

# A figura jurídica do defensor do acusado

RAYMUNDO CÂNDIDO

1) Diz Sílvio Campani que o direito de defesa no juízo criminal provém do direito natural e é uma exigência da própria sociedade.<sup>1</sup> E Villalba, desenvolvendo pensamento idêntico, entende que “El Estado garantiza al individuo los mismos derechos de que gozaba antes de su aparición como instancia única, porque se ha constituido en el depositario de los poderes individuales, devolviéndolos en forma de derechos objetivos, que el individuo tiene la facultad de ejercer en cuanto convengan a su persona”.<sup>2</sup>

Todavía, devemos considerar que na justiça penal a defesa é direito inalienável, impostergável e indisponível pelo próprio indivíduo, e constitui um direito da própria sociedade, do qual participa o indivíduo-acusado, em decorrência do direito que lhe pertence como membro da sociedade. À tese que sustenta que “o direito de defesa envolve em sua totalidade o *homo-juridicus*, enquanto destinatário e sujeito de direitos e se manifesta concretamente pelo exercício das faculdades jurídicas”,<sup>3</sup> devemos contrapor a de que o direito de defesa, na justiça repressiva, abarca o *homo societatis*, em sua totalidade, enquanto participante da comunidade, e se manifesta pela sua autoritariedade. É nesse sentido que a Constituição inscreve o direito de defesa no capítulo das liberdades individuais (Art. 150, parágrafo 15).

---

1 — SILVIO CAMPANI. La Difesa Penale, Tip. di Nicola Zanichelli, Bologna, 1879, vol. I, pág. 7.

2 — JOSÉ ARMANDO SECO VILLALBA. - El Derecho de Defensa, Depalma, Buenos Aires, 1947, págs. 7, 31.

3 — VILLALBA. Obr. cit., pág. 38.

No juízo criminal não se pode falar no direito de defesa como exercício de faculdades do indivíduo, pois não constitui êle direito subjetivo seu, mas direito subjetivo público, que em homenagem ao seu *status libertatis* o Estado dêle se torna depositário, sem excluir de sua participação o próprio indivíduo, mas velando porque a defesa atue eficientemente de forma a não se romper o equilíbrio que deve existir entre os interesses da sociedade em que sejam punidos os delinqüentes; tutelada a inocência, e preservada a liberdade daqueles de seus membros que se viram envolvidos pelo magistério repressivo do Estado.

Daí, em face dessas considerações, a dificuldade em se situar a posição processual do defensor do acusado.

2) Sôbre sua real posição, podem-se propôr os seguintes quesitos: é êle representante substituto processual do acusado ou órgão imanente ao processo penal?

#### A) DO DEFENSOR COMO REPRESENTANTE DO ACUSADO

I — Quando se estuda a representação voluntária vemos que sua base estrutural se assenta no fato de uma pessoa encarregar outra da realização de um negócio jurídico, outorgando-lhe mandato, pelo qual o mandatário age, autônômamente, na realização do negócio em nome do mandante e para êste produzindo todos seus efeitos. E, também, que o acusado aparece no processo sob duas facetas: como objeto ou órgão de prova e como sujeito da relação jurídico processual. Como objeto de prova, pode transformar-se em fonte de observações do juiz e peritos, desde que se faça necessário perícia médico-legal, para aferir-se de sua capacidade jurídico-penal. Examinado sob ângulo de parte no processo; de sujeito da relação jurídico-processual, o acusado tem direitos materiais e processuais a fazer valer no processo, consistindo na colheita de provas em seu favor e na análise jurídica destas e das que forem produzidas contra o mesmo. A defesa do acusado divide-se em defesa material: colheita de provas; e defesa formal: análise jurídica

dos elementos materiais, razões, impugnações. A defesa formal é eminentemente técnica e só a um técnico pode ser encomendada, por isto o acusado tem o direito de encarregar sua defesa a um técnico, por meio de nomeação, com ou sem mandato; nessa hipótese, o defensor escolhido pelo acusado é seu representante, e suas funções são de representação, *stricto sensu*. Todavia, um dos princípios cardiais da representação voluntária é que o mandato é outorgado no interesse do mandante; o mandatário mira a *contemplatio domini*, e satisfeito ou não o *dominus negotii*, o mandato só se extingue anormalmente, pela revogação, ou, ao término, pela conclusão do negócio.

II — O defensor é, porém, indispensável no processo, e tão imprescindível sua presença ao lado e como salvaguarda do imputado que sem êle o processo torna-se ilegítimo, pois que a ação não pode ser considerada proposta sem sua presença. Se o acusado não comparece ao interrogatório acompanhado de defensor, se o não nomeia nesse ato, o juiz é obrigado a fazê-lo, sob pena de nulidade do processo (C.P.P. artigos 261, 263 e 564, nº III, letra "c"). Não depende, pois, da vontade do acusado, a existência do defensor: poderá escolhê-lo; se o não faz, o juiz nomear-lhe-á um, ainda contra sua vontade. E o defensor, nomeado ou escolhido, não age em *contemplatio domini*, mas em função social de defesa do *status libertatis* do imputado, como um de seus direitos institucionais, garantidos pela Magna Carta, a qual, estabelecendo o contraditório na instrução criminal, ordena que a defesa do acusado esteja presente desde o momento em que há uma imputação oficial contra o mesmo. O contraditório deve existir não *formal*, mas *efetivamente*. O defensor tem de ser diligente, operoso e hábil, no contrapor à acusação oficial, de sorte a haver o verdadeiro equilíbrio entre esta e a defesa, fornecendo ao juiz o material, plasmado com o suor do honesto esforço de cada um, para o juiz selecioná-lo e dêle fazer brilhar a verdade material, que é o escopo do processo. Se isto não acontece: se o equilíbrio se rompe pela inércia, negligência ou deficiência de preparo técnico do defensor, o juiz deverá destituí-lo; considerar o

acusado indefeso, e nomear-lhe outro defensor (C.P.P., art. 497, inciso V). E essa ocorrência pode verificar-se, mesmo que o defensor seja de nomeação do réu e êste com êle esteja satisfeito.

