

O DIREITO DE RECORRER, O POBRE, A DEFENSORIA PÚBLICA E A
TEMPESTIVIDADE DO RECURSO: ATÉ QUE ENFIM UMA DECISÃO DIGNA
DE UMA CORTE CONSTITUCIONAL¹

Em uma decisão absolutamente corajosa e inusitada, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em voto relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, concedeu o Habeas Corpus nº. 112573, seguido à unanimidade pelos demais integrantes. O apelo contra a condenação, apresentado por um defensor público, não foi conhecido porque foi impetrado fora do prazo em razão de dupla falha do Estado, pois o defensor fora intimado pessoalmente da decisão por ocasião do julgamento e também porque o juízo só realizou a remessa dos autos à Defensoria tardiamente. Em seu voto, porém, o Ministro Lewandowski afirmou que se trata de *“uma situação sui generis em que o paciente ficou indefeso por culpa do Estado”*. O Ministro ressaltou que o artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal determina que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. *“Trata-se, portanto de uma obrigação do Estado e aqui eu vejo que houve uma falha no cumprimento do múnus público do defensor, que não pode repercutir em prejuízo do assistido porque, em última instância, trata-se de erro do próprio Estado, que não foi capaz de oferecer uma defesa técnica adequada”*, afirmou o Ministro Lewandowski. Ele afirmou que, embora a jurisprudência e a doutrina sejam uníssonas no sentido de que a aferição da tempestividade do recurso pode se dar a qualquer momento e grau de jurisdição, porque é uma matéria de ordem pública, no caso em questão essa *“merece um temperamento”* porque *“não pode, por culpa do Estado, o paciente sem recurso, assistido pela Defensoria Pública, ter prejudicado o seu direito à apreciação do recurso competente”*, concluiu. Fonte: STF.

Muito bem. Em tempos de mensalão, finalmente uma decisão sóbria. Sempre afirmei que defender é uma arte²; acusar também o é,

¹ Rômulo de Andrade Moreira é Procurador-Geral de Justiça Adjunto para Assuntos Jurídicos na Bahia. Foi Assessor Especial da Procuradoria Geral de Justiça e Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais. Ex- Procurador da Fazenda Estadual. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador - UNIFACS, na graduação e na pós-graduação (Especialização em Direito Processual Penal e Penal e Direito Público). Pós-graduado, lato sensu, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela Universidade Salvador - UNIFACS (Curso então coordenado pelo Jurista J. J. Calmon de Passos). Membro da Association Internationale de Droit Penal, da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim. Integrante, por quatro vezes, de bancas examinadoras de concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor convidado dos cursos de pós-graduação dos Cursos JusPodivm (BA), Praetorium (MG), IELF (SP) e do Centro de Aperfeiçoamento e Atualização Funcional do Ministério Público da Bahia. Autor das obras *“Curso Temático de Direito Processual Penal”*, *“Comentários à Lei Maria da Penha”* (este em coautoria com Issac Sabbá Guimarães), ambas publicadas pela Editora Juruá, 2010 (Curitiba) e *“A Prisão Processual, a Fiança, a Liberdade Provisória e as demais Medidas Cautelares – Comentários à Lei nº. 12.403/11”*, 2011, Porto Alegre: Editora LexMagister, além de coordenador do livro *“Leituras Complementares de Direito Processual Penal”*, publicado pela Editora JusPodivm, 2008 (estando no prelo a 2ª. edição). Participante em várias obras coletivas. Palestrante em diversos eventos realizados no Brasil.

² Em 1965 Manoel Pedro Pimentel escreveu uma obra bastante útil para os advogados criminais. O livro foi reeditado em 1975 (*“Advocacia Criminal – Teoria e Prática”*, Editora Revista dos Tribunais). Vale a pena conferir e ler (não é do meu conhecimento que haja edições mais recentes).

menos nobre, é verdade, pois o homem nasceu para ser livre, não para ser preso; logo, lutar para fazer valer a liberdade de alguém, indiscutivelmente, é mais longânimo do que lutar para encarcerá-lo (o que, obviamente, não torna quem acusa menos digno ou magnânimo, muito pelo contrário). Aliás, é possível que a acusação sobreviva, e seja necessária, porque alguns devam efetivamente ficar presos, infelizmente... (e ainda que provisoriamente).

