

ATUAÇÃO DEFENSIVA NO PROCESSO PENAL

CHRISTIANO JOSÉ DE ANDRADE

Promotor Público

SUMÁRIO: Introdução. Modelos jurídicos constitucionais atinentes à defesa do acusado. O direito à jurisdição. O devido processo legal. Contrariedade na instrução criminal. Defesa técnica e autodefesa. Atuação defensiva do Ministério Público. Conclusões.

INTRODUÇÃO

A filosofia liberal se formou por etapas, estando intimamente ligada em suas origens à nova concepção do mundo, ao novo posicionamento do homem no cosmos, em contraposição ao mundo medieval. Afirma Roque Spencer Maciel de Barrós que "as origens do liberalismo não de ser buscadas nas mesmas raízes de que nasce o moderno pensamento ocidental, naquela época que se convencionou chamar por Renascimento e que se espraiou, sem fronteiras nitidamente definidas, pelos séculos XV e XVI" ("Introdução à Filosofia Liberal", págs. 19 e 20, Editorial Grijalbo, São Paulo, 1971).

É no campo religioso, com o protestantismo de Lutero e a conversão do homem em indivíduo espiritual, que o liberalismo começa a se delinear. O liberalismo político expresso basicamente na obra de John Locke, no século XVII, e de Montesquieu, no século XVIII, incorpora o liberalismo religioso, dando-lhe uma ampliação e ajuntando-o às novas realidades. Ao liberalismo político se acrescenta o liberalismo econômico elaborado na obra dos fisiocratas e, principalmente, em "A Riqueza das Nações" (1776) de Adam Smith. Por derradeiro, na construção do liberalismo filosófico, surge o liberalismo ético decorrente da obra de Rousseau e com fundamentos filosóficos mais profundos, do pensamento de Kant. O liberalismo ético é o ponto final de liberalismo clássico e o início do liberalismo moderno.

Decorrência do liberalismo filosófico é o Estado de Direito, que adota a forma de governo denominada democracia liberal. As categorias histórico-axiológicas do sistema liberal passaram a ser elementos condicionadores ou fundantes dos ordenamentos jurídicos, dos Estados democráticos, orientando a sua compreensão, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Afirma Miguel Reale que "alguns deles se revestem de tamanha importância que o legislador lhes confere força de lei, com a estrutura de modelos jurídicos, inclusive no plano constitucional, consoante dispõe a nossa Constituição" no artigo 153 e seus parágrafos ("Lições Preliminares de Direito", pág. 345, José

Bushatsky Editor). Todavia a maioria dos elementos fundantes da experiência jurídica não está inscrita nos textos legais, mas representam modelos doutrinários ou dogmáticos a inspirar a elaboração de novos textos legais.

A transubstanciação das categorias histórico-axiológicas em textos legislativos decorreu de um imperativo de liberdade. Nas *Questions sur l'Encyclopédie*, de 1771, (gouvernement), Voltaire assoalhava que "ser livre é não depender se não das leis" (Apud Roque Spencer Maciel de Barros, ob. cit., pág. 286). Dai o princípio **nullum crimen, nulla poena sine praevia lege**, que se converteu em modelo jurídico nos Códigos Penais modernos e liberais.

MODELOS JURÍDICOS CONSTITUCIONAIS ATINENTES À DEFESA DO ACUSADO. "O DIREITO À JURISDIÇÃO"

Os direitos fundamentais e as liberdades são abstratamente declarados na Constituição. Mas é através do processo que o mero direito declarado se transforma em direito garantido. Ilusórios seriam aqueles direitos se não pudessem ser postulados e defendidos em juízo. Assim o processo se situa como instrumento de atuação da Constituição, convertendo-se em garantia de liberdade, em ordenação limitadora do poder do Estado em benefício de indivíduo acusado. Como a jurisdicionalidade se escoa e se desenvolve através do processo, a liberdade só existe concretamente se garantida jurisdicionalmente. Consoante assinala Jorge de Figueiredo Dias, da função de proteção da vida comunitária dos homens, "advem por conseguinte ao Estado o dever de administração e realização da justiça penal" ("Direito Processual Penal", vol. 1.º, pág. 24, Coimbra Editora, 1974), decorrendo daí o princípio do monopólio estatal da função jurisdicional, o que o leva a conferir ao indivíduo o direito ao processo, ou melhor, o direito à jurisdição ou prestação jurisdicional, previsto no § 4.º, do artigo 153 da Constituição Federal: "A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual".