III — A presença do defensor é obrigatória às audiências e em todos os atos judiciais em que o acusado deva estar assistido. Se não comparece o defensor, será substituído por outro, *ad-hoc* nomeado *ex-officio-judicis*, sem que êsse ato importe na destituição do que fôra encarregado da defesa, quer por escolha do acusado, quer por nomeação do juiz. O acusado não pode impedir que a audiência ou o ato não se realize pela ausência do defensor, uma vez que ao juiz compete a substituição por outro, para aquêle ato.

IV — Dentro do esquema privatístico em que se acomoda o instituto da representação voluntária, não se pode alojar a figura do defensor, pois que não age em *contemplatio domini*, pode ser destituído ou substituído *ex-officio judicis*, e funciona mesmo contra a vontade do acusado. Ser-lhe-á imposto defensor, caso não queira defender-se. O acusado e o defensor são, assim, duas figuras processuais autônomas, por isto Vargha o conceituava como *parte-defesa* "como complexo de direitos processuais iguais e contrários aos da acusação e como elemento de integração do contraditório, exigido pela estrutura mesma do processo e da lei".<sup>4</sup>

## B) DO DEFENSOR COMO SUBSTITUTO PROCESSUAL DO ACUSADO

3) A configuração do defensor como *parte-defesa*, autonomamente agindo em lugar do acusado, conduz o raciocínio a concebê-lo como substituto processual do imputado e, por isto, é necessário suscinta diferenciação entre a representação e a substituição processual.

---

4 — Apud DE MARSICO. La Rappre Sentanza nel Diritto Processuale Penale, Milano, 1915, pág. 359.

Em Redenti colhemos a observação de que a substituição processual é um fenômeno aparentemente afim, mas que não se pode confundí-lo com a representação. Na substituição processual o substituto age no próprio nome, com plena autonomia de determinação, sem depender pessoalmente daquele a quem substitui. É parte no processo e como tal responde pelos ônus das custas e pelas eventuais perdas e danos, porém o efeito substancial do provimento do juiz incide sobre o patrimônio, sobre o direito, sobre a situação substancial do substituído.<sup>5</sup> Na representação, o representante age em nome e por conta do representado, visando sempre a *contemplatio domini*; não é parte no processo, por isto, não responde pelos encargos processuais. Chiovenda, a quem se deve o haver descoberto o fenômeno da substituição processual claramente diferencia os dois institutos, quando alega que “muitos casos de substituição processual são comumente explicados como sendo de representação; mas, conquanto se produzem, nesses casos, alguns efeitos análogos, não é de representação que se trata, de vez que o representante processual age em nome de outro, de sorte que parte na causa é, na verdade, o representado; ao passo que o substituto processual age em nome próprio e é *parte na causa*. Como tal responde pelas despesas judiciais, não pode servir como testemunha...”.<sup>6</sup>

Ora, no espelho da representação processual o defensor reflete a sombra do acusado, transfigura-lhe a fisionomia representativa ao surgir no cenário da demanda judicial como *alter ego* do imputado, “seu ouvido e bôca jurídicos”, na expressão de Vargha;<sup>7</sup> e por isto aparece, às vêzes, como seu substituto processual; principalmente no juízo contumacial, onde o processo se desenvolve, exclusivamente, entre o defensor e o acusa-

---

5 — ENRICO REDENTI. *Profili Pratici del Diritto Processuale Civile*, Giuffré, Milano, 1939, pág. 335.

6 — GIUSEPPE CHIOVENDA. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 2. Tradução de J. Guimarães Menegale, Saraiva, São Paulo, 1943, pág. 346.

7 — Apud, DE MARSICO, obr. cit., pág. 356.

dor; o defensor se reveste das aparências de parte, uma vez que nêle se integram a *defesa material e a defesa formal*. Apesar disto, não age em seu próprio nome, nem responde pelos encargos processuais do acusado. Pode-se, assim, encontrar na figura do defensor germens do fenômeno representativo ou nuances do fenômeno substituição, sem que essas aparências lhe definam as características. Daí, precedentemente, anotar Boscarelli que, “quando se considera o defensor penal como representante, deve-se, antes de tudo, renunciar a ver nas relações entre êle e a parte todos os elementos que caracterizam a representação, legal ou voluntária, tal qual consideradas no direito privado”.<sup>8</sup>

### C) DO DEFENSOR COMO ÓRGÃO DO PROCESSO

4) Diversamente do que sucede no processo civil, onde a parte não é obrigada a defender-se, no processo penal a defesa é obrigatória. No processo penal, rigorosamente falando não se inaugura o juízo contumacial, uma vez que o juiz terá, sempre, de nomear defensor do réu. No processo civil encontramos símile sòmente nos casos de contumácia do réu, resultante de citação ficta (por éditos ou com hora certa) nos quais é o juiz obrigado a nomear-lhe curador à lide (C.P.C., art. 80, parágrafo I, letra “b”). A Constituição Federal recomenda que ao acusado seja assegurada plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela (art. 150, parágrafo 15). E o C.P.P. desenvolve o princípio constitucional no art. 261 estabelecendo que “nenhum acusado ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”. O juiz, portanto, sob pena de nulidade do processo, terá de nomear defensor ao acusado, caso não o tenha, e mesmo que o não queira. A defesa é, assim, