

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM O MINISTÉRIO PÚBLICO EM AÇÃO

AMANDA BERNARDES ABREU BEMFICA
Matrícula: 23587

Princípios Fundamentais do Contraditório e da Ampla Defesa à luz do Processo Penal.

Professor: António José Campos Moreira

Rio de Janeiro

2023

1. INTRODUÇÃO

Toda a estrutura do processo penal brasileiro encontra-se na Constituição Federal de 1988, exteriorizada pelas opções político-jurídicas do legislador constituinte.

Não há que se olvidar, que as leis infraconstitucionais, aqui, em especial, as processuais penais precisam ser interpretadas e aplicadas em conformidade com a Magna Carta, a fim de haja, em um Estado Democrático de Direito, um processo penal justo no exercício do *Jus puniend*, buscando-se um equilíbrio, de modo que não haja excesso, dando-se efetividade aos direitos e garantias fundamentais do cidadão, e que não haja uma proteção deficiente na tutela da segurança pública, homenageando-se os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade.

Assim, sob a ótica de um devido processo penal constitucional, o presente trabalho visa, sem objetivar o esgotamento do assunto, discorrer sobre os Princípios Fundamentais do Contraditório e da Ampla defesa no processo penal, delineando questões específicas de grande relevância teórica e prática à luz, também, da jurisprudência do Tribunais Superiores.

Dessa forma, primeiro será analisada a necessidade de releitura do processo penal à luz da Constituição e do sistema processual penal contemporâneo. Em seguida, se passará ao estudo dos mencionados princípios e seus desdobramentos no processo penal.

Sendo assim, será possível delinear um panorama de como esses princípios são interpretados e aplicados no processo penal.

2. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E DO SISTEMA ACUSATÓRIO

No ordenamento jurídico brasileiro, até a promulgação da Constituição Federal de 1988, prevalecia o entendimento de que o processo penal tinha natureza jurídica híbrida (mista), sob duas justificativa, a primeira porque a fase de investigação possui natureza inquisitiva, e uma vez iniciado o processo, a partir da formalização da acusação, tinha-se o modelo acusatório. A segunda seria porque o código de processo penal e a Lei 4611/65 previam a denominada ação penal de ofício.

Todavia, com o advento da Constituição de 1988, prevalece o entendimento de que o processo penal brasileiro é acusatório e não misto.

Nesse sentido, a doutrina majoritária sustenta que a investigação, em que pese seja de natureza inquisitória, é uma fase pré-processual, não integrando o processo penal, que é acusatório, por expressa opção do legislador constituinte no artigo 129, I da CRFB/88.

Dessa forma, com a promulgação da Carta Magna, surge o entendimento de que as leis infraconstitucionais devem ser interpretadas de acordo com as normas constitucionais, em razão de supremacia da constituição, que é base do Estado democrático de Direito.

Portanto, fala-se em uma releitura do código de processo penal sob dois enfoques. O primeiro é a filtragem das normas do código de processo, em que se realiza a compatibilidade entre as normas do código e as normas da Constituição de 1988, de forma que as normas compatíveis com a constituição foram recepcionadas, ao passo que as incompatíveis foram revogadas.

O segundo é a interpretação das normas vigentes do código de processo penal à luz da constituição e do sistema processual acusatório, tendo em vista que a constituição não recepcionou a ação penal de ofício, tornando a promoção da ação penal em monopólio constitucional do Ministério Público, consoante o artigo 129, I da CRFB/88, ressalvada a ação penal privada subsidiária da pública.

Dessa forma, de acordo com os ensinamentos de Renato Brasileiro Lima (2020), a constituição federal de 1988 adotou o sistema processual acusatório, prevendo de maneira expressa a separação das funções de acusar, julgar e defender, outorgadas a sujeitos processuais distintos, sendo assegurado o contraditório e a ampla defesa, promovendo-se a igualdade das partes, paridade de armas e o equilíbrio.

Portanto, tem-se um processo de partes, em que o acusado é visto como sujeito de direitos, presumidamente inocente, e não objeto de provas, como era no sistema inquisitivo, que era incompatível com os direitos e garantias individuais.

Vislumbra-se, assim, que o contraditório e a ampla defesa são corolários do modelo acusatório.

3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

Postulados constitucionais explícitos, listados no rol de direitos e garantias fundamentais previstos no artigo 5º, 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 ela inerentes.”

Também estão previstos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos em seu artigo 8º, item 1.

São postulados constitucionais indissociáveis, estando diretamente ligados, uma vez que o contraditório viabiliza a ampla defesa, enquanto essa é expressão daquele.

Mister ressaltar que a ampla defesa é unidirecional, pois garantida apenas ao acusado, ao passo que, o contraditório é bilateral, sendo garantido a ambas as partes.

3.2. Do contraditório

Joaquim Canuto Mendes de Almeida leciona que o contraditório pode ser entendido como a ciência bilateral dos atos e termos do processo e a possibilidade de contrariar a eles.

