

**DIREITO CONSTITUCIONAL DE DEFESA****José Carlos Buzanello¹**

Rev. FAPAD

e-ISSN: 2764-2313

Data de aceite: 01/10/2021

<https://periodicosfapad.emnuvens.com.br/gtp/article/view/47>

Organizado pelo Ministro: José Barroso Filho

1 Introdução

O direito constitucional de defesa se insere no capítulo dos direitos fundamentais, que recebeu a seguinte fórmula genérica, no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988: “Aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a eles inerentes”. Com o direito de defesa, abre-se uma discussão sobre os “direitos fundamentais”, estruturando em formas jurídicas, ou seja, numa estrutura lógica da retórica constitucional.

Esse direito-garantia de defesa completa-se em pormenorizado detalhamento, por outros dispositivos constitucionais e legais, próprios para a ação política. A questão política aparece nas figuras da participação democrática e nos processos políticos mais gerais, como liberdades de associação, controle popular de atos do Estado, direito de petição, *habeas corpus* e muitos outros. Houve sensível retrocesso do instituto de defesa em operações anticorrupção, conhecida como “Lava Jato”.

O Direito de Defesa é concebido como problema constitucional, principalmente ao se problematizar a forma de como o governo analisa e atua, no Estado de Direito, em relação ao Direito de Defesa. Assim, ao mesmo tempo em que o Direito de Defesa pode ser uma virtude

¹ Doutor e Mestre em Direito. Atua na área jurídica. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (1991); Filosofia pela Universidade Federal de Santa Maria (1985). Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (1992) e Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2001). Especialização em Administração Municipal (IBAM/RJ). Tem experiência na área de gestão universitária. Avaliador Institucional do INEP/MEC e de Cursos de Direito. Exerce Advocacia no Rio de Janeiro.

da sociedade civil, poderá ser um problema político-jurídico para o Estado, na medida da geração de demandas e necessidade de respostas para os agentes públicos.

Na teoria do Direito, em regra, a garantia de um direito está confiada ao Estado. Por mais aperfeiçoado que seja o sistema político-jurídico de proteção dos direitos humanos, ele não poderá evitar todas as ameaças e violações de direitos, razão pela qual este sistema jurídico vem por último delegar ao indivíduo a faculdade de defender sua própria pessoa e os seus bens jurídicos. Admite-se que cada pessoa tenha o direito de defesa individual para perpetrar a “justiça privada”, a legítima defesa frente aos abusos de autoridades públicas e/ou de terceiros.

O Direito de Defesa retoma uma área complexa no debate do direito público, debate este antes mais restrito aos advogados criminalistas, mas que agora toma vulto, em razão de alguns abusos de autoridade na perquirição criminal em processos anticorrupção das operações “Lava-jato”.

2 Institucionalização do Direito de Defesa

O conceito do Direito de Defesa se apresenta como um instituto de direito natural e, na modernidade, como direito positivo. A expressão “Direito de Defesa” é suscetível a diversos tipos de abordagem, independentemente do lugar jurídico ou político que se lhe pretenda conceder, bem como de suas variáveis jurídico-políticas. O Direito de Defesa é a capacidade de pessoas ou de grupos sociais, exigirem do Estado, pessoas físicas ou jurídicas o que lhes é de Direito, em seus reclames para garantia do pronto atendimento a determinado direito ou como instrumento inibidor dos abusos do poder de autoridades.

O Direito de Defesa vem de longe na linha do tempo, que remonta a história da formação do constitucionalismo inglês, expresso na *Magna Charta Libertatum* (1215). Desse grande documento jurídico originaram-se o Direito de Defesa e seus instrumentos jurídicos para todo o mundo ocidental, como o direito de petição e o Habeas Corpus, inseridos na

Constituição Brasileira de 1988.

Esse vasto ordenamento jurídico, em termos de forma e conteúdo, alcança o universo dos direitos fundamentais e seu enquadramento classificatório na teoria constitucional. O Direito de Defesa pode ser traduzido como elemento garantidor do processo constitucional,

contribuindo, por consequência, para revitalizar o peso jurídico dos direitos fundamentais. Desta forma, acaba por não fugir aos padrões clássicos, que examinam a relação da sociedade contra o Estado, além das relações de poder entre indivíduos.

O constitucionalismo inglês nada mais é do que a ilustração do Direito de Defesa do povo à prepotência do soberano, da *Magna Charta Libertatum* (1215) ao *Act of Settlement* (1701), cultura esta que, mais tarde, terá em John Locke (1632-1704) o expoente máximo do Direito de Resistência. Na *Magna Charta* assinada pelo Rei João Sem Terra, o abuso de poder do soberano implicava rompimento do vínculo de obediência e de submissão dos vassalos, os quais, no caso, poderiam tomar as armas contra o soberano. Essa restrição dos poderes do soberano formaliza prematuramente os direitos e garantias do homem, assim como a origem do *habeas corpus*. O *habeas corpus*, como direito/garantia da liberdade física das pessoas, visava evitar prisões injustas, detenções excessivamente prolongadas e outras formas de opressão. Por pressão dos barões, o rei, ao assinar a *Magna Charta*, protegia essencialmente o patrimônio e as liberdades da nobreza e do clero, pois, após reparação dos danos, todos os bens e poderes antes atribuídos retornavam ao soberano.

A partir da modernidade, o Direito de Defesa coloca-se em duas perspectivas, quais sejam, do indivíduo enquanto sociedade e outra do Estado, acompanhando a lógica moderna da separação de poderes e também da desigualdade entre Estado e indivíduo. Por um lado, observa-se como o Estado reconhece as demandas do Direito de Defesa e, por outro, como o indivíduo concebe e demanda ao Estado, formando assim a necessária dialética entre demandas e respostas.

O constitucionalismo foi o momento alto da racionalização e da limitação do Estado, que teve como protótipos as Constituições americana e francesa. Estas questões marcam a discussão da organização do Estado e também o início do fenômeno constitucional, materializados em documentos solenes, como Declarações e Constituições, de caráter internacional e nacionais, tais como:

a) Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787, no preâmbulo declara solenemente o Direito de Resistência, enquanto Direito de Defesa. Nas suas dez primeiras emendas, aprovadas em 1789 e ratificadas em 1791, pretendeu-se limitar o poder estatal, estabelecendo a separação entre os poderes estatais e os diversos direitos fundamentais.

b) Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: esse evento histórico declara os princípios da liberdade política, que dá fim ao Antigo Regime e inaugura

o Estado Constitucional, mediante um rol de direitos universais da pessoa humana (igualdade, legalidade, propriedade, segurança jurídica, associação política, reserva legal, presunção de inocência, liberdade religiosa e livre manifestação de pensamento) Esta Declaração serviu de preâmbulo à Constituição de 1791.

c) Constituição Francesa, de 1793, expressa um catálogo de direitos fundamentais, como a resistência à opressão, igualdade, liberdade, segurança, propriedade, legalidade, livre acesso aos cargos públicos, livre manifestação de pensamento, liberdade de imprensa, presunção de inocência, devido processo legal, ampla defesa, proporcionalidade entre delitos e penas, liberdade de profissão, direito de petição, direitos políticos.

Não obstante disto, podem-se enumerar outras constituições, declarações e tratados internacionais de direitos humanos. Os princípios centrais destes documentos podem ser resumidos em duas formas: 1) todo ser humano tem certos direitos que lhes são inerentes. Trata-se de uma justificativa jusfilosófica; os direitos básicos de todo cidadão são irrevogáveis e/ou inalienáveis, isto é, tais direitos não podem ser negados, nem pelo Estado nem pelos próprios indivíduos; 2) prenunciam que o governo é para o indivíduo, não o indivíduo para o governo, princípio este que exerce grande influência não apenas sobre todas as Constituições, mas também sobre o Estado.²

O fundamento jurídico do Direito de Defesa permanece ligado a dois modelos jurídicos clássicos, o jusnaturalismo e o positivismo. Ao mesmo tempo em que se pronuncia o direito positivo com “promessas” de segurança jurídica, admite-se o Direito de Defesa. Estas ideias têm em comum a necessidade de limitação e o controle dos abusos de poder do próprio Estado.

