas documentais	53
c) Vedação das provas ilícitas	53
4.2. OUTROS LIMITES	56
5. CONCLUSÃO.....	58
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	59

RESUMO

A defesa técnica é direito indeclinável no processo penal condenatório, sendo o estudo de seu conteúdo e seus limites objeto do presente trabalho. O Estado, ao exercer a persecução penal do indivíduo acusado de delito, o faz por meio do processo penal, colocando agentes seus para efetivar esta tarefa. O processo, contudo, não é instrumento que se destina apenas à repressão estatal da criminalidade, é antes instrumento de pacificação social e distribuição de justiça. Para alcançar o objetivo de pacificação dos conflitos interpessoais no meio social, o processo, especialmente o processo penal, há de assegurar àqueles que nele ingressam o direito de perseguir suas pretensões em “igualdade de armas”. O direito a ser assistido por advogado no processo penal condenatório é indeclinável; ao acusado é garantida a defesa técnica, queira ele ou não; a presença do defensor técnico é exigência legal. Este direito, aliás, se insere em outro mais abrangente que é o direito à ampla defesa e ao contraditório. Assegura-se a ampla defesa ao réu em processo penal facultando-lhe a autodefesa, mas garantindo-lhe a defesa técnica; a ampla defesa, no entanto, não é sinônimo de defesa ilimitada, eis que diversos limites se impõem ao exercício da atividade defensiva.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem por objeto principal o estudo da defesa técnica no processo penal, em especial quanto ao seu conteúdo e limites. Em diversos dispositivos, a Constituição Federal assegura o direito ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório. O contraditório é instrumento técnico da ampla defesa e deve estar presente em todo o processo. É, sem dúvida, com o pleno exercício do contraditório que a defesa técnica se torna efetiva.

A escolha do tema se justifica pela importância do efetivo exercício do direito de defesa do acusado em processo penal condenatório. Em nenhum outro ramo do direito, valores tão importantes se apresentam em conflito tal como no Direito Processual Penal: de um lado o Estado legitimamente exercendo a persecução penal, de outro o indivíduo lutando por seu fundamental direito à liberdade. Nas palavras de Francisco Campos, busca-se “obter o equilíbrio entre o interesse social e o da defesa individual, entre o direito do Estado à punição dos criminosos e o direito do indivíduo às garantias e seguranças de sua liberdade”¹.

Dentre as garantias e proteções ao interesse do indivíduo, e aos seus direitos fundamentais, frente ao poder-dever de punir do Estado, a que maior relevância assume no curso do processo penal é, sem dúvida, a necessária assistência por advogado: a defesa técnica. A presença de defensor é exigência legal, constituindo sua inexistência causa de nulidade do processo.

Inicia-se o estudo pela necessária descrição dos princípios de direito processual relacionados ao tema e dos direitos fundamentais do indivíduo, em especial a dignidade da pessoa humana e seu principal atributo, a liberdade de locomoção.

Num segundo momento a atenção se volta para o conteúdo da defesa técnica, desdobrando-se o estudo nas duas espécies de defesa: contra a ação e contra o

¹ Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Exposição de Motivos do Código de Processo Penal.

processo. Na defesa contra a ação, que se volta contra as questões de fato deduzidas na acusação, destacam-se as atividades postulatória, instrutória e crítica do defensor técnico. O estudo da defesa contra o processo se concentrou nas exceções dilatórias e peremptórias.

Não se desconhece que outras formas há de defesa contra o constrangimento causado pelo simples fato do processo penal condenatório, tal como as ações autônomas de *Habeas Corpus* e Mandado de Segurança, nem tampouco se desconhece da importância da Revisão Criminal como instrumento de reparação de erros judiciários, mas cada um destes temas seria o bastante para o desenvolvimento de pesquisa independente deste trabalho, fugindo-lhe mesmo ao alcance.

O terceiro momento deste trabalho está voltado para os limites ao exercício da defesa técnica, buscando demonstrar as limitações legais e mesmo outras decorrentes da própria atividade defensiva.

Alerta-se para o fato de que esta monografia não há de esgotar o tema, ainda porque, conforme já referido, outros instrumentos existem a compor o conteúdo da defesa que não se incluíram neste estudo.

2. OS PRINCÍPIOS ATINENTES À DEFESA

A palavra princípio, do latim *principium*, significa o momento em que alguma coisa tem origem, o seu começo. Luís Diez PICAZO assevera que a idéia de princípio deriva da linguagem da geometria, “onde designa as verdades primeiras”; sendo, pois, princípios porque “estão ao princípio” e são “as premissas de todo um sistema que se desenvolve *more geométrico*”.¹

Diversas são as acepções em que o vocábulo “princípios” tem sido empregado pela doutrina e jurisprudência; Ricardo GUASTINI, empreendendo investigação doutrinária, reuniu seis conceitos distintos, todos vinculados a disposições normativas: a) normas providas de alto grau de generalidade; b) normas com alto grau de indeterminação e que requerem sua concretização por via interpretativa; c) normas de caráter programático; d) normas de posição hierárquica muito elevada; e) normas que desempenham uma função importante e fundamental no sistema jurídico; f) normas dirigidas aos órgãos de aplicação². Paulo BONAVIDES, também tratando do tema, conclui que, uma vez constitucionalizados, os princípios se tornam “chave de todo o sistema normativo.”³

“O processo penal é regido por uma série de princípios e regras que outra coisa não representam senão postulados fundamentais da política processual penal de um Estado.”⁴

Lecionando sobre os princípios gerais do processo penal, Miranda COUTINHO prefere “pensá-lo(s) como *motivo conceitual sobre o(s) qual(ais) funda-se a teoria geral do processo penal*, podendo estar positivado (na lei) ou não”⁵; e

¹ PICAZO, Luís Diez. *apud* BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. p. 228.

² GUASTINI, Ricardo. *apud* BONAVIDES, Paulo. *op. cit.* p. 230.

³ BONAVIDES, Paulo. *op. cit.* p. 231.

⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *apud* NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Curso completo de processo penal. p. 9.

⁵ COUTINHO, Jacinto N. de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro *in*: Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, a. 30, n. 30, 1998. p. 163.

segue seu pensamento esclarecendo que dizer *motivo conceitual* é dizer *mito*, aquilo que está “antes do primeiro momento.”⁶

2.1. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A LIBERDADE

O Estado de Direito é o meio para consecução do bem comum. Com o fim de realizar este objetivo e garantir a segurança nas relações interpessoais de seus súditos, o Estado chama para si o dever-poder de reprimir o crime que “lesa não apenas direitos individuais, mas sociais também, pois perturba as condições da harmonia e estabilidade, sem as quais não é possível a vida comunitária.”⁷

Ao exercer este dever-poder de punir o crime (*jus puniendi*), o Estado se depara com diversas limitações, via de regra expressas em princípios constitucionais, resguardando a dignidade da pessoa humana. O Ser Humano é, sem dúvida, a razão de existir de toda e qualquer comando normativo, sendo, pois, razão de ser do próprio Estado.

A Constituição Federal, atenta ao Ser Humano como fundamento da sociedade, protege a dignidade da pessoa humana, erigida a Princípio Fundamental do Estado Democrático de Direito.⁸

O texto constitucional evidencia em diversos outros preceitos⁹ o princípio da dignidade da pessoa humana, mas é principalmente no processo penal que “o efeito paralisante da norma constitucional sobre as demais é um dogma”¹⁰; de fato é

⁶ COUTINHO, Jacinto N. de Miranda. *idem*. p. 164.

⁷ NORONHA, Edgard Magalhães. Curso de direito processual penal. p. 3.

⁸ Art. 1º, III.

⁹ Arts. 5º, XLII (racismo), XLIII (tortura), XLVIII, XLIX, L (dignidade dos presos); 34, VII, b (observância dos direitos da pessoa humana como autorizador de intervenção federal); 226, § 7º (fundamento da entidade familiar); 227 (dignidade da criança e do adolescente); 230 (dignidade do idoso).

¹⁰ BIZZOTTO, Alexandre, e RODRIGUES, Andreia de Brito. Processo penal garantista. p. 14.

no processo penal que se pode realizar a maior ofensa à dignidade da pessoa humana, que é a privação da liberdade.¹¹

2.1.1. A Liberdade Como Regra

Dentre os atributos da dignidade da pessoa humana, o que mais se destaca é o direito à liberdade. O conceito do que seja liberdade é, talvez, um dos mais difíceis de sintetizar; René DOTTI oferece uma boa noção: “A liberdade é o *estado* ou *condição* de ser livre, significando juridicamente, a faculdade da pessoa se conduzir autonomamente respeitadas, porém, as restrições legais. Trata-se de um dos bens jurídicos fundamentais do indivíduo e da sociedade”¹², e prossegue assinalando que “a liberdade de locomoção, classicamente traduzida na expressão *liberdade de ir e vir*, constitui uma das garantias individuais básicas para o progresso humano e social e é especialmente protegida nos Estados Democráticos de Direito.”¹³

A Constituição Federal assegura o direito fundamental à liberdade de locomoção em todo o território nacional¹⁴. A livre locomoção se configura no direito de ir, vir e permanecer, sendo regra a liberdade individual e exceção sua privação. “A liberdade é a regra no Estado de Direito Democrático, a restrição à liberdade é a exceção, que deve ser excepcionalíssima, aliás. Ninguém é culpado de nada enquanto não transitar em julgado a sentença penal condenatória; ou seja, ainda que condenado por sentença judicial, o acusado continuará *presumidamente* inocente até que se encerrem todas as possibilidades para o exercício do seu direito à ampla defesa.”¹⁵

¹¹ Claro que aqui se faz referência ao que a lei autoriza; não se desconhece que existem outras afrontas à dignidade da pessoa humana, mas à margem do ordenamento jurídico. A privação de liberdade não é exclusividade do processo penal, a Constituição Federal autoriza a prisão de devedor civil em ação de alimentos.

¹² DOTTI, René Ariel. Declaração universal dos direitos do homem e do cidadão e notas da legislação brasileira. p. 7.

¹³ DOTTI, René Ariel. *idem*. p. 29.

¹⁴ Art. 5º, XV.

¹⁵ STJ – HC – Rel. Edson Vidigal – RT 725/521. (O grifo não existe no original; sobre presunção de inocência vide infra 2.3.4)

Ada Pellegrini GRINOVER lembra, no entanto, que a liberdade individual, ainda que fundamental, não é absoluta, pois a sociedade dispõe de um direito de repressão traduzido “predominantemente em medidas limitadoras à liberdade pessoal. Mas se se admite que o culpado seja privado da liberdade, não se permite que a privação seja imposta sem a observância de um processo regular, ou sem que se lhe assegure o direito à ampla defesa.”¹⁶

Certo é que o processo penal se faz, sobretudo, para garantia da liberdade jurídica do acusado¹⁷, mas, se presentes certas condições, poderá se ver ele privado de seu direito a livre locomoção antes mesmo da sentença penal condenatória — prisão cautelar.

As condições ou pressupostos que autorizam a prisão cautelar são os mesmos de qualquer medida de natureza acautelatória: a) o *periculum in mora* que se traduz na possibilidade de ser ineficaz a medida judicial se houver demora, ou seja, o atraso na concessão da medida judicial poderia provocar algum dano; b) *fumus boni iuris* que é a fumaça do bom direito, ou seja, a probabilidade de uma sentença condenatória.

Professa Afrânio Silva JARDIM não haver dúvida de que esta modalidade de prisão “tem natureza acauteladora, destinada a assegurar a eficácia da decisão a ser prolatada afinal, bem como a possibilitar regular instrução probatória. Trata-se de tutelar os meios e os fins do processo de conhecimento e, por isso mesmo, de tutela da tutela.”¹⁸

¹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. Liberdades públicas e processo penal – as interceptações telefônicas. p. 1.

¹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *idem*. p 20.

¹⁸ JARDIM, Afrânio Silva. Direito processual penal. p. 255.

2.1.2. A Liberdade Provisória

A Constituição Federal garante que “ninguém será levado à prisão ou nela mentido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”¹⁹; estando, pois, presentes os requisitos que a autorizam, a liberdade provisória não pode ser negada.

A liberdade diz-se provisória porque está sujeita a revogação na ocorrência de certas hipóteses previstas na lei, “se o réu descumprir a obrigação de comparecer a todos os atos do processo, ela será revogada. Portanto, o réu fica livre, mas preso ao processo.”²⁰

Sucedânea da prisão cautelar, pois presentes os pressupostos que autorizam a medida restritiva, a liberdade provisória garante ao acusado o direito de responder livre ao processo, mas vinculado a certas obrigações; “o instituto da liberdade provisória funda-se na *vantagem de substituir a prisão provisória por outra providência que logre assegurar a presença do acusado sem o sacrifício do encarceramento.*”²¹

A prisão provisória não se confunde com relaxamento de prisão que, necessariamente, se concede quando a prisão é ilegal e, no caso, o acusado não tem deveres ou obrigações.

2.2. OS PRINCÍPIOS GERAIS

2.2.1. Princípio da Justiça

O legislador constituinte inscreve no Preâmbulo da Constituição, dentre os objetivos do Estado Democrático, a justiça como valor supremo de nossa sociedade.

¹⁹ Art. 5º, LXVI.

²⁰ RANGEL, Paulo. Direito processual penal. p. 442.

²¹ TORNAGHI, Hélio. *apud* MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo penal. p. 271.