O DEVIDO PROCESSO LEGAL

A par de garantir o direito à jurisdição, o texto constitucional acrescenta ao processo penal outros postulados básicos ligados ao princípio do devido processo legal. Por isso, a lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem tribunais de exceção "artigo 153, § 15 da Constituição Federal". A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior no relativo ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu" (artigo 153, § 16 da Constituição Federal).

Os postulados da amplitude de defesa e da contraditoriedade da instrução criminal dimanam do artigo 10 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela Organização das Nações Unidas (ONU), em 10 de dezembro de 1948: "Toda pessoa tem direito, em

condições de plena igualdade, de ser ouvida publicamente e com justiça, por um tribunal independente e imparcial, para a determinação de seus direitos e obrigações, ou para o exame de qualquer acusação contra ela dirigida, em matéria penal".

Significa isso que qualquer pretensão punitiva deve sofrer um controle prévio do poder jurisdicional, com plena igualdade entre acusação e defesa, o que assegura ao direito de liberdade tutela cabal e completa. Somente haverá supressão da liberdade pessoal ou física, através do devido processo legal. Somente com a garantia do contraditório e da igualdade das partes, haverá proteção aos direitos individuais, podendo o juiz proferir com imparcialidade sua decisão.

De conseguinte, as partes são colocadas em posição de igualdade formal, com distribuição equitativa de meios e possibilidades processuais, o que lhes assegura possibilidades iguais no tocante ao resultado prático do processo.

Acrescenta José F. Marques que "as formas substanciais do juízo, o sistema processual acusatório — estão por exemplo, substancialmente ligados ao direito de defesa, pleno e amplo, sendo, por isso, impossível, a adoção pelo legislador ordinário, dos julgamentos criminais estruturados segundo o procedimento inquisitivo" ("Elementos de Direito Processual Penal", vol. I, pág. 377, 1.ª ed. Forense, São Paulo, 1961).

De resto, o princípio **nulla poena sine iudicio** dá coroaemente ao postulado fundamental, em matéria criminal: **nullum crimen nulla poena sine lege**. Assinala Rogério L. Tucci que somente por via do devido processo legal, elevado à condição de norma fundamental do procedimento criminal, em que se constitui garantia máxima do direito de liberdade do cidadão", poderá haver a mais ampla defesa (Rogério Lauria Tucci, "Do Mandado de Segurança Contra Ato Jurisdicional Penal", pág. 272, Edição Sariava, 1978). Dai decorre que: a) Só poderá haver condenação válida, ensejando-se ao acusado a produção ampla de defesa; b) Conseqüentemente, só poderá haver defesa, em plenitude concedida, estabelecendo-se a contrariedade da instrução criminal, sem a qual, aliás jamais se poderá falar em devido processo legal" (Idem, Ibidem). Consoante esse entendimento, "O Direito Processual Penal torna-se em uma ordenação limitadora do poder do Estado em favor do indivíduo acusado, numa espécie de Magna Charta dos Direitos e garantias individuais do cidadão" (Jorge de Figueiredo Dias, ob. cit., pág. 64).

CONTRARIEDADE NA INSTRUÇÃO CRIMINAL

O processo tem natureza dialética. Assoalha José F. Marques que "o processo de conhecimento tem por objeto o contraditório, pelo que se reveste de feição nitidamente dialética, à tese da acusação se opõe a antítese da defesa, e à pretensão punitiva da acusação, a resistência do réu para garantir seu direito de liberdade" (ob. cit., pág. 375). Nesse

caso, defesa é essa resistência transmutada em contrariedade à pretensão punitiva, objetivando ambas a tutela jurisdicional em relação aos respectivos interesses.

