



Universidade de Brasília

Repositório Institucional da Universidade de Brasília
repositorio.unb.br



Este item está licenciado sob a Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil

Você tem o direito de:

- **Compartilhar** — copiar e redistribuir o material em qualquer suporte ou formato
- **Adaptar** — remixar, transformar, e criar a partir do material

O licenciante não pode revogar estes direitos desde que você respeite os termos da licença.

De acordo com os termos seguintes:

- **Atribuição** — Você deve dar o **crédito apropriado**, prover um link para a licença **e indicar se mudanças foram feitas**. Você deve fazê-lo em qualquer circunstância razoável, mas de maneira alguma que sugira ao licenciante a apoiar você ou o seu uso.
- **NãoComercial** — Você não pode usar o material para **fins comerciais**.
- **Compartilhalgual** — Se você remixar, transformar, ou criar a partir do material, tem de distribuir as suas contribuições sob a **mesma licença** que o original.

Sem restrições adicionais — Você não pode aplicar termos jurídicos ou **medidas de caráter tecnológico** que restrinjam legalmente outros de fazerem algo que a licença permita.



This item is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 3.0 Brazil License.

You are free to:

- **Share** — copy and redistribute the material in any medium or format.
- **Adapt** — remix, transform, and build upon the material.

The licensor cannot revoke these freedoms as long as you follow the license terms.

Under the following terms:

- **Attribution** — You must give appropriate credit, provide a link to the license, and indicate if changes were made. You may do so in any reasonable manner, but not in any way that suggests the licensor endorses you or your use.
- **NonCommercial** — You may not use the material for commercial purposes.
- **ShareAlike** — If you remix, transform, or build upon the material, you must distribute your contributions under the same license as the original.

No additional restrictions — You may not apply legal terms or technological measures that legally restrict others from doing anything the license permits.

O acusado e seu defensor — a garantia da ampla defesa e os recursos a ela inerentes

INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO

SUMÁRIO

I - A garantia da ampla defesa como instrumento do devido processo legal. II - A garantia da ampla defesa como liberdade pública. III - O processo como instrumento de tutela do direito. IV - O conteúdo da garantia da ampla defesa.

I - A garantia da ampla defesa como instrumento do devido processo legal

Num de seus mais festejados estudos — *Liberdades Públicas e Processo Penal/As Interceptações Telefônicas* — a professora Ada Pellegrini Grinover teve ensejo de afirmar, logo nas primeiras páginas, que seriam vãs as liberdades do indivíduo, se não pudessem ser reivindicadas e defendidas em juízo, sendo necessário, ademais, para que essas liberdades se tornem reais, que o processo possibilite, efetivamente, à parte, a defesa de seus direitos, a sustentação de suas razões, a produção de suas provas. (São Paulo, Saraiva, 1976, pp. 25/26).

Noutras palavras — prossegue a consagrada jurista — é preciso que a defesa seja realmente plena e o processo se desenvolva com aquelas garantias, em cuja ausência não se pode caracterizar o *devido processo legal*, inserido em toda constituição que se pretenda moderna.

Posta a questão da ampla defesa nesses termos, avulta, de logo, a conclusão de que seu correto entendimento não se obterá senão a partir de sua inserção nos quadrantes do chamado *Estado Direito*, mais precisamente no Estado de Direito de configuração liberal, em cuja vigência o processo se desenvolveu mais como *garantia do acusado* do que como instrumento da persecução criminal.

Inocência Mártires Coelho é Professor Titular da UnB.

Conferência pronunciada na Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal, em 28.4.93.

Esse enfoque, logo se vê, conduz o exame da questão para o campo dos direitos fundamentais enquanto *liberdades públicas*, isto é, enquanto direitos que deixaram de ser simples idéias abstratas, no pensamento dos homens, para se verem positivados em ordenamentos jurídicos concretos.