Hélio TORNAGHI, ao discorrer sobre ampla defesa, evidencia a justiça como objetivo do Estado.²²

Realiza-se o princípio da justiça na medida em que se implementam outros princípios gerais, em especial a liberdade e a igualdade²³. Para o direito romano a realização do valor justiça se verificava na vontade constante e perpétua que atribui a cada um o que é seu.²⁴

Paulo de Barros CARVALHO elege o valor justiça com sobreprincípio que ocupa lugar preeminente que se deve apresentar “como o princípio fundamental, construído pela conjunção eficaz dos demais sobreprincípios.”²⁵

2.2.2. Princípios da Certeza do Direito e da Segurança Jurídica

A certeza do direito é também um sobreprincípio que se situa na própria essência do dever-ser. Tendo por fundamento a necessidade da segurança dos indivíduos, a certeza do direito se eleva a postulado indispensável para a convivência social²⁶. Aproximam-se os dois princípios (certeza e segurança) na noção de previsibilidade; os indivíduos, destinatários dos comandos jurídicos, podem orientar suas condutas de acordo com as normas existentes. Esta noção ou sentimento de previsibilidade, quanto aos efeitos da regulação de conduta, “tranqüiliza os cidadãos, abrindo espaço para o planejamento de ações futuras, cuja disciplina jurídica conhecem, confiantes que estão no modo pelo qual a aplicação das normas do direito se realiza.”²⁷

²² TORNAGHI, Hélio. *apud* TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal - vol. 2. p. 457. “Como bem diz Tornaghi, o Estado procura fazer justiça, e ele não poderá estar certo de tê-la feito e, portanto, não tranqüilizará o homem de bem, se não der ao acusado a mais ampla defesa.”

²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. p. 24.

²⁴ INSTITUTAS DE JUSTINIANO, Livro I, Tomo I. “*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens*”. Em: CORREIA, Alexandre, e SCIASCIA, Gaetano. Direito romano - vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1950. p. 300.

²⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. p. 107.

²⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. *idem*. p. 107-108.

²⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. *idem*. p. 108.

A segurança é, aliás, princípio expresso na Constituição, não apenas no Preâmbulo como fim a ser alcançado pelo Estado (princípio programático) mas, e sobretudo, como garantia inscrita no *caput* do artigo 5º.

Segurança jurídica e certeza do direito são princípios indissociáveis do valor justiça.

2.2.3. Princípio da igualdade

A igualdade é também princípio expresso no *caput* do artigo 5º da Constituição, portanto com *status* de garantia constitucional, que se revela através da fórmula – “Todos são iguais perante a lei (...)”.

Traduz-se o princípio da igualdade, no processo penal, em oferecer às partes as mesmas oportunidades de fazer valer suas razões e trazer elementos de convicção, e ainda serem “tratadas igualitariamente, na medida de suas igualdades, e desigualmente, na proporção de suas desigualdades.”²⁸

O princípio da igualdade não é absoluto e sofre atenuação, principalmente no processo penal. o interesse do acusado tem alguma prevalência em confronto com a pretensão punitivo, é o que se concretiza no princípio de *favor rei*.²⁹

2.2.4. Princípio da Universalidade da Jurisdição

Princípio que se expressa no preceito constitucional – “A Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”³⁰

A Jurisdição é primazia absoluta do Poder Judiciário e, como ensina Geraldo ATALIBA³¹, se configura no poder de dizer o direito (*juris dicere*) aplicável a uma controvérsia, com peso de decisão definitiva.

²⁸ CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. p. 19.

²⁹ CAPEZ, Fernando. *idem*. p. 19.

³¹ Art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

A Constituição assegura a todos, através do preceito acima transcrito, o direito à tutela jurisdicional do Estado, com eficácia de coisa julgada; definitividade esta que, no dizer de Michel TEMER, “é traço marcante da jurisdição.”³²

2.2.5. Outros Princípios

Há outros princípios que, embora não sejam propriamente princípios gerais, são aplicáveis ao direito processual como um todo – penal, civil, trabalhista, administrativo – e às diversas formas de procedimento. São, portanto, Princípios Gerais do Processo.

Júlio Fabbrini MIRABETE aponta quatro princípios que devem ser idealmente considerados³³: a) lógico – segundo o qual, dentre os diversos meios para descoberta da verdade, deve-se sempre escolher os mais seguros e rápidos; b) jurídico – que agrega os já citados princípios da justiça e igualdade para que se atenda à finalidade do processo, declarar a vontade concreta da lei; c) político – que tem por objetivo a máxima garantia social dos direitos com o menor sacrifício individual de liberdade; d) econômico – que procura garantir a universalidade da jurisdição, evitando que o processo seja tão dispendioso que possa afastar os tutelados.

Interessam, ainda, ao presente estudo os princípios do juiz natural, da imparcialidade do juiz e da economia processual. Decorre do princípio do juiz natural a garantia constitucional de que os indivíduos somente podem ser processados e julgados pelo órgão do Poder Judiciário devidamente investido de competência para o caso. O princípio do juiz natural, consagrado na Constituição Federal, oferece aos indivíduos a segurança de enfrentar com transparência a atuação dos órgãos judiciais.³⁴

³¹ ATALIBA, Geraldo. *apud* TEMER, Michel. Elementos de direito constitucional. p. 168.

³² TEMER, Michel. *op. cit.* p. 168.

³³ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *op. cit.* p. 50.

³⁴ BIZZOTTO, Alexandre, e RODRIGUES, Andreia de Brito. *op. cit.* p. 24.

“O princípio do juiz natural é expressão do princípio da isonomia e também um pressuposto de imparcialidade”³⁵. A imparcialidade do juiz se concretiza de sua situação na relação processual – está entre as partes e acima delas, devendo se manter equidistante. Com o fim de garantir a imparcialidade do magistrado, a Constituição Federal estipula certas garantias à carreira que “não se caracterizam como privilégio dos magistrados, mas como meio de assegurar o seu livre desempenho, de molde a revelar a independência do Judiciário.”³⁶

O princípio da economia processual assegura às partes do processo que, dentre as diversas formas de se praticar um ato processual, a escolha recairá sobre a menos onerosa. O princípio não implica em suprimir atos ou mesmo fases previstas no rito processual, mas a possibilidade de escolha da forma que seja menos gravosa para as partes.³⁷

2.3. OS PRINCÍPIOS DO PROCESSO PENAL

2.3.1. Princípio do Devido Processo Legal

A cláusula do devido processo legal, “*due process of law*”, é princípio fundamental ao processo penal enquanto reconstrução histórica de um fato. Costuma-se apontar a gênese da cláusula do devido processo na Magna Carta outorgada, em 1215, por João Sem-Terra, em especial no corolário de que: “*Nenhum homem livre será detido(...), a não ser em virtude de julgamento legal de seus semelhantes e segundo as leis do país(...)*”³⁸. É bem verdade, contudo, que já o direito romano, ao tempo de Constantino, assegurava garantias de tal natureza.³⁹

³⁵ COUTINHO, Jacinto N. de Miranda. *op. cit.* p. 174.

³⁶ TEMER, Michel. *op. cit.* p. 172.

³⁷ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *op. cit.* p. 51.

³⁸ Art. XXIX da Magna Carta, conforme a redação dada ao tempo de Henrique III, em 1225, cuja tradução se pode verificar em: SIDOU, J. M. Othon. *Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular - As garantias ativas dos direitos coletivos*. apêndice IV.

³⁹ SIDOU, J. M. Othon. *op. cit.* p. 62.

A Constituição da República Federativa do Brasil assegura que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”⁴⁰. Devido processo legal é aquele em que se observam e respeitam todas as formalidades previstas em lei.

Todos os atos do processo penal têm seu modelo descrito em lei, bem como a seqüência em que se devem praticar. Esta previsão legal tem por propósito disciplinar o exercício do poder, de forma a assegurar a todos a adequação do procedimento ao modelo preestabelecido⁴¹. Parece claro que a cláusula do devido processo legal tem abrangência bem maior, mas a inobservância ao procedimento legalmente instituído configura afronta ao devido processo.

O princípio do devido processo legal conduz logicamente aos princípios da ampla defesa e do contraditório. “O devido processo legal assegura a plenitude de defesa, abarcando o direito de ser ouvido, de ter defesa técnica, de ser julgado perante juiz competente, de ter decisões motivadas e públicas, do duplo grau de jurisdição, de Revisão Criminal, de definitividade de sentença penal favorável ou absolutória, etc.”⁴²

2.3.2. Princípios da Ampla Defesa e do Contraditório

A Constituição Federal assegura em diversos dispositivos o direito ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório. O contraditório é instrumento técnico da ampla defesa e deve estar presente em todo o processo; é, sem dúvida, com o pleno exercício do contraditório que a defesa técnica se torna efetiva.

Ao princípio da ampla defesa associam-se “os meios e recursos a ela inerentes”, conforme o enunciado constitucional do art. 5º, LV. Vicente GRECO FILHO enumera quais são os meios inerentes à ampla defesa: “a) ter conhecimento claro da imputação; b) poder apresentar alegações contra a acusação; c) poder

⁴⁰ Art. 5º, LIV.

⁴¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *op. cit.* p. 127.

⁴² PRADO, Amauri Renó do, e BONILHA, José Carlos Mascari. *Manual de processo penal.* p. 22.

acompanhar a prova produzida e fazer a contraprova; d) ter defesa técnica por advogado, cuja função, aliás, agora, é essencial à Administração da Justiça (art. 133); e e) poder recorrer da decisão desfavorável”.⁴³

O direito de defesa no processo penal é por princípio bastante extenso, ou pelo menos há de ser. Fernando da Costa TOURINHO FILHO, ao mencionar o direito de defesa, refere-se a defesa em sentido amplo, como toda sorte de atividades desenvolvidas pelas partes no processo penal, com o objetivo de fazer valer seus direitos e interesses diante da jurisdição. “Dentro desse conceito, tanto há defesa na atuação do titular da ação penal, como na oposição do imputado à pretensão do *dominus litis*”⁴⁴. Defesa, nesta lata concepção é a defesa de direitos que se exerce tanto na ação, através de uma pretensão deduzida em juízo, quanto na resistência a esta pretensão, que se configura na defesa *stricto sensu*.

Restringindo, contudo, o alcance que se possa dar ao conceito de defesa, consiste ela no conjunto de atividades da parte que ocupa o polo passivo da relação processual constituindo oposição à pretensão punitiva deduzida em juízo. A defesa do acusado em processo penal assume pois uma dupla dimensão: exerce-a de forma genérica por meio da autodefesa e específica por meio da defesa técnica.

O termo autodefesa significa a defesa exercida por si próprio. O vocábulo enseja, todavia, um duplo significado: a) a defesa técnica exercida pelo acusado que possua habilitação para tal, conforme admitido pelo Código de Processo Penal no art. 263 - *in fine*; ou b) a defesa que toma efeito por meio de manifestações do imputado, adquirindo postura que lhe seja favorável. Utiliza-se, aqui, o termo com o segundo significado. Autodefesa é, portanto, a defesa exercida pelo próprio acusado, por meio de sua participação nos vários atos processuais aduzindo fatos que lhe sejam favoráveis ou abstando-se de fazê-lo, em especial no seu próprio interrogatório. Fernando de Almeida PEDROSO prefere neste sentido o uso da locução “defesa

⁴³ GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. p. 63

⁴⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal - vol. 2. p. 455.

peçoal”, reservando o vocábulo autodefesa para a ocasião em que o acusado, habilitado, postula em causa própria.⁴⁵

Defesa técnica é a que se leva a efeito por pessoa tecnicamente habilitada (advogado) que pode, eventualmente ser o próprio acusado. A defesa técnica é indisponível, sendo garantia não apenas do acusado, mas de toda a sociedade⁴⁶. Tem-se que enquanto a autodefesa deve ser possibilitada no processo penal, a defesa técnica deve ser assegurada, mesmo contra a vontade ou na ausência do réu, pois “é condição de paridade de armas, imprescindível à concreta atuação do contraditório e, conseqüentemente, à própria imparcialidade do juiz.”⁴⁷

O contraditório, segundo o clássico conceito de Joaquim Canuto Mendes de ALMEIDA, se evidencia na ciência bilateral dos atos e termos do processo e a possibilidade de contrariá-los.⁴⁸

Ada Pellegrini GRINOVER revela a íntima relação entre defesa e contraditório, pois a efetiva defesa é que garante o contraditório e apenas “por ele se manifesta e é garantida: porque a defesa, que o garante, se faz possível graças a um de seus momentos constitutivos – a informação – e vive e se exprime por intermédio de seu segundo momento – a reação.”⁴⁹

2.3.3. Princípio da Verdade Real

No processo penal, entendido como reconstrução histórica de um fato pretérito, predomina a atividade instrutória, eis porque, como assevera João Gualberto Garcez RAMOS, “se vê amiúde na doutrina a utilização do termo instrução criminal

⁴⁵ PEDROSO, Fernando de Almeida. Direito de defesa: repercussão, amplitude e limites. p. 35.

⁴⁶ Sobre a defesa técnica ver adiante: O conteúdo da defesa em juízo.

⁴⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. As nulidades no processo penal. p. 77.

⁴⁸ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *apud* GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências do direito processual. p. 4.

⁴⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *idem*. p. 5-6.

como sinônimo de processo penal condenatório”⁵⁰. De fato, o objetivo primordial do processo penal é a busca da verdade real (ou material), e somente através da colheita de elementos probatórios necessários e lícitos é que se pode comprovar “com certeza absoluta (dentro dos autos), quem realmente enfrentou o comando normativo penal e a maneira pela qual o fez.”⁵¹

O juiz deve, durante a instrução, verificar como os fatos se passaram na realidade, não podendo se satisfazer com a verdade formal – a verdade que consta dos autos.

O processo deve, pois, ser conduzido de forma a que a verdade formal seja um reflexo da verdade material; este é, na essência, o sentido do princípio em tela. Na observação de CARNELUTTI⁵², o processo busca a verdade material mas obtém a verdade formal e é sobre esta última que o juiz fundamenta sua decisão; “mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.”⁵³

Ada Pellegrini GRINOVER destaca, contudo, que “o termo ‘verdade material’ há de ser tomado em duplo sentido: de um lado, no sentido da verdade subtraída à influência que as partes, por seu comportamento processual, queiram exercer sobre ela; de outro lado, no sentido de uma verdade que, não sendo ‘absoluta’ ou ‘ontológica’, há de ser antes de tudo uma verdade judicial, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo preço: uma verdade, isto é, processualmente válida.”⁵⁴

Por meio do princípio da verdade real, o Estado tem por propósito a realização do valor justiça, assegurando que o *ius puniendi* somente se volte contra quem efetivamente seja autor de conduta criminosa, e nos exatos limites de sua responsabilidade.