Por outro lado, a Defensoria Pública no Brasil tem sido, desgraçadamente, desprestigiada a todo dia, pois estão esquecendo-se que o pobre precisa de um defensor. Em um Estado Democrático de Direito a advocacia criminal pública e gratuita é absolutamente indispensável, uma necessidade imperiosa e impostergável.³ Segundo Étienne Vergès, *“le défenseur (le plus souvent un avocat), occupe une place primordiale dans l'exercice des droits de la défense, Ainsi, l'article 6§3-c Conv. EDH permet à l'accusé (au sens large) de se défendre lui-même ou d'avoir l'assistance d'un défenseur de son choix.”*⁴

Nos últimos tempos estamos vivendo uma verdadeira pirotecnia policial⁵: gente presa, algemada, filmada, exposta, etc., etc. Em regra, dias depois a Justiça solta, ou melhor, um Juiz de Direito liberta; para a opinião pública é mais uma demonstração de impunidade ou, ainda mais facilmente, uma prova que no Brasil somente alguns (os pobres) ficam presos. Há, evidentemente, uma verdade nesta segunda afirmação, pois é certo que o pobre, na maioria das vezes sem um advogado público, fica preso, sem assistência que está, e aquele que tem recursos logra ser solto, não porque necessariamente reine a impunidade, mas porque o Estado foi incompetente para prendê-lo (ou mantê-lo preso, ou porque simplesmente não seria

³ Em um artigo intitulado “O advogado necessário”, Sérgio Frazão do Couto lembrou que *“na época do Terror”, na Revolução Francesa, dizia-se que os inocentes não precisam de advogado porque são inocentes. Os culpados também não, porque são culpados, ora bolas! Assim, a guilhotina corria solta e generosa. Napoleão Bonaparte fechou o Barreau, a OAB francesa, e mandou cortar a língua dos advogados que lhe faziam oposição. As atrocidades nas masmorras de Paris se tornaram tão escandalosas que Napoleão, assustado, voltou atrás. Reabriu o Barreau e determinou que a Coroa pagasse advogados dativos para os presos. Hitler proibiu os judeus de serem assistidos por advogados. Auschwitz, Treblinka e Sobibór foram os resultados da monstruosidade. Mussolini, em uma só noite, mandou incendiar 40 escritórios de advocacia. João Figueiredo, aquele que preferia o cheiro dos cavalos, queria alugar o Maracanã para prender os advogados, como única forma de implantar tranquilamente seu plano econômico. D'outra forma, os advogados iriam ‘melar’ tudo com seus mandados de segurança.”* (www.espacovital.com.br – 07/03/2007).

⁴ Procédure Pénale, Paris: LexisNexis Litec, 2005, p. 42.

⁵ Segundo Luiz Flávio Gomes, *“o brilho dessas retumbantes operações, entretanto, muitas vezes, acaba sendo ofuscado por algumas elementares violações à estrita legalidade, que é o eixo que caracteriza o Estado Garantista de Direito (EGD, tão difundido por Ferrajoli). (...) A Constituição Federal, no seu artigo 5º, inciso LXIII, com efeito, assegura ao indiciado, quando preso (por extensão, também quando solto), a assistência técnica de advogado. Nisso está incluído, claramente, o acesso aos autos da investigação. Não pode nunca o advogado perturbar o natural andamento das investigações. Mas nada daquilo que já foi investigado e que consta dos autos pode ser subtraído do seu conhecimento. Pensar (ou praticar) o contrário significa violar o direito de defesa que está garantido pela constituição, embora não em sentido amplo, inclusive na fase preliminar de investigação. O Estado Garantista de Direito, diferentemente do Estado de Direito tout court, caracteriza-se não só pela positivação de tais direitos e garantias, senão, sobretudo, pelo respeito ao conteúdo de cada um deles.”* Fonte: www.ultimainstancia.com.br – 24/04/2007.

necessária a prisão antes de uma condenação definitiva – não é mesmo a Constituição que assim o diz?).⁶