Sem necessidade de maior desenvolvimento, no particular, registramos, *en passant*, que o estudo dessas liberdades pode ser levado a efeito em triplice perspectiva, como proposto, entre outros, pelo jurista lusitano José Carlos Vieira de Andrade, em seu festejado ensaio "Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976" (Coimbra, Almedina, 1987).

Nesse trabalho o professor Vieira de Andrade afirma que os direitos fundamentais tanto podem ser vistos enquanto direitos de todos os homens, em todos os tempos e em todos os lugares (perspectiva *filosófica* ou *jusnaturalista*); como podem ser considerados direitos de todos os homens ou de categorias de homens, em todos os lugares, *mas num certo tempo* (perspectiva *universalista* ou *internacionalista*); como ainda, podem ser referidos aos direitos de *certos homens* ou *cidadãos*, num determinado tempo e lugar, isto é, num *Estado concreto* (perspectiva estadual ou constitucional).

Tendo em vista que o tema desta palestra exige um exame mais detalhado da garantia constitucional da *ampla defesa e os recursos a ela inerentes*, obviamente que o enfoque da questão ter-se-á de fazer sob a terceira das perspectivas acima indicadas, vale dizer, sob a perspectiva estadual ou constitucional, sem prejuízo, é claro, de referência às outras perspectivas, quando necessário.

II - A garantia da ampla defesa como liberdade pública

Como, por outro lado, não se deve perder de vista que a positivação interna dos direitos fundamentais atua, simultaneamente, como *causa e efeito* de sua internacionalização, de tal sorte que, dialeticamente, se implicam e interagem reciprocamente, convém advertir, desde logo, que a compreensão integral da garantia constitucional sob exame - a *garantia da ampla defesa* - não se fará senão a partir de uma análise histórica e comparativa, em que a matéria-prima será, necessariamente, a experiência dos povos que vivenciaram essa garantia, antes mesmo que nós, brasileiros, nos apresentássemos, no cenário internacional, como

nação politicamente independente.

Feito este esclarecimento, entendemos, com a generalidade dos autores, que a garantia da ampla defesa, compreendida no conceito do *devido processo legal*, surge, inicialmente, na Magna Carta de 1215, de cujo artigo 39, pelo processo histórico de expansão/densificação, próprio das normas protetoras dos direitos fundamentais, a doutrina e a jurisprudência extraíram praticamente todos os direitos e garantias individuais, no plano substantivo, como no adjetivo.

Por isso, estudiosos do porte de Rogério Lauria Tucci e Carlos Roberto Siqueira Castro apontam esse instituto ou essa garantia como a *fonte substancial* de princípios imorredouros, definitivamente incorporados aos sistemas jurídicos dos chamados povos cultos.

Para Rogério Tucci, sob a expressão *devido processo legal* permite-se entender, como imperiosos, num Estado de Direito:

a) elaboração regular e correta da lei, bem como sua razoabilidade e senso de justiça e enquadramento nas preceituações constitucionais (*substantive due process of law*, segundo o desdobramento da concepção norte-americana);

b) aplicação judicial das normas jurídicas (não só da lei, como tal própria e estritamente concebida, mas, por igual, de toda e qualquer forma de expressão do direito), através de instrumento hábil à sua interpretação e realização, que é o "processo" (*judicial process*); e,

c) assecuração, neste, de paridade de armas entre as partes, visando à igualdade substancial.

Apresenta-se, ademais — conclui o mestre paulista — relativamente ao *processo judicial*, como um conjunto de elementos indispensáveis para que este possa atingir, devidamente, sua finalidade compositiva de litígios em (âmbito extra-penal) ou resolutória de conflitos de interesses de alta relevância social (no campo penal). (*Constituição de 1988 e Processo. Regrimentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1989, pp. 15-16. *Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional*. São Paulo, Ed. RT, 1993, pp. 18-19).

De outra parte, para Carlos Roberto Siqueira Castro, daquele princípio podemos extrair outros tantos princípios da maior importância, como o da "conformidade com as leis", o do "juiz natural", o da "legalidade tributária" en-

tre outros.