3 Fundamentos Jurídicos do Direito de Defesa

O Direito de Defesa tem que ser fundamentado dentro do sistema jurídico, tem que empregar as regras e princípios constitucionais, os princípios gerais de direito, os princípios dos direitos fundamentais, da proteção da vida, da legítima defesa, do estado de necessidade, da segurança jurídica e do devido processo legal.

² BOBBIO, N. *Estado, governo e sociedade: por uma teoria geral de política*. 7ª. ed. Trad. M. A. Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 63-64.

Na Constituição do Brasil de 1988, o núcleo de desenvolvimento do Direito de Defesa assenta-se no direito da liberdade, que se espraia para o artigo 5º da Constituição Federal, ao assegurar o Direito de Defesa, principalmente no inciso LV: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Neste íterim, se destacam os direitos do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Além disto, o sistema constitucional brasileiro desmembrou o Direito de Defesa em várias espécies, dentre as quais, no artigo 5º da Constituição Federal, a defesa do consumidor (XXXII), o direito de petição (XXXIV), a plenitude de defesa no tribunal do júri (XXXVIII), o *habeas corpus* (LXVIII), o mandado de segurança (LXIX), a ação popular (LXXIII), a defesa jurídica dos pobres (LXXIV), o devido processo legal (LIV), a presunção de inocência (LVII), o direito ao silêncio (LXIII), a defesa de direito profissional ou sindical (art. 8º, III) e vários outros. Toda esta materialidade se combina com os elementos constitucionais da cidadania, a dignidade da pessoa humana, erguidos como fundamentos do Estado Democrático (art. 1º, II e III) e a defesa da paz (art. 4º).

O Direito de Defesa opera-se como legítima defesa civil ou penal e constitui-se em uma competência de substituição provisória do Estado, deixada aos indivíduos para realizarem as suas próprias defesas, frente aos abusos de autoridade e/ou de terceiros. Nestes casos cabe o uso do Direito de Defesa, mas, no caso inverso, quando o indivíduo ofende ou abusa da autoridade pública, cria-se uma situação melindrosa para o instituto do Direito de Defesa, que, conforme o caso, poderá descambar para a tipificação de crime contra a Administração Pública (resistência, desobediência ou desacato, tipificados nos arts. 329 e seguintes do Código Penal). Nestes casos, há previsão legal que tipifica e sanciona as condutas contrárias à lei, no âmbito penal ou disciplinar, no caso do abuso de autoridade, também abrangendo o abuso de poder, conforme disposto no art. 4º da Lei 4.898/65.

Os fundamentos recorrentes do Direito de Defesa apresentam-se nos recursos convencionais do direito processual e em todos os tipos de ações jurídicas, invocando-se princípios previstos na ordem jurídica, o estado de necessidade e a legítima defesa.

A legítima defesa abriga com maior visibilidade o Direito de Defesa, quando desferida por uma pessoa para a defesa da vida ou quando se torna um instrumento de defesa social. Quanto ao estado de necessidade, como é caso do crime famélico, praticado por um tipo penal, atenuado quando o ato se transforma num saque a supermercado em busca de alimentos.

4 Direitos e Garantias Constitucionais da Defesa

A Constituição Federal elenca uma série de direitos e garantias de defesa, dentre as quais enumeramos:

1. Defesa dos Pobres: O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (LXXIV). Por último, impõe-se o registro da garantia de assistência dos necessitados em juízo, instituindo a Defensoria Pública, qualificada como “essencial à função jurisdicional do Estado e programando a sua organização (art. 134, CF).

2. Presunção de Inocência: Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (LVII). A presunção de inocência é, sem dúvida, uma das grandes conquistas que dignifica o Direito de Defesa e que se harmoniza com o princípio da dignidade da pessoa humana. Originária do pensamento expresso no clássico brocardo latino “*in dubio pro reo*” dos grandes diplomas jurídicos internacionais.

3. Identificação do responsável pela prisão: O preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial (art. 5º, LIV). Essa garantia assegurada ao preso se situa no campo de vitalização do Direito de Defesa, que é a identificação do órgão de repressão e dos responsáveis por sua prisão e interrogatório policial. Esta exigência traz a providência integrativa do efetivo exercício da defesa, evitando abusos policiais no ato de prisão ou durante o interrogatório, ação preventiva para a integridade física e moral do preso.

4. Direito ao Silêncio: O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado (art. 5º, LXIII). Esse direito se consubstancia em mais um mecanismo de Direito de Defesa, ao assegurar que o preso tenha o direito de permanecer calado (art. 5º, LXVII), entrando em sintonia com o direito constitucional comparado, como nos Estados Unidos da América.

5. Provas Ilícitas: São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI). A vedação de uso, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos, chamada na doutrina de “frutos da árvore envenenada”, é outra norma integrativa do princípio da ampla defesa.

6. Plenitude de defesa no Tribunal do Júri: São preceitos afirmativos de uma mesma ideia, a proteção e a defesa da pessoa em face de uma acusação no Tribunal do Júri, assegurada “a plenitude de defesa” (art. 5º, XXXVIII).

7. Vedação do Tribunal de Exceção: Não haverá juízo ou tribunal de exceção (XXXVII). A vedação de juízo ou tribunal de exceção é uma das grandes conquistas da democracia contemporânea. Tal princípio veio proscrever do mundo civilizado terror dos julgamentos políticos e sumários, fatos que mancharam a história da humanidade.

Estes direitos e garantias também aparecem nas leis penais, de forma mitigada no inquérito policial e na ação penal. Sobre inquérito policial, consolidou-se entre nós o conceito de que se trata de um procedimento administrativo inquisitivo e, por isso dispensável o contraditório. Contudo, em alguns casos, torna-se um instrumento de condenação, por estar sem efetivo controle de defesa, susceptível de produzir provas definitivas, como o corpo de delito, documentos, perícias, sempre utilizados para embasar sentença condenatória. Como tudo é produzido sem a intervenção da defesa do réu, avilta o Direito de Defesa.

Registra-se que o Código de Processo Penal (CPP) autoriza a autoridade policial fazer buscas e apreensões (arts. 240/249), sequestro de bens (arts. 125/132), quebra do direito à intimidade pela investigação da vida pregressa (art. 6º, IX), prisão preventiva (art. 312), ordem de incomunicabilidade do indiciado (art. 21), além da prisão temporária (Lei 7.960/89), atos estes sempre realizados de surpresa, sem possibilidade de exercício do Direito de Defesa.

4.1 Ampla Defesa e Legítima Defesa

O Direito de Defesa é visto como um recurso de legítima defesa, expressado contra a violação do direito subjetivo, para a conservação de valores sociais. Deste modo, a teoria da legítima defesa cível assemelha-se, em parte, à de natureza penal, sendo que esta se destina à defesa da vida, enquanto a outra se volta para a defesa da posse e da propriedade.

A licitude do Direito de Defesa está assegurada dentro de certos limites e segundo certas regras, que pressupõem uma agressão injusta, caracterizando uma reação dirigida contra o agressor. Assim, o Direito de Defesa lícito tem o sentido de: a) ato ou efeito de defesa; b) defesa em favor de direitos e contra-ataque; d) defesa contra constrangimento, também contra ordem ilegal ou injusta. Assim como o direito à vida, se uma pessoa vem

matar alguém, mas esta outra pessoa a mata primeiro, estará ela amparada pelo instituto da legítima defesa.

No direito penal, o Direito de Defesa assenta-se no Código Penal Brasileiro, nos institutos da legítima defesa (art. 25) e no estado de necessidade (art. 24). O Direito de Defesa apresenta-se bipartido, em direito à autodefesa, exercido pessoalmente pelo acusado e o direito à defesa técnica, exercido por profissional habilitado, com capacidade postulatória, para adquirir o equilíbrio entre a acusação e a defesa. O direito à autodefesa se divide em três aspectos, quais sejam: direito de presença; direito de audiência; direito de postular pessoalmente. O direito de postular está presente no Código de Processo Penal (CPP), tais como: possibilidade de recorrer pessoalmente (art. 577, *caput*, CPP), de interpor *habeas corpus* ou revisão criminal (art. 623, CPP), de arrolar testemunhas (art. 395, CPP).

A regra do art. 396, do Código de Processo Penal, *verbis* “apresentada ou não a defesa”, autoriza a consolidação da tese de que a defesa prévia é uma faculdade e não uma providência indispensável à formação do processo. Sem defesa prévia, imperativa para a composição do contraditório, ter-se-á uma instrução criminal capenga, que induz para condenações injustas, que está em contradição com a garantia da ampla defesa. A mesma crítica se faz quanto ao prazo de 24 horas para a defesa requerer diligências no término da instrução, o qual tem curso em cartório independentemente de intimação (arts. 499 a 502, CPP), que resulta imprestável e implica, na prática, cerceamento de defesa.

O Estado reconhece que ninguém pode tirar a vida do outro, senão para assegurar sua legítima defesa pessoal, pois o indivíduo defende seu direito do mesmo modo que cada um é guardião de sua integridade. Para isto, o sistema jurídico estabelece três pressupostos para que o Direito de Defesa seja legítimo: em primeiro, que haja necessidade inevitável de reagir, o que consiste em opor-se as injustas agressões; em segundo que a reação seja a menor possível; em terceiro, que cesse imediatamente após o desfecho da ação. Desta forma, o Estado formalmente reconhece o Direito de Defesa como um direito de legítima defesa, como direito natural, preexistente em toda e qualquer sociedade (direito à vida), com decorrência em outros direitos positivados no direito à liberdade e à dignidade da pessoa humana.

A legítima defesa é mais um problema de necessidade do que de moralidade, pois a defesa do direito natural da vida está mais para a biologia do que para a axiologia. Esse direito de defesa visa defender outro direito, como a vida, contra ato ilegal ou injusto, e, no sentido político, em favor da sociedade e da ordem democrática. Recupera-se, nessa modalidade de

direito de defesa lícita, o jusnaturalismo hobbesiano, que inclui o direito de resistir diante do medo da morte, inclusive podendo, como último recurso, matar outra pessoa para salvar a si mesmo. É natural, em Hobbes, que as pessoas escolham o mal menor, ou seja, a vida e a segurança física do indivíduo, que são valores supremos no sistema jurídico e jamais poderão ser abandonados, assim como não poderá haver qualquer obrigação jurídica para se morrer.

Quando se trata de defesa de direitos, como o da vida e o da propriedade, deve-se perguntar: quais são as garantias jurídicas de que estão cercados os indivíduos para resistirem às violências? A morte resultante de legítima defesa não deixa de ser crime, mas não tem a imputação penal, havendo nesse caso excludente de ilicitude. Na significação do direito penal, a legítima defesa (art. 25, CPB) resulta sempre da violência ou da ameaça da violência. Está claro que o Direito de Defesa tem um papel a cumprir nesse particular, já que o Estado outorga ao ofendido a legítima defesa do seu direito. A intervenção do Estado vem quase sempre depois que a violação do direito ficou perpetrada, punindo o culpado na proporção do dano contido no crime.

Além da legítima defesa, o sistema jurídico adota outra forma de Direito de Defesa lícita, como o caso do estado de necessidade (art. 24, CPB; art. 188, CCB). São seus requisitos básicos: que o perigo seja iminente, ao ponto que sua remoção pode ir ao ponto de deteriorar ou destruir a coisa alheia; ser o ato absolutamente exigido pelas circunstâncias; que não se exceda do indispensável para a remoção do perigo. É mais um conflito de direito em que prevalece o critério extraído da natureza, onde o mais forte vence o mais fraco fisicamente (lei da selva).

5 Devido Processo Legal

O princípio do contraditório e da ampla defesa está assegurado na Constituição Federal, no art. 5º, LV, *verbis*: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. A observância do devido processo legal tem no preceito *by the law of the land* do direito inglês, transposto para a cláusula *by due process of law* do direito americano. Somente a Constituição de 1988 é que expressa o devido processo legal, preceito contra o arbítrio judicial. A preciosa cláusula do *due process of law* é, sem dúvida, coluna mestra da cidadania corporificado no direito de defesa, abrigo insindicável do indivíduo, sem a qual o Direito de Defesa seria asfixiado e desprovido de efetividade.

As origens do devido processo legal, enquanto princípio norteador da jurisdição, remontam à Magna Charta de João Sem Terra, da Inglaterra de 1215. A *Magna Charta* não fazia alusão expressa a este princípio, mas ao princípio “*law of the land*”, ou seja, direito da terra, garantindo aos cidadãos o direito a um justo processo legal da propriedade. Este princípio expressamente aparece nas Declarações de Direito e nas Constituições dos Estados membros, mais tarde na Constituição Americana de 1787, reaparecendo como *due process of law*.

A Constituição Brasileira inspirou-se na Constituição Americana, ao trazer para o ordenamento jurídico o devido processo legal (art. 5º, LIV). O princípio do devido processo legal consta na Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948) e na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (San José, Costa Rica, 1969), aprovada no Brasil através do Decreto Legislativo nº 27, de 26/5/1992.

O princípio do devido processo legal norteia o ordenamento jurídico brasileiro, que de certa maneira engloba os princípios do acesso à justiça, da ampla defesa e do contraditório, para a proteção aos bens jurídicos (vida, liberdade e propriedade). O devido processo legal também insere o direito de ação, a igualdade de todos perante a lei, que enfeixa o acesso à justiça. Assevera-se neste princípio a necessidade do processo formal, que: a) gera a garantia de que qualquer processo se dá em relação a fatos, cuja ocorrência seja posterior às leis que os regulamentam; b) significa também que o Poder Judiciário deve apreciar as lesões e ameaças à liberdade e aos bens dos indivíduos; c) contraditório e ampla defesa; d) a imparcialidade do juiz; e) não há pena sem processo, significando que a sanção penal só pode ser imposta dentro do competente processo com a intervenção do juiz.

Divide-se o devido processo legal em duas espécies, quais sejam: substancial e processual. O substancial considera o direito material e requerendo uma produção de leis de interesse público, justaposto aos anseios do grupo social a que se destina. É precisamente no princípio da razoabilidade das leis que se configuram os limites imprescindíveis ao poder legiferante do Estado, de sorte a ser evitado o abuso de poder por parte do próprio Governo, garantindo-se ao cidadão, na elaboração legislativa, leis razoáveis, assim denominadas em razão de atenderem aos reclames da sociedade.

Por outro lado, o devido processo legal é empregado no sentido estrito, referindo-se tanto ao processo judicial quanto ao processo administrativo assegurando-se aos litigantes direitos no âmbito do processo, tais como: citação, ampla defesa, apresentação de provas, ter

defensor legalmente habilitado (advogado), contraditório, contra-argumentação face às provas arroladas pela outra parte, juiz natural, julgamento público mediante provas lícitas, imparcialidade do juiz, sentença fundamentada, duplo grau de jurisdição e coisa julgada.

Para Nelson Nery Júnior, o devido processo legal, sob a ótica estritamente processual, “nada mais é do que a possibilidade efetiva da parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível”³.

O Código Civil permite a proteção do direito até com desforço físico, em certas circunstâncias, como o esbulho possessório. Se, da mesma forma em que há uma ordem de despejo de uma terra invadida, poderá haver uma ordem de manutenção de posse em favor dos invasores. Então, estaremos diante de uma colisão de direitos entre propriedade e dignidade humana.

Já a ampla defesa corresponde ao direito de a parte se utilizar de todos os meios ao seu dispor para alcançar seu direito, por provas ou por recursos. Assim, o juiz não pode negar à parte o direito de apresentar determinada prova, exceto quando utilizada apenas para atrasar o processo.

O princípio da ampla defesa e do contraditório possui base no dever delegado ao Estado, de facultar ao acusado a possibilidade para efetuar a mais completa defesa por meios processuais. O meio processual probatório se apresenta como oportunidade em que os litigantes têm para requerer a produção de provas, assim como também para se pronunciarem a respeito de seu resultado. Questiona-se se há efetivamente contraditório penal no sistema inquisitivo, pois o acusado não passa de mero objeto de investigação, motivo este porque não há que se falar em contraditório em fase pré-processual.

O novo CPC (Lei 13.105/2015) traz, em alguns dispositivos, o modo como deve ser observado o princípio do contraditório no processo judicial. Por isso que, nos termos do art. 8º, incumbe ao juiz zelar pelo efetivo contraditório (o que mostra que o contraditório deve ser mais efetivo). O art. 9º estabelece que, com as ressalvas do parágrafo, o contraditório deve ser prévio à produção da decisão, e o art. 10 expressamente proíbe as “decisões-surpresa”. O Código acolhe a ideia de que o contraditório deve ser visto como uma garantia de não surpresa, de modo assegurar que haja, no processo judicial, um contraditório pleno, efetivo, prévio à construção das decisões judiciais.

³ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 41.

O contraditório pode significar “ouça-se também a outra parte”, isto é, o direito do réu em ser ouvido e na proibição de que haja decisão sem que não tenham sido ouvidos os interessados. Por conta deste princípio, no processo cível, a sentença será nula se o demandado não tiver tido oportunidade de contestar a ação. No processo penal haverá suspensão até que a defesa seja apresentada e, caso haja condenação com base apenas em prova produzida pela acusação, também haverá nulidade, motivo pelo qual o juiz não pode condenar com base em prova produzida apenas no inquérito policial.

Considerações Finais

O Direito de Defesa é, por si só, um tema complexo e, ao mesmo tempo, é um direito de exercício da cidadania. O Direito de Defesa continua sendo o grande desafio da humanidade. De toda sorte, o Direito de Defesa individual somente tem um significado na história do pensamento moderno, quando se concebem na limitação dos poderes e na proteção das liberdades individuais.

O conceito moderno de Direito de Defesa só se consegue impor, em termos de estrutura político-jurídica, nas Declarações de Direito e nas Constituições. Toda vez que a autoridade pública descuidar do seu compromisso de cumprimento à Constituição, qualquer cidadão pode valer-se do seu Direito de Defesa. O questionamento inicial do Direito de Defesa girava em torno da ameaça de morte do indivíduo decretada pelo Rei. Modernamente, evolui para condição de defesa social.

O Direito de Defesa não tem apenas a mesma origem no jusnaturalismo, mas estão ligados ao discurso da estabilidade do poder na relação Estado/sociedade que, por consequência, redundam na disjuntiva liberdade/poder. Ambos surgem para assegurar o *status libertatis*, isto é, o espaço de manobra de que o indivíduo dispõe em face do Estado. Assim, o Direito de Defesa torna-se tema do Direito Público que serve como argumento jurídico-ético para opor-se basicamente ao Estado absoluto.