J. Canuto Mendes de Almeida vê o contraditório como "ciência bilateral dos atos e termos do processo e possibilidades de contrariá-los", reconhecendo a natureza estruturalmente dialética do processo; pois entende que a contrariedade tem suas raízes no conflito de interesse. E remata: "é por isso que os processualistas vêm na oposição de interesses a força motriz do procedimento, força que disciplinada pelo juiz, para que funcione do melhor modo possível, conduz à consecução do escopo processual" ("Princípios Fundamentais do Processo Penal", pág. 82, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1973).

Rogério L. Tucci, entende a defesa como uma decorrência do *jus libertatis*: "com o conferir-se ao acusado o direito à jurisdição penal, exercido por meio de um processo no qual se lhes assegure ampla defesa, mormente em razão de atividade marcadamente contraditória, efetivada por órgão técnico, define-se a respectiva defesa como expressão da liberdade jurídica inerente ao *status libertatis* e, mais especificamente ao *jus libertatis*" (ob. cit., pág. 272).

Em resumo, como argumenta Jorge de Figueiredo Dias, o acusado "possui sem dúvida um direito de defesa, mas de nenhum modo um dever de defesa" (ob. cit., pág. 245).

E o direito de defesa tem o seu fundamento em categorias histórico-axiológicas construídas pela civilização ocidental ("Filosófica da Liberdade"), as quais foram inscritas no texto constitucional, onde esse direito tem seu substrato formal, que se torna garantia real e concreta através do processo e sob o signo da tutela jurisdicional. E não foi em vão que Montesquieu entendeu que, para garantir a liberdade individual, seria necessário fraccionar e pulverizar o monstro (Estado), estabelecendo-se assim uma fórmula autolimitadora.

DEFESA TÉCNICA E AUTODEFESA

Pressuposto indeclinável da amplitude de defesa no devido processo legal, é a necessidade de intervenção do defensor técnico, a fim de que o acusado não se venha posicionar em plano de inferioridade ante o órgão acusador. Ressalta a Exposição de Motivos que "nenhum réu, ainda que ausente do distrito da culpa, foragido ou oculto, poderá ser processado sem a intervenção de um defensor. A pena de revelia não exclui a garantia constitucional da contrariedade do processo" (n. II). Por isso, em decorrência do texto constitucional, dispõe o artigo 261 do Código de Processo Penal: "Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor". E tão necessária é a defensoria técnica que o Código de Processo Penal sancionou com decretação de nulidade insanável, a não nomeação de defensor ao réu presente, que o não tiver, ou ao ausente, e de curador ao menor de 21 anos (artigo 564, III,

letras c). Perfilhando igual orientação, reza a Súmula 523 do STF: "No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu". Para José F. Marques, a defesa é atividade processual consistente na "possibilidade de influir o acusado no processo como um de seus modeladores, com a de criar situações processuais e reforçar sua perspectiva de sentença favorável bem como o direito de manifestar sua apreciação final sobre *quaestiones facti* e as *quaestiones juris*" (ob. cit. pág. 378). Nesse caso, é necessária a citação do réu para que este tome conhecimento da pretensão punitiva deduzida em juízo e possa, fazendo alegações preliminares, contrapor-se à acusação, e participar da instrução, em plano de igualdade, devido ao preceito da isonomia processual inerente ao contraditório.

Enfim, para que, em decorrência da amplitude de defesa e da contraditoriedade, ocorra perfeito equilíbrio e igualdade processual entre a acusação e a defesa, é necessário que esta disponha de um órgão técnico para se contrapor ao Ministério Público.

Se a defesa técnica é necessária e insuprível, o mesmo não se pode dizer da autodefesa, que é facultativa. Consoante o artigo 263, o acusado pode dispensar a assistência técnica de um profissional para defendê-lo, caso esteja legalmente habilitado para exercer a advocacia. Em qualquer caso, a defesa técnica é insuprível, pois sem contraposição de órgãos homogêneos não haverá o verdadeiro contraditório.

Mesmo no caso de autodefesa técnica, se o acusado renunciar à sua defesa, o juiz deverá nomear-lhe um defensor técnico, pois a defesa técnica é de interesse público. E a defensoria técnica deve exercitar todos os meios de defesa que a lei confere aos acusados, sob pena de nulidade.

A defesa técnica obrigatória e insuprível, é complementada pela autodefesa, que pode se desenvolver ao seu lado no processo. Essa autodefesa, que é facultativa, consiste, segundo J. F. Marques "na participação direta do réu em quase todos os atos do processo, inclusive produzindo alegações tendentes a demonstrar a sua inocência. É o que se dá *v. gratia*, no interrogatório do acusado", que é meio de prova e ato eminentemente autodefensivo (ob. cit. vol. I, pág. 381). Por isso, Rogério L. Tucci afirma, apoiado em Caetano Foschini, que "a defesa do réu exige sempre uma estrutura dualista" (ob. cit. pág. 273).

Entretanto, a autodefesa pode transbordar para o campo de atividades essencialmente postulárias. A propósito já foi decidido "se o acusado manifesta o desejo de apelar da sentença condenatória, não pode o seu defensor pugnar pela manutenção do julgado, sob pena de subtrair ao réu o direito que tem ao reexame da causa. As razões contrárias ao interesse do mesmo são consideradas não escritas e o exame do recurso será feito face às alegações apresentadas em primeira instância" (Revista dos Tribunais, 441/421)).

Poderá ainda o réu, pessoalmente, impetrar Habeas Corpus em seu favor (artigo 654 do Código de Processo Penal), requerer prestação de fiança (artigo 335 do Código de Processo Penal), pedir revisão criminal

(artigo 623 do Código de Processo Penal), livramento condicional (artigo 712 do Código de Processo Penal), prisão-albergue e outros benefícios enumerados nos itens I a VII, do § 6.º, do artigo 30 do Código Penal.

O cônjuge, os parentes ou qualquer outra pessoa (artigo 335 do Código de Processo Penal), poderão atuar defensivamente, com atividade postulatória.

O Código de Processo Penal diferencia as figuras do defensor, procurador, e curador, conforme se depreende dos artigos 261, 262 e 577.

Fala-se tecnicamente em procurador, quando o defensor tiver sido escolhido por procuração ou o acusado o indicar por ocasião do seu interrogatório, caso em que se dispensa o instrumento procuratório (artigo 266 do Código de Processo Penal). Se o réu, abastado ou pobre, não constituir procurador, nem o indicar por ocasião do seu interrogatório, o juiz deverá lhe nomear um defensor (artigo 263 do Código de Processo Penal).

Se o acusado for menor de 21 anos, o seu defensor constituído ou nomeado (artigos 263 e 266 do Código de Processo Penal), recebe o nome, na linguagem do Código, de curador. A figura deste é a mesma do defensor, devendo, por isso, ser legalmente habilitado para exercer a advocacia. É o que se desume do artigo 449 do Código de Processo Penal: "Apregoado o réu e comparecendo, pergunta-lhe-á o juiz o nome, idade e se tem advogado, nomeando-lhe curador se for menor e não o tiver, e defensor se maior".

A diferenciação entre defensor nomeado pelo juiz e procurador ou defensor constituído tem conseqüências, pois, consoante o artigo 392 do Código de Processo Penal, a intimação da sentença, às vezes, poderá ser feita na pessoa do defensor constituído (procurador) e jamais ao defensor dativo, ou seja, ao defensor nomeado pelo juiz.

