

A SUPREMACIA DA AUTODEFESA

Os limites da defesa técnica no processo penal constitucional

André Gustavo Bevilacqua Piccolo *

1. Posição do Problema

Um sem-número de discussões palpitam no cenário jurídico acerca das mudanças levadas a efeito pela Constituição de 1988 no que concerne ao sistema processual penal. Há quase vinte anos, busca-se o remodelamento do pensamento doutrinário e jurisprudencial para que se adéqüem ao “novo” sistema constitucionalmente estabelecido.

O movimento dos denominados *garantistas* enfrenta o grupo dos *conservadores*. Enquanto estes sustentam que o sistema processual penal foi alvo de pequenas e pontuais alterações, aqueles afirmam que houve uma diametral mudança da própria razão de ser do processo.

Todavia, em que pese o acalorado debate, muito pouco se acrescentou acerca do modelo de defesa que é conferido aos acusados em geral. Acomodou-se com a visão antiga que biparte o direito de defesa em *autodefesa* e *defesa técnica*, dando prevalência a esta última em caso de eventual conflito. Afirma-se que, deste modo, está garantida a defesa na amplitude que a Constituição determina.

Não nos conformamos com isso. Ordenamentos jurídicos mais avançados têm demonstrado que, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e às liberdades individuais, o nosso quadro deve ser reformado.

Com supedâneo no princípio fundamental referido, este ensaio tem como escopo robustecer o que se denomina *direito de defesa* no processo penal brasileiro. E o faremos partindo da premissa garantista de que, a partir do advento da Constituição de 1988, o processo penal teve sua função deslocada. Anteriormente, era instrumento do Estado para viabilizar o seu direito de punir, era um meio para que a pena fosse aplicada ao infrator, em obediência a um sistema de presunção de culpabilidade. Atualmente, porém, a posição inverteu-se, o processo penal passou a ser um instrumento do acusado contra o Estado, instrumento que visa proteger o seu direito de liberdade ante a poderosa máquina estatal. Prevalece, agora, a presunção (ou, para alguns, o estado) de inocência¹.

Abandonando a visão anacrônica da bipartição do instituto da defesa, pretendemos apresentar um novo quadro onde o *direito de defesa* confunde-se com a *autodefesa*,

* Defensor Público da União, Chefe da Defensoria Pública da União em Guarulhos. Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito Penal e Direito Processual Penal na Anhanguera Educacional.

¹ De acordo com o art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, com o art. 26 da Declaração Americana de Direitos e Deveres, de 1948, e com o art. 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, toda pessoa se presume inocente até que tenha sido declarada culpada.

de onde se irradiam prerrogativas aos acusados. A partir dessa perspectiva, a autodefesa, fortalecida, adquire supremacia diante da defesa técnica que, sem perder um átomo de sua importância, passa a se colocar como uma de suas manifestações.

2. O duplo propósito da defesa no nosso sistema

De início, apresentamos uma distinção a ser feita no instituto da defesa no processo penal que, apesar de importante, costuma ser deixada de lado nos principais debates sobre o tema. A defesa pode ser analisada sob dois aspectos: (a) a *defesa como um direito do acusado* e (b) a *defesa como uma garantia da jurisdição*.

Sob o primeiro aspecto, segundo VITTORIO DENTI, o direito de defesa se apresenta como um direito do acusado, que se especifica nas prerrogativas necessárias para agir em juízo e influenciar positivamente na formação do convencimento do juiz². Tal definição é por nós bem recebida, apresentando três características importantes, a saber: o direito de defesa (a) é um direito a ser utilizado pelo acusado, (b) constitui-se em prerrogativas que lhe são concedidas para agir em juízo, e (c) tem como objetivo a influência positiva no convencimento do juiz.

Sendo o *direito de defesa* um conjunto de prerrogativas a serem utilizadas pelo próprio acusado, conclui-se que qualquer manifestação sua equivale à prática da *defesa própria ou pessoal*, ou seja, da *autodefesa* que, em outras palavras, significa defesa de um direito (no caso a liberdade) feita pelo próprio titular do direito.

Ao contrário do que se afirma, a autodefesa (aqui colocada como sinônimo de direito de defesa) existe e atua muito antes do denominado *direito de audiência* (a primeira manifestação da autodefesa, segundo a doutrina tradicional). Com efeito, provocada a atuação do Estado-Juiz, o acusado, através da citação, é imediatamente comunicado do teor de tudo o que lhe é imputado. Por meio deste ato processual, visa-se não somente inteirar o réu de tudo que se afirma contra ele, dando-lhe claro conhecimento da imputação, como também prepará-lo para que providencie o que considerar útil e conveniente. Após a citação, o próprio acusado inicia a sua defesa remontando os acontecimentos e alinhando-os em sua mente, desenvolvendo a sua versão dos fatos para apresentá-la em juízo, buscando eventuais alibis e provas etc. É a mais pura prática da defesa de um direito pelo próprio titular do direito (autodefesa). Logo, é perfeitamente possível a afirmação de que toda e qualquer manifestação do direito de defesa é também manifestação do próprio réu em autodefesa.