A propósito, sobre a atuação da Polícia Federal no Brasil, em entrevista coletiva concedida à imprensa no dia 1º de Julho de 2008, o Ministro Gilmar Mendes afirmou que *“quanto a essas investigações da Polícia Federal, eu acredito que nós tínhamos que fazer um seminário sobre isso para abordar todo o tema, em todos os seus aspectos. Eu vou apenas pontuar algumas questões. Do que percebo de alguns episódios, muitos têm notório caráter de retaliação e até de controle ideológico contra os juízes. Não vou me referir especialmente ao caso de Carlos Velloso (ex-ministro do STF), recentemente divulgado, mas houve aqui, não faz muito, o caso do Sepúlveda Pertence (também ex-ministro do STF). Depois houve o meu próprio caso: o nome envolvido no caso de homonímia conhecido, mas que se sabia que era indevido. O caso do [ministro Sepúlveda] Pertence, os senhores sabem, inventou-se que ele proferira uma sentença para atender ao pedido de um dado lobista que falava ao telefone. Infelizmente, até agora – hoje eu cobrava isto do doutor Antonio Fernando [Souza, o procurador-geral] –, não temos resultado desse inquérito. No meu caso, se sabia que não era eu o personagem citado. No dia seguinte, a Polícia Federal emite uma nota para dizer que reconhecia apenas que era a opinião de ministro do Supremo. Qual era a opinião? Que eu dizia que era canalhice divulgar fatos daquela forma, com aquele grau de irresponsabilidade. Depois, fiquei sabendo – a representação [contra esse fato] também hoje já está na Procuradoria – que, na verdade, a ação fora projetada a partir da própria assessoria de imprensa da Polícia Federal, que pedia aos*

⁶ Em entrevista concedida à Revista Consultor Jurídico, em 16 de setembro de 2007, Dr. Wadih Damous, então Presidente da OAB-RJ, afirmou que *“a advocacia passa por um momento difícil devido ao clamor punitivo disseminado na sociedade. Os mais atingidos são os advogados criminalistas. Sabemos de muitas violações às prerrogativas dos advogados, praticadas diretamente por juízes. É uma fase. Quando for superada, volta a ser o que é, com violações pequenas, como não deixar tirar cópia do processo ou não ser atendido pelo juiz. Parece que há uma regra entre os juízes de não atenderem os advogados. (...) A operação Furacão, filmada ao vivo e divulgada em horário nobre, expôs os acusados ao vexame. Pessoas, que ainda não se sabe se são culpadas, foram tratadas como bandidos. (...) Quando as prisões são feitas, a mídia trata os acusados como criminosos. Tempos depois, as pessoas são inocentadas e a imprensa não dá o mesmo destaque para dizer isso. Aconteceu com o ex-presidente da Câmara dos Deputados Ibsen Pinheiro, com o ex-ministro da Saúde Alcení Guerra e com a Escola de Base de São Paulo. São aspectos de um estado policial, que envolve o Poder Judiciário, o Ministério Público e a mídia. É uma trindade que, com um comportamento desse tipo, só prejudica a democracia. (...) É preocupante a autonomia desbragada concedida à Polícia Federal. Parece que o Ministério da Justiça não consegue exercer seu controle. (...) Valer-se da interceptação telefônica como o principal meio de investigação é uma demonstração de incompetência em investigar. Apresenta, também, uma vocação totalitária, de Big Brother e bisbilhotice na vida das pessoas para formação de dossiês. Quem inventou a interceptação telefônica foi a ditadura. E o mais impressionante é a interpretação que a Polícia Federal dá a determinados diálogos. Se eu estiver conversando com alguém de Mato Grosso de maneira muito informal, como “não esquece de resolver aquela parada aí”, vão interpretar isso como tráfico de drogas, porque aquele estado faz fronteira com a Bolívia. É assim que a Polícia Federal e o Ministério Público têm agido em relação a essas investigações. E, atualmente, eles contam com o aparelho Guardiã. Com ele, a PF consegue interceptar três mil conversas simultaneamente, envolvendo pessoas que não estão sendo investigadas. É um efeito dominó. (...) no combate ao crime vale desprezar a Constituição, os direitos pessoais de cada indivíduo, a privacidade. Quem inaugurou essa fase foi o governo Bush no combate ao terrorismo. Vale tudo: matar, torturar, interceptar, desaparecer, esquartejar, estuprar. É o que fazem no Iraque. E esse tipo de pensamento está sendo aproveitado em países como o Brasil no combate à criminalidade. No combate à criminalidade também vale tudo: invadir favelas, atirar a esmo, matar inocentes e executar quem se rendeu.”*