Também, quando o réu for considerado inimputável nos termos do artigo 22 do Código Penal, lhe será nomeado curador (artigo 149, § 2.º e 151 do Código de Processo Penal), que é assim aquele que patrocina a defesa de réus absoluta ou relativamente incapazes. Nesse caso, a intimação da sentença será feita na pessoa do curador.

Ocorrendo a revelia do réu que tem procurador constituído, continuará este com a mesma qualidade na relação processual, aplicando-se por analogia o § 1.º do artigo 533 do Código de Processo Penal. A não transmutação do defensor constituído em dativo não acarretará nenhum prejuízo para o réu (artigo 563 do Código de Processo Penal).

A natureza jurídica da função de defensor é de representação do réu no processo, propiciando-lhe assistência técnica. Acentua J. Frederico Marques, que 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 indispensável, 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 ("Elementos de Direito Processual Penal", Vol. II, pág. 66).

Nessa atuação de representação processual do acusado e assistência técnico-jurídica, não se exige deva ser o defensor imparcial. Mas, consoante assinala Manzini, lembrado por Espínola Filho, "Il difensore penale no é patrocinatore della delinquenza, ma del diritto e della giustizia in quanto possono venir lesi nella persona dell'imputato" ("Código de Processo Penal Brasileiro Anotado", vol. 3, págs. 250-254, n. 547, Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1957).

A atuação defensiva no processo penal, como decorrência dos postulados constitucionais da amplitude de defesa e da contraditoriedade (artigo 153, §§ 15 e 16 da Constituição Federal), se desenvolve por campo demasiado extenso, abrangendo a fase preliminar da *persecutio criminis* (pré-processual), a fase processual, em que ela é mais intensa, e a fase pós-processual e durante a execução da pena e medidas de segurança.

Entanto, a amplitude de defesa não vai ao exagero de autorizar a ingerência do defensor constituído pelo pretense indiciado na investigação policial, porquanto "a autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade" (artigo 20 do Código de Processo Penal). Mas o indiciado poderá "requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade" (artigo 14 do Código de Processo Penal). É que nessa fase preambular ainda não se exerce o *jus accusationis*. Entretanto, ainda nessa fase, o indiciado poderá fazer valer os seus direitos se estes forem lesionados ou ameaçados de lesão.

Assim o indiciado pode impetrar habeas corpus, nos casos do artigo 648, incisos I, II, V e VII do Código de Processo Penal; pode impetrar habeas corpus, para trancar o inquérito policial, quando não houver justa causa (I); quando a elaboração do inquérito policial de indiciado preso em flagrante exceder o prazo de dez dias (artigos 10 e 648, II do Código de Processo Penal); quando o indiciado não for admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei autoriza (artigos 322 a 324 e 648, V do Código de Processo Penal); quando extinta a punibilidade (VII), nesse caso, para trancar o inquérito. Pode ainda requerer o indiciado ao juiz a prestação de fiança (artigo 335 do Código de Processo Penal), requerer o relaxamento do auto de prisão em flagrante (artigo 302, I, II, III e IV do Código de Processo Penal); requerer a liberdade provisória (artigo 310, parágrafo único do Código de Processo Penal).

Durante a fase processual, o defensor, especialmente o dativo, deve exercitar todos os meios de defesa que a lei confere aos acusados, sob pena de nulidade (Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, 18/758, 36/198, 78/118, 79/422, etc.). Assim deve o defensor requerer o relaxamento do auto de prisão em flagrante, quando for o caso, ou impetrar habeas corpus (artigo 302, I, II, III e IV); requerer a liberdade provisória do réu (artigo 310, parágrafo único do Código de Processo Penal), fazer defesa prévia, participar da instrução, colaborando na pesquisa da verdade real, fazer alegações finais, ficar atento às causas extintivas de punibilidade (artigo 108 do Código Penal), impetrar habeas corpus, quando a instrução de processo de réu preso se procrastinar por

tempo demasiado longo (artigo 648, II do Código de Processo Penal), recorrer da sentença condenatória, quando houver possibilidade de sua reforma e requerer habeas corpus, quando o processo for manifestamente nulo (artigos 648, VI e 564 e seguintes do Código de Processo Penal). Pode ainda impetrar mandado de segurança contra atos jurisdicionais penais.

Ainda, a atuação defensiva no processo penal se projeta na fase de execução ou pós-processual, através do requerimento de concessão de suspensão condicional da pena (artigos 696 e segs. do Código de Processo Penal), ou de impetração de habeas corpus, no caso de não concessão (artigo 697 do Código de Processo Penal), do requerimento de livramento condicional (artigo 710 e segs. do Código de Processo Penal), de revogação de medidas de segurança, do benefício de prisão albergue e outros correlatos (artigo 30, § 6.º e incisos do Código Penal), de revisão criminal (artigo 623 do Código de Processo Penal) e de impetração de habeas corpus (artigo 648, VI, VII do Código de Processo Penal).

ATUAÇÃO DEFENSIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A lei confere ao Ministério Público a titularidade de *jus accusationis*. Todavia, verdadeira *vexatio quæstio* é a sua posição na relação processual penal. Admite-se porém, que o Ministério Público é apenas parte formal, processual ou instrumental no processo penal. Nesse caso, é um dos sujeitos processuais com obrigações e faculdades processuais, com direitos públicos subjetivos de disposição de conteúdo formal do processo, de influir no conteúdo formal deste.

Mas, no campo penal, as suas funções não se restringem às suas atividades como órgão estatal da pretensão punitiva. No âmbito repressivo ele atua também como *custos legis* ou fiscal da execução da lei. Assim, ao participar do processo, não perde as funções de guardião da legalidade, cujo interesse é unicamente a apuração rigorosa da verdade e a punição apenas do culpado. Por isso, nas legislações se prevê a obrigação do Promotor de não sustentar a acusação se chegar à conclusão que, em Juízo, essa não se confirma: Assim, sua imparcialidade somente pode ser compreendida no sentido não técnico, ou seja, no sentido normal, de objetividade, de serenidade, de fiscalização da lei (Grupo de Estudos Mario Moura Albuquerque, "IV Seminário dos Grupos de Estudos", "O Ministério Público no Processo Penal — Postura Institucional e Hierárquica"). Também, anota Tourinho Filho que "não tendo o Estado, maior interesse na acusação que na defesa, devendo o Ministério Público observar os deveres de lealdade e objetividade em relação com a verdade e a Justiça, sua atuação deve desenvolver-se com a máxima equanimidade" ("Processo Penal", vol. II, pág. 759, Edição Jalovi, 1972).

Ao meu ver, o dever de imparcialidade do Ministério Público não decorre apenas de injunções éticas, mas de fundamento jurídico-legal.

Outro não é o sentido do artigo 257 do Código de Processo Penal: "O Ministério Público promoverá e fiscalizará a execução da lei". Na verificação da verdade material às vezes, o órgão do Ministério Público atua defensivamente, mas indiretamente. Nesse caso, a sua atuação defensiva é acidental.

Em decorrência dessa postura de *custos legis* (artigo 257 do Código de Processo Penal), paralela à de parte processual ou de titularidade de direitos sobre o conteúdo do processo, o Ministério Público pode requerer o relaxamento do auto de prisão em flagrante, quando verificar que não ocorreram as situações de flagrância propriamente dita (artigo 302, I e II do Código de Processo Penal), de quase flagrância ou flagrância imprópria (artigo 302, III do Código de Processo Penal), ou flagrância presumida (artigo 302, IV do Código de Processo Penal). Nesse caso, em decorrência do artigo 257 do Código de Processo Penal e do § 12, do artigo 153 da Constituição Federal, o órgão do Ministério Público deve agir em defesa do acusado. Aliás, até o próprio juiz deve atuar em defesa do réu, pois outro não é o mandamento da Lei Maior: "A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao Juiz competente, que a relaxará se não for legal". Também nos casos dos artigos 209, 407 e 502 do Código de Processo Penal.