De acordo com os ensinamentos de Renato Brasileiro Lima (2020, p.56):

[...]o núcleo fundamental do contraditório estaria ligado à discussão dialética dos fatos da causa, devendo se assegurar a ambas as partes, e não somente à defesa, a oportunidade de fiscalização recíproca dos atos praticados no curso do processo. Eis o motivo pelo qual se vale a doutrina da expressão “audiência bilateral”, consubstanciada pela expressão em latim *audiatur et altera pars* (seja ouvida também a parte adversa)

Portanto, é assegurado a ambas as partes, tanto à acusação quanto à defesa, objetivando-se, assim, o equilíbrio entre o exercício do *Jus Puniend* pelo Estado e o direito de liberdade e garantia de não culpabilidade do réu, conforme ministra Leonardo Barreto Moreira Alves (2018).

Desse modo, manifesta-se e se aperfeiçoa pelo direito à informação e o direito à reação.

O direito à informação é concretizado através dos atos de comunicação processual de citação, intimação e notificação, dando conhecimento às partes sobre os atos e termos do processo, oportunizando o contraditório e o direito à reação, permitindo-se, dessa forma, a manifestação contra eles.

Citando Gustavo Badaró, Renato Brasileiro (2020) adverte que o contraditório deixa de ser apenas formal, onde a mera possibilidade de manifestação bastaria, passando a ser efetivo e equilibrado, permitindo a participação das partes em igualdade de condições, em homenagem à igualdade substancial. Assim, não mais restringe-se ao direito à informação e à reação, buscando incluir nele a paridade de tratamento (princípio da *par conditio* ou paridade de armas), com base nos ensinamento do italiano Elio Fazzalari.

Consoante o disposto no artigo 5º, LV da CRFB/88 a observância do contraditório é obrigatória no processo judicial ou administrativo, ou seja, na fase processual. Nesse sentido, Jurisprudência e doutrina são firmes no sentido de que não há falar em contraditório e ampla

defesa no inquérito, ante a sua natureza inquisitorial, uma vez que se trata de procedimento administrativo, que visa subsidiar a atuação persecutória do Ministério público para formar a *opinio delict*.

Nesse contexto, a reforma de 2008 no Código de Processo Penal, através da lei 11.690/08, buscou diferenciar elementos informativos de prova, trazendo nova redação ao artigo 155 do CPP, ao estabelecer que, salvo as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, o livre convencimento do juiz será formado pela prova produzida em contraditório judicial, não sendo permitido fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos obtidos na fase da investigação.

Assim, os elementos informativos são colhidos na fase da investigação, tendo como destinatário imediato o Ministério Público, uma vez que sua finalidade precípua é angariar elementos para a formação da justa causa para a promoção da ação penal. Por sua vez, as provas, em regra, são produzidas no curso do processo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, e destinam-se ao juiz para a formação de sua livre convicção.

Desse modo, a finalidade dessa previsão legal é vedar que o juiz forme seu convencimento para condenar o réu com base exclusivamente nos elementos informativos, por ofensa direta aos princípios do contraditório e ampla defesa.

Imperioso ressaltar que o dispositivo não proíbe que o juiz profira sentença condenatória com fundamento nos elementos informativos, ele pode utilizá-los, desde que sejam corroborados pelas provas, propriamente ditas, produzidas na fase da instrução, com a observância do contraditório.

No ponto, é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que é possível a utilização das provas colhidas durante a fase inquisitiva - reconhecimento fotográfico - para embasar a condenação, desde que corroboradas por outras provas colhidas em Juízo - depoimentos e apreensão de parte do produto do roubo na residência do réu, nos termos do art. 155 do Código de Processo Penal. Precedentes. (AgRg no HC 633.659/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/03/2021)

3.2.1. Do contraditório para a prova e contraditório sobre a prova

Importante fazer distinção sobre o contraditório para a prova e o contraditório sobre a prova.

O contraditório para a prova é aquele observado no momento da produção da prova, sendo imprescindível a presença das partes e do juiz na formação do elemento de prova, onde a prova é produzida em juízo na fase da instrução criminal, é o que ocorre com a prova testemunhal colhida em juízo, conforme ensinamento de Renato Brasileiro Lima (2020).

Por sua vez, o contraditório sobre a prova é aquele que sua observância ocorre em momento posterior à produção da prova, por isso é também denominado de contraditório diferido, postergado, adiado, isso se dá por exemplo com a prova documental, em que o contraditório será exercido após sua juntada no processo.

É a hipótese das provas cautelares, não repetíveis e antecipadas produzidas na fase da investigação, como, por exemplo, o exame de corpo delito, em que o contraditório será postergado para a fase processual.

É o que acontece também na hipótese de interceptação das comunicações telefônicas ou telemáticas, assim como na captação de sinais ópticos, acústicos ou eletromagnéticos.

Dessa forma, o procedimento da interceptação é sempre sigiloso, conforme dispõe o artigo 8º da Lei 9.296/96, portanto, não faz sentido intimar o acusado ou réu acerca da diligência, uma vez que frustraria a sua própria finalidade.

Logo, o contraditório aqui é postergado, posto que será manifestado após a conclusão do procedimento e realizada as devidas degravações, preservando-se, assim, o contraditório e ampla defesa.

Merece destaque, aqui, que a interceptação e a captação não são propriamente provas, mas sim meios de obtenção da prova, a prova em si é o que for interceptado, captado, sendo, portanto, prova documental, de acordo com os ensinamentos do ilustre professor Antônio José.