Do direito de defender-se se irradia uma série de prerrogativas, tais como o conhecimento claro da imputação, determinado lapso temporal para preparação da defesa, oportunidade de se manifestar oralmente em Juízo, faculdade de deduzir alegações contra a acusação, poder acompanhar a produção de prova e fazer contraprova, requerer diligências, direito de recorrer da sentença, direito de se ver assistido por um advogado etc.

² DENTI, Vittorio. La difesa come diritto e come garanzia. In: GREVI, Vittorio. (Org.). **Il problema dell'autodifesa nel processo penale**. Bologna: Zanichelli, 6ª ed., 1982, p. 48.

Sob um segundo aspecto, a defesa constitui não um direito, mas uma *garantia* para o regular desenvolvimento do processo. Em razão de um interesse público que transcende o interesse do acusado, a defesa é considerada uma *garantia da jurisdição*, e é satisfeita quando se obedece ao que se denomina devido processo legal, que assegura ao indivíduo tanto a proteção ao direito de liberdade quanto a paridade de condições diante do Estado-Persecutor.

Como *garantia*, o instituto da defesa é envolvido com forte carga publicística, exigindo o estrito cumprimento dos princípios constitucionais processuais, cujos mais fortes exemplos são: o juiz natural, a imparcialidade do órgão julgador, a oportunidade do contraditório, dentre outros.

3. A defesa técnica como um integrante necessário da autodefesa

No intuito de garantir que a defesa do acusado seja a mais ampla possível, dentre as prerrogativas que lhe são conferidas está a possibilidade de contratação, à sua escolha, de advogado, pessoa que detém preparo nas ciências jurídicas, podendo auxiliar na elaboração e apresentação da sua defesa em juízo.

A decisão da conveniência da contratação (que pode depender da complexidade do caso), de qual profissional será contratado (direito de eleição – ponto que discutiremos adiante) e de qual tarefa a ser realizada (presença em audiência, interposição de recursos, ou mesmo a assistência integral), compete exclusivamente ao acusado, a quem cabe arcar não somente com as custas decorrentes, como também com as conseqüências da sua intervenção em juízo (eventual equívoco, ou mesmo a condenação, não serão suportados pelo defensor, mas exclusivamente pelo acusado). Por essa razão, é da sua alçada, inclusive, a desconstituição *ad nutum* do profissional, substituindo-o ou não. Resulta inegável, pois, o fato de que a defesa técnica no processo penal se posiciona como uma integrante da autodefesa, uma de suas prerrogativas, uma das suas formas de manifestação.

Há quem negue o que acabamos de expor, afirmando que a defesa técnica é mais do que mera manifestação da autodefesa, trabalhando ao seu lado, ambos compondo o que se denomina direito de defesa.

Quando se indaga acerca de o que é o *direito de defesa*, não somente a doutrina tradicional, como também alguns que se denominam garantistas, responde que a Carta Magna assegura aos acusados em geral a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, sendo que “para atender-lhe à exigência de amplitude, a defesa deve poder exercitar-se na conjugação da autodefesa e da defesa técnica”³.

Os juristas brasileiros costumam apresentar a autodefesa no processo penal com apenas duas vertentes, quais sejam, (a) o *direito de audiência*, por meio do qual o acusado

³ Supremo Tribunal Federal - STF – HC 88.914/SP.

pode influir no convencimento do juiz mediante o interrogatório, apresentando a sua versão dos fatos que lhe são imputados ou mesmo fazendo uso do *direito ao silêncio*, e (b) o denominado *direito de presença*, por meio do qual o acusado participa do processo tomando posição acerca das provas produzidas e orientando, quando for o caso, a defesa técnica⁴.

A *defesa técnica*, por sua vez, possui âncora na legislação ordinária, que reza que “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”⁵. Ocorre por meio da participação de profissional habilitado para atuar em juízo. Conhecedor da legislação penal e processual penal, o defensor deve se esforçar para garantir ao acusado um julgamento de acordo com o devido processo legal.

Quanto à relação entre autodefesa e defesa técnica, afirma-se que, enquanto poderes processuais, não de ser garantidas em conjunto, em relação de diversidade e complementaridade. Acerca disso, posicionam-se pacificamente os tribunais superiores brasileiros no sentido de que, “sendo profissional especializado, o defensor tem condições de melhor analisar a situação processual do acusado e, portanto, garantir-lhe o pleno exercício do direito de defesa”⁶. É por essa razão que se costuma afirmar que, havendo conflito entre a posição da defesa técnica e a autodefesa, deve prevalecer a primeira.