Deve ainda o Ministério Público requerer a concessão de liberdade provisória (artigo 310, parágrafo único do Código de Processo Penal), seja o réu submetido à exame de sanidade mental, quando houver dúvida sobre sua integridade psíquica (artigo 149 do Código de Processo Penal), pedir a absolvição do réu, quando se convencer da sua inocência (artigo 385 do Código de Processo Penal), e se o juiz condená-lo, pode apelar, postulando a sua absolvição. Deve, também, requerer a decretação de extinção da punibilidade (artigo 108 do Código Penal), de nulidades (artigo 563 e seguintes do Código de Processo Penal); pode impetrar habeas corpus em favor do réu (artigos 257 e 654 do Código de Processo Penal).

Acentua Ari Florêncio Guimarães que "a verdadeira missão do Ministério Público, conseqüentemente, é a de fazer atuar a lei, seja para tornar efetivo o direito de punir por parte do Estado, seja para precatar, através de devido processo, a liberdade dos cidadãos" (O Ministério Público no Mandado de Segurança", pág. 158, 1959). Outra não é a função do Processo Penal. E "com essa finalidade diz Noronha — pode impetrar habeas corpus e requerer liberdade provisória. Norteia-o, soberanamente, pois, a finalidade de justiça" ("Curso de Direito Processual Penal", pág. 148, 3.ª ed. Saraiva — SP, 1969). No mesmo sentido Helio Tornaghi ("Instituições de Processo Penal", vol. III, pág. 136, Forense, 1959).

Superados estão alguns julgados apoiados no ponto de vista de Florêncio de Abreu: "O representante do Ministério Público, no processo penal, é órgão de acusação. Se tem a faculdade de opinar no sentido de ser a denúncia julgada improcedente, quando lhe parecer que as provas são insuficientes para uma condenação, ou quando ocorrer causa exclu-

dente da criminalidade não pode arvorar-se contudo em patrono do réu, que se conformara com a decisão, pleiteando, à sua revelia, modificação da mesma ("Comentários ao Código de Processo Penal", vol. 2.º, págs. 213-215, Ed. Forense, 1945, Revista dos Tribunais, 229/428, 471/356, 480/327, etc...).

CONCLUSÕES

1.º) O direito de defesa tem o seu fundamento filosófico na doutrina da liberdade individual construída pela Filosofia Liberal. E como "ser livre, segundo Voltaire é não depender senão das leis", a tensão fático-axiológica entre liberdade e Poder se converteu em estrutura normativa constitucional, como unidade integrante e superadora daquela. Desse *ius libertatis* inscrito na Lei Maior surgiu então um direito constitucional de defesa, formal e abstrato.

2.º) Somente por via do devido processo legal (artigo 153, §§ 15 e 16 da Constituição Federal), que é a garantia máxima da liberdade do cidadão, poderá haver ampla defesa, que pressupõe a contrariedade em igualdade de posições.

3.º) Assim o processo é instrumento de atuação da Constituição. O Binômio processo — Constituição, sob o signo da jurisdicionalidade, torna real e concreta a garantia da liberdade, surgindo daí um direito processual de defesa.

4.º) Em decorrência do princípio constitucional de defesa ampla (artigo 153, §§ 15 e 16 da Constituição Federal), o defensor, seja constituído ou nomeado pelo juiz (dativo) ou curador, deverá estar legalmente habilitado para exercer a advocacia, a fim de que haja perfeito equilíbrio entre as partes no processo penal, sendo assim obrigatória e necessária a defesa técnica.

5.º) A autodefesa, que é facultativa, também deve ser técnica, exigindo-se que o acusado esteja legalmente habilitado para o exercício da advocacia.

6.º) A autodefesa material do réu se desenvolve paralelamente à defesa técnica, consistindo na sua participação direta nos atos do processo.

7.º) A autodefesa material do acusado pode consistir, também, em atividades postulatórias deste: requerimento para prestação de fiança, de livramento condicional, de prisão-albergue de revisão criminal, de apelação, de impetração de habeas corpus, etc...

8.º) O cônjuge, os parentes ou qualquer outra pessoa (artigo 335 do Código de Processo Penal), podem atuar em defesa do acusado.

9.º) O Ministério Público, que é parte formal ou processual e custos legais no Processo Penal (artigo 257 do Código de Processo Penal), acidentalmente deve atuar em defesa do réu. Também, o juiz deve atuar defensivamente (artigo 153, § 12 da Constituição Federal), em alguns casos (artigos 209, 407 e 502 do Código de Processo Penal).

10.º) O defensor técnico representa o acusado no processo, prestando-lhe assistência técnica e devendo atuar defensivamente e não imparcialmente.

11.º) O direito de defesa abrange a fase preliminar da *persecutio criminis* (pré-processual), a fase processual, pós-processual ou de execução.

12.º) Em decorrência dos postulados constitucionais da amplitude e da contraditoriedade (artigo 153, §§ 15 e 16 da Constituição Federal), o direito de defesa tem estrutura pluralística.

13.º) Se a defesa é expressão da liberdade jurídica, inerente ao *status libertatis* ou *ius libertatis*, também, o é, por sua própria natureza, a profissão de advogado, que é "profissão democrática em sua estrutura e em seu destino" (Miguel Reale, "A Missão Liberal do Advogado", "in" Pluralismo e Liberdade, págs. 269/270, Ed. Saraiva, SP, 1963).

14.º) O direito de defesa só pode ser exercitado plenamente no chamado Estado de Direito ou Democracia Liberal.

BIBLIOGRAFIA

- ROQUE SPENCER MACIEL DE BARROS — *Introdução à Filosofia Liberal* — Editorial Grijalbo, São Paulo, 1971.
- MIGUEL REALE — *Lições Preliminares de Direito*, José Bushatsky Editor.
- JORGE DE FIGUEIREDO DIAS — *Direito Processual Penal*, 1.º vol., Coimbra Editora, 1974.
- JOSÉ FREDERICO MARQUES — *Elementos de Direito Processual Penal*, 1.º e 2.º vol., 1.ª ed., Forense, SP, 1971.
- ROGERIO LAURIA TUCCI — *Do Mandado de Segurança Contra Ato Jurisdicional Penal*, Edição Saraiva, SP, 1978.
- J. CANUTO MENDES DE ALMEIDA — *Princípios Fundamentais do Processo Penal*, Editora Revista dos Tribunais, SP, 1973.
- EDUARDO ESPÍNOLA FILHO — *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, vol. 3, Editor Borsoi, R. de Janeiro, 1957.
- GRUPO DE ESTUDOS MÁRIO MOURA ALBUQUERQUE — *O Ministério Público no Processo Penal — Postura Internacional e Hierarquia* — IV Seminário dos Grupos de Estudos.
- FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO — *Processo Penal*, vol. II, Edição Jalovi, 1972.
- ARI FLORÊNCIO GUIMARÃES — *O Ministério Público no Mandado de Segurança*, 1959.
- E. MAGALHÃES NORONHA — *Curso de Direito Processual Penal*, 3.ª ed., Saraiva, São Paulo, 1969.
- DANTE BUSANA E LAERTE J. CASTRO SAMPAIO — *O Ministério Público no Processo de Habeas Corpus*, Revista dos Tribunais, 438/315.
- MIGUEL REALE — *Pluralismo e Liberdade*, Ed. Saraiva, SP, 1963.
- FLORENCIO DE ABREU E SILVA — *Comentários ao Código de Processo Penal*, 2.º vol., 1945.
- HÉLIO TORNAGHI — *Instituições de Processo Penal*, vol. III, pág. 136, Forense, Rio, 1.ª ed., 1959.