⁵⁰ RAMOS, João Gualberto Garcez. Audiência processual penal. p. 129.

⁵¹ RANGEL, Paulo. Direito processual penal. p. 5.

⁵² CARNELUTTI, Francesco. *apud* COUTINHO, Jacinto N. de Miranda. *op. cit.* p. 190.

⁵³ Artigo 156 do Código de Processo Penal.

⁵⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Liberdades públicas... p. 61.

A verdade real (ou material) não é princípio que vige inteiramente no processo penal; eis que, conforme aponta Fernando CAPEZ, comporta algumas exceções⁵⁵: a) a impossibilidade de juntar documentos na fase do art. 406 (Código de Processo Penal); b) a impossibilidade de exhibir prova no plenário do júri caso não tenha dado conhecimento à parte contrária com antecedência mínima⁵⁶; c) as provas obtidas por meios ilícitos são inadmissíveis⁵⁷; d) a proibição de depoimento de certas pessoas que, em função de ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo⁵⁸; e) a possibilidade de recusa da testemunha em depor, em virtude de laços de parentesco⁵⁹; f) as restrições às provas quanto ao estado das pessoas.⁶⁰

Júlio Fabbrini MIRABETE aponta ainda outros indícios a comprovar exceções ao princípio da verdade real: “Não se permite que, após uma absolvição transitada em julgado seja ela rescindida, mesmo quando surjam provas concludentes contra o agente. A transação é permitida, por exemplo, nas ações privadas com o perdão do ofendido. A omissão ou desídia do querelante pode provocar a perempção. Há, também, inúmeras outras causas de extinção da punibilidade que podem impedir a descoberta da verdade real.”⁶¹

2.3.4. Princípio do Estado de Inocência

A Constituição Federal assegura, dentre os Direitos e Garantias Fundamentais, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”⁶². O núcleo deste princípio está em garantir a todos os indivíduos que somente através do processo penal, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, pode haver formação de culpa. Não se permite a prévia

⁵⁵ CAPEZ, Fernando. *op. cit.* p. 26.

⁵⁶ Artigo 475 do Código de Processo Penal.

⁵⁷ Constituição Federal, artigo 5º, LVI.

⁵⁸ Artigo 207 do Código de Processo Penal.

⁵⁹ Artigo 206 do Código de Processo Penal.

⁶⁰ Artigo 155 do Código de Processo Penal.

⁶¹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *op. cit.* p. 45.

⁶² Art. 5º, LVII.

valoração ou adjetivação do indiciado ou do acusado, devendo a todos ser dado tratamento livre de preconceitos.

Como consequência direta do princípio do devido processo legal construiu-se na doutrina a idéia de *presunção da inocência*, ainda porque a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 declarou que toda pessoa se *presume* inocente até que tenha sido declarada culpada⁶³. A questão da presunção de inocência é, contudo, controversa; a essência do princípio é que ninguém seja considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença que o condene e não considerar ou presumi-lo inocente. Aliás, alguém presumidamente inocente não poderia sofrer qualquer medida coativa, o que afastaria a prisão provisória e até mesmo o próprio processo penal. Eis porque a doutrina tem preferido denominar este princípio como o princípio do estado de inocência ou da não culpabilidade; mesmo porque, a Constituição Federal não presume a inocência mas reconhece o direito de *não ser considerado culpado*.

Aspecto interessante ao exame do princípio do estado de inocência é a aparente contradição em permitir o ordenamento jurídico seja um indivíduo, presumido inocente, privado de sua liberdade no curso de um processo penal, ou mesmo antes na fase investigatória. “Ocorre que a Constituição Federal permite que, presentes determinadas circunstâncias, se possa limitar a liberdade da pessoa humana após o início da persecução penal”⁶⁴. Certo é que a plena convicção de culpa só se forma após a instrução criminal, quando a verdade do fato estiver latente; mas em certos casos, se verificadas determinadas circunstâncias, pode incidir a medida cautelar de privação de liberdade (prisão cautelar). Esta é, aliás, a garantia constitucional ao indivíduo “de só ter sua liberdade cerceada mediante casos expressos, legitimados por situação que reclame a privação da liberdade.”⁶⁵

⁶³ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *op. cit.* p. 42.

⁶⁴ BIZZOTTO, Alexandre, e RODRIGUES, Andreia de Brito. *op. cit.* p. 30.

⁶⁵ BIZZOTTO, Alexandre, e RODRIGUES, Andreia de Brito. *idem.* p. 31.

O princípio do estado de inocência, ou da não culpabilidade, se desdobra em três aspectos⁶⁶: a) a privação do indiciado ou acusado só pode ser decretada como medida acautelatória, de necessidade e conveniência, conforme a lei; b) não é dever da defesa a prova da inocência do acusado, mas há de se voltar contra os fundamentos da acusação; é ônus processual do acusador provar a culpa do réu; c) a sentença condenatória deve se fundar na plena convicção do juiz pela responsabilidade penal do acusado, bastando a dúvida quanto a sua culpa para uma sentença absolutória (*in dubio pro reo*).

Trata-se este de um princípio tutelar da liberdade individual que tem como consequência a permissão constitucional da liberdade provisória, com ou sem fiança, bem como a possibilidade de relaxamento da prisão.⁶⁷

2.3.5. Princípio da Congruência e da Motivação da Sentença

A defesa do acusado em processo penal condenatório se dirige contra os fatos narrados na denúncia ou queixa, pouco importando a capitulação que lhes deu o acusador. Sendo assim, a atividade instrutória se realiza inteiramente nos limites fixados na denúncia ou queixa e é dentro destes limites que se realiza o contraditório.

É vedado ao juiz proferir a sentença fora dos limites traçados na exordial acusatória. “o juiz não pode julgar o acusado *extra petita*, *ultra petita* ou *citra petita*; vale dizer, não pode desvincular-se o magistrado da inicial acusatória julgando o réu por fato do qual ele não foi acusado”⁶⁸ e do qual, portanto, não se defendeu. A amplitude e o limite da prestação jurisdicional são determinados na acusação; são os fatos narrados na denúncia ou queixa que limitam o campo de atuação do poder jurisdicional⁶⁹. A inobservância ao princípio da congruência, ou da correlação entre a acusação e a sentença, configura, aliás, afronta aos princípios da ampla defesa e do

⁶⁶ CAPEZ, Fernando. *op. cit.* p. 38; PRADO, Amauri Renó do, e BONILHA, José Carlos Mascari. *op. cit.* p. 23; MIRABETE, Júlio Fabbrini. *op. cit.* p. 43.

⁶⁷ BIZZOTTO, Alexandre, e RODRIGUES, Andreia de Brito. *op. cit.* p. 31.

⁶⁸ CAPEZ, Fernando. *op. cit.* p. 364.

contraditório e em última análise, ao valor supremo de justiça, pilar do Estado de Direito.

Júlio Fabbrini MIRABETE⁷⁰ entende ser este princípio “uma das mais relevantes garantias do direito de defesa”, padecendo de nulidade a decisão que o ofenda. Garantia que se efetiva na certeza do réu “de que não poderá ser condenado sem que tenha tido oportunidade de se defender da acusação.”⁷¹

Em decorrência do princípio da congruência e por não se poder permitir a impunidade no seio social, a lei penal adjetiva permite, ou melhor, obriga ao Ministério Público que adite a denúncia ou queixa⁷², ampliando desta forma os limites do pedido de condenação e, por conseqüência, o campo da decisão do juiz. Havendo aditamento que acrescente fatos novos, a defesa deve ter a oportunidade de sobre eles se manifestar, em respeito ao princípio do contraditório.

A verificação da congruência na sentença penal condenatória se possibilita por meio da necessária motivação das decisões judiciais. Com efeito, é exigência constitucional⁷³, sob pena de nulidade, que as decisões sejam fundamentadas. É na fundamentação que se exterioriza o raciocínio que o juiz desenvolveu até a sua conclusão.⁷⁴

Ada Pellegrini GRINOVER destaca que a necessidade da motivação pode ter dois enfoques: a) por razões técnicas, restritas às partes para que, conhecendo os motivos da decisão, possam impugná-la; e aos órgão de segundo grau para que se possa verificar a justiça e legalidade das decisões submetidas a revisão; b) a função

⁶⁹ MARQUES, José Frederico. *apud* MIRABETE, Júlio Fabbrini. *op. cit.* p. 165.

⁷⁰ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *op. cit.* p. 445.

⁷¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, A. S.; GOMES FILHO, A. M.. *op. cit.* p. 219.

⁷² CAPEZ, Fernando. *op. cit.* p. 132.

⁷³ Art. 93, IX.

⁷⁴ RANGEL, Paulo. *op. cit.* p. 336.

política da motivação que se destina a todos na sociedade para que se possa aferir, “em concreto, a imparcialidade do juiz e a legalidade e justiça de decisão.”⁷⁵

Ao tratar da motivação das decisões judiciais como garantia das partes, José Carlos Barbosa MOREIRA conclui que: “A motivação das decisões judiciais, como expressão da justiça formal dos atos emanados do Poder a que compete, por excelência, a tutela da ordem jurídica e dos direitos subjetivos, constitui garantia inerente ao Estado de Direito.”⁷⁶

2.3.6. Princípio do *Favor Rei*

O acusado é a parte mais fraca na relação processual penal; o Estado dispõe de todo um aparato para efetivar a persecução penal. em atenção a este desequilíbrio na relação processual, para satisfazer ao princípio da igualdade e para prestigiar o indisponível direito à liberdade, o ordenamento processual penal contém diversas previsões de atos privativos da defesa e de situações que beneficiam ao réu.

O princípio do *favor rei* garante que, em caso de dúvida, beneficia-se o acusado; havendo duas interpretações de uma norma, deve-se optar pela mais benéfica à defesa.⁷⁷

Este princípio é, na verdade, instrumento do princípio do estado de inocência, ou da não culpabilidade, eis que apenas a certeza do fato condena. Fernando de Almeida PEDROSO expõe claramente que “A sentença de conteúdo condenatório exige, para sua prolação, a certeza de ter sido cometido um crime e de ser o acusado seu autor. A menor dúvida a respeito acena para a possibilidade de inocência do réu...”⁷⁸ e ainda que o réu pode agir, “no exercício de seu direito de defesa, de modo a

⁷⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. O conteúdo da garantia do contraditório, *in* Novas tendências do direito processual. p. 35.

⁷⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *apud* JARDIM, Afrânio Silva. Direito processual penal. p. 325.

⁷⁷ CAPEZ, Fernando. *op. cit.* p. 38.

⁷⁸ PEDROSO, Fernando de Almeida. *op. cit.* p. 48.

lançar dúvidas sobre o fato que lhe é irrogado na exordial acusatória, posto que a dúvida é sempre proclamada em seu benefício.”⁷⁹

Verifica-se, pois, que o aparente desequilíbrio na relação processual se torna relativo e se compensa com a premissa *in dubio pro reo*.

O Código de Processo Penal dispõe que “o juiz absolverá o réu (...) desde que reconheça não existir prova suficiente para a condenação”⁸⁰. Estando, pois, o juiz diante de prova insuficiente para a condenação, deve absolver o réu; dentre as duas injustiças, condenar um inocente ou absolver um culpada, para tranquilizar o homem de bem, é melhor optar pela segunda.

Além do dispositivo acima transcrito, há outros na lei penal adjetiva que consagram o princípio do *favor rei*: a) recursos privativos da defesa, como o protesto por novo júri e os embargos infringentes e de nulidade; b) o empate no julgamento pelo tribunal favorece o réu; c) a proibição de *reformatio in pejus* quando apenas o réu recorrer; d) a revisão criminal privativa do réu.⁸¹

⁷⁹ PEDROSO, Fernando de Almeida. *idem*. p. 50.

⁸⁰ Art. 386, VI, do Código de Processo Penal.

⁸¹ Arts. 607; 609, parágrafo único; 615, § 1º; 617 e 621, respectivamente, todos do Código de Processo Penal.

3. O CONTEÚDO DA DEFESA EM JUÍZO

3.1. O DIREITO DE DEFESA E O DEFENSOR

3.1.1. A Defesa Técnica

A defesa técnica é a que se exerce por profissional habilitado com capacidade postulatória, devidamente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, indicado pelo acusado ou nomeado pelo juiz. “Tal direito é da essência da própria liberdade de defesa, que começa com a escolha do defensor pelo réu”¹. Pode, ainda, ser exercida pelo próprio acusado, desde que para tal tenha habilitação.

Frederico MARQUES aponta a importância da defesa técnica: “Evidente é que a defesa técnica tem de ser um imperativo indeclinável na instância penal, a fim de não ficar nenhum réu em plano de inferioridade perante o órgão público da acusação.”²

Ainda na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, Francisco CAMPOS faz ressalva ao indeclinável direito:

“E se, por um lado, os dispositivos do projeto tendem a fortalecer e prestigiar a atividade do Estado na sua função repressiva, é certo, por outro lado, que asseguram, com muito mais eficiência da que a legislação atual, a defesa dos acusados. Ao invés de uma simples faculdade outorgada a estes e sob a condição de sua presença em juízo, a defesa passa a ser, em qualquer caso, indeclinável, antes, durante e depois da instrução criminal. Nenhum réu, ainda que ausente do distrito da culpa, foragido ou oculto, poderá ser processado sem a intervenção e assistência de um defensor.”³

¹ NORONHA, Edgard Magalhães. Curso de direito processual penal. p. 184.

² MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal - vol. 2. p. 72.

³ Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Exposição de Motivos do Código de Processo Penal.