Migrando do campo processual — penal e civil — para o âmbito da administração pública, conclui o jovem constitucionalista que a garantia do *devido processo legal*, por sua crescente e prestigiosa aplicação, acabou se transformando em princípio vetor das manifestações do Estado contemporâneo e das relações de toda ordem entre o poder público, de um lado, e a sociedade e os indivíduos, de outro (*O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio, Ed. Forense, 1989, pp. 40/41).

Sintetizando os caracteres básicos do *devido processo legal*, o mesmo Rogério Lauria Tucci nos diz que essa garantia deve ser uma realidade em todo o desenrolar do processo judicial, de sorte que ninguém seja privado de seus direitos, a não ser que no procedimento em que este se materializa se verifiquem todas as formalidades e exigências em lei previstas (*Constituição de 1988 e Processo*, ob.cit., p.17).

Indo mais além, mas com apoio, entre outras fontes, na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, Ada Pellegrini Grinover observa que “do conteúdo clássico do *due process of law*, como garantia do réu, passa-se à proteção mais ampla, sem distinção entre *substance and procedure*. A cláusula transforma-se na *garantia geral da ordem jurídica: judicial process* não significa processo judicial, mas *aplicação judicial* da lei e, por extensão, interpretação judicial da norma. Assim, *due process of law* é, em sentido amplo, a garantia do “processo legislativo” e também a garantia de que a lei é razoável, justa e contida nos limites da Constituição.

Ao lado do *procedural due process* — prossegue a notável processualista de São Paulo —, sustenta-se a existência de um *substantive due process*, garantindo o exercício pleno e absoluto dos direitos de liberdade e de propriedade (em sentido amplo).

Finalmente — conclui a mesma estudiosa — a cláusula não mais se limita à determinação processual de direitos substanciais, mas se estende à garantia de que seu gozo não seja restringido de modo arbitrário ou desarrazoado (*As garantias constitucionais do Direito de Ação*. São Paulo, Ed. RT, 1973, pp. 35-36).

Por isso, certamente, é que o citado Rogério Lauria Tucci, após resumir todos os caracte-

res ou dimensões dessa garantia, permitiu-se, ironicamente, achar curioso que o constituinte brasileiro tenha dedicado ao princípio do devido processo legal uma cláusula geral — o inciso LIV do art. 5.º da Carta de 1988 — estabelecendo que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (*Constituição de 1988 e Processo*, ob. cit., p. 18).

Ironias à parte, preferimos registrar, por dever de justiça, que essa especificação formal em nada desmerece aqueles que, no seio da Constituinte, pugnaram para que a garantia do devido processo legal — embora tida por existente em nosso ordenamento jurídico — viesse a merecer referência expressa no texto da Carta Política, em ordem a desestimular todos quantos, apegados à letra da lei, pretendessem se opor à eficácia daquela garantia, a pretexto de não a encontrarem claramente mencionada em nenhum dispositivo da Constituição.

III - *O processo como instrumento de tutela do direito*

Assentado, assim, em linhas gerais, em que consiste a garantia do devido processo legal — em que se insere, como dimensão ou espécie, a *garantia da ampla defesa*, com os *recursos a ela inerentes* —, passemos agora à concretização daquele princípio, para podermos identificar, em dado ordenamento jurídico, no caso o ordenamento jurídico brasileiro, quais os instrumentos de que dispomos, e se nos bastam, para tornar efetivas as reivindicações e a defesa das nossas liberdades.

Para servir a esse desiderato didático-científico, recorreremos às lições de Eduardo Couture, o notável processualista uruguaio, tal como expostas na obra clássica *Fundamento del Derecho Procesal Civil* (Buenos Aires, Ed. Depalma, 1972).

Partindo da idéia de que, por si mesmo, o processo é um instrumento de tutela dos direitos mas que, vez por outra, as leis processuais, por imperfeição ou fraqueza, deixam sem proteção os direitos do cidadão, Eduardo Couture afirma que é imprescindível à configuração do Estado de Direito que se proteja o processo, colocando-o sob tutela constitucional. Nas palavras do próprio Mestre, *é preciso uma lei tutelar das leis de tutelas!*

Mas, em que consiste e de que maneira se realiza essa tutela constitucional do processo? Como se protege o processo *para que este pro-*

teja o direito?

Responde Eduardo Couture que, em seu desenvolvimento lógico, as premissas desse tema são as seguintes:

a) a Constituição pressupõe a existência de um processo como garantia da pessoa humana;

b) a lei, no desenvolvimento normativo hierárquico de preceitos, deve instituir esse processo;

c) porém, a lei não pode instituir formas que tornem ilusória a concepção do processo consagrada na Constituição;

d) se a lei instituisse uma forma de processo que privasse o indivíduo de uma razoável oportunidade para fazer valer seu direito, seria inconstitucional;

e) nessas condições, devem entrar em jogo os meios de impugnação que a ordem jurídica institua para tornar efetivo o controle da constitucionalidade das leis.

A simples leitura dessas premissas já põe em evidência que, para o grande processualista uruguaio, como, de resto, para a generalidade dos autores, é somente a partir de um enfoque jurídico-constitucional que se pode situar corretamente o estudo das garantias processuais, até porque tais garantias, em suas matrizes, são de progênie constitucional, e as normas constitucionais é que dão forma e substância àquelas garantias. A simples previsão da competência para legislar sobre *direito processual* sugere uma atitude democrática.

Por isso, lembra o mesmo Eduardo Couture, as Constituições do século XX, com raras exceções, consideram que uma enumeração programática de princípios de direito processual se faz necessária, no conjunto dos direitos da pessoa humana e das garantias de que ela é credora.

Tais preceitos que, inclusive, ganharam universalidade, através da Declaração Universal dos Direitos do Homem, formulada pela Assembléia das Nações Unidas, estão consubstanciados em seus artigos VIII e X, nos termos seguintes:

“VIII — Todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.”

“X — Todo homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.”

Advertindo, em seguida, que incumbe à doutrina a responsabilidade de saber o que significa, na linguagem universal, um *processo*, um *recurso*, *plena igualdade*, *ser ouvido publicamente etc.*, e que, igualmente, não existe uma teoria geral da tutela constitucional do processo, no sentido de uma enumeração conclusiva de soluções, Eduardo Couture utiliza a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos para — como diz — servir de exemplo acerca de uma prolongada experiência histórica de vigilância constitucional sobre o processo. A luz dessa experiência, enumera sete hipóteses/casos de inconstitucionalidades de leis processuais, que atestam, por contraste, em que consiste a *garantia da ampla defesa*, ou como ele prefere chamar, de uma *razoável oportunidade* para que o indivíduo faça valer o seu direito.

A menção — apenas a menção — a esses exemplos de inconstitucionalidade de leis processuais parece ser de grande utilidade para densificar semanticamente o conteúdo da expressão *ampla defesa*, com os recursos a ela inerentes.

São exemplos ou motivos de inconstitucionalidade de leis processuais:

- a) falta de citação;
- b) insuficiência de prazo para defesa;
- c) privação de audiência;
- d) privação de recursos;
- e) privação de revisão judicial de processos administrativos; e,
- f) inidoneidade do juiz.

Essa listagem de casos exemplares — obviamente apenas exemplificativa — não esgota outras hipóteses que, à luz da experiência, possam caracterizar violações à garantia constitucional da ampla defesa.

Valem, então, tais exemplos, apenas como peças de amostragem, para que possamos testar nossas hipóteses de trabalho.

Por outro lado — e isto é da maior relevância, a nosso ver —, não podemos perder de vista que a garantia da ampla defesa, enquan-

to direito fundamental, expressa um *núcleo essencial*, que se desvela e especifica ao longo da experiência histórica, densificando-se progressiva e irreversivelmente, segundo ensina o jusfilósofo Norberto Bobbio, para quem os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são *históricos*, isto é, são direitos nascidos em *certas circunstâncias*, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes (*A Era dos Direitos*, Rio, Ed. Campus, 1992).

Assim, por exemplo, embora até recentemente não ocorresse a ninguém — ou pelo menos a muita gente — associar o princípio do *promotor natural* ao princípio do *devido processo legal*, creio que, hoje, poucos têm dúvida em reconhecer a sua íntima ligação, a partir da idéia, desenvolvida por oposição, de que não se pode qualificar como *devido processo legal* um processo instaurado, impulsionado ou retardado por promotores *ad hoc*, vale dizer, por quem seja escolhido segundo critérios subjetivos ou de objetividade duvidosa, para dizer-se o mínimo. Promotor de *confiança* não merece confiança...

Nessa linha evolutiva — *evolução*, em tema de direitos humanos, é uma *lei natural* —, tem plena legitimidade a reivindicação, cada vez mais intensa, de se compreender sob a garantia do *due process of law* a figura do *delegado natural*, para impedir que os procedimentos a cargo das autoridades policiais possam ser direcionados para fins outros, que não a busca da verdade, em relação aos fatos objeto das investigações.

Então, cumpre ter presente, mais uma vez, a idéia de que os direitos fundamentais são, por sua natureza e destinação, direitos em *permanente expansão*, de tal sorte que, a partir de um *núcleo essencial*, vão sendo criados ou especificados direitos sempre *novos* e cada vez *mais extensos*, segundo uma pauta axiológica de exigências crescentes, energizadas pela idéia de que o homem é a fonte de todos os valores e de que a dignidade *humana* não encontra limites para sua concretização histórica (CF — art. 5.º, § 2.º).

Por isso, embora noutro contexto, em que discute os limites dos direitos fundamentais, o Professor Vieira de Andrade afirma que a dignidade do homem concreto, como ser livre, constitui a base daqueles direitos e o princípio da sua unidade material, funcionando, ademais, como limite absoluto às restrições que, em re-

lação a eles, pretenda fazer o legislador, a pretexto de regulamentar-lhes o exercício (*Os direitos fundamentais*, ob. cit., pp. 236).

IV - O conteúdo da garantia da ampla defesa

Embora estejamos advertidos, pelo que antes afirmado, de que são frustradas, ao limite, todas as tentativas de aprisionar em esquemas conceituais apriorísticos o conteúdo dos direitos fundamentais, dada a sua ontológica expansividade, temos o dever de propor — ao menos para fins didático e/ou acadêmicos — algum esquema de estudo que nos permita “arrumar” o assunto e, assim “fotografar”, em dado momento histórico, ou em determinado ordenamento jurídico, o que se está vivendo ou vivenciando, para dizer melhor, sob o conceito de *ampla defesa* e de *recursos a ela inerentes*.

Dos processualistas brasileiros que procuraram sistematizar o estudo do conteúdo dessa garantia, merecem destaque, entre outros, o saudoso José Frederico Marques e o tantas vezes citado Rogério Lauria Tucci.

Para o Mestre Frederico Marques, o direito de *defesa plena* é uma decorrência do princípio constitucional do *devido processo legal* e compreende não só a faculdade, que tem o réu, de contestar a acusação, como ainda o direito de praticar atos processuais que possam criar expectativas favoráveis ao reconhecimento de sua inocência (*Tratado de Direito Processual Penal*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1980, vol. II, pp. 152).

Para Rogério Tucci, na mesma linha, embora com sistematização própria, que assinala corresponder à concepção moderna, a *garantia de ampla defesa* compreende, seja qual for o objeto do processo: a) o direito à informação (*nemo inauditus damnari potest*); b) a bilateralidade da audiência (contraditoriedade); e, c) o direito à prova legitimamente obtida ou produzida (comprovação da inculpabilidade) (*Constituição de 1988 e Processo*, ob. cit., p. 61; *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1993, pp. 205-206).

Entre os constitucionalistas pátrios, M.G. Ferreira Filho anota que, em face da garantia constitucional da ampla defesa, o que se estabelece é que, ao regular o processo criminal, o *legislador* está obrigado a respeitar três pontos: a) velar para que todo acusado tenha o seu

defensor; b) zelar para que tenha ele pleno conhecimento da acusação e das provas que a alicerçam; e, c) assegurar que essas provas possam ser livremente debatidas, ao mesmo tempo em que se ofereçam outras (*Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo, Ed. Sarai-va, 1983, 3.^a edição, pp. 605-606).

Neste ponto, coincidem as opiniões de M.G. Ferreira Filho e Eduardo Couture, na medida em que o mestre uruguaio considera que a teoria da tutela jurídico-constitucional das liberdades, mais que ao Juiz, ao defensor e ao professor, *está dirigida ao legislador*, a quem aponta os limites de uma atuação constitucionalmente válida (*Fundamentos*, ob. cit. p. 153).

Entre os estrangeiros, pela originalidade e atualidade de suas considerações sobre o tema, destacamos a figura dos constitucionalistas Gomes Canotilho e Vital Moreira, aos quais se deve, a nosso ver, a mais aguda, conquanto sucinta, apreciação da garantia da ampla defesa e dos recursos a ela inerentes, desenvolvida à luz da Constituição portuguesa de 1976, essencialmente em torno do seu artigo 32, que tem a seguinte redação, *verbis*:

Artigo 32 - Garantias de processo criminal

1. O processo criminal assegurará todas as garantias de defesa.

2. Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa.

3. O arguido tem direito a escolher defensor e a ser por ele assistido em todos os actos do processo, especificando a lei os casos e as fases em que essa assistência é obrigatória.

4. Toda a instrução é da competência de um juiz, o qual pode, nos termos da lei, delegar noutras entidades a prática dos actos instrutórios que se não prendam directamente com os direitos fundamentais.

5. O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio contraditório.

6. São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abu-

siva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.

7. Nenhuma causa pode ser subtraída ao tribunal cuja competência esteja fixada em lei anterior.

Como se trata de comentários concisos, cuja apreciação crítica poderia ser comprometida se apenas parafraseados por nós, preferimos apreciá-los inicialmente de viva voz, para que eventuais omissões não prejudiquem a compreensão do que ali se contém. A seguir, voltaremos ao nosso próprio texto, para concluir a palestra e começar os debates.

— *Seguem-se os comentários ao texto* —

De tudo quanto disseram esses notáveis juristas portugueses, a respeito do que denominaram *constituição processual criminal* — conjunto de princípios e regras, de *Direito Constitucional*, que estruturam, em todos os países civilizados, o sistema das chamadas *garantias judiciais* —, acreditamos poder extrair as conclusões genericamente expostas a seguir.

Inicialmente, é de se reconhecer verdadeira a colocação de que o direito processual penal funciona como verdadeiro “sismógrafo” de uma lei fundamental, pois a cada nova ordem constitucional segue-se, necessária, a adoção de um novo direito processual penal.

Mais ainda, acreditamos que é possível afirmar, nessa ordem de idéias, que aquele “sismógrafo” registra também, com a maior precisão, os graus de legitimidade da própria organização jurídico-política pois onde o processo penal se apresenta autoritário, aí se vive autoritariamente.

Por isso, a partir de 1976 em Portugal, e de 1988, no Brasil, quando promulgadas as constituições que marcaram o retorno de ambos os países ao Estado de Direito — lá, como aqui, enfaticamente chamado Estado *Democrático* de Direito —, tanto as novas regras processuais, quanto as antigas, recepcionadas, receberam a marca dessa *fórmula política*, vale dizer foram *democratizadas* também, com todas as consequências, explícitas e implícitas, que se pode extrair do *princípio democrático* (Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, 1991, pp. 76-80).

Preliminarmente, como observação mais importante — até porque relativa à chamada “constituição processual criminal” como num

tudo —, destacamos a afirmação daqueles estudiosos no sentido de que a razão de ser das garantias de defesa está na radical *desigualdade material de partida* entre a Acusação normalmente apoiada no poder institucional do Estado, e a Defesa, ainda quando o réu disponha dos melhores recursos para enfrentar o aparelho acusatório.

Daí que essas garantias funcionem, também, como instrumentos de *compensação* daquela desigualdade, em prol do *jus libertatis* do cidadão, no âmbito do processo penal, um processo que além de estar *orientado para a defesa*, não pode ser neutro em relação aos direitos fundamentais, que, para ele, funcionam como limites intransponíveis.

Disso resulta, por outro lado, estar a moderna doutrina processual-penal, toda ela, preocupada em articular, permanentemente, os institutos processuais com as garantias constitucionais, como veremos mais concretamente a seguir, quando da análise, ainda que sumária, de algumas garantias judiciais em espécie.

No que respeita ao princípio da *presunção de inocência*, embora não seja fácil determinar-lhe o sentido, entendem aqueles juristas ser possível apontar-lhe como conteúdo adequado: a) proibição de inversão do ônus da prova em prejuízo do acusado; b) preferência pela sentença de absolvição contra o arquivamento do processo; c) exclusão da fixação de culpa em despachos de arquivamento; d) não incidência de custas sobre réu não condenado; e) proibição de antecipação de verdadeiras penas a título de medidas cautelares; e, f) proibição de efeitos automáticos da instauração do procedimento criminal.

Quanto ao princípio *in dubio pro reo* — que se articula com o da *presunção de inocência* —, aquele princípio, além de ser uma garantia subjetiva, dirige-se também ao juiz, no sentido de que deve absolver o réu quando não tiver certeza sobre os fatos decisivos para a solução da causa. Afinal de contas, fato insuficientemente provado é fato *não provado*; e isso basta para se entender porque, *in dubio*, deve-se optar pela absolvição, isto é *pro reo*.

Já no que respeita ao princípio do *nulla poena sine culpa* — também associado ao da *presunção de inocência* —, impõe ele ao juiz abster-se de proferir sentença condenatória se não estiver convencido da existência dos pressupostos de fato que embasariam a condenação.

Em síntese — nas palavras dos próprios

Gomes Canotilho e Vital Moreira — “os princípios da *presunção de inocência* e *in dubio pro reo* constituem a dimensão jurídico-processual do princípio jurídico-material da culpa concreta como suporte axiológico-normativo da pena” (*Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra, 3.^a ed. revista, 1993, p. 204).

Outra dimensão ou *especificação* do direito de ampla defesa, na particular vertente da *presunção de inocência*, é a exigência de *juízo no mais curto prazo* compatível com as garantias de defesa, porquanto a demora no desfecho do processo criminal, além de prolongar as restrições impostas ao acusado na fase que antecede ao seu julgamento, acaba, ao limite, retirando conteúdo útil à *presunção de inocência*.

Prazos demasiadamente longos para a prática dos atos processuais de iniciativa dos órgãos da acusação e, mesmo, para o próprio julgamento são materialmente incompatíveis com o princípio da *presunção de inocência*, porque implicam, em concreto, redução significativa da liberdade a que todos têm direito, sejam ou não acusados, estejam ou não respondendo a um processo perante juízes ou tribunais.

Por isso é que as mais recentes declarações de direitos, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, conhecida, como Pacto de São José da Costa Rica — promulgada, no Brasil, pelo Decreto n.º 678, de 6.11.92 — especifica, entre os direitos reconhecidos à pessoa humana, o de ser ouvida e julgada dentro de *prazo razoável*, pois qualquer dilação temporal, no particular, implica restrição de direito, incompatível com a ontológica liberdade de que são dotadas todas as criaturas.

Se o homem é, ontologicamente, um ser livre — não um ser para a morte, nem para a servidão —, se a sua vida é, por isso, um *continuo de liberdade* e um descontinuo de proibições, estas não de ser entendidas, sempre, como exceções àquela *condição natural* jamais como regras ilimitadamente estabelecíveis ao arbítrio de qualquer legislador.

Compreendido, também, entre as garantias judiciais, está o direito que tem o acusado de ser assistido por *defensor* de sua livre escolha, ou designado pelo Estado, sempre que não puder ou não quiser contratar profissional de sua confiança.

Como a designação do defensor dativo não

configura, apenas, um ato *pro reo*, mas uma tutela processual objetiva, concluem Gomes Canotilho e Vital Moreira que aquela providência se impõe mesmo contra a vontade do acusado, perante o qual o defensor dativo é absolutamente independente.

Afinal de contas, como lembra Garcia Pelayo, defender os direitos ou pretensões subjetivas garantidos pela Constituição significa tornar concreta a defesa da ordem constitucional objetiva, como estruturada na Lei Maior (apud Pablo Pérez Tremps, in *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 128).

Pela perspicácia com que as formularam, merecem registro especial as considerações daqueles ilustres constitucionalistas acerca da *estrutura acusatória* do processo criminal, cuja densificação semântica há de fazer-se, segundo eles afirmam, através da articulação de uma *dimensão material* (fases do processo) com uma *dimensão orgânico-subjetiva* (entidades competentes).

Dessa articulação ressaí a conclusão de que estrutura acusatória significa, no plano material, a distinção entre instrução, acusação e julgamento e, no plano subjetivo, a diferenciação entre juiz de instrução (órgão de instrução) e juiz julgador (órgão julgador) e entre ambos e órgão acusador.

Nas palavras dos próprios autores — que transcrevemos por amor à fidelidade das expressões utilizadas — “rigorosamente considerada, a estrutura acusatória do processo penal implica: a) proibição de acumulações orgânicas *à montante* do processo, ou seja, que o juiz de instrução seja também o órgão de acusação; b) proibição de acumulação subjetiva *à jusante* do processo, isto é, que o órgão de acusação seja também órgão julgador; c) proibição de acumulação orgânica na instrução e julgamento; isto é, o órgão que faz a instrução não faz a audiência de discussão e julgamento e vice-versa” (*Constituição da República Portuguesa Anotada*, ed. cit., p.217).

Com essa mesma acuidade são analisadas as garantias judiciais relativas ao juiz natural ou *juiz legal* — assim preferem designá-lo os portugueses —, bem como as pertinentes à produção e à utilização de provas, atividade igualmente controlável à luz dos princípios da *Constituição Processual Criminal*, sobretudo para interditar ofensas a direitos fundamentais básicos, como o direito à integridade pessoal, à intimidade da vida privada e à inviolabilidade da correspondência, entre outros.

Estas são, em resumo, as considerações que tínhamos a fazer, nos limites e de acordo com os fins desta palestra, relativamente ao tema *o acusado e seu defensor; a ampla defesa e os recursos a ela inerentes*, assunto da maior importância e, sempre, de grande atualidade.

A utilização, ampla e freqüente, dos ensinamentos dos mestres estrangeiros justifica-se pela advertência, que lhes fizemos no início da exposição, de que somente lograríamos entender, em toda a sua extensão e complexidade, o princípio da *ampla defesa* se tivéssemos a humildade de avaliar a experiência histórica dos povos que vivenciaram essa garantia antes que nos apresentássemos, no cenário mundial, como nação política e culturalmente independente.

Não se trata, em absoluto, de externar ou de assumir nenhum complexo de inferioridade terceiromundista, mas apenas de reconhecer, como aconselhava o velho Hegel, que, “na realidade, tudo o que somos, somo-lo por obra da história” e que “o patrimônio da razão autoconsciente que nos pertence, não surgiu sem preparação, nem cresceu só do solo atual, mas é característica de tal patrimônio o ser herança e, mais propriamente, resultado do trabalho de todas as gerações precedentes do gênero humano” (*Introdução à História da Filosofia*. Coimbra, Armenio Amado, 1980, trad. Antonio Pinto de Carvalho, p. 38).