Nesse contexto, na hipótese de juntada de provas documentais, como, por exemplo, laudo da arma apreendida e folha de antecedentes criminais do réu, aos autos após a apresentação das alegações finais, o juiz, antes de proferir a sentença, deverá intimar as partes, conferindo-lhes ciência (direito à informação) e possibilitando-lhes a manifestação (direito à reação) sobre os documentos, sob pena de nulidade da sentença, por ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

3.2.2. Contraditório e questões de direito

Há absoluta divergência sobre a jurisprudência e parcela da doutrina quanto ao exercício do contraditório no caso da *emendatio libelli*, prevista no artigo 383 do CPP.

Nessa toada, na hipótese, por exemplo, em que a denúncia imputa ao acusado a prática de um crime de roubo triplamente circunstanciado por concurso de pessoas, emprego de arma de fogo e restrição de liberdade da vítima. Essas majorantes estão descritas na denúncia, contudo, na classificação do crime o Ministério Público menciona roubo apenas duplamente circunstanciando, esquecendo-se de citar a arma de fogo. Surge a questão se o Juiz poderia

condenar o réu por roubo triplamente circunstanciado ou necessitaria de aditamento da denúncia pelo *Parquet* e intimação das partes sobre a possibilidade de alteração da classificação.

Consoante ministrado pelo ilustre professor Antônio José, há doutrinadores, como Gustavo Badaró que sustentam a necessidade de o juiz intimar as partes antes de sentenciar aplicando o artigo 383 do CPP. Assim, o juiz deveria oportunizar o contraditório, informando as partes sobre a possibilidade de correção da classificação do crime. Para corroborar essa tese, invocam o artigo 10 do Código de Processo civil, que preconiza que o contraditório deve ser observado com relação ao fato e ao direito.

No entanto, malgrado haja divergência doutrinária, a jurisprudência é assente no sentido da desnecessidade de aditamento da denúncia e de intimação prévia das partes, haja vista que, no caso em comento, o emprego de arma consta da descrição fática da denúncia.

Sendo firme o entendimento de ser lícito ao juiz, ao proferir a sentença, dar nova definição jurídica aos fatos, sem alterá-los, diversa daquela que consta na denúncia ou queixa, dando-lhes a classificação que considerar correta, não havendo surpresa para acusação e defesa, haja vista que o réu se defende dos fatos narrados na denúncia e não dos dispositivos de lei indicados, além disso, caso discordem, poderá ser impugnada mediante recurso.

Portanto, não há ofensa ao contraditório.

Situação essa que caracteriza a *emendatio libeli* prevista no artigo 383 do CPP, questão de direito, onde ocorre o mero ajuste da classificação à imputação contida na denúncia, traduzindo-se na indicação do artigo de lei em que o acusado está incurso, a qual é distinta da *mutatio libeli*, em que há a mudança do fato, sendo necessário o aditamento.

Nesse ponto, traga-se à baila:

HABEAS CORPUS . EMENDATIO LIBELLI . RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PARA A ACUSAÇÃO. NE REFORMATIO IN PEJUS . SÚMULA Nº 160/STF. ORDEM CONCEDIDA. 1. O juiz de primeiro grau, com base no art. 393 do Código de Processo Penal, pode dar nova classificação jurídica ao fato definido na queixa ou na denúncia ao prolatar a sentença, prescindindo de aditamento da peça exordial ou mesmo de abertura de prazo para a defesa se manifestar, já que o réu se defende dos fatos narrados pela acusação e não dos dispositivos de lei indicados. (STJ – 6ª T. – HC 21.864 – rel. Paulo Gallotti – j. 16.12.2003 – DJU 02.02.2009) – grifamos

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. LESÃO CORPORAL DE NATUREZA GRAVE. EMENTATIO LIBELLI. FATO JÁ DESCRITO NA DENÚNCIA. MUDANÇA DA DEFINIÇÃO JURÍDICA. DESNECESSIDADE DE ADITAMENTO. AMPLA DEFESA GARANTIDA. AGRAVO DESPROVIDO. 1. É lícito ao juiz alterar a tipificação jurídica da conduta do réu no momento da sentença, sem modificar os fatos descritos na denúncia, conforme a inteligência do art. 383 do CPP, sendo despicinda a abertura de prazo para aditamento (CPP, art. 384). 2. Não constitui ofensa ao princípio da correlação entre a denúncia e a sentença condenatória o ato de magistrado singular, nos termos do art. 383 do Código de Processo Penal,

atribuir aos fatos descritos na peça acusatória definição jurídica diversa daquela proposta pelo órgão da acusação. Precedentes. 3. Agravo desprovido (AgRg no HC n. 770.256/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 25/10/2022, DJe de 4/11/2022.) - grifamos

3.2.3. Contraditório e medidas cautelares

O §3º do artigo 282 do CPP prevê que, em regra, para a aplicação de medidas cautelares será observado o contraditório prévio, ressalvado os casos de urgência ou de risco de ineficácia da medida, como é a hipótese de decretação de prisão, de modo que, nesse caso, o contraditório será diferido.