3.1.2. O Defensor Técnico

O defensor técnico é elemento essencial ao processo penal, sua presença é exigência legal⁴, não podendo haver processo ou julgamento sem defensor para o réu, quer esteja presente ou foragido.⁵

Torna-se evidente a importância do defensor técnico em virtude do fato de não exigir a lei instrumento de mandato para a constituição de advogado, sendo suficiente sua indicação por ocasião do interrogatório⁶. Caso o acusado não tenha indicado defensor técnico para representá-lo, o juiz nomear-lhe-á um, mas a qualquer momento do processo pode o acusado constituir advogado de sua confiança.⁷

O defensor, ainda que essencial ao processo penal, não assume a figura de parte, somente é parte a pessoa que deduz em juízo uma pretensão, ou em face de quem a pretensão é deduzida; nem tampouco é substituto processual, porque substituto é o que atua em nome próprio por um direito alheio e o defensor somente atua em nome do imputado: é seu representante.

Defensor é, pois, o profissional devidamente habilitado, que tem por função assistir tecnicamente e representar o réu no curso do processo mantendo, neste particular, íntima relação com o representado. Para Frederico MARQUES se trata de “uma representação ‘sui generis’, porque o defensor vela pelos interesses do representado, mesmo contra a vontade deste. O direito de defesa é indisponível, pelo que, se o réu não o exerce, descumprindo ônus processuais que lhe são impostos em função da tutela de sua liberdade, cabe ao defensor fazê-lo dentro dos limites na lei demarcados.”⁸

⁴ Art. 261 do Código de Processo Penal, constituindo nulidade a ausência de defensor técnico, conforme disposição do art. 564, III, c.

⁵ MARQUES, José Frederico. *op. cit.* p. 71.

⁶ NORONHA, Edgard Magalhães. *op. cit.* p. 183.

⁷ Art. 263 do Código de Processo Penal.

⁸ MARQUES, José Frederico. *op. cit.* p. 74.

O direito de defesa, bem como o direito à liberdade, é indisponível, não podendo ser negligenciado quer pelo acusado, quer pelo defensor, nem ser objeto de transação ou acordo. É direito indisponível pois não só ao réu interessa, mas também, e principalmente, ao Estado. Ocorre que, por princípio, o Estado de Direito se funda na justiça e na segurança jurídica, não tolerando que ao acusado em processo penal se prescindia de ampla defesa, assegurando que, para garanti-la, o acusado seja representado no processo penal por defensor técnico habilitado (advogado).

O acusado e seu defensor técnico são os elementos de atuação da defesa no processo penal, os atos ou omissões do réu tendentes a comprometer sua defesa, devem ser de pronto supridos pelo defensor⁹ que, ao praticar os atos necessários à defesa do acusado, exerce *munus* público.

No processo penal a falta de defesa constitui nulidade absoluta¹⁰, sendo imprescindível que efetivamente se exerça a defesa técnica. Já se evidenciou a importância da defesa técnica e da sua necessária realização por profissional para tanto habilitado. A presença do defensor técnico no processo penal, segundo o momento e forma pela qual se constitui, assume quatro denominações¹¹: a) constituído; b) dativo; c) *ad hoc*; e d) curador.

a) O defensor constituído

O defensor constituído, também designado procurador, é o advogado escolhido diretamente pelo acusado para o patrocínio de sua defesa.

Procurador no processo penal há de ser apenas o advogado constituído pelo acusado, não tendo cabimento a confusão que se possa fazer entre advogado e procurador, conforme aponta Fernando de Almeida PEDROSO¹². Há, de fato, procuradores, em geral, que recebem poderes para negócios jurídicos que não

⁹ MARQUES, José Frederico. *idem*. p. 74; NORONHA, Edgard Magalhães. *op. cit.* p. 183.

¹⁰ Súmula 523 do STF.

¹¹ GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. p. 250.

precisam ter conhecimentos específicos em direito. Mas, ao se fazer referência a procurador em processo penal, dado à relevância dos interesses envolvidos, claro está que a indicação há de cair sobre advogado. O advogado é o procurador do réu, conforme claramente indica Frederico MARQUES: “representa a parte nos atos processuais que pratica (procurador), bem como expõe e defende o direito ou pretensão do litigante junto ao órgão judicial.”¹³

A constituição do advogado pode se dar, independente de instrumento de mandato, durante o interrogatório perante o juiz; é o que se denomina de procuração *apud acta*¹⁴. A indicação de defensor durante o interrogatório, entretanto, não obriga o advogado que poderá não aceitar o encargo; neste caso deve o juiz cientificar o acusado, estipulando prazo para que constitua defensor de sua confiança em estrita observância à liberdade de defesa. Somente após decorrido o prazo estipulado, sem que o réu constitua advogado, deve o juiz nomear defensor dativo.¹⁵

b) O defensor dativo

Assegurado que está o direito de ser representado por defensor técnico, se o acusado permanecer inerte em constituir advogado, o juiz nomear-lhe-á um defensor dativo. Este é o preceito do art. 263 do Código de Processo Penal.

A situação econômica do réu é irrelevante para a nomeação de defensor dativo pelo juiz, eis que o único requisito que a lei exige para tanto é a inércia do acusado¹⁶. No entanto, se o réu tiver condições, será obrigado aos honorários arbitrados pelo juiz.

¹² PEDROSO, Fernando de Almeida. *op. cit.* p. 207.

¹³ MARQUES, José Frederico. *apud* PEDROSO, Fernando de Almeida. *op. cit.* p. 208.

¹⁴ CAPEZ, Fernando. *op. cit.* p. 159.

¹⁵ PEDROSO, Fernando de Almeida. *op. cit.* p. 209.

¹⁶ CAPEZ, Fernando. *op. cit.* p. 160.

A nomeação de defensor dativo não afasta a possibilidade de a qualquer momento o acusado constituir advogado de sua confiança; nem mesmo a revelia o impede.

O advogado nomeado pelo juiz só pode recusar o encargo mediante motivo de relevo, como aqueles indicados pela Lei de Assistência Judiciária¹⁷. Tendo aceito o encargo, o defensor dativo não pode substabelecer o mandato, mesmo porque não o possui; exerce *munus* de natureza pessoal e intransferível que lhe é deferido pelo juiz¹⁸. Embora a jurisprudência tenha admitido maiores poderes ao defensor constituído que ao dativo, é certo que este último pode - e mesmo deve - exercer todos os atos tendentes à defesa do réu, exceto aceitar o perdão do ofendido e desistir de recurso interposto.¹⁹

Defensor dativo e defensor público são figuras distintas. A Constituição Federal criou a Defensoria Pública (art. 134) para assistência aos necessitados²⁰, nos locais em que ainda não foi organizada, contudo, cabe a qualquer advogado nomeado pelo juiz desincumbir-se do papel de defensor dativo - e por via de consequência da defensoria pública, e gratuita, ao necessitado.

Analisando a figura do defensor técnico enquanto elo privado da relação processual penal, João Gualberto Garcez RAMOS explicita a distinção entre o defensor público e o defensor dativo:

“(...)Quanto ao primeiro, ele é um servidor público, do prisma do direito administrativo, e um funcionário público, para os fins penais, mas sua atuação é substancialmente privada. Seu dever, aliás, é atuar como a parte privada no processo penal condenatório. Quanto ao defensor dativo, não é ele servidor público, sob o ponto de vista administrativo, mantendo o caráter de funcionário

¹⁷ Lei 1.060, de 5 de fevereiro de 1950. Art. 15.

¹⁸ PRADO, Amauri Renó do, e BONILHA, José Carlos Mascari. *op. cit.* p. 185.

¹⁹ GRECO FILHO, Vicente. *op. cit.* p. 251. PEDROSO, Fernando de Almeida. *op. cit.* p. 212.

²⁰ Na forma da lei são necessitados aqueles que não podem arcar com as custas processuais e honorários de advogado sem prejuízo do sustento próprio ou da família. (Lei 1.060/50, art. 2º, parágrafo único)

público, para os fins penais: sua atuação, portanto, é formal e substancialmente privada.»²¹

Nos locais em que a assistência aos necessitados já houver sido organizada, seja através da Defensoria Pública ou da Procuradoria de Assistência Judiciária, o defensor público, quer seja ele procurado livremente pelo acusado para assisti-lo já no interrogatório ou seja nomeado pelo juiz para o acusado que comparece ao processo sem defensor, atua como dativo, com todas as prerrogativas que a este tipo de defensor a lei atribui.

c) O defensor *ad hoc*

Defensor *ad hoc* é aquele nomeado pelo juiz para a prática de determinado ato processual para o qual, tendo sido regulamente intimado, o defensor constituído ou dativo não compareceu²². Pouco importa seja motivada a ausência do defensor, o ato processual não se adia e, para que o réu não se veja indefeso, o juiz nomeia um substituto ao defensor ausente.

De qualquer forma, se o defensor técnico chegar (atrasado) para o ato processual para o qual fora intimado, em já encontrando defensor *ad hoc* nomeado pelo juiz, poderá assumir a defesa. Proibir o defensor técnico, que por se atrasar dê causa à nomeação de defensor *ad hoc*, de assumir a defesa constituiria afronta à liberdade de defesa do acusado.²³

d) O curador

A lei processual penal impõe seja o acusado menor de vinte e um anos de idade necessariamente assistido por curador²⁴. É uma questão de capacidade para a

²¹ RAMOS, João Gualberto Garcez. *op. cit.* p. 322 (nota 31).

²² PRADO, Amauri Renó do, e BONILHA, J. C. M. *op. cit.* p. 184; GRECO FILHO, Vicente. *op. cit.* p. 250.

²³ PEDROSO, Fernando de Almeida. *op. cit.* p. 210.

²⁴ Art. 262 c/c art. 564, III, c, do Código de Processo Penal.

prática de atos processuais. Mesmo por isso, pouco importa a eventual emancipação do acusado; há exigência de curador ao réu menor sob pena de nulidade do ato.

A função do curador é suprir a capacidade processual do réu menor, eis porque não precisa ser advogado, basta ser plenamente capaz²⁵. É possível que a nomeação do curador recaia na pessoa do defensor, seja ele constituído ou dativo. O Supremo Tribunal Federal²⁶ já se manifestou no sentido de que não há nulidade na ausência de curador, se o réu menor já tiver assistência por defensor dativo. E, se tal preceito tem aplicação à assistência por defensor dativo, com muito mais propriedade se aplica ao réu menor assistido por defensor constituído.

Neste sentido é clara a opinião de Fernando de Almeida PEDROSO de que é recomendável “(...) que se nomeie o próprio defensor do réu como seu curador, dada a inexistência de incompatibilidade de acumulação de funções. Com isso, como pondera unânime e unissonamente a doutrina, evitar-se-á que a duplicidade, por falta de harmonia ou coerência, possa ser prejudicial à defesa.”²⁷

Também o magistério de Fernando CAPEZ se orienta no mesmo sentido: “Todavia, como salientado, curador, defensor e procurador são apenas variações terminológicas de pessoas que exercem a mesma função: a defesa técnica em processo penal, e que se alteram conforme varia a situação do acusado, o que implica a necessidade de o curador, na fase processual, ser pessoa legalmente habilitada a postular em juízo” e segue, concluindo que “ao menor, já defendido por procurador ou defensor nomeado, não se dá curador por ser desnecessário que duas pessoas exerçam a mesma função.”²⁸

²⁵ PRADO, Amauri Renó do, e BONILHA, José Carlos Mascari. *op. cit.* p. 185.

²⁶ Súmula 352.

²⁷ PEDROSO, Fernando de Almeida. *op. cit.* p. 228.

²⁸ CAPEZ, Fernando. *op. cit.* p. 161-162. O autor entende que na fase processual há necessidade de o curador ser pessoa legalmente habilitada para postular em juízo. Não parece que neste particular o melhor entendimento lhe pertença, pois habilitado há de estar o defensor que, apenas eventualmente, poderá desincumbir-se da função de curador.

A exigência de nomeação de curador ao menor é imperativo apenas na fase processual, não atingindo o inquérito policial. A falta de curador no interrogatório realizado perante a autoridade policial, na fase inquisitória portanto, não afeta o processo; eis que ação penal pode até prescindir da investigação preliminar. Ainda porque o indiciado é objeto da investigação e a única função do curador nesta fase é a tutela dos direitos de liberdade do seu curatelado.²⁹

3.2. AS FORMAS DE DEFESA

O defensor, na sua função de assistir e representar o réu no processo penal, tem por missão procurar a situação mais favorável ao acusado. Neste sentido, Fernando da Costa TOURINHO FILHO afirma ser a própria função do defensor a apresentação ao órgão julgante tudo aquilo que possa melhorar a condição processual do imputado.³⁰

É também nesta linha de pensamento a lição de João Gualberto Garcez RAMOS, para quem “(...) a atividade processual penal do defensor técnico não há de estar voltada apenas para a busca de uma posição favorável – diante da concreta ameaça do constrangimento da sanção criminal – mas, muito mais consequentemente, para a busca da melhor posição processual possível para o ‘argüido’.”³¹

A defesa do réu pode se dirigir contra a ação ou contra o processo. No primeiro caso a defesa é de mérito e se concretiza por diversas atividades desempenhadas pelo acusado e seu defensor técnico, atividades estas tendentes a uma sentença de mérito o mais favorável possível. A defesa processual é a que se volta contra o processo e tem por objetivo postergar a relação processual ou mesmo pôr-lhe fim sem a decisão quanto ao mérito.

²⁹ PEDROSO, Fernando de Almeida. *op. cit.* p. 233-237.

³⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal* - vol. 2. p. 464.

³¹ RAMOS, João Gualberto Garcez. *op. cit.* p. 322.