Percebe-se, pois, que, num primeiro momento, bipartiu-se o *direito de defesa* em *defesa técnica* e *autodefesa* para, em seguida, criar-se uma relação vertical, onde a defesa técnica foi colocada em primeiro lugar, numa ordem de importância. Eis a razão pela qual um processo pode ter curso sem que o réu esboce a mínima manifestação, desde que a defesa técnica atue concretamente.

Ao nosso ver, contudo, a questão não somente está mal colocada, como, quando posta em prática, acaba por ofender diretamente o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

O posicionamento apontado acima possui apenas um alicerce: a defesa é também considerada uma garantia da jurisdição, de onde resulta que a obrigatoriedade da defesa técnica é inafastável, sob pena de nulidade⁷; sendo inafastável, foge ao controle do acusado, razão pela qual não pode ser manifestação da autodefesa.

Conforme vimos acima, no entanto, a autodefesa é muito mais do que a conjugação do direito de audiência e do direito de presença, existindo e atuando muito antes do interrogatório do réu. Logo, é perfeitamente possível a afirmação de que toda e qualquer manifestação do direito de defesa é também manifestação do próprio réu em autodefesa. Visto como um direito cujo titular é apenas o acusado, separar-se a autodefesa da defesa em sentido lato é medida equivocada.

Além disso, no que concerne à garantia da jurisdição, nos posicionamos no sen-

⁴ Idem.

⁵ Código de Processo Penal - CPP, art. 261, *caput*.

⁶ Superior Tribunal de Justiça – STJ – HC 35.455/SP.

⁷ CPP, art. 564, inc. III, letra c: “A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: (...) III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes: (...) c) a nomeação de defensor ao réu presente, que o não tiver, ou ao ausente, e de curador ao menor de 21 anos; (...)”

tido de que não há confundi-la com a defesa técnica. Com efeito, para a garantia da jurisdição ou do devido processo legal, o ordenamento jurídico está devidamente aparelhado. De acordo com o sistema processual brasileiro, é ao juiz que são dirigidas as alegações e apresentados os fatos para que forme o seu convencimento e decida o caso. Este juiz deve ser a “boca da lei” (*iura novit curia*), da justiça, e a própria encarnação da imparcialidade. É indubitável o fato de que deve estar o magistrado sempre em guarda na manutenção e preservação dos direitos individuais e suas garantias. Não bastasse isso, segundo o ordenamento em vigor, ao Ministério Público cabe a propositura da ação penal, cujo escopo, pelo menos desde 1988, não é o convencimento do juiz de que o réu é culpado, mas sim o de buscar a verdade real. O Ministério Público não é parte, e isso não é novidade. Afirma-se que com o mesmo afã que busca punir o culpado, deve buscar absolver o inocente (aqui fazemos um ajuste, pois o pensamento correto deve ser: antes a absolvição de dez culpados do que a condenação de um inocente). Além de todo esse aparato, não olvidemos que ao acusado são oferecidas todas as prerrogativas da autodefesa. Logo, ao menos em teoria, o devido processo legal está garantido.

Por fim, no que concerne à obrigatoriedade, fazemos a seguinte indagação: por que o acusado não pode defender-se só?

De início, realçamos o fato de que a obrigatoriedade da defesa técnica decorre de imposição de ordem legal e não constitucional. Não há na Constituição sequer uma norma que textualmente imponha a obrigatoriedade da defesa técnica. Aliás, outros ordenamentos jurídicos demonstram que, em defesa das liberdades fundamentais do ser humano, a presença de um defensor deve ficar ao arbítrio do acusado⁸.

Afirma-se que os dois ofícios da acusação e da defesa devem dispor da garantia de equivalência, em respeito ao princípio da igualdade, donde decorre o cânone fundamental da paridade de armas. Se, de um lado, apresenta-se o órgão acusador com forte preparo jurídico e, em regra, totalmente inteirado do processo, de outro, a defesa deverá, também, possuir bom conhecimento técnico, bem como estar ciente de todos os pormenores do fato sob exame. Busca-se, no processo penal, a verdade real, com rigoroso respeito da *par conditio*. Daí a necessidade, segundo alguns, da defesa técnica.

Contudo, não deveríamos jamais falar em paridade de armas em um ordenamento que garante o estado de inocência aos acusados em geral. Conforme apontamos, após o advento da Constituição de 1988, o Ministério Público tem o dever de abandonar a sua posição de parte acusadora e assumir a posição de “promotor de justiça” na verdadeira acepção do termo. Não há mais falar em paridade de armas, pois não deve haver batalhas.