órgãos de imprensa que divulgasse o fato. E por quê? Porque, numa quarta-feira, os senhores não de se lembrar, o doutor Antonio Fernando fez umas declarações dizendo que a ministra Eliana Calmon conhecia mais os autos do que eu. E eu rebati aquilo dizendo: “eu não preciso conhecer os autos, basta que se tenha conhecimento dos fundamentos do despacho, da decisão que decreta a prisão”. Eu fiz essa declaração às 14h30. Às 18h30 as redações estavam recebendo, em retaliação, a notícia do envolvimento do meu nome nesta matéria, quando o escutado era Gilmar de Melo Mendes – o mesmo que aparece no caso de Pertence – um velho conhecido da polícia. A confusão, portanto, não foi acidental. Até agora esse fato não se esclareceu. O ministro [Félix] Fischer, do STJ, se recusou a atender um pedido da polícia de decretar a prisão preventiva de juizes em São Paulo. [Ele] determinou a busca e apreensão. Na semana seguinte, uma revista semanal publicava que o filho de sua excelência estava envolvido em um caso determinado. Caso flagrante de retaliação. É preciso encerrar esse quadro de intimidação. É fundamental que o presidente da República, que o ministro da Justiça e que o diretor da Polícia Federal ponham cobro a esse tipo de situação. É abusivo o que se vem realizando. Não é possível instaurar, no Brasil, o modelo de Estado policial. Nós repudiamos com toda a veemência, e os senhores conhecem a minha posição sobre isso. É chegada a hora de o Brasil reinstitucionalizar essas relações. Já falei isso, inclusive, com o Presidente da República. É necessário que nós promulguemos uma nova lei de abuso de autoridade – a lei é de 1965, do governo Castelo Branco, está totalmente defasada – para que nós possamos abranger esses novos tipos penais que se verificam a toda hora.”

Como afirmou Antonio Cláudio Mariz de Oliveira, “nos difíceis dias da atualidade, a figura do advogado, especialmente o criminal, tem provocado a ira pública estimulada pela má imprensa. Esta faz questão de nos confundir com o cliente e se esforça para passar a idéia de que somos defensores do crime e não portadores dos direitos constitucionais e processuais do acusado.”⁷

E, então, surge a figura do Defensor Público: o profissional sério e dedicado à causa, o técnico, o jurista, o **ADVOGADO CRIMINAL**. Em parecer exarado em dos relatórios da Comissão de Sindicância da OAB/SP, os juristas Miguel Reale Júnior, Walter Ceneviva e Antonio Ruiz Filho, deixaram assinalado as seguintes lições, bem a propósito do exercício da advocacia criminal (pública ou privada): “Por ato do Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de São Paulo, foram baixadas as portarias n.ºs 448/06/PR e 456/06/PR, criando a presente Comissão de Sindicância, composta pelos Advogados Miguel Reale Junior (presidente), Walter Ceneviva e Antonio Ruiz Filho (relator), com o objetivo de analisar eventuais indícios de infração ético-disciplinar dos advogados (...) Do quadro fático apresentado pelos sindicatos, de interesse para a Comissão e dentro das suas atribuições, cabe examinar se, pela orientação que alegam ter dado à cliente, mereceriam eles a imputação de algumas falta ético-disciplinar. A resposta haverá de ser negativa. É preciso afirmar desde logo que o advogado está impedido de orientar seu cliente a desobedecer a lei. Ao assim proceder, certamente o profissional da advocacia estaria infringindo seu Código de Ética. Mas, de outra parte, infringe a ética profissional o advogado que não orienta o cliente suficientemente, valendo reproduzir a lição de Manoel Pedro Pimentel, segundo a qual o advogado criminalista, “respeitados os princípios da ética profissional, deve fazer tudo o que estiver ao seu alcance para

⁷ Revista Jurídica Consulex – Ano VIII, n.º. 188 (15/11/2004).

que o seu constituinte seja defendido com a maior eficiência possível".⁵ Na obra "Tática e Técnica da Defesa Criminal", Serrano Neves enfatiza: "(...) é preciso exercer, com altivez e espírito público, o direito de defesa – o mais sagrado de todos os direitos. E que nenhum advogado tenha receio de fazê-lo, em qualquer circunstância, atendendo pois, à recomendação que se lê no inciso II da Seção 3ª do Código de Ética Profissional⁶, expressis verbis: - 'Nenhum receio de desagradar a juiz, ou de incorrer em impopularidade, deterá o advogado no cumprimento de seus deveres' (...)".⁷ Zanardelli, sobre a defesa criminal, lançou célebre axioma: "Até o patrocínio de uma causa má é legítimo e obrigatório, porque a humanidade o ordena, a piedade o exige, o costume o admite e a lei o impõe". Serrano Neves traz outras importantes considerações: "(...) É sabido que o assassinio, por exemplo, provoca uma desordenada agitação nas massas, seguidas de verdadeiras tempestades de paixões. Demais disso, a imprensa sensacionalista – interpretando, aliás, o sentimento médio da coletividade – não perde o grande prato, pois o jornal precisa circular mais e vender mais. Assim sendo, os ânimos se exacerbam, e a reação, nesse caso, toma feições, por vezes, até mais odiosas e odientas que o próprio crime (...)".⁸ E, ao tratar da preparação do acusado, orienta: "(...) O advogado tático deve ser também, um bom diretor de cena. Por isso, precisa saber preparar o acusado para a solenidade do julgamento. Erro palmar, assim, cometeria o advogado que admitisse, no banco dos réus vestida de branco e maquilada, a mulher que matou o marido... Deverá ela, se não lhe for permitido comparecer de luto fechado, ir para a audiência com o uniforme do estabelecimento penal em que se encontrar. E precisa chorar... naturalmente... (...)".⁹ Os autores, absolutamente, não contemplam e nem pregam a fraude, mas é verdade que a natureza da defesa criminal impõe uma variedade de cuidados e condutas, de modo a combater todo o estigma que se forma em favor da acusação, mais ainda, quanto mais grave for o crime e maior a sua divulgação pela mídia. (...) É o parecer. São Paulo, 30 de maio de 2006" (Notas: 5 - In Advocacia Criminal, São Paulo, RT, 1965, p. 42; 6 - Atualmente dever ético praticamente com os mesmos dizeres está previsto no art. 31, § 2º, do Estatuto da Advocacia; 7 - In Tática e Técnica de Defesa Criminal, Rio de Janeiro, Jozon ed., 1962, p. 36; 8 - Idem, p. 48; 9 - Idem, p. 111-3).

Para Víctor Moreno Catena, o acusado "es la parte pasiva necesaria del proceso penal, que se ve sometido al proceso y se encuentra amenazado en su derecho a la libertad, o en el ejercicio o disfrute de otros derechos cuando la pena sea de naturaleza diferente, al atribuírsele la comisión de hechos delictivos por la posible imposición de una sanción penal en el momento de la sentencia."⁸

Portanto, todo acusado deve obrigatoriamente ser defendido por um profissional do Direito (público, nomeado ou constituído), a fim de que se estabeleça íntegra a ampla defesa⁹, observando-se que esta defesa técnica não é meramente formal, mas substancialmente consistente e potencialmente eficaz, pois, como já ensinava o Mestre Frederico Marques, "dá-se defensor ao réu, para que haja atuação efetiva daquele órgão em prol dos interesses do acusado. Certo é que se não pode traçar a priori a orientação a ser seguida por aquele a quem a Justiça confiou o patrocínio da defesa do réu. Mas se estiver evidente a inércia e desídia do defensor nomeado, o réu deve ser tido por indefeso e anulado o processo desde o momento em que deveria ter sido iniciado o patrocínio técnico no juízo penal. Abraçar entendimento

⁸ Derecho Procesal Penal, Madrid: Editorial Colex, 1999, p. 657.

⁹ Conferir a respeito o que escrevemos no artigo sobre o interrogatório, na obra já referida.

diverso a respeito do assunto, além de constituir inaceitável posição diante da evidência ictu oculi de real ausência de defesa, é ainda orientação de todo censurável e errônea, mesmo porque pode legitimar situações verdadeiramente iníquas.”¹⁰

Ademais, a ampla defesa compõe-se da defesa técnica e da autodefesa. O defensor exerce a defesa técnica, específica, profissional ou processual, que exige a capacidade postulatória e o conhecimento técnico. O acusado, por sua vez, exercita ao longo do processo (quando, por exemplo, é interrogado) a denominada autodefesa ou defesa material ou genérica. Ambas, juntas, compõem a ampla defesa. A propósito, veja-se a definição do jurista espanhol Miguel Fenech:

“Se entiende por defensa genérica aquella que lleva a cabo la propia parte por sí mediante actos constituídos por acciones u omisiones, encaminados a hacer prosperar o a impedir que prospere la actuación de la pretensión. No se halla regulada por el derecho con normas cogentes, sino con la concesión de determinados derechos inspirados en el conocimiento de la naturaleza humana, mediante la prohibición del empleo de medios coactivos, tales como el juramento – cuando se trata de la parte acusada – y cualquier otro género de coacciones destinadas a obtener por fuerza y contra la voluntad del sujeto una declaración de conocimiento que ha de repercutir en contra suya”. Para ele, diferencia-se esta autodefesa da defesa técnica, por ele chamada de específica, processual ou profissional, “que se lleva a cabo no ya por la parte misma, sino por personas peritas que tienen como profesión el ejercicio de esta función técnico-jurídica de defensa de las partes que actúan en el proceso penal para poner de relieve sus derechos y contribuir con su conocimiento a la orientación y dirección en orden a la consecución de los fines que cada parte persigue en el proceso y, en definitiva, facilitar los fines del mismo”.¹¹

Segundo o Ministro Gilmar Mendes, “(...) o direito de defesa constitui pedra angular do sistema de proteção dos direitos individuais e materializa uma das expressões do princípio da dignidade da pessoa humana. Como se sabe, na sua acepção originária, este princípio proíbe a utilização ou transformação do homem em objeto dos processos e ações estatais. O Estado está vinculado ao dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposição a ofensas ou humilhações. A propósito, em comentários ao art. 1º da Constituição alemã, afirma Günther Dürig que a submissão do homem a um processo judicial indefinido e sua degradação como objeto do processo estatal atenta contra o princípio da proteção judicial efetiva (“*rechtliches Gehör*”) e fere o princípio da dignidade humana [“*Eine Auslieferung des Menschen an ein staatliches Verfahren und eine Degradierung zum Objekt dieses Verfahrens wäre die Verweigerung des rechtlichen Gehörs.*”] (MAUNZ-DÜRIG, *Grundgesetz Kommentar, Band I, München, Verlag C.H.Beck, 1990, 11 18*).“ (HC 85294).

Ressalte-se que o defensor não é parte, nem sujeito processual, nem, tampouco, substituto processual, agindo apenas como um representante técnico da parte; neste mister, parece-nos que cabe a este profissional exercitar a sua defesa mesmo contra a vontade do réu, até porque o direito de defesa é indisponível: “*En interés del hallazgo de la verdad y de una defensa efectiva, puede, sin*

¹⁰ Elementos de Direito Processual Penal, Vol. II, Campinas: Bookseller, 1998, p. 388.

¹¹ Miguel Fenech, Derecho Procesal Penal, Vol. I, 2ª. ed., Barcelona: Editorial Labor, S. A., 1952, p. 457.

*duda, actuar también en contra de la voluntad del inculpado, por ejemplo, interponer una solicitud para que se examine su estado mental”.*¹²

Admite-se, por exemplo, a interposição de recurso mesmo contra a vontade do réu, pois “*deve, como regra geral, prevalecer a vontade de recorrer, só se admitindo solução diversa quando, por ausência do interesse-utilidade, não seja possível vislumbrar, em face de circunstâncias do caso, vantagem prática para o acusado.*” Isto ocorre por que a regra da disponibilidade dos recursos “*sofre exceções no processo penal, em que a relação jurídica de direito material controvertida é de natureza indisponível, havendo limitações à disponibilidade dos recursos quando estejam em jogo os direitos de acusar e de defender.*” Assim, “*havendo conflito de vontades entre o réu e o advogado, a opinião mais coerente com as garantias da defesa é a de que deve prevalecer a vontade do defensor, que recorreu, não só em razão de seus conhecimentos técnicos, mas sobretudo para melhor garantia do direito de defesa.*”¹³

É evidente que todo acusado deve obrigatoriamente ser defendido por um profissional do Direito, a fim de que se estabeleça íntegra a ampla defesa, sendo imperioso destacar que o direito de defesa no Processo Penal deve ser rigorosamente obedecido, sob pena de nulidade: “*Todo e qualquer réu, não importa a imputação, tem direito a efetiva defesa no processo penal (arts. 261 do CPP e 5.º, inciso LV da Carta Magna). O desempenho meramente formal do defensor, em postura praticamente contemplativa, caracteriza a insanável ausência de defesa (Precedentes do Pretório Excelso e desta Corte).*”¹⁴

“*Para que haya un proceso penal propio de un Estado de Derecho es irrenunciable que el inculpado pueda tomar posición frente a los reproches formulados en su contra, y que se considere en la obtención de la sentencia los puntos de vista sometidos a discusión*”.¹⁵

A Suprema Corte, por meio de um dos seus mais destacados Ministros, Celso de Mello, através de liminar concedida no Mandado de Segurança de Segurança n.º. 23.576 – DF – Medida liminar, DJU de 07/12/99, deixou assentado que “*cabe reconhecer, por isso mesmo, que a presença do advogado em qualquer procedimento estatal, independentemente do domínio institucional em que esse mesmo procedimento tenha sido instaurado, constitui fator inequívoco de certeza de que os órgãos do Poder Público (Legislativo, Judiciário e Executivo) não*

¹² Klaus Tiedemann, *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*, Barcelona: Ariel, 1989, p. 185.

¹³ Ada Pellegrini Grinover e outros, *Recursos no Processo Penal*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 3ª ed., 2001, págs. 42 e 130. Nesta matéria trava-se séria divergência jurisprudencial (veja-se na obra citada a página 79). Conferir também excelentes trabalhos de Sergio Demoro Hamilton, publicado na Revista *Consulex*, n.º. 18, junho/1998, Afrânio Silva Jardim, Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n.º. 07, 1998 e de Ana Sofia Schmidt de Oliveira, *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim*, n.º. 48, junho/1996.

¹⁴ HABEAS CORPUS N.º 57.465-SC - Rel.: Min. Felix Fischer/5.ª Turma (STJ/DJU de 18/12/06, pág. 423).

¹⁵ Klaus Tiedemann, *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*, Barcelona: Ariel, 1989, p. 184.

transgredirão os limites delineados pelo ordenamento positivo da República, respeitando-se, em conseqüência, como se impõe aos membros e aos agentes do aparelho estatal, o regime das liberdades públicas e os direitos subjetivos constitucionalmente assegurados às pessoas em geral, inclusive àquelas eventualmente sujeitas, qualquer que seja o motivo, a investigação parlamentar, ou a inquérito policial, ou, ainda, a processo judicial”.

De mais a mais, não há devido processo legal sem o contraditório, que vem a ser, em linhas gerais, a garantia de que para toda ação haja uma correspondente reação, garantindo-se, assim, a plena igualdade de oportunidades processuais. A respeito do contraditório, Willis Santiago Guerra Filho afirma: “*Daí podermos afirmar que não há processo sem respeito efetivo do contraditório, o que nos faz associar o princípio a um princípio informativo, precisamente aquele político, que garante a plenitude do acesso ao Judiciário (cf. Nery Jr., 1995, p. 25). Importante, também, é perceber no princípio do contraditório mais do que um princípio (objetivo) de organização do processo, judicial ou administrativo – e, logo, um princípio de organização de um instrumento de atuação do Estado, ou seja, um princípio de organização do Estado, um direito. Trata-se de um verdadeiro direito fundamental processual, donde se poder falar, com propriedade em direito ao contraditório, ou Anspruch auf rechliches Gehör, como fazem os alemães.*” (grifos no original).¹⁶

Para finalizar, mais uma vez vejamos a lição de Étienne Vergès, a Corte Européia dos Direitos do Homem (CEDH) “*en donne une définition synthétique en considérant que ce principe implique la faculté, pour les parties à un procès penal ou civil, de prendre connaissance de toutes pièces ou observations présentées au juge, même par un magistrat indépendant, en vue d’influencer sa décision et de la discuter*” (CEDH, 20 févr. 1996, Vermeulen c/ Belgique, D. 1997, som. com. P. 208).¹⁷

¹⁶ Introdução ao Direito Processual Constitucional, São Paulo: Síntese, 1999, p. 27.

¹⁷ Procédure Pénale, Paris: LexisNexis Litec, 2005, p. 35.