3.2.1. Defesa Contra a Ação

A defesa contra a ação, que ataca o mérito, é a que se opõe aos fatos deduzidos na inicial acusatória. É certo que a defesa deve atacar os fatos imputados ao acusado, pouco importando a capitulação que a tais fatos tenha atribuído o acusador; por este motivo é que se exige seja a acusação precisa na descrição dos fatos, pois: “Em torno do fato descrito e narrado na exordial acusatória estabelecer-se-ão a ação e o processo penais, dando-se ao réu conhecer o fato que lhe é imputado e do qual defluirão conseqüências jurídico-penais.”³²

A defesa de mérito pode ser direta ou indireta³³. É direta quando se opõe diretamente aos fatos aduzidos pela acusação, seja negando o fato ou a autoria, seja invocando outro fato que torne logicamente inconsistente a narrativa dos fatos apresentada na inicial acusatória – um álibi. A defesa é indireta quando, sem negar o fato ou sua autoria, invoca circunstância que neutralize a pretensão punitiva – extinção da punibilidade, isenção de pena ou uma excludente da ilicitude do fato.

A defesa técnica que ataca o mérito da causa se desenvolve por meio de diversas atividades: postulatória, instrutória e crítica. Embora não se possa, rigorosamente delimitar o processo penal em fases, cada uma das atividades empreendidas pela defesa tem seu momento característico em determinada etapa do rito processual.

a) A atividade postulatória

Atividade postulatória é aquela em que predominam atos postulatórios que, conforme a lição de Frederico MARQUES, são os que procuram obter do juiz “um pronunciamento sobre o mérito da causa, ou uma resolução de mero conteúdo processual.”³⁴

³² PEDROSO, Fernando de Almeida. *op. cit.* p. 121.

³³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Prática de processo penal.* p. 129.

³⁴ MARQUES, José Frederico. *op. cit.* vol. 2. p. 90.

Os atos postulatórios se realizam por meio de pedido ou requerimento³⁵. É pedido quando o que se postula é um ato decisório sobre o mérito da causa; no requerimento se contém uma postulação referente à marcha processual ou um despacho de expediente.

Atividade tipicamente postulatória da defesa no processo penal é a defesa prévia, que pode ser feita nos próprios autos ou em petição avulsa dentro do prazo legal. O Código de Processo Penal estipula³⁶ o prazo de três dias a contar do interrogatório do acusado para a defesa prévia, em que o réu ou seu defensor poderá oferecer alegações escritas e arrolar testemunhas.

A fase da defesa prévia é o momento oportuno para a defesa requerer as diligências que entender necessárias, a ouvida dos peritos responsáveis pelos laudos que instruíram a inicial acusatória, bem como arrolar as testemunhas – cinco ou oito, conforme o procedimento. É ainda no tríduo para a defesa prévia que se deve, sob pena de preclusão, argüir a nulidade por incompetência relativa do juízo; a incompetência absoluta pode ser argüida a qualquer tempo.

A lei não exige a produção de documentos exclusivamente nesta fase da defesa prévia; pelo contrário, os documentos poderão, em regra, ser juntados em qualquer fase do processo³⁷. A exceção se faz no rito do Juri em que é vedado juntar documentos na fase da pronúncia na audiência de julgamento, se a parte que apresenta o documento não tiver dele dado conhecimento à parte contrária com antecedência mínima de três dias.³⁸

Embora não seja vedado pela lei, não é aconselhável que o defensor faça, na defesa prévia, a análise dos elementos probatórios colhidos na fase pré processual. Por vezes é mais interessante para a defesa manter silêncio quanto ao mérito neste

³⁵ CINTRA, A. C. de Araújo; GRINOVER, Ada P.; DINAMARCO, C. Rangel. Teoria geral do processo. p. 339.

³⁶ Art. 395.

³⁷ Arts. 231 e 400 do Código de Processo Penal.

³⁸ Arts. 406, § 2º, e 475 do Código de Processo Penal.

momento³⁹, aguardando o término da instrução para uma apreciação crítica. Tal atividade crítica deve se realizar por ocasião das alegações finais, pois se antecipada para este momento da prévia, a defesa estaria demonstrando sua tese e fornecendo à acusação a oportunidade de reavaliar seus elementos de prova⁴⁰. “(...) não deve a defesa, na prévia, ainda que perceba, nos autos do inquérito, prova fulminante a amparar sua pretensão, apreciá-la minudentemente, como se estivesse fazendo alegações finais.”⁴¹

De fato, uma análise antecipada das provas colhidas no inquérito não traria nenhum benefício para o réu, pois a denúncia (ou queixa) já foi acolhida pelo juiz e, como ensina Fernando da Costa TOURINHO FILHO, se a exordial acusatória for inepta e ausentes os elementos que justifiquem a ação penal, melhor seria impetrar, junto ao tribunal, ordem de *Habeas Corpus* a fim de trancá-la.⁴²

Há, contudo, circunstâncias que, por conveniência, podem ser argüidas nesta fase: é o caso da ilegitimidade *ad causam* passiva, da extinção da punibilidade, a incompetência absoluta do juízo e a falta de condição de procedibilidade. Estas são questões que podem ser conhecidas a qualquer tempo pelo juiz.

Os atos postulatórios não se limitam à defesa prévia, eis que no curso do processo penal outras oportunidades se abrem para que o defensor requeira o que entender necessário: a substituição de testemunhas e diligências.⁴³

João Gualberto Garcez RAMOS observa que mesmo a atividade crítica, se considerada em sentido amplo, é postulatória⁴⁴, pois inevitável que a parte requeira enquanto alegue; aliás o pedido é inerente às alegações finais. O que caracteriza a

³⁹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *op. cit.* p. 471.

⁴⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Prática de processo penal.* p. 127-128.

⁴¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *idem.* p. 128.

⁴² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *idem.* p. 128.

⁴³ Arts. 397; 421, parágrafo único; 499; e 537 do Código de Processo Penal.

⁴⁴ RAMOS, João Gualberto Garcez. *op. cit.* p. 307.

atividade postulatória, contudo, é a predominância dos atos de postulação e, quanto à atividade do defensor, esta ordem de atos predominam na defesa prévia.

b) A atividade instrutória

Atividade instrutória é a que se destina a convencer o juiz da verdade afirmada. É “(...) a atuação, das partes técnicas ou do juiz, tendente a colher elementos úteis à solução do caso penal.”⁴⁵

Considerada em sentido lato, a atividade instrutória compreende também o interrogatório do acusado, em momento anterior à defesa prévia portanto.

O interrogatório não se destina propriamente a colher elementos probatórios, mas sim elementos de convicção; sendo um depoimento pessoal do acusado, não se pode exigir que este produza prova contra si mesmo.

Ao tratar do interrogatório do acusado, o legislador do Código de Processo Penal o fez dentre os meios de prova e, em virtude desta localização, a doutrina tem vacilado na sua caracterização, ora como meio de prova, ora como meio de defesa. O interrogatório tem, na verdade, um caráter misto que tanto se adapta à forma de um meio de defesa, como de prova⁴⁶; se por um lado o acusado procura com suas declarações realizar sua autodefesa, também narra os fatos que lhe são imputados, muitas vezes confirmando-os.

Tem-se afirmado, conforme aponta Paulo Lúcio NOGUEIRA⁴⁷, que, em face da Constituição, estaria revogado o artigo 187 do Código de Processo Penal, estando garantido o contraditório durante o interrogatório; segundo tal corrente doutrinária se asseguraria, “não só a presença obrigatória da acusação e defesa no

⁴⁵ RAMOS, João Gualberto Garcez. *idem*. p. 197

⁴⁶ CAPEZ, Fernando. *op. cit.* p. 264. MIRABETE, Júlio Fabbrini. *op. cit.* p. 275. NORONHA, Edgard Magalhães. *op. cit.* p. 107. PEDROSO, Fernando de Almeida. *op. cit.* p. 178.

⁴⁷ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Curso completo de processo penal. p. 165.

interrogatório, como o direito de fazer reperguntas, pois haveria mais segurança e garantia ao acusado.”⁴⁸

Melhor doutrina parece estar com João Gualberto Garcez RAMOS, para quem “o interrogatório processual penal pode ser conceituado como o ato processual penal consistente na oitiva do ‘argüido’ (indiciado ou acusado) por um órgão público, durante um procedimento oficial de natureza processual penal”⁴⁹; o autor distingue o ato processual penal de interrogatório do momento processual em que se realiza, a audiência processual penal de interrogatório⁵⁰, para concluir que há contraditório na audiência, mas não no ato de interrogatório. “Enquanto o interrogatório processual penal é ato processual bilateral, desenvolvido entre interrogante e interrogado, a audiência processual penal de interrogatório não o é.”⁵¹

Embora não seja permitido às partes técnicas “intervir ou influir, de qualquer modo, nas perguntas e nas respostas”⁵², tal vedação se aplica ao ato processual do interrogatório, podendo, pois, haver intervenção na audiência; “(...) a possibilidade de *participação* deve ser compreendida como possibilidade de *intervenção*. (...) Tratar-se-á, está claro, de intervenção sumamente limitada, mas a sua possibilidade não se lhes poderia negar, vez que *participam* e não apenas *acompanham* a audiência.”⁵³

A atividade instrutória *stricto sensu* compreende alegações e atos probatórios. São alegações os atos tendentes a apontar fatos e acontecimentos relacionados com matéria de direito debatidos na causa⁵⁴, são, conforme lição de TOURINHO FILHO, “exposições circunstanciadas feitas pelas partes, visando à

⁴⁸ MACHADO, Paulo Affonso Leme, *apud* NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *op. cit.* p. 165.

⁴⁹ RAMOS, João Gualberto Garcez. *op. cit.* p. 256.

⁵⁰ RAMOS, João Gualberto Garcez. *idem.* p. 257.

⁵¹ RAMOS, João Gualberto Garcez. *idem.* p. 267.

⁵² Art. 187 do Código de Processo Penal.

⁵³ RAMOS, João Gualberto Garcez. *op. cit.* p. 269.

⁵⁴ MARQUES, José Frederico. *op. cit.* vol. 2. p. 91.

demonstração de suas pretensões, procurando, assim, convencer o Juiz quanto ao acerto da tese suscitada.”⁵⁵

Os atos probatórios dizem respeito à atividade de produção de provas, que são os meios instrumentais destinados principalmente ao juiz, para comprovar os fatos aduzidos em juízo a fim de formar sua convicção. distinguem-se os atos probatórios em pedido instrutório consistente na proposição de um meio de prova, e produção de prova, que consiste em introduzi-la no processo para conferir eficácia a um meio de prova.⁵⁶

Quanto à classificação das provas, a mais conhecida é a proposta por Nicola Framarino dei MALATESTA⁵⁷ que se valeu de três critérios: a) quanto ao objeto da prova pode ser direta se esta se refere direta e imediatamente ao fato, ou indireta caso a prova faça referência a um outro fato – indício – que por construção lógica conduza ao fato que se quer provar; b) quanto ao sujeito a prova pode ser pessoal se provém da afirmação de alguém, ou real a que resulta de verificação de determinada coisa (vistoria, perícia, etc.); c) quanto à forma pode ser documental, testemunhal ou material.

Outra classificação importante é aquela proposta por Francesco CARNELUTTI, que o fez partindo de dois diversos critérios: a) quanto à função a prova pode ser histórica, a que tem eficácia representativa do fato a ser provado, ou crítica, a que não tem tal eficácia; b) quanto à estrutura, é idêntica à classificação segundo o critério quanto ao sujeito proposta por MALATESTA, mas com designação mais apropriada dado que é impróprio qualificar-se uma coisa como sujeito da prova.⁵⁸

Tendo em conta ser o processo penal a reconstrução de um fato pretérito em que vige o princípio da verdade real, tem-se que a fase de instrução, e por

⁵⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal - vol. 3. p. 76.

⁵⁶ MARQUES, José Frederico. *op. cit.* vol. 2. p. 91.

⁵⁷ MALATESTA, Nicola Framarino dei. *apud* NOGUEIRA, Paulo lúcio. *op. cit.* p. 155.

⁵⁸ CARNELUTTI, Francesco. *apud* RAMOS, João Gualberto Garcez. *op. cit.* p. 198-199.

conseqüência a atividade instrutória levada a efeito pelas partes técnicas, desponta como momento crucial de todo o procedimento, chegando mesmo a haver em doutrina o uso da locução *instrução criminal* como sinônimo de processo penal condenatório⁵⁹. A atividade instrutória, mais do que a efetivação do direito de defesa do acusado, realiza o próprio objetivo do processo penal, o interesse público na repressão ao crime e na distribuição da justiça.

No que tange à apreciação das provas produzidas pelas partes, vige, no processo penal brasileiro, o sistema do livre convencimento (ou da persuasão racional), segundo o qual a convicção do juiz quanto aos fatos aduzidos no processo se faz livremente⁶⁰; é o que dispõe a legislação adjetiva: “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova”⁶¹. Não se pode, porém, rotular a liberdade do magistrado na apreciação das provas para formação do seu convencimento de absoluta, eis que exige o ordenamento constitucional que todas as decisões devem ser fundamentadas.⁶²

Da conjugação entre o princípio da verdade real e o sistema da persuasão racional na apreciação das provas, verifica-se a garantia da liberdade probatória; não se admite, pois, em princípio, limitação ao direito à prova, ainda porque o “concreto exercício da ação e da defesa fica essencialmente subordinado à efetiva possibilidade de se representar ao juiz a realidade do fato posto como fundamento das pretensões das partes, ou seja, de estas poderem servir-se das provas.”⁶³

Decorre da liberdade probatória que se podem utilizar provas de qualquer natureza, “com a utilização de meios técnicos ou científicos”⁶⁴, ainda que não arroladas na lei processual penal. Tem-se que a previsão legal não é exaustiva permitindo as chamadas provas inominadas: “aquelas não previstas expressamente na

⁵⁹ RAMOS, João Gualberto Garcez. *op. cit.* p. 129.

⁶⁰ CAPEZ, Fernando. *op. cit.* p. 252.

⁶¹ Art. 157 do Código de Processo Penal.

⁶² Art. 93, IX da Constituição Federal.

⁶³ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, A. Scarance; GOMES FILHO, A. Magalhães. *op. cit.* p. 119.

⁶⁴ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *op. cit.* p. 258.

legislação”⁶⁵. Não se trata, contudo, de liberdade absoluta, eis que a lei contempla exceções; a prova quanto ao estado das pessoas, por exemplo, há de observar as restrições estabelecidas na lei civil.⁶⁶

Ao se mencionar as limitações quanto às provas, convém abordar a questão das provas proibidas. Proibidas são as provas obtidas com a violação a dispositivos legais ou em afronta a princípios do ordenamento jurídico⁶⁷. As provas proibidas são normalmente classificadas em: a) prova ilegítima, quando afronta uma norma processual, como por exemplo a vedação do artigo 233 do Código de Processo Penal⁶⁸; b) prova ilícita, quando a prova é obtida com violação a norma de direito material. Ocorre, por vezes, de determinada prova ser ao mesmo tempo ilícita, por afrontar a lei material, e ilegítima, por ser contrária à lei processual; é o que acontece com a prova ilegítima exemplificada acima, tipificada crime de violação de correspondência⁶⁹ na lei penal.

Tratando-se de provas ilegítimas, sua vedação se dá em função de interesse processual e a sanção imposta à produção deste tipo de prova consiste na nulidade do ato e conseqüente ineficácia da decisão que a tiver valorado.⁷⁰

As provas ilícitas, obtidas em contrariedade à norma material, é que têm demandado maior construção doutrinária. Paulo Lúcio NOGUEIRA aponta três teorias acerca das provas ilícitas: a) a teoria da admissibilidade para a qual seriam validamente aceitas as provas ilícitas e os violadores da lei material responderiam apenas pela violação, sem conseqüência para o processo em que se produziram tais provas; b) a teoria da inadmissibilidade que, fundada no princípio da moralidade dos atos praticados pelo Estado, rejeita qualquer tipo de prova que ofenda ao direito; c) a

⁶⁵ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *idem*. p. 259.

⁶⁶ Art. 155 do Código de Processo Penal.

⁶⁷ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *op. cit.* p. 259.

⁶⁸ “As cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo.”

⁶⁹ Art. 151 e 152 do Código Penal.

⁷⁰ GRINOVER, A. Pellegrini; FERNANDES, A. Scarance; GOMES FILHO, A. Magalhães. *op. cit.* p. 131.

teoria da proporcionalidade que, em busca do equilíbrio entre os interesses sociais e os direitos do indivíduo, admite, em certas circunstâncias, a produção de prova ilícita.⁷¹

A teoria da admissibilidade das provas ilícitas merece reservas, pois, sendo a finalidade do direito processual penal convergente com a do direito penal, qual seja a repulsa à criminalidade e a consecução da paz social, não se pode aceitar de forma *irrestrita* aquelas provas produzidas por meio de ato ilícito. Têm, por isso mesmo, merecido maior atenção da doutrina e jurisprudência as duas outras teorias.

A inadmissibilidade das provas ilícitas encontra, no direito brasileiro, amparo no próprio texto da Constituição Federal que expressamente considera “inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”⁷²; reputam-se, pois, inadmissíveis tanto as provas ilegítimas quanto as ilícitas.

Questão de interesse ao se tratar da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito diz respeito à teoria dos frutos da árvore envenenada, ou das provas ilícitas por derivação, segundo a qual o vício da planta se transmite aos seus frutos; a prova, portanto, ainda que lícita, mas que se tenha produzido a partir de informação obtida através de prova colhida por meio ilícito, se contamina da ilicitude da prova originária e é igualmente banida do processo. tal posição sofre atenuação caso a segunda prova (lícita) pudesse ser produzida independente ou apesar da primeira prova ilícita.⁷³

A teoria da proporcionalidade tem por fundamento um equilíbrio entre os valores contrastantes. Verifica-se o princípio da proporcionalidade no sedimentado reconhecimento da validade da prova ilícita favorável ao acusado em clara aplicação do princípio do *favor rei*. Tanto mais quando é o próprio acusado quem colhe a prova, ocasião em que se tem entendida excluída a ilicitude por legítima defesa.⁷⁴

⁷¹ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *op. cit.* p. 192-193.

⁷² Art. 5º, LVI.

⁷³ GRINOVER, A. Pellegrini; FERNANDES, A. Scarance; GOMES FILHO, A. Magalhães. *op. cit.* p. 135-136.

⁷⁴ GRINOVER, A. Pellegrini; FERNANDES, A. Scarance; GOMES FILHO, A. Magalhães. *idem.* p. 134-135.

c) A atividade crítica

O ato de criticar consiste em elaborar comentários ou proceder ao exame de determinado fato, emitindo opiniões e conceitos.

Para Francesco CARNELUTTI, crítica é a etapa do curso processual cujo caráter está em que ela se inicia com o adiantado estágio do processo, é necessário, segundo este entendimento, que exista uma decisão para que possa ser criticada⁷⁵. Verifica-se pois que a atividade crítica é, para Carnelutti, a impugnação da decisão para o reexame por outro órgão jurisdicional.⁷⁶

João Gualberto Garcez RAMOS propõe denominação diversa, reservando a locução *atividade devolutiva* ao que Carnelutti chama de crítica e *atividade crítica* à atuação das partes técnicas que versa sobre o material probatório, emitindo opiniões e conceitos, alegando o que de direito, enfim, para formar a convicção do juiz.

Atividade crítica é, então, “toda a apreciação, juridicamente fundamentada, (...) emanada das partes técnicas, acerca do mérito do caso penal em discussão ou do respectivo processo penal condenatório, sob o prisma de sua regularidade”⁷⁷. A atividade crítica se realiza através das alegações, orais ou escritas, em especial nos debates durante a audiência processual penal. É nas alegações finais que as partes procuram demonstrar o seu direito, cooperando com o juiz na tarefa conclusiva de exame das provas e do direito aplicável ao caso, apontando o que lhes seja favorável.⁷⁸

As partes técnicas, especialmente a defesa, nesta fase de crítica, devem deitar atenção sobre todos os elementos probatórios produzidos no processo para, através de análise e argumentos, propor ao juiz um modelo de sentença. “É nesse

⁷⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Leciones sobre el proceso penal*. p. 102.

⁷⁶ RAMOS, João Gualberto Garcez. *op. cit.* p. 126. Nota 59.

⁷⁷ RAMOS, João Gualberto Garcez. *idem*. p. 307.

⁷⁸ MARQUES, José Frederico. *op. cit.* vol. 2. p. 351

‘momento argumentativo’, com efeito, que os interessados na decisão, *criticando as provas*, extraindo de seu contexto os fatos sobre os quais constróem suas versões e, sobretudo, buscando demonstrar o direito aplicável à hipótese, exercem com plenitude o poder de influir positivamente sobre o convencimento do juiz, colaborando, assim, no exercício da jurisdição.”⁷⁹

O defensor técnico, por óbvio, desempenha a atividade crítica com parcialidade e sem o dever de objetividade típico do órgão público de persecução penal. o papel do defensor há de ser sempre a busca da melhor posição processual possível ao acusado, o que não implica em, necessariamente, buscar uma sentença absolutória mas a situação mais favorável ao réu, diante de uma inevitável decisão condenatória.

A regra no processo penal brasileiro é que as alegações sejam feitas por escrito, como se dá no procedimento comum de rito ordinário, ocasião em que se podem juntar documentos aos autos e argüir as nulidades. Observe-se que na fase das alegações antes do juízo de admissibilidade do procedimento bifásico do juri, a lei veda expressamente a juntada de documentos⁸⁰. A atividade crítica se desenvolve por meio de argumentação oral nos debates da sessão de julgamento no procedimento do juri, e nas audiências de julgamento nos assim denominados procedimentos sumário e sumariíssimo.

A lei não especifica como deve ser a atuação do defensor técnico no processo penal, ficando a elaboração da tese de defesa por conta dos critério de oportunidade e conveniência de acordo com o caso penal. Desta liberdade de defesa surge a questão da defesa deficiente, e mesmo a ausência de defesa; tal questão é particularmente delicada quando a defesa técnica fica ao encargo de defensor público

⁷⁹ GRINOVER, A. Pellegrini; FERNANDES, A. Scarance; GOMES FILHO, A. Magalhães. *op. cit.* p. 199.

⁸⁰ Art. 406, §2º, do Código de Processo Penal.

ou dativo a quem cabe cumprir seu *munus* público, exercitando todos os meios de defesa que a lei confere aos acusados.⁸¹

O defensor técnico não deve abrir mão das alegações finais, vez que são utilíssimas “quando bem elaboradas e concatenadas”⁸². Frederico MARQUES lembra que “é necessário que se faça uma apreciação crítica dos elementos de convicção colhidos, com as conclusões que deles se possa tirar”⁸³; aliás, as alegações finais constituem, em síntese, a coordenação das questões de fato apuradas com o direito aplicável para tentar demonstrar ao juiz como deva julgar o caso.⁸⁴

A defesa deve, sobretudo, ser ampla e efetiva, eis que a ausência ou deficiência das alegações finais constitui afronta aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

3.2.2. Defesa Contra o Processo

Enquanto na defesa de mérito o réu se opõe pretensão contra si deduzida em juízo, buscando uma decisão que lhe seja favorável e termine a relação processual e o próprio caso penal, a defesa processual tem por escopo apenas adiar a decisão sobre o mérito da acusação ampliando o processo; secundariamente a defesa processual pode pôr fim à relação processual, sem o julgamento do mérito.⁸⁵

O processo penal condenatório é o único meio para a satisfação da pretensão punitiva e deve portanto, em atenção às garantias individuais, se desenvolver regularmente. Eis que, para o processo existir e se desenvolver validamente, a lei exige certos requisitos conhecidos como pressupostos processuais⁸⁶. A defesa contra o processo tem efeito quando o réu evoca uma causa de nulidade ou falta de pressuposto processual, visando à sua regularização.

⁸¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Jurisprudência criminal*. Vol. 1. p. 388.

⁸² MARQUES, José Frederico. *op. cit.* vol. 2. p. 350.

⁸³ MARQUES, José Frederico. *idem.* p. 350.

⁸⁴ MARQUES, José Frederico. *idem.* p. 350.

⁸⁵ MARQUES, José Frederico. *idem.* p. 191-192.

Para que a relação processual exista, isto é, surja validamente, é necessária a preexistência de certas condições que lhe dão vida – um órgão investido de jurisdição, o pedido e as partes. Estes são os pressupostos de existência da relação processual, seus elementos constitutivos⁸⁷. Mas, a relação processual exige ainda, para se desenvolver validamente, outras circunstâncias denominadas de pressupostos de validade. Pressupostos de validade, ou validez como prefere Hélio TORNAGHI, “são aqueles cuja falta vicia a relação processual sem a impedir de nascer”⁸⁸; podem fazer referência às partes (legitimidade), ao juiz (competência objetiva e subjetiva), ou ao objeto (quanto à originalidade, não deve haver litispendência ou coisa julgada).

A defesa que ataca a falta de algum dos pressupostos da relação processual se exerce por meio das exceções.⁸⁹

O vocábulo *exceção* adquiriu, na evolução do direito processual, diversas acepções; num sentido amplo, quer significar o próprio direito de defesa do acusado. No sentido mais restrito, que aqui interessa, significa “a alegação de ausência de uma das condições da ação ou de pressupostos processuais, é a defesa contra a ação e contra o processo.”⁹⁰

Segundo TORNAGHI, contudo, as exceções de que trata o artigo 95 do Código de Processo Penal se opõem somente à falta de pressuposto processual – “(...) verifica-se que as chamadas exceções processuais (...) nada mais são do que pressupostos processuais vistos do avesso”⁹¹. Mas, mesmo não se confundindo os pressupostos processuais com as condições da ação, pode-se verificar que tanto a ilegitimidade *ad causam*, quanto a ilegitimidade *ad processum* podem ser argüidas por meio da exceção de ilegitimidade.

⁸⁶ TORNAGHI, Hélio Bastos. *op. cit.* vol.1. p. 403.

⁸⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal* - vol. 2. p. 550.

⁸⁸ TORNAGHI, Hélio Bastos. *op. cit.* vol.1. p. 406.

⁸⁹ Art. 95 do Código de Processo Penal.

⁹⁰ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *op. cit.* p. 207.

⁹¹ TORNAGHI, Hélio Bastos. *op. cit.* vol.1. p. 407.

Costuma-se fazer críticas ao uso do vocábulo *exceções*, pois, a rigor, as exceções deveriam ser aquelas de que o juiz apenas poderia conhecer após provocação do réu. Não é o que passa com as exceções do Código de Processo Penal, eis que tanto podem ser alegadas pelo réu (ou pelas partes), quanto conhecidas de ofício pelo juiz.

TOURINHO FILHO adverte, contudo, que “Na verdade, aquelas *circunstâncias* a que se refere o art. 95 do CPP não são, a rigor, exceções. (...) são alegações de ausência de alguma daquelas circunstâncias a que se referem os seus arts. 95 a 112.”⁹²

a) As exceções dilatórias

São exceções dilatórias aquelas que visam prorrogar o curso do processo ou mesmo transferir o seu exercício. Tais exceções tem por objetivo regularizar o processo; referem-se ao órgão jurisdicional – competência – e às partes – legitimidade.

A exceção de suspeição é a que se funda na falta de imparcialidade do juiz. A decisão judicial deve sempre atender aos anseios de justiça e tal só é possível se o órgão jurisdicional for imparcial. O Código de Processo Penal enumera diversas circunstâncias⁹³ em que o juiz se dará por suspeito e, em não o fazendo, poderá ser recusado pelas partes por meio da argüição de suspeição.

A argüição de suspeição é exceção dilatória pois não põe termo ao processo, nem mesmo o suspende, mas se reconhecida, remete o processo ao juiz substituto. Apesar de não suspender o processo, se, uma vez argüida a exceção de suspeição, a parte contrária a entender procedente poderá requerer a suspensão até que o incidente seja julgado.⁹⁴

⁹² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal - vol. 2. p. 552.

⁹³ Art. 254.

⁹⁴ Art. 102 do Código de Processo Penal.

Situações conexas à suspeição são as incompatibilidades e os impedimentos; primeiro porque também comprometem a imparcialidade do juiz, e ainda porque são argüidas segundo o mesmo procedimento.

“Ensina CARNELUTTI que a competência do Juiz depende da ausência de determinadas relações com as partes, ou com outros Juizes, assim como do ‘prejuízo’ (ter julgado anteriormente), o que significa que a presença de uma ou outra dessas condições a exclui. Assim, para que o Juiz seja competente, podendo julgar a causa com imparcialidade, é preciso estejam excluídas tais condições. Existindo, advém a incompetência.”⁹⁵

Genericamente fala-se em incompatibilidade para referir qualquer das três situações que afetam a competência subjetiva do juiz⁹⁶, mas convém distingui-las: a) suspeição é a incompetência subjetiva que decorre do interesse ou vínculo do juiz com qualquer das partes; b) o impedimento é consequência do interesse do órgão judicial pelo objeto do processo; c) incompatibilidade tem referência a “graves razões de conveniência não incluídas entre os casos de suspeição ou de impedimentos, estando previstas em geral nas leis de organização judiciária.”⁹⁷

A incompetência objetiva decorre da inobservância da lei processual que fixa os critérios de determinação da competência. A Competência é o âmbito em que o juiz exerce seu Poder Jurisdicional⁹⁸, sendo pressuposto processual de validade, o Código considera nulo o processo que tramita perante juízo incompetente.

A questão de competência é matéria de ordem pública, cabendo ao juiz reconhecer de ofício sua incompetência para a causa; caso assim não proceda, cabe a exceção de incompetência do juízo que, entretanto, deve ser argüida no tríduo para a defesa prévia, sob pena de preclusão.

⁹⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal - vol. 2. p. 570.

⁹⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *idem.* p. 570.

⁹⁷ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *op. cit.* p. 222.

⁹⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal - vol. 2. p. 574.

A exceção de incompetência não suspende o andamento do processo e seu reconhecimento causa a remessa do feito para o juízo competente, onde os atos probatórios devem ser ratificados e os atos decisórios refeitos. Se o juiz não aceitar a arguição de incompetência, prossegue perante ele o processo, não cabendo desta decisão recurso. A questão há de ser, então, argüida preliminarmente na apelação ou recurso da sentença definitiva da causa principal.⁹⁹

A ilegitimidade da parte a que se refere o Código de Processo Penal¹⁰⁰, conforme Magalhães NORONHA, “abrange tanto a *titularidade* do direito de ação, como a *capacidade* de exercício, isto é, a necessária para a prática dos atos processuais”¹⁰¹. Hélio TORNAGHI diverge deste entendimento, sustentando que as exceções de que trata o artigo 95 do Código de Processo Penal são sempre relativos aos pressupostos processuais.¹⁰²

Parece assistir razão a Magalhães NORONHA, pois, de fato, não há na lei impedimento a que a exceção de ilegitimidade acuse a falta de legitimidade *ad causam*, aliás, o Código aponta para esta falta de condição da ação como causa para rejeição da denúncia ou queixa¹⁰³. Certamente tem razão Hélio TORNAGHI quanto às demais exceções do artigo 95, que se referem, sim, aos pressupostos processuais.

A exceção de ilegitimidade da parte tem natureza dilatória, eis que, em regra, não põe termo ao processo, apenas exigindo sua regularização. Eventualmente, porém, “de forma reflexa pode dar ela causa a que a instância se finde e que se extinga a pumbilidade: é o que sucede, por exemplo, quando se aponta nulidade insanável da representação, e esta, ao depois, não pode ser renovada, ou repetida, em virtude do

⁹⁹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *op. cit.* p. 215.

¹⁰⁰ Art. 95, IV.

¹⁰¹ NORONHA, Edgard Magalhães. *op. cit.* p. 66

¹⁰² TORNAGHI, Hélio. *apud* NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *op. cit.* p. 133.

¹⁰³ Art. 43, III, do Código de Processo Penal.

escoamento do prazo da decadência (...), com a conseqüente extinção da punibilidade (...).”¹⁰⁴

O juízo pode conhecer da ilegitimidade da parte a qualquer tempo, portanto não há prazo para sua arguição.

b) As exceções peremptórias

Peremptórias são as exceções que visam ao término do processo. o fundamento jurídico para tais exceções reside em que não deve ser permitido que alguém seja julgado duas vezes pelo mesmo fato, o que constituiria *bis in idem*. São peremptórias as exceções de litispendência e coisa julgada.

A exceção de litispendência tem por objetivo evitar que ocorram simultaneamente dois processos idênticos; caso isto ocorra, o réu só pode ser julgado em um deles, prosseguindo o segundo, deve-se invocar a litispendência para findar o indevido processo.¹⁰⁵

Confunde-se, por vezes, litispendência com prevenção. A prevenção é critério para determinação de competência, pois há apenas um processo e mais de um juiz competente para apreciá-lo¹⁰⁶; fica prevento o juízo que se antecipou na produção de algum ato processual, atraindo para si a posterior distribuição do processo¹⁰⁷. Ocorre litispendência quando ainda pendente a causa objeto de uma ação, outra idêntica é proposta perante o mesmo ou outro juiz.¹⁰⁸

Há identidade entre duas ações se idênticos são seus elementos: pedido, causa de pedir e partes. No processo penal o pedido é, em regra, a aplicação da sanção penal, logo se identificam as demandas pelas partes e pela causa de pedir. Observe-se

¹⁰⁴ MARQUES, José Frederico. *op. cit.* vol. 2. p. 191.

¹⁰⁵ NOGUEIRA, Paulo lúcio. *op. cit.* p. 134.

¹⁰⁶ NORONHA, Edgard Magalhães. *op. cit.* p. 65.

¹⁰⁷ NORONHA, Edgard Magalhães. *idem.* p. 52.

¹⁰⁸ NORONHA, Edgard Magalhães. *idem.* p. 65.

que a causa de pedir é a razão de fato, ou seja, o fato criminoso imputado ao acusado, e não a classificação jurídico penal que lhe tenha dado o autor.¹⁰⁹

A litispendência pode ser conhecida pelo juiz a qualquer tempo, não havendo, prazo fatal para argüir a exceção, mas deve-se fazê-lo no processo que se instaurou por último.

Não cabe recurso da decisão que não acolhe a exceção de litispendência, mas por se configurar o constrangimento ilegal, cabe ordem de *habeas corpus*.

A coisa julgada se aproxima bastante da litispendência pois ambas tem por base a duplicidade de processos sobre um mesmo fato. Coisa julgada penal se refere, contudo, a processo que já terminou com sentença de mérito e cuja matéria se tornou indiscutível.

A sentença que transita em julgado se torna imutável. Distingue-se coisa julgada formal da coisa julgada material. Ocorre a coisa julgada formal quando a decisão se torna imutável dentro do processo, “é o efeito preclusivo que impede nova discussão sobre o fato na mesma ação”¹¹⁰; denomina-se também de preclusão recursal pois a parte deixa transcorrer o prazo para o recurso, eis porque alguns entendem a coisa julgada formal como sinônimo de preclusão. A preclusão diz respeito ao ato processual que, se decorrido o prazo legal, não pode mais ser praticado; a perda de algum direito material é apenas efeito secundário da preclusão. A coisa julgada formal diz respeito ao próprio objeto da causa.¹¹¹

A coisa julgada material é o efeito, ou eficácia desta imutabilidade que se projeta para fora do processo¹¹². É de se observar que a imutabilidade da sentença penal condenatória não é absoluta, eis que, mesmo após trânsito em julgado, pode o

¹⁰⁹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *op. cit.* p. 217.

¹¹⁰ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *idem.* p. 219.

¹¹¹ NORONHA, Edgard Magalhães. *op. cit.* p. 67.

¹¹² MIRABETE, Júlio Fabbrini. *op. cit.* p. 219.

condenado a qualquer tempo requerer revisão criminal¹¹³, ou mesmo inpetrar *Habeas Corpus*, caso se verifique na decisão abuso de poder ou ilegalidade. Hélio Tornaghi aponta ainda outros casos de mutabilidade, como a anistia, graça, indulto e comutação.¹¹⁴

Assim como na litispendência, há que se verificar, para a exceção de coisa julgada, a identidade da ação com outra já decidida por sentença transitada em julgado.

A exceção de coisa julgada tem por fundamento a segurança jurídica e a certeza do direito. Com efeito, TOURINHO FILHO observa que: “Há uma espécie de auréola de presunção de verdade resguardando e protegendo a coisa julgada, sem o que não se conceberia a estabilidade da ordem jurídica.”¹¹⁵

¹¹³ Art. 621 do Código de Processo Penal.

¹¹⁴ TORNAGHI, Hélio. *apud* NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *op. cit.* p. 135.

¹¹⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal - vol. 2.* p. 587.

4. LIMITES AO PLENO EXERCÍCIO DA DEFESA

A defesa no processo penal, assim assegurada pela premissa constitucional, se exerce de maneira ampla, “com os meios e recursos a ela inerentes”¹. Embora amplo, o direito de defesa não é ilimitado, eis que encontra obstáculos; não apenas os de natureza legal, mas também aqueles que decorrem da própria linha de defesa escolhida pelo réu e seu defensor.

O direito de defesa não é, e nem poderia ser, um vale tudo processual. Por certo que a liberdade é o valor supremo no estágio atual de desenvolvimento social, mas a salvaguarda deste direito não há de justificar a afronta a outros valores, também importantes para a vida em sociedade. A defesa deve ser amplamente exercitada dentro de certos limites.

Fernando de Almeida PEDROSO lembra que a “amplitude de defesa não se traduz por defesa irrestrita e ilimitada. Significa liberdade de atuação – sem restrições – dentro dos limites traçados e antepostos a tal direito, *id est*, liberdade de atuação dentro dos lindes em que a defesa há de se conter.”²

Neste aspecto, a defesa se assemelha à atuação do administrador público naquela classe de atos dito discricionários³: atende aos critérios de conveniência e oportunidade, denotando uma certa liberdade de agir, mas devendo observar aos limites que a lei impõe.

4.1. OS LIMITES LEGAIS

O processo, e em especial o processo penal, tem por escopo pacificar os conflitos que surgem no meio social; a paz social, contudo, somente se alcança com a

¹ Art. 5º, LV, da Constituição Federal.

² PEDROSO, Fernando de Almeida. *op. cit.* p. 377.

³ RAMOS, João Gualberto Garcez. *op. cit.* p. 322.

distribuição da justiça a cada caso concreto⁴. Caso a amplitude da defesa se pudesse confundir com defesa ilimitada, o processo, que etimologicamente significa ir adiante, se tornaria tumulto, perdendo sua eficácia como instrumento de distribuição de justiça. Como ensina Hélio TORNAGHI, “o processo é uma atividade, um encaminhamento, em determinada direção. Onde há tumulto (*moto multo*), movimento em várias direções ou sentidos, não há processo.”⁵

Visto por seu aspecto externo, o processo “é um encadeamento de atos conexos que se vão sucedendo, desde a dedução da pretensão até a decisão definitiva com trânsito em julgado”⁶. Com o fim de assegurar a regularidade da marcha processual, a lei penal adjetiva impõe aos sujeitos do processo uma série de condutas que devem ser observadas. Tais disposições, que caracterizam o rito, constituem verdadeiros limites à atuação das partes, especialmente para a defesa.

4.1.1. Dos Prazos

Um primeiro limite à atuação da defesa que se pode vislumbrar é a necessária observância aos prazos para a prática de um determinado ato processual. O processo, conforme visto, é um encadeamento de atos processuais, é um caminhar para frente, e a fixação de prazos para que se pratique determinado ato tem por objetivo manter a marcha processual; fosse possível paralisar o processo por tempo indeterminado a espera que a defesa, por exemplo, apresentasse o rol de testemunhas, nunca se chegaria ao seu fim. Os prazos processuais existem, pois, para a regular condução das atividades das partes no processo.

Prazo é o período de tempo dentro do qual um determinado ato processual deve ou pode ser praticado, ou dentro do qual nenhum ato se deve praticar. Para efeito de contagem, o prazo é delimitado por um termo inicial (*ad quo*) e um

⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *op. cit.* p. 159-162.

⁵ TORNAGHI, Hélio. *op. cit.* vol.1. p. 308.

⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal* - vol. 1. p. 20.

termo final (*ad quem*)⁷; no cômputo do prazo processual exclui-se o dia do começo (*dies ad quo*), incluindo-se o dia do vencimento (*dies ad quem*).⁸

Os prazos podem ser determinados em lei (prazo legal) ou fixados pelo juiz (prazo judicial). Não se cogita, em processo penal, de prazos ajustados entre as partes (prazo convencional)⁹. Em regra os prazos estipulados pelo Código de Processo Penal são particulares, correm apenas para uma das partes, e peremptórios, não se prorrogam; decorrido o prazo sem que o ato tenha sido praticado, a parte perde o direito de praticá-lo – ocorre preclusão.

A preclusão é a perda do direito de praticar um determinado ato processual. Embora se mencione a preclusão em relação aos prazos processuais, vale ressaltar que os seus efeitos se verificam, ainda que não esgotado o prazo para a prática de um determinado ato, quando a parte, por exemplo, pratica um outro ato incompatível com aquele que queria praticar – preclusão lógica.

4.1.2. Das Provas

Verifica-se limites ao exercício da defesa também no que diz respeito à atividade instrutória, em especial na produção de provas testemunhais e documentais, e quanto às chamadas provas ilegais.

a) Limites quanto às testemunhas

A defesa técnica encontra limitado o direito à produção de provas em virtude da restrição legal quanto ao número de testemunhas que podem ser arroladas a depor em audiência processual penal.

No procedimento comum, dos crimes de competência do juiz singular e cuja pena seja de reclusão, o número legal de testemunhas arroladas pelo defensor

⁷ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *op. cit.* p. 741.

⁸ Art. 798, § 1º do Código de Processo Penal.