A observância do contraditório prévio tem incidência, inclusive, quando a medida cautelar é requerida na fase de inquérito, embora não haja contraditório nessa fase, haverá especificamente com relação à cautelar.

3.2.4. Contraditório e fixação do valor mínimo para a reparação dos danos (artigo 387, IV, do CPP)

A reforma de 2008 possibilitou ao juiz, ao proferir a sentença condenatória, fixar valor mínimo da indenização relativa às perdas e danos causados pela prática da conduta delituosa à vítima, consoante o artigo 387, IV do CPP.

Antes, a sentença condenatória transitada em julgado era um título ilíquido, logo, inexigível. Assim, exigia-se ação prévia de liquidação, objetivando apurar o valor do dano. Preocupado com a tutela dos interesses da vítima, o legislador introduziu o inciso IV ao artigo 387 do CPP.

Nessa linha, pacífico é o entendimento da jurisprudência no sentido de que para que possa ser fixado o valor mínimo na sentença, é imprescindível que haja pedido e quantificação do valor mínimo expressos nos autos, formulado pelo Ministério público quando do oferecimento da denúncia, ou pelo próprio ofendido quando habilitado como assistente da acusação, desde que antes do início da instrução criminal.

O propósito dessa exigência é viabilizar o contraditório e o exercício do direito de defesa pelo réu em relação à esse tema patrimonial, devendo haver instrução criminal específica sobre isso, ocasião em que se discutirá o valor mínimo da indenização.

Desse modo, resta superado o entendimento de que o juiz poderia fixar o valor mínimo de ofício, independentemente de pedido, já que a reparação dos danos é um dos efeitos genéricos da sentença condenatória, uma vez que isso surpreenderia a defesa do réu, haja vista que não teria a possibilidade de contestar o valor do dano, suprimindo o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Ainda, está superado o entendimento de que esse pedido poderia ser formulado até as alegações finais pelo Ministério Público ou pelo ofendido assistente, ou seja, até antes da sentença condenatória, uma vez que não oportunizava o contraditório e a ampla defesa.

Nesse ponto, há que se ressaltar que, nos casos de violência doméstica ou familiar contra mulher o pedido expresso também é exigido, sendo apenas dispensável a indicação da quantia, uma vez que o dano aqui é *in re ipsa*, é presumido, tendo o Superior Tribunal de Justiça fixado tese jurisprudencial nesse sentido.

Por fim, insta salientar, que em relação aos demais efeitos genéricos da condenação não há essa necessidade de pedido expresso.

Nesse sentido, vejamos:

FIXAÇÃO DE OFÍCIO NA SENTENÇA CONDENATÓRIA DOS VALORES A SEREM PAGOS A TÍTULO DE REPARAÇÃO PELOS DANOS SOFRIDOS PELA VÍTIMA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE PEDIDO EXPRESSO E DE OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EXISTENTE. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. **1. Ao interpretar o artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, este Superior Tribunal de Justiça fixou a compreensão de que a fixação do valor mínimo para a indenização dos prejuízos suportados pelo ofendido depende de pedido expresso e formal, de modo a oportunizar a ampla defesa e o contraditório.** 2. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena imposta ao paciente para 10 (dez) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, bem como para excluir da sentença a condenação ao pagamento de valores a título de reparação dos danos causados às vítimas. (HC 321.279/PE, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 03/08/2015) – grifamos

RECURSO ESPECIAL. RECURSO SUBMETIDO AO RITO DOS REPETITIVOS (ART. 1.036 DO CPC, C/C O ART. 256, I, DO RISTJ). VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO MÍNIMA. ART. 397, IV, DO CPP. PEDIDO NECESSÁRIO. PRODUÇÃO DE PROVA ESPECÍFICA DISPENSÁVEL. DANO IN RE IPSA. FIXAÇÃO CONSOANTE PRUDENTE ARBÍTRIO DO JUÍZO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça – sob a influência dos princípios da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), da igualdade (CF, art. 5º, I) e da vedação a qualquer discriminação atentatória dos direitos e das liberdades fundamentais (CF, art. 5º, XLI), e em razão da determinação de que “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (art. 226, § 8º) – tem avançado na maximização dos princípios e das regras do novo subsistema jurídico introduzido em nosso ordenamento com a Lei n. 11.340/2006, vencendo a timidez hermenêutica no reproche à violência doméstica e familiar contra a mulher, como deixam claro os verbetes sumulares n. 542, 588, 589 e 600. 2. Refutar, com veemência, a violência contra as mulheres implica defender sua liberdade (para amar, pensar, trabalhar, se expressar), criar mecanismos para seu fortalecimento, ampliar o raio de sua proteção jurídica e otimizar todos os instrumentos normativos que de algum modo compensem ou atenuem o sofrimento e os malefícios causados pela violência sofrida na condição de mulher. 3. A evolução legislativa ocorrida na última década em nosso sistema jurídico evidencia uma tendência, também verificada em âmbito internacional, a uma maior valorização e legitimação da vítima, particularmente a mulher, no processo penal.