O conceito moderno de Direito de Defesa só se consegue impor, em termos de estrutura político-jurídica, nas Declarações de Direito e nas Constituições. Os fatos relacionados à Independência e à Constituição dos Estados Unidos da América criticavam as violações do rei da Inglaterra, com a independência surgindo sob o auspício do princípio da autodeterminação dos povos. Modernamente, evolui para defesa social.

A teoria do Direito de Defesa também desnuda a proposta jurídico-positivista na formação do Estado moderno, de que o direito positivo era bastante o suficiente para a regulação da vida social. Ao trazer para o campo do Direito Constitucional a problemática do Direito de Defesa, se estabelecem os critérios normativos quanto sua extensão jurídica. Desta forma, faz repensar o modelo de funcionamento das garantias políticas e jurídicas da sociedade, ou seja, será que é razoável que apenas o Estado disponha de mecanismos de defesa, ficando a sociedade desguarnecida? Não. Surge também o conceito de necessidade constitucional, ao possibilitar a defesa social por vários dos instrumentos de resistência.⁴

O Direito de Defesa serve para a incorporação de direitos individuais, um direito instrumental para alcançar direitos primários (vida, segurança, liberdade, bens), servindo ainda como sinal vermelho contra a ilegalidade e o abuso de autoridade.

Registram-se alguns abusos de autoridade nos processos anticorrupção na operação Lava jato. Ampliou-se a polêmica em torno das práticas adotadas em operações contra a corrupção pelo Ministério Público e Polícia Federal em <http://veja.abril.com.br/noticias-sobre/pf/> pedir a prisão de suspeitos. O princípio constitucional da presunção de inocência vem sendo ignorado, em alguns casos, nascendo um novo princípio antijurídico, que é o da “presunção de culpabilidade”, sem nenhum amparo constitucional, como no caso emblemático da prisão do Reitor Luiz Carlos Cancellier de Olivos, da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), que o levou ao seu suicídio.

Parece-nos que se quer combater um mal fazendo outro mal. Assim, questiona-se quantas pessoas terão suas vidas destruídas por processos criminais, que têm início de forma desproporcional, sem um mínimo de indícios suficientes para justificar a prisão? Quantos pobres marginalizados, que acusados por agentes de repressão, muitas vezes despreparados e ávidos por holofotes, encontram respaldo em magistrados, destruindo suas vidas e famílias? Precisamos, de forma urgente, dar um basta aos abusos das autoridades por excesso de poder, para evitar que novos fatos aconteçam. De todo modo, registra-se com felicidade que entidades democráticas e novos autores estão desenvolvendo e aprofundando o tema, como a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e organizações civis de direitos humanos, ambientalistas, consumeristas (IDEC)⁵ e criminalistas (IDDD)⁶.

⁴ BUZANELLO, José Carlos. *Direito de resistência constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014. p. 156.

⁵ Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor é uma associação de consumidores independente de empresas e governos com a missão de defender direitos e a ética na relação de consumo.

Os direitos que provêm do processo histórico da modernidade, como tolerância, igualdade, liberdade, fraternidade e pluralismo são promessas constitucionais, que ainda não se completaram. Da mesma forma, o Direito de Defesa se fortalece, ao recuperar os aspectos civis e políticos da cidadania.

Referências Bibliográficas

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, N. *Estado, governo e sociedade: por uma teoria geral de política*. 7. ed. Trad. M. A. Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BUZANELLO, José Carlos. *Direito de resistência constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014.

LAFER, Celso. *A Reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

WALZER, Michael. *Das obrigações políticas: ensaios sobre a desobediência, guerra e cidadania*. Trad. H. M. C. M. Pereira. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1977.

VON IHERING, Rudolf. *A luta pelo direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

6 Instituto de Defesa do Direito de Defesa é uma organização de interesse público que trabalha pela defesa do princípio da presunção da inocência, pelo pleno acesso à Justiça, por um processo justo e cumprimento de pena de forma digna e por maior tolerância da sociedade civil.