Em realidade, por qualquer ângulo que se analise, a opinião da obrigatoriedade da defesa técnica viola profundamente o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, pois, em última análise, acaba por tratar o acusado como um *minus habens*, pri-

⁸ No art. 6º, nº 3, letra c, da Convenção Européia dos Direitos do Homem consta: “(...) 3- O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos: (...) c) Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem; (...)”

vado de lucidez mental, inculto e imaturo, diferente do advogado que, segundo afirmam, detém experiência e conhecimento jurídico-penal.

A afirmação de que a defesa deve estar presente em razão do fato de o acusado ignorar a lei não é desculpa aceitável. O cidadão, ainda que tenha passado toda a sua vida na zona rural, seja totalmente inculto e mesmo analfabeto, não pode invocar a escusa de haver praticado uma conduta típica por não conhecer o preceito penal⁹. Por outro lado, o cidadão cujas luzes lhe conferem a possibilidade de se defender só, como um defensor público ou um juiz, não pode fazê-lo, senão com o intermédio de um defensor. Em outras palavras, o Estado faz de um cidadão um juiz para que decida acerca do futuro de seus pares e, ao mesmo tempo, impede que ele atue na própria defesa.

Eis algumas situações em que é razoável que o acusado recuse a assistência da defesa técnica: a) o acusado pode não se identificar com o defensor público, *ad hoc* ou dativo; b) o acusado pode desejar excluir a defesa técnica, por acreditar poder defender-se só, seja porque é um causídico, seja porque detém preparo jurídico suficiente (pode se tratar de um juiz ou um defensor público, por exemplo); c) pode ser, por outro lado, que o acusado não queira ser defendido por um defensor para poder se utilizar de mecanismos desleais, dilatórios, com o escopo de boicotar o andamento processual; d) a razão de um acusado se defender só pode radicar numa visão de mundo e da história radicalmente diversa daquela em que se baseia o ordenamento jurídico perante o qual responde¹⁰. Com exceção da letra c, as situações são justas e merecem consideração.

Apesar do exposto, não negamos nem diminuímos a importância de um defensor no processo penal. Na prática, todos sabemos que o juiz é humano e, como tal, suscetível de equívocos; nunca foi conhecedor do direito como se supõe (o brocardo *iura novit curia* é dos mais infelizes das ciências jurídicas); de outro lado, o membro do Ministério Público, em regra, é seduzido pela função acusatória e absorvido pelo elevado número de processos, sem se dar conta da existência de um ser humano por trás dos autos. Considerando essa realidade, o defensor, cujo interesse exclusivo é o de defender o réu, passa a ser figura essencial¹¹.

Mas, se a justificativa é essa, temos que reconhecer que o defensor se apresenta incumbido de uma defesa formal, um controlador da atividade de todos os órgãos judiciários, ou seja, mais um autêntico fiscal da lei¹². Esta a razão de alguns juristas italianos como MANZINI, VASSALI G. e CARULLI referirem-se à *defesa material* (aquela que é reali-

⁹ Código Penal - CP, art. 21, *caput*: “O desconhecimento da lei é inescusável. (...)”

¹⁰ Recordamos o caso da *Brigada Vermelha*, famoso incidente italiano em que, por motivos de protestos políticos e ideológicos, recusou-se terminantemente a presença da defesa técnica nos conseqüentes processos penais que foram desencadeados.

¹¹ GIARDA, Angelo. La difesa tecnica dell'imputato: diritto inviolabile e canone oggettivo di regolarità della giurisdizione. In: GREVI, Vittorio. (Org.). *op. cit.*, p. 69: “(...) la difesa tecnica è vista anche come espressione di autodifesa quando è esplicata da un difensore di fiducia, ma è intesa sempre in ogni caso come un canone oggettivo ed indefettibile di regolarità della giurisdizione penale predisposta per scopi di stampo prettamente pubblicistico, quali sono la tutela oggettiva del diritto de libertà dell'imputato e la realizzazione de una 'giustizia' il più possibile immune da errori giudiziari”.

¹² MELCHIONDA, Achille. Il diritto dell'imputato all'alternativa fra autodifesa e difesa tecnica. In: GREVI, Vittorio. (Org.). *op. cit.*, p. 82.

zada pelo próprio acusado) e à *defesa formal* (a realizada pelo defensor). FOSCHINI, por sua vez, prefere os termos *defesa privada* e *defesa pública*, respectivamente¹³.

Do exposto, afirmamos que, considerando a atual realidade, aceitamos a exigência do defensor, esperando, todavia, que no futuro a regra da necessidade da assistência defensiva, imperante hoje no nosso sistema processual penal, transforme-se em uma regra alternativa e subordinada à vontade do acusado, reflexo de um ordenamento democrático, embasado no princípio maior da dignidade da pessoa humana.

Tal realidade, entretanto, não nega o fato de que o direito de defesa ou de autodefesa é atribuído exclusivamente ao réu, e compreende inclusive a faculdade de não se defender (é certo que o direito ao silêncio não é uma de suas expressões mais significativas)¹⁴. Trata-se de prestigiar o princípio da dignidade da pessoa humana, ao invés da posição contrária de tratamento do réu como se fosse um *minus habens*. Não sendo o acusado um deficiente, a defesa deve ser tratada como um poder dispositivo. A liberdade individual merece a maior consideração e, se em função dos defeitos de um sistema judicial, entende-se que se deve impor ao réu a assistência de um defensor, que jamais se autorize a prevalência da vontade deste perante a daquele; ao contrário, que se reconheça a defesa técnica como elemento integrante da autodefesa (repetimos, por relevante, a observação de que qualquer equívoco da defesa técnica, ou mesmo uma eventual condenação, não trarão conseqüências ao defensor, mas unicamente ao acusado).

4. A supremacia da autodefesa

Por essa razão, advogamos a supremacia da autodefesa sobre a defesa técnica, sendo esta apenas mais um instrumento colocado à disposição do acusado para que a sua defesa seja a mais ampla possível. Essa característica de instrumentalidade é inegável quando consideramos o que se denomina *direito de eleição*. Estando em perigo a própria liberdade, a confiança do acusado em seu defensor passa a ser fator de extrema importância. Certamente, não haveria razão, por exemplo, em se garantir ao acusado uma entrevista reservada com alguém em quem não confia.

O direito de eleição, como reafirmação da ampla defesa, permite àquele que pretende utilizar-se da defesa técnica a contratação do profissional que julgar mais preparado para o caso.

Nossa Suprema Corte não descuidou da questão, ao contrário, firmou-se no sentido de que “ao acusado é garantido o exercício irrecusável do direito de eleger o seu próprio defensor”¹⁵.

¹³ Conforme VASSALI, Giuliano. Autodifesa e rifiuto dell'assistenza difensiva. In: GREVI, Vittorio. (Org.). *op. cit.*, p. 146.

¹⁴ CPP – art. 186, caput (com redação dada pela Lei nº 10.792, de 01 de dezembro de 2003): “Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. - Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”.

¹⁵ STF, em decisão no destacado HC 67.755-0/SP.

“A liberdade de eleição do advogado é um dos corolários lógicos da amplitude de defesa assegurada na Constituição Federal. O acionado tem direito não apenas a que lhe seja formalmente assegurada como defesa, mas, ainda, que ele, caso possa, a confie a profissional de sua livre escolha.”¹⁶

Por essa razão a proclamação de todos os Tribunais no sentido de que, tendo o réu advogado constituído, não se lhe pode dar defensor dativo sem sua expressa anuência. Somente no caso em que não ocorra, em tempo hábil, nova constituição, seria possível a nomeação de patrono dativo, pois seria presumida a renúncia do réu ao direito de eleição¹⁷.

Do direito de eleição se pode deduzir, ainda, que é facultada ao acusado a desconstituição de seu patrono *ad nutum*, mais um fato que demonstra o poder da autodefesa sobre a defesa técnica, pois esta é financiada por aquela.

Outra prova disso é o fato de que é o direito de autodefesa que autoriza ao réu atividades processuais que entram em conflito com a atividade do defensor, como, por exemplo, o direito de o acusado interpor recurso não somente autonomamente, mas também em contradição com o recurso interposto pelo defensor. É exercitando a autodefesa que o acusado pode solicitar, por si próprio, a produção de provas e requerer participação em diligências. Respeita-se, nesses casos, a vontade do réu, ainda que o defensor opine de forma contrária.

Para aqueles que têm condições de contratar um advogado, mantendo-o no processo segundo a sua vontade, a supremacia da autodefesa é questão de pouca importância. Somente em situações excepcionais a sua vontade poderia ser afrontada. Referimo-nos à hipótese de ausência injustificada do defensor constituído para o ato, com a conseqüente nomeação de defensor *ad hoc*¹⁸.

No entanto, para a maioria da população brasileira, que não conta com recursos suficientes para contratação de um advogado, a questão é mui relevante. Em função da supressão do direito de eleição, o acusado é obrigado a aceitar um profissional com quem não mantém a mínima relação de confiança. No sistema brasileiro não é permitido

¹⁶ Revista dos Tribunais - RT 580/371.