4. Entre diversas outras inovações introduzidas no Código de Processo Penal com a reforma de 2008, nomeadamente com a Lei n. 11.719/2008, destaca-se a inclusão do inciso IV ao art. 387, que, consoante pacífica jurisprudência desta Corte Superior, contempla a viabilidade de indenização para as duas espécies de dano – o material e o moral –, desde que tenha havido a dedução de seu pedido na denúncia ou na queixa. 5. Mais robusta ainda há de ser tal compreensão quando se cuida de danos morais experimentados pela mulher vítima de violência doméstica. Em tal situação, emerge a inarredável compreensão de que a fixação, na sentença condenatória, de indenização, a título de danos morais, para a vítima de violência doméstica, independe de indicação de um valor líquido e certo pelo postulante da reparação de danos, podendo o quantum ser fixado minimamente pelo Juiz sentenciante, de acordo com seu prudente arbítrio. 6. No âmbito da reparação dos danos morais – visto que, por óbvio, os danos materiais dependem de comprovação do prejuízo, como sói ocorrer em ações de similar natureza –, a Lei Maria da Penha, complementada pela reforma do Código de Processo Penal já mencionada, passou a permitir que o juízo único – o criminal – possa decidir sobre um montante que, relacionado à dor, ao sofrimento, à humilhação da vítima, de difícil mensuração, deriva da própria prática criminosa experimentada. 7. Não se mostra razoável, a esse fim, a exigência de instrução probatória acerca do dano psíquico, do grau de humilhação, da diminuição da autoestima etc., se a própria conduta criminosa empregada pelo agressor já está imbuída de desonra, descrédito e menosprezo à dignidade e ao valor da mulher como pessoa. 8. Também justifica a não exigência de produção de prova dos danos morais sofridos com a violência doméstica a necessidade de melhor concretizar, com o suporte processual já existente, o atendimento integral à mulher em situação de violência doméstica, de sorte a reduzir sua revitimização e as possibilidades de violência institucional, consubstanciadas em sucessivas oitivas e pleitos perante juízos diversos. 9. O que se há de exigir como prova, mediante o respeito ao devido processo penal, de que são expressão o contraditório e a ampla defesa, é a própria imputação criminosa – sob a regra, derivada da presunção de inocência, de que o *onus probandi* é integralmente do órgão de acusação –, porque, uma vez demonstrada a agressão à mulher, os danos psíquicos dela derivados são evidentes e nem têm mesmo como ser demonstrados. 10. Recurso especial provido para restabelecer a indenização mínima fixada em favor pelo Juízo de primeiro grau, a título de danos morais à vítima da violência doméstica. **TESE EXTRAÍDA DO RESP: Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória.** (REsp 1643051/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/02/2018, DJe 08/03/2018) - grifamos

3.3. Da Ampla Defesa

O direito fundamental à ampla defesa é garantido, com os meios e recursos a ele inerentes, aos litigantes, em processo judicial ou administrativo e aos acusados, conforme a inteligência do artigo 5º, LV da Carta Magna.

De acordo com os ensinamentos de Renato Brasileiro Lima (2020), o princípio da ampla defesa é intrínseco ao princípio do contraditório, lecionando que:

[...] A defesa garante o contraditório e por ele se manifesta. Afinal, o exercício da ampla defesa só é possível em virtude de um dos elementos que compõem o contraditório – o direito à informação. Além disso, a ampla defesa se exprime por intermédio de seu segundo elemento: a reação. [...] Quando a Constituição Federal

assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral a ampla defesa, entende-se que a proteção deve abranger o direito à defesa técnica (processual ou específica) e à autodefesa (material ou genérica), havendo entre elas relação de complementariedade.

Desse modo, deve ser entendida a partir da consideração que a defesa no processo penal brasileiro tem duplo aspecto, a defesa técnica e autodefesa (defesa pessoal), garantia essa que é unidirecional, uma vez que é assegurada apenas ao acusado.

3.3.1 Da defesa técnica

É aquela exercida por profissional especializado, bacharel em direito, que possui capacidade postulatória, seja ele advogado constituído, nomeado ou defensor público, segundo ministra Renato Brasileiro Lima (2020).

O artigo 261 do Código de Processo Penal assegura que nenhum acusado será processado ou julgado sem defensor, mesmo que ausente ou foragido. Portanto, conclui-se que a defesa técnica é irrenunciável, indeclinável e verdadeira imposição legal.

Nesse sentido, o artigo 133 da Magna Carta prevê que o advogado é indispensável à administração da justiça.

Assim sendo, de acordo com Renato Brasileiro Lima (2020), se o processo prosseguir sem que haja defensor nomeado, em virtude de o acusado não ter constituído patrono ou porque o juiz não lhe nomeou advogado dativo ou defensor público, o processo estará maculado pelo vício de nulidade absoluta, por expressa ofensa à ampla defesa, conforme prevê o artigo 564, III, alínea “c” do CPP.

Nesse sentido, é o teor da súmula 708 do Supremo Tribunal Federal: “É nulo o julgamento da apelação se, após a manifestação nos autos da renúncia do único defensor, o réu não foi previamente intimado para constituir outro.”