⁹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *op. cit.* p. 738.

técnico no momento da defesa prévia é de oito. Não se incluem neste número as pessoas que não prestam compromisso, nem as testemunhas referidas. Na segunda fase do procedimento do juri, dos crimes dolosos contra a vida, e no procedimento sumário, dos crimes punidos com detenção, o número legal de testemunhas é de cinco.

Parece claro que o processo penal se tornaria muito moroso, mais do que já é, caso a lei não estipulasse, deixando a critério das partes técnicas, quantas testemunhas poderiam depor em juízo, mas a fixação deste número máximo apresentasse como limite ao exercício da defesa e restringe a capacidade do defensor em cooperar na formação da convicção do juiz.

Embora o juiz possa ouvir o depoimento de outras pessoa além das testemunhas numerárias, não se pode cogitar esteja superada a limitação imposta pela lei, pois que a audiência destas pessoas não é obrigatória¹⁰, mas mera faculdade do juízo. Dentre as pessoas que, a critério do juiz, podem ser ouvidas no processo estão os informantes, as testemunhas referidas e as extranumerárias. Informantes são as testemunhas que não prestam compromisso, seu depoimento não forma prova, mas mero elemento de convicção. As testemunhas referidas são aquelas pessoas a quem as testemunhas numerárias fizeram alguma referência em seus depoimentos. São testemunhas extranumerárias as pessoas arroladas pelas partes além do número legal.

A lei faculta ao juiz a produção de prova testemunhal em atenção ao princípio da verdade real, mas melhor seria se a atividade instrutória estivesse totalmente a cargo das partes, mantendo-se o juiz afastado do momento da produção da prova.

Outra limitação legal, no que diz respeito à prova testemunhal, se verifica quando da desclassificação do delito no rito procedimental do juri. Ocorre desclassificação quando o juiz, por discordar da classificação do delito feita na exordial acusatória, entender que o crime não é da competência do juri. Neste caso,

¹⁰ CAPEZ, Fernando. *op. cit.* p. 278.

após decorrido o prazo para recurso da decisão de desclassificação, os autos são remetidos ao juiz competente, a disposição de quem passará o réu preso, e será reaberto o prazo para defesa e indicação de testemunhas. Não poderão, contudo, ser arroladas testemunhas já anteriormente ouvidas¹¹, o que implica em restrição à atividade defensiva.¹²

b) As provas documentais

A regra geral que vigora no processo penal, referente a provas documentais é a de que os documentos podem ser apresentados em qualquer fase do processo. No rito processual dos crimes dolosos contra a vida, de competência do juri, no entanto, verificam-se duas exceções que implicam limitação à defesa técnica.

A primeira vedação se impõe, ainda no *iudicium accusationis*¹³, no momento das alegações que antecede a sentença de pronúncia; nesta fase nenhum documento pode ser juntado ao processo, a lei remete a ocasião de juntar prova documental para momento posterior – a contrariedade, para a defesa.

Outra vedação, já na segunda fase, *iudicium causae*¹⁴, se observa por ocasião da audiência de julgamento em que não se podem produzir provas documentais cujo conhecimento não tenha sido dado à parte contrária com antecedência mínima de três dias.

c) Vedação das provas ilícitas

O processo penal, enquanto reconstrução de um fato pretérito e estando orientado pelo princípio da verdade real, caracteriza-se pela liberdade de produção de provas; e não poderia ser diferente quando o que está em jogo é um dos atributos da pessoa humana. A Constituição Federal, contudo, expressamente proíbe “as provas

¹¹ Art. 410 do Código de Processo Penal, *in fine*.

¹² PEDROSO, Fernando de Almeida. *op. cit.* p. 377.

¹³ Art. 406, § 2º, do Código de Processo Penal.

¹⁴ Art. 475 do Código de Processo Penal.

obtidas por meios ilícitos”¹⁵; decorre, pois, desta vedação a inadmissibilidade das provas, sejam elas provas ilegítimas ou provas ilícitas, contaminadas pela ilicitude do ato em sua obtenção e por consequência impõe-se um limite ao exercício da defesa.

O procedimento probatório contém quatro fases distintas: a) a proposição das provas, em que as partes indicam quais provas querem produzir; b) a admissão, em que o juiz se manifesta acerca da admissibilidade das provas; c) a produção, ato das partes de trazer as provas para o processo; d) a valoração, ato do juiz de apreciação do material probatório. O texto constitucional expressamente veda a admissão das provas ilícitas, mas, se admitidas, não podem ser valoradas.

Acerca das provas ilegais e da teoria dos frutos da árvore envenenada já se discorreu acima, ao examinar a atividade instrutória do defensor técnico, mas neste momento convém contemplar a aplicação da teoria da proporcionalidade.

Segundo a teoria da proporcionalidade, desenvolvida no período do pós-guerra na Alemanha, a que a doutrina americana denominou de teoria da razoabilidade, a violação a determinado bem jurídico para assegurar a defesa do acusado merece ser apreciada em comparação com o bem ofendido, ou seja, os bens jurídicos em contraste devem ser ponderados a fim de que se avalie qual tem maior peso¹⁶. A afronta a certo bem jurídico, portanto, não configuraria ilegalidade no caso de preservação do interesse maior – equilíbrio dos valores contrastantes.

Fernando de Almeida PEDROSO aponta determinados atos da defesa a que denomina de defesa penal típica e defesa criminosa no processo penal. A defesa penal típica se verifica quando o acusado promove, em sua autodefesa, atos que “arranham” algum tipo penal, sem, contudo, incidir em ilicitude porque os efeitos da conduta do réu não se exteriorizam ao processo. Na defesa criminosa, os atos do acusado acarretam efeito antijurídico, pois extrapolam ao processo, incidindo em

¹⁵ Art. 5º, LVI.

¹⁶ RANGEL, Paulo. *Op. cit.* p. 292.

crime¹⁷. No tocante à prova ilícita, a conduta do acusado pode se verificar em qualquer das duas categorias acima; haverá defesa penal típica quando o acusado produzir determinada prova, ainda que ilícita, mas em exercício regular de direito e a prova assim produzida poderá ser valorada; incidirá, contudo, em defesa criminosa, o acusado quando produzir prova ilícita quanto ao conteúdo, por exemplo documento falso, e este tipo de prova não deve ser valorado.

Tem-se admitido, na prática judiciária, que o entendimento que aceita “a utilização no processo penal, da prova favorável ao acusado, ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros”¹⁸ não sofre contestação. Convém realçar que a vedação constitucional à admissibilidade de provas obtidas por meio ilícito está inserida dentre os direitos fundamentais do cidadão, em especial dentre os direitos do acusado em processo judicial, eis porque a melhor orientação é no sentido de que as provas, ainda que ilícitas, produzidas em favor da defesa devem sempre ser valoradas – prova ilícita pró réu. “Se o fim precípua do processo penal é a descoberta da verdade real (*na qual há que se fulcrar a própria realização do direito penal substantivo, pela aplicação ou não da pena*), crível é que, se a prova ilegalmente obtida ostentar essa verdade, há de ser aceita.”¹⁹

Convém observar que a exclusão da ilicitude na obtenção de prova ilícita, defesa penal típica, apenas opera em favor do acusado, não atingindo terceira pessoa; é que a condição em que se baseia o exercício do direito de defesa é personalíssima do acusado, não se comunicando ao partícipe, nem mesmo ao defensor técnico²⁰.

¹⁷ PEDROSO, Fernando de Almeida. *Op. cit.* p. 395.

¹⁸ GRINOVER, A. Pellegrini; FERNANDES, A. Scarance; GOMES FILHO, A. Magalhães. *op. cit.* p. 132.

¹⁹ PEDROSO, Fernando de Almeida. *Op. cit.* p. 409.

²⁰ PEDROSO, Fernando de Almeida. *idem.* p. 397.

4.2. OUTROS LIMITES

Outros limites se apresentam ao exercício da defesa técnica que não aqueles decorrentes da legislação processual penal; são limitações ou dificuldades com que o defensor se depara, mas que decorrem da sua própria atuação no processo penal.

O defensor técnico, diversamente do órgão do Ministério Público e do Juiz, não é sujeito imparcial, pois tem interesse na decisão de mérito favorável ao seu defendido; sua atividade não tem dever de objetividade e, como já se destacou, busca sempre a melhor posição processual para o acusado, não necessariamente uma sentença favorável. O defensor, diante da concreta ameaça ao acusado do constrangimento da sanção criminal, escolhe dentre as linhas de defesa possíveis aquela que se lhe apresenta como a mais apropriada para o caso; e a tese escolhida pelo defensor se apresenta como limite ao desempenho da própria atividade defensiva.²¹

A atuação do defensor, na condução de defesa técnica, implica em certas escolhas; escolhas estas que, orientadas por critérios de oportunidade e conveniência, não encontram previsão na lei, ficando por conta da defesa técnica a definição das linhas gerais a serem seguidas. A opção da defesa por determinada tese ou estratégia pode vir a inviabilizar outra tese com ela incompatível logicamente, o que pode se tornar um óbice à eficaz condução das atividades do defensor se a primeira opção se revelar insatisfatória.

Cogita-se, ainda, da impossibilidade de o defensor mudar a linha da tese defensiva durante o julgamento. Na verdade a questão só tem relevância na fase de sustentação oral em audiência processual penal, pois é no momento da tréplica da

²¹ Embora possa parecer paradoxal a afirmação de que a tese de defesa possa representar uma limitação à própria atividade defensiva, convém advertir que as alegações formuladas pelo defensor precisam, para atingir um mínimo grau de convencimento, guardar coerência entre si, e por isso mesmo a tese escolhida pela defesa limita-se a si mesma.

defesa que uma mudança de estratégia poderia afrontar ao princípio do contraditório. A questão não é pacífica, havendo divergência doutrinária.

Analisando a audiência processual penal, em especial a sessão de instrução e julgamento perante o Juri, João Gualberto Garcez RAMOS atesta que a mudança da tese de defesa é, em tese, possível na medida em “que as opções, de início acertadas, podem se mostrar equivocadas no curso de um momento processual rico como a audiência processual penal”²². O professor, tendo por fundamento jurisprudência que entende não haver ofensa ao contraditório na sustentação de nova tese pela defesa, expande a possibilidade às demais audiências: “Se uma modificação desse jaez, durante a sessão de instrução e julgamento do procedimento *especial do juri*, é possível, sendo o conselho de sentença, como é, extremamente sensível a alterações do discurso das partes técnicas, nada obsta que semelhante entendimento seja consagrado para a audiência processual penal em processo desenvolvido perante juiz singular.”²³

Em interpretação diversa, sustenta-se que à defesa é vedado apresentar tese nova na tréplica, pois assim agindo estaria subtraindo da acusação o direito de contrariar, causando surpresa e violando o contraditório.²⁴

A verdade, porém, é que não há vedação legal a que a tese da defesa seja inovada e, se o legislador não restringiu o direito de defesa, não cabe ao interprete fazê-lo. Parece, pois, caber razão à interpretação que considera possível inovar a tese defensiva, ainda que na tréplica, durante os debates em audiência processual penal, não podendo este entrave limitar o direito de defesa.

²² RAMOS, João Gualberto Garcez. *Op. cit.* p. 323.

²³ RAMOS, João Gualberto Garcez. *idem.* p. 324.

²⁴ CAPEZ, Fernando. *Op. cit.* p. 579.

5. CONCLUSÃO

O direito de defesa no processo penal, especialmente o direito de ser assistido por profissional habilitado, o advogado, na fase judicial da persecução penal, constitui uma das mais importantes garantias ao indivíduo.

O processo penal, contudo, não é apenas um instrumento repressão, de persecução penal, é antes instrumento de distribuição da justiça, é, conforme aponta DINAMARCO, um sistema voltado à pacificação social.¹

A Constituição Federal assegura, é certo, o direito à ampla defesa aos litigantes em processo judicial, em especial ao acusado em processo penal condenatório, pois a este, por injunção legal, a defesa técnica há de sempre ser assegurada. Mas a defesa não é ilimitada, em diversos momento apresentam-se óbices ao exercício da defesa, que não constituem, no entanto, nulidades processuais pois são, antes de tudo, formas de assegurar a regularidade do processo e a efetiva distribuição de justiça.

¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. p. 159-160.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. **Processo penal garantista**. Goiânia: A.B. Editora, 1998.
2. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
3. CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
4. CARNELUTTI, Francesco. **Leciones sobre el proceso penal**. Trad. De Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Europa América Bosh, 1950, Vol. IV.
5. CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
6. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
7. CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. **Manual de direito romano**. São Paulo: Saraiva, 1950, volume 2.
8. COUTINHO, Jacinto N. de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, a. 30, n. 30, 1998, p. 163-198
9. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
10. DOTTI, René Ariel. **Declaração universal dos direitos do homem e notas da legislação brasileira**. Curitiba: J.M. Editora, 1999.
11. GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
12. GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal – as interceptações telefônicas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
13. _____. **Novas tendências do direito processual – de acordo com a Constituição de 1988**. São Paulo: Forense Universitária, 1990.

14. _____; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
15. JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processo penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
16. LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 1997.
17. LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Ampla defesa, contraditório e defesa efetiva. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 725, 1996, p. 459-468.
18. _____. Direito à defesa efetiva. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 727, 1996, p. 397-406.
19. MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Bookseller, 1997, volumes 1 e 2
20. MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1995.
21. NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Curso completo de processo penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
22. NORONHA, Edgard Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
23. PEDROSO, Fernando de Almeida. **Direito de defesa: repercussão, amplitude e limites**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
24. PRADO, Amauri Renó do; BONILHA, José Carlos Mascari. **Manual de processo penal**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.
25. RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência processual penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
26. RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
27. SIDOU, J. M. Othon. **Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular - As garantias ativas dos direitos coletivos**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
28. SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Processo penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
29. SUANNES, Adauto. A necessária presença do advogado no processo penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 767, 1999, p. 491-500.

30. TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
31. TORNAGHI, Hélio Bastos. **Instituições de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, volume 1 e 3.
32. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Prática de processo penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
33. _____. **Processo penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, volumes 1 e 2