¹⁷ Idem 404/283 – 485/330 – 524/403 – 540/373. CPP, parágrafo único do art. 449: “O julgamento será adiado, somente uma vez, devendo o réu ser julgado, quando chamado pela segunda vez. Neste caso a defesa será feita por quem o juiz tiver nomeado, ressalvado ao réu o direito de ser defendido por advogado de sua escolha, desde que se ache presente”; art. 450: “A falta, sem escusa legítima, do defensor do réu ou do curador, se um ou outro for advogado ou solicitador, será imediatamente comunicada ao Conselho da Ordem dos Advogados, nomeando o presidente do tribunal, em substituição, outro defensor, ou curador, observado o disposto no artigo anterior”.

¹⁸ CPP – Parágrafo único do art. 265: “A falta de comparecimento do defensor, ainda que motivada, não determinará o adiamento de ato algum do processo, devendo o juiz nomear substituto, ainda que provisoriamente ou para o só efeito do ato”; *caput* do art. 403: “(...) No caso de enfermidade do defensor, será ele substituído, definitivamente, ou para o só efeito do ato, na forma do art. 265, parágrafo único; parágrafo único do art. 449: “O julgamento será adiado, somente uma vez, devendo o réu ser julgado, quando chamado pela segunda vez. Neste caso a defesa será feita por quem o juiz tiver nomeado, ressalvado ao réu o direito de ser defendido por advogado de sua escolha, desde que se ache presente”; art. 450: “A falta, sem escusa legítima, do defensor do réu ou do curador, se um ou outro for advogado ou solicitador, será imediatamente comunicada ao Conselho da Ordem dos Advogados, nomeando o presidente do tribunal, em substituição, outro defensor, ou curador, observado o disposto no artigo anterior”.

ao acusado escolher o defensor público, o defensor dativo ou o *ad hoc* dentre uma lista de nomes, como ocorre em outros sistemas jurídicos que buscam minimizar as conseqüências da ausência do direito de eleição. Essa é mais uma razão em favor da supremacia da autodefesa sobre a defesa técnica.

Por outro lado, trazemos à baila outra importante distinção, esta ainda menos aventada pela doutrina: o defensor não *representa* o acusado, apenas o *assiste*.

É conhecida no meio jurídico a distinção entre os vocábulos *representação* e *assistência*. É sabido que aquele que representa pratica atos jurídicos em nome de outrem, em virtude de autorização legal ou convencional, ao passo que aquele que assiste acompanha a prática de um ato jurídico, suprindo, se for o caso, alguma deficiência do assistido.

Em nosso ordenamento jurídico optou-se pela assistência. E não podemos acreditar que a escolha foi feita ao acaso. A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXXIV, é clara ao afirmar que “o Estado prestará ‘assistência’ jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. O Código de Processo Penal, por sua vez, em seu artigo 796, afirma que “os atos de instrução ou julgamento prosseguirão com a ‘assistência’ do defensor, se o réu se portar inconvenientemente”.

Por que razão a legislação teria optado pela assistência? Pelo simples fato de que compete ao acusado o exercício de sua defesa, sendo a defesa técnica apenas mais um instrumento para tal. Sendo uma prerrogativa do réu, este pode optar pelo defensor que julgar mais conveniente (direito de eleição), destituindo-o, inclusive, se entender que não realiza o trabalho a contento.

Não nos esqueçamos, reitere-se, dos réus pobres, que, por não possuírem recursos para custear um advogado criminalista – maioria absoluta da população brasileira -, o seu direito de eleição é suprimido, pois devem se conformar com o profissional nomeado pelo juiz, ainda que não haja entre eles o menor vínculo de confiança, não havendo falar em desconstituição, senão na hipótese de o magistrado julgar indefesa a parte acusada¹⁹. Tal prejuízo se agrava muito em situações em que há intervenção de advogado *ad hoc* que, em regra, pratica o ato jurídico sem conhecimento profundo da situação processual da pessoa a quem lhe compete defender²⁰. Em casos como este, a opção pelo instituto da assistência minimiza o prejuízo, uma vez que o defensor que lhe é imposto ao acusado não pode pretender suplantá-lo a vontade, ou seja, tem como conseqüência o fato de

¹⁹ CPP, *caput* e inc. V do art. 497: “São atribuições do presidente do Tribunal do Júri, além de outras expressamente conferidas neste Código: (...) V - nomear defensor ao réu, quando o considerar indefeso, podendo, neste caso, dissolver o conselho, marcado novo dia para o julgamento e nomeado outro defensor; (...)”

²⁰ Guardadas as devidas ressalvas, não foi sem motivo a inclusão do parágrafo único ao art. 261 do CPP, realizada pela Lei 10.792, de 01 de dezembro de 2003: “A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada”.