Nessa linha, traga-se à baila:

HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO. RENÚNCIA DO ADVOGADO CONSTITUÍDO. PROSSEGUIMENTO DO FEITO SEM PRÉVIA INTIMAÇÃO DO ACUSADO PARA CONSTITUIR NOVO DEFENSOR. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE CONFIGURADA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. O direito de defesa é indisponível, de maneira que deve ser exercido ainda que contra a vontade do acusado ou na sua ausência, motivo pelo qual, havendo renúncia do defensor constituído, deve ser determinada a intimação do réu para constituir novo procurador, sob pena de nulidade, por cerceamento de defesa. Não sendo possível ao defensor constituído assumir ou prosseguir no patrocínio da causa, deve o magistrado ordenar a intimação do acusado para que ele, querendo, indique novo advogado. Antes de ser realizada essa intimação - ou enquanto não transcorrido o prazo nela assinalado - não é dado ao juiz nomear defensor dativo sem expressa aquiescência do réu. (HC 223.776/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 26/09/2016) - grifamos

Decorre da ampla defesa a prerrogativa que o acusado possui de escolher seu próprio defensor, não sendo possível ao juiz nomear defensor sem a anuência do réu. Caso o réu não queira ou não possa constituir advogado, caberá então ao juiz lhe nomear defensor. Além disso, a qualquer tempo, pode o acusado nomear outro defensor de sua confiança, ou, ainda, defender a si mesmo, caso seja advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, nos termos do artigo 263 do CPP.

Nessa linha é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

[...] O réu tem o direito de escolher o seu próprio defensor. Essa liberdade de escolha traduz, no plano da persecutio criminis, específica projeção do postulado da amplitude de defesa proclamado pela Constituição. Cumpre ao magistrado processante, em não sendo possível ao defensor constituído assumir ou prosseguir no patrocínio da causa penal, ordenar a intimação do réu para que este, querendo, escolha outro Advogado. **Antes de realizada essa intimação ou enquanto não exaurido o prazo nela assinalado não é lícito ao juiz nomear defensor dativo sem expressa aquiescência do réu [...]** (STF, 1ª Turma, HC 67.755/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 26/06/1990, DJ 11/09/1992)- (nossos grifos)

Nesse contexto, na hipótese de o advogado constituído pelo réu não apresentar alegações finais escritas, não pode o juiz designar defensor público ou advogado dativo para substituí-lo. Antes, deve oportunizar ao réu o direito de constituir novo defensor, determinando de ofício ou a requerimento do Ministério Público, a intimação do réu para tanto. Persistindo a ausência, incumbirá então ao juiz nomear defensor dativo.

A propósito, nesse sentido, também é o entendimento exarado na súmula 707 do STF que considera como causa de nulidade a ausência de intimação do acusado para oferecer contrarrazões ao recurso interposto contra a rejeição da denúncia, não suprimindo essa falta a nomeação de defensor dativo.

Insta salientar que, conforme alude Renato Brasileiro Lima (2020), além de ser indeclinável e indispensável, a defesa técnica precisa ser plena e efetiva, para que possa ser assegurada a ampla defesa garantida pela Constituição Federal. Nesse sentido, o parágrafo único do artigo 261 do CPP determina que a defesa técnica seja sempre exercida mediante manifestação fundamentada, quando realizada por defensor público ou dativo.

Nesse ponto, merece destaque a súmula 523 do Supremo Tribunal Federal que estabelece que a ausência de defesa constitui nulidade absoluta no processo penal, mas a sua deficiência, só anulará o processo, na hipótese em que houver prejuízo para o réu.

3.3.2 Da autodefesa ou defesa pessoal

Conforme ministra Renato Brasileiro Lima (2020), a autodefesa é aquela que é promovida pelo próprio réu. Não se confunde com a defesa técnica, posto que, em que pese não possa ser ignorada pelo juiz, é disponível e renunciável, uma vez que o réu pode exercê-la ou não.

De forma a garantir o exercício da autodefesa, em regra, o acusado deve ser citado pessoalmente. Caso não seja encontrado, será citado por edital, com o prazo de 15 (quinze) dias, conforme o disposto no artigo 361 do CPP. Nesse âmbito, a súmula 351 do STF alude que será nula a citação por edital na hipótese de réu preso na mesma unidade da federação em que o juiz exerce a jurisdição, posto que o Estado deve ter conhecimento da localização do acusado, no caso dele estar preso, conforme os ensinamentos de Renato Brasileiro Lima (2020).

Manifesta-se no processo penal sob três aspectos: a) direito de audiência; b) direito de presença; c) direito de postular.

3.3.3 Do direito de audiência

O Direito de audiência consubstancia-se no direito que o acusado tem de se defender pessoalmente, garantindo ao réu o direito de ser ouvido no processo. Esse direito se perfaz através do interrogatório, oportunidade em que o réu apresentará sua versão dos fatos, contidos na exordial acusatória, ao juiz.

Imperioso ressaltar o direito constitucional do réu ao silêncio assegurado no artigo 5º, LXIII da CRFB/88. Assim sendo, ao ser interrogado, o acusado poderá, ao seu critério, permanecer calado ou responder no todo ou em parte às perguntas formuladas, podendo, escolher as perguntas que irá responder, é o denominado silêncio seletivo, parcial.

O direito ao silêncio é corolário do *nemo tenetur se detegere* (vedação à autoincriminação), que preconiza que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo.