Considere-se o rito especial da Lei 11.343/06 (Lei Antidrogas): os atos processuais mais importantes são concentrados em uma única audiência, ocasião em que é realizado o interrogatório do réu – precedido pela entrevista reservada -, a oitiva das testemunhas de acusação e defesa, a apresentação das alegações finais, a prolação de sentença e a manifestação de conformismo ou inconformismo com a decisão. Em situações como esta, a intervenção do defensor *ad hoc* pode ser extremamente danosa.

que a presença do defensor não restringe o seu direito de defesa²¹.

Outros fatos que demonstram a supremacia da autodefesa diante da defesa técnica são a permissão ao acusado de substituir, a qualquer tempo, o defensor que lhe foi nomeado, e a permissão de se apresentar a própria defesa técnica caso seja habilitado (diferentemente do defensor público e do juiz, a quem é vedado o exercício da advocacia, o advogado pode, se desejar, autodefender-se). É o que dispõe o texto do art. 263 do CPP: “se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança [o que é demonstração de que o direito de eleição, consectário da autodefesa, não é mitigado], ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação”.²²

Se nos orgulhamos da posição avançada do nosso sistema porque assegura igualmente a autodefesa e a defesa técnica, considere-se a posição subjetiva do acusado. Se não é caso de recusa, a imposição de um defensor ao acusado não fere, por si só, a sua dignidade; ao contrário, se o trabalho defensivo for feito em conjunto e de forma articulada só poderá trazer bons resultados à defesa. No entanto, fere a sua dignidade impor ao acusado um defensor que não respeite a sua vontade, um defensor cujos atos entrem em conflito com a linha defensiva escolhida pelo réu. Sim, toda imposição da vontade do defensor sobre a vontade do acusado representa um impedimento ou limitação no desenvolvimento da linha defensiva escolhida, atingindo diretamente o direito de defesa (autodefesa), que é inviolável²³. Com efeito, ao se reconhecer a inviolabilidade do direito de defesa (autodefesa), reconhece-se ao acusado o direito de determinar a forma da sua atividade defensiva no processo penal²⁴.

De acordo com a nossa linha de pensamento está VASSALI, quando afirma que a defesa técnica não pode obstaculizar a livre expressão da autodefesa, que conserva ao menos do ponto de vista jurídico, absoluta supremacia sobre a primeira, sobretudo pela faculdade de constituir e desconstituir o defensor (faculdade que naturalmente lhe garante o poder de indicar ao defensor a linha de conduta a ser seguida)²⁵.

Segundo o que cremos, deve o defensor agir com especial cautela quando se lhe depara um choque entre linhas defensivas. Salientamos a necessidade do cuidado porque o defensor não está isento de equívocos, ainda que o seu conhecimento e a sua elevada experiência indiquem que a conduta defensiva adotada pelo acusado ocasionará enormes prejuízos para a defesa.

A título de exemplo, mencionamos a questão da decisão de recorrer: nossos tribu-

²¹ DENTI, Vittorio. *ibidem*, p. 52.: “Cio significa Che la obbligatorietà della presenza del difensore non confisca all'imputato il diritto all' difesa: giustamente si è rilevato che il riferimento alla assistenza allude 'all'attività che il difensore compie a fianco del difeso', mentre la rappresentanza si riferisce 'all'attività che l'uno compie in nome e per conto dell'altro'.

²² Ainda no CPP o art. 422: “Se, ao ser recebido o libelo, não houver advogado constituído nos autos para a defesa, o juiz dará defensor ao réu, que poderá em qualquer tempo constituir advogado para substituir o defensor dativo”.

²³ SINISCALCO, Marco. Autodifesa e libertà di scelte difensive. In: GREVI, V. (Org.). *op. cit.*, p. 141.

²⁴ SCAPARONE, Metello. Estensione e limiti dell'autodifesa. In: GREVI, V. (Org.). *op. cit.*, p. 133.

²⁵ VASSALI, Giuliano. Autodifesa e rifiuto dell'assistenza difensiva. In: GREVI, V. (Org.). *op. cit.*, p. 144.

nais são enfáticos, conforme aduzido no início do nosso de texto, no sentido de que “sendo profissional especializado, o defensor tem condições de melhor analisar a situação processual do acusado e, portanto, garantir-lhe o pleno exercício do direito de defesa”²⁶. Por essa razão, havendo conflito entre a posição da defesa técnica e a autodefesa, deve prevalecer a primeira.