Por isso, o silêncio não pode provocar prejuízo para a defesa, tampouco importa confissão, consoante o disposto no parágrafo único do artigo 186 do CPP.

Nesse sentido, temos jurisprudência do STJ:

HABEAS CORPUS. PRIMEIRA FASE DO JÚRI. NULIDADE DO INTERROGATÓRIO. RECUSA DE RESPONDER PERGUNTAS AO JUÍZO. CERCEADO QUESTIONAMENTOS DEFENSIVOS. ILEGALIDADE CONSTATADA. 1. O artigo 186 do CPP estipula que, 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 2. O interrogatório, como meio de defesa, implica ao imputado a possibilidade de responder a todas, nenhuma ou a apenas algumas perguntas direcionadas ao acusado, que tem direito de poder escolher a estratégia que melhor lhe aprouver à sua defesa. 3. Verifica-se a ilegalidade diante do precoce encerramento do interrogatório do paciente, após manifestação do desejo de não responder às perguntas do juízo

condutor do processo, senão do seu advogado, sendo excluída a possibilidade de ser questionado pelo seu defensor técnico. [...](STJ. HC 703.978/SC. 6ª Turma, Julgamento 05/04/2022, Min. Olindo Menezes -Des. Convocado do TRF1). - grifamos

Por isso, o interrogatório possui atualmente natureza jurídica de meio de defesa, motivo pelo qual foi transferido para o último ato da instrução processual com a reforma de 2008 no Código de Processo Penal, permitindo, assim, que o acusado seja ouvido após a colheita de toda prova oral, de modo a assegurar a mais ampla defesa, segundo o que dispõe o artigo 400 do CPP. Antes disso, o interrogatório era o primeiro ato da instrução.

Nesse contexto, malgrado o artigo 222,§ 1º do CPP estabeleça que a expedição de carta precatória não suspende o processo, não autoriza que o interrogatório seja realizado em momento diverso do previsto no artigo 400 do CPP, devendo ser o último ato da instrução, de forma a possibilitar a mais ampla defesa.

Nesse sentido, é a jurisprudência:

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. INTERROGATÓRIO DO RÉU, POR CARTA PRECATÓRIA, ANTES DA OITIVA DAS TESTEMUNHAS. INVERSÃO DA ORDEM LEGAL. OFENSA AO ART. 400 DO CPP. IMPUGNAÇÃO INTEMPESTIVA. NULIDADE. AUSÊNCIA. NOVO INTERROGATÓRIO DO RÉU. POSSIBILIDADE. INSTRUÇÃO CRIMINAL AINDA NÃO SE ENCERROU. NECESSIDADE DE ACATAR O ENTENDIMENTO FIRMADO PELO STF NO JULGAMENTO DO HC N. 127.900/AM, DE QUE O INTERROGATÓRIO DO RÉU, INSTRUMENTO DE AUTODEFESA, DEVE SER O ÚLTIMO ATO DA INSTRUÇÃO. ENTENDIMENTO QUE RESGUARDA A NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. EXCESSO DE PRAZO. NÃO OCORRÊNCIA. FEITO COMPLEXO. 1. Existem precedentes nesta Corte Superior, partindo da interpretação dos arts. 400 e 222 do Código de Processo Penal, que consideram válido o interrogatório do acusado quando pendente de cumprimento carta precatória expedida para oitiva de testemunhas e do ofendido. 2. **Essa compreensão, no entanto, não está em harmonia com os princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como com a jurisprudência consolidada na Suprema Corte, firme no sentido de que, com o advento da Lei n. 11.719/2008, que deu nova redação ao art. 400 do Código de Processo Penal, o interrogatório do réu deve ser o último ato de instrução. 3. **Importante ressaltar a orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal no HC n. 127.900/AM, de que a norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aplica-se, a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado.** 4. **Atualmente é assente o entendimento de que o interrogatório do acusado é instrumento de defesa, o que, em uma perspectiva garantista, pautada na observância dos direitos fundamentais, proporciona máxima efetividade se realizado ao final da instrução.** De fato, a concretização do interrogatório antes da oitiva de testemunhas e da vítima priva o acusado de acesso pleno à informação, já que se manifestará antes da produção de parcela importante de provas. Além disso, reflete diretamente na eficácia de sua reação e na possibilidade de influenciar o julgamento, não lhe permitindo refutar, ao menos diretamente (autodefesa), questões apresentadas com a oitiva de testemunhas e do ofendido. **A inversão do interrogatório, portanto, promove nítido enfraquecimento dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, indevido, a meu ver, no âmbito da persecução penal.** 5. Nessa**

perspectiva, ao dispor que a expedição da precatória não suspenderá a instrução criminal, o § 1º do art. 222 do CPP não autorizou, no meu sentir, a realização de interrogatório do réu em momento diverso do disposto no art. 400 do CPP, vale dizer, ao final da instrução. Oportuno ressaltar que o art. 222 do CPP está inserido em capítulo do Código de Processo Penal voltado ao procedimento relacionado às testemunhas (Capítulo VI do Código de Processo Penal - Das Testemunhas), e não com o interrogatório do acusado. 6. Outrossim, a redação do art. 400 do CPP elenca, claramente, a ordem a ser observada na audiência de instrução e julgamento, de forma que a alusão expressa ao art. 222, em seu texto, apenas indica a possibilidade de inquirição de testemunhas, por carta precatória, fora da ordem estabelecida, não permitindo o interrogatório do acusado antes da inquirição de testemunhas [...] (STJ. HC 585.942/MT, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2020, DJe 14/12/2020)

O direito de presença revela-se no direito que o acusado possui de participar de todos os atos e termos do processo, devendo, para esse fim, ser regularmente intimado.