Em uma análise superficial, é possível que se afirme que esse posicionamento está correto, uma vez que impera no sistema processual a regra da proibição da *reformatio in pejus*. Todavia, a questão não é tão simples. Os acusados estrangeiros, por exemplo, quando respondem pelo delito de tráfico de entorpecentes, têm reiteradamente se negado a apelar, mesmo quando a pena é fixada acima da que costuma ser imposta pelo órgão *ad quem*. A atitude parece ser resultado da sua ignorância e o defensor mais precipitado recorrerá sem pestanejar. Mas o fato é que alguns juizes das varas de execução criminal têm negado os benefícios previstos na lei das execuções penais (progressão de regime e livramento condicional) antes da expedição do decreto de expulsão, ato emanado somente após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Tal informação, no entanto, nem sempre está acessível ao defensor e uma decisão unilateral no sentido do apelo, iludido pela proibição da *reformatio in pejus*, pode trazer prejuízo ao acusado.

O diálogo é, pois, essencial para que se evitem desgastes ou malefícios. É prudente e demonstra respeito não somente ao direito de defesa do acusado como também à sua dignidade. Concordamos que, em regra, o conflito surge por ignorância do réu, de modo que, ao final, deveria prevalecer a posição do defensor. Mas essa regra comporta exceções, e não são poucas. Em verdade, é muito difícil para um defensor afirmar, com exatidão, o que é melhor para o acusado. O exemplo acima nos mostra que uma linha defensiva teoricamente equivocada pode ser a mais adequada na prática.

Sem pretender avançar em seara alheia, não podemos deixar de anotar que a psicologia forense tem demonstrado que, ao contrário do que se imagina, não é incomum o réu desejar o cumprimento de uma pena. O referido ramo do conhecimento explica que algumas pessoas têm como característica uma exteriorização extremamente violenta do seu superego, o que dá causa a um intenso sentimento de culpa que torna infernal a sua vida psíquica. O cumprimento da pena, como demonstram vários estudos, pode diminuir a sua angústia, contribuindo para sua saúde psíquica. Não podemos descartar, ainda, os motivos de ordem social. Não é tão rara, dentre os réus estrangeiros, oriundos de países cujos idiomas são exóticos, a recusa do requerimento de liberdade provisória. A falta de dinheiro e local de moradia, somadas com a ignorância do idioma, podem levar o réu a preferir aguardar o seu processo preso²⁷. Não é necessário mencionar os motivos de ordem moral e religiosa que podem, igualmente, exercer influência nas decisões do acusado.

²⁶ STJ – HC 35.455/SP.

²⁷ Em nosso trabalho junto aos réus estrangeiros na Defensoria Pública da União em Guarulhos, mais de uma vez já nos deparamos com réus tailandeses e filipinos que pediram expressamente para que não fosse pedida liberdade provisória, uma vez que não teriam para onde ir, não possuíam dinheiro e não falavam o idioma.

A certeza é uma só: diversos são os casos criminais, cada um trazendo seus diferentes personagens que, a cada dia, nos surpreendem com as infinitas facetas de suas vidas, de modo que o defensor jamais deve se sentir autorizado a impor a sua vontade ao acusado, o único titular do direito de defesa²⁸.

5. Conclusão

Do que foi exposto, podemos concluir que, por ser o único titular do direito de defesa, a vontade do acusado deve ser respeitada, pois é o próprio quem suportará o peso da eventual condenação. É o que se espera de um ordenamento jurídico que se afirme verdadeiramente democrático. Respeitar a autodefesa é fortalecê-la, em obediência ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e em prestígio às liberdades individuais.

É inadmissível o posicionamento que oferece maior importância à defesa técnica. É anacrônico e acaba por quebrar a característica de inviolabilidade do direito de defesa. Sim, o direito de se autodefender é inviolável e incompatível com a proibição de o acusado recusar o patrocínio de outrem. Se os vícios do nosso sistema exigem a defesa técnica, independentemente da vontade do réu, não se pode negar, ao menos, a supremacia da autodefesa em caso de eventual conflito. Ao contrário do que se supõe, o réu é a pessoa mais apta para saber o que é melhor para si, e os fatos demonstram que todo o conhecimento teórico do defensor pode ruir diante das peculiaridades de um caso prático. Com efeito, diversos exemplos extraídos da casuística demonstram a necessidade de extrema cautela do defensor quando supuser estar o acusado equivocadamente em sua linha defensiva. O diálogo é o caminho e a imposição é desrespeito.

6. Referência bibliográfica

GREVI, Vittorio. (Org.). Il problema dell'autodifesa nel processo penale. 6ª ed. Bologna: Zanichelli, 1982.

²⁸ Em verdade, nosso ordenamento tem avançado paulatinamente nesse sentido. Não são desconhecidas, por exemplo, as decisões judiciais que têm dado prevalência à vontade do acusado quando este opta pela transação penal prevista na lei 9.099/95, ainda que contra o posicionamento do defensor.