No entanto, esse direito é relativo, uma vez que o artigo 217 do CPP preceitua que caso o juiz verifique que a presença do réu cause de algum modo intimidação à vítima e às testemunhas, de modo que prejudique a verdade de suas declarações e na impossibilidade da inquirição através de videoconferência, determinará a retirada do réu da sala de audiência.

É em razão da relatividade desse direito, que o STF e STJ assentaram entendimento de que é lícito ao juiz, desde que de maneira fundamentada, deixar de solicitar a presença física do réu, superando entendimento anterior.

De todo modo, o ato seguirá com a presença de seu defensor, sob pena de nulidade absoluta, consoante entendimento consolidado na súmula 523 do STF.

Além disso, consoante o artigo 185, §4 e §8º o acusado preso pode acompanhar aos atos através de videoconferência.

3.3.4 Do direito de postular

O direito de postular garante ao réu de, pessoalmente, interpor recursos, impetrar habeas corpus, ajuizar revisão criminal e formular pedidos relativos à execução da pena, conforme previsão nos artigos 577, 654, 623, todos do CPP e no artigo 195 da Lei de Execução Penal.

Assim, o artigo 577 do CPP confere capacidade postulatória autônoma ao acusado, conforme ensina Renato Brasileiro Lima (2020), podendo, assim, ele próprio interpor recursos, mediante termo lavrado nos autos, cabendo ao seu defensor apresentar as respectivas razões, posto que é ato privativo de advogado.

4. CONCLUSÃO

Foi possível vislumbrar no decorrer deste trabalho que a releitura do processo penal à luz da Constituição Federal de 1988 e do sistema acusatório garantiu o contraditório e ampla defesa, possibilitando a igualdade das partes.

Restou possível a percepção sobre a interpretação e aplicação desses princípios no âmbito do processo penal, mediante análise de questões de ordem prática que viabilizam e que ofendem esses postulados.

Assim, conclui-se, que o devido processo penal constitucional, alicerçado pelos princípios da ampla defesa e do contraditório, promove um equilíbrio entre o interesse do Estado na prevenção e repressão dos delitos e a efetividade dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, permitindo um processo penal justo, de forma a legitimar a aplicação de uma eventual sanção penal.

5. REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973.
- ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Processo Penal: Parte Geral**. 8ª. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.
- BRASIL. **Código de processo penal**, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: Acesso em 10 maio. 2017.
- BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 maio. 2023.
- LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal: Volume Único**. 8ª. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus 633.659-SP**. Sexta Turma. Relator: Nefi Cordeiro. Julgamento em 02 abr. 2021. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=2048532&tipo=0&nreg=202100769343&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20210503&formato=HTML&salvar=false>>. Acesso em: 10 maio. 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus 21.864-MG**. Sexta Turma. Relator: Paulo Gallotti. Julgamento em 02 fev. 2009. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/2515958/inteiro-teor-12219707>>. Acesso em: 10 maio. 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no Habeas corpus 770.256/SP**. Quinta Turma. Relator: Ribeiro Dantas. Julgamento em 25 out. 2022. Disponível em: Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/?documento_tipo=integra&documento_seq_uencial=169099365®istro_numero=202202875742&publicacao_data=20221104&peticao_numero=202200948953 Acesso em: 10 maio. 2023.
- CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Para que seja fixado o valor da reparação, deverá haver pedido expresso e formal do MP ou do ofendido**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/921c2dc40d0b979c2910298d2f880152>>. Acesso em: 12/05/2023
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial 1.643.051/MS**. Terceira seção. Relator: Rogério Schietti Cruz. Julgamento em 08 mar. 2018. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/554473137/inteiro-teor-554473139>>. Acesso em: 10 maio. 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 223.776/SP**. Sexta Turma. Relator: Rogério Schietti Cruz. Julgamento em 15 set. 2016. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/862575870/inteiro-teor-862575880>>. Acesso em: 10 maio. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 67.755/SP**. Primeira Turma. Relator: Celso de Mello. Julgamento em 26 jun. 1990. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=70457>>. Acesso em: 10 maio. 2023.
- CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **É ilegal o encerramento do interrogatório do paciente que se nega a responder aos questionamentos do juiz instrutor antes de oportunizar as indagações pela defesa**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/8f187f643090a53e52550571a8e92ad8>>. Acesso em: 12/05/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 585.942/MT**. Terceira Seção. Relator: Sebastião Reis Júnior. Julgamento em 09 dez. 2020. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/862575870/inteiro-teor-862575880>>. Acesso em: 10 maio. 2023.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal: Volume Único**. 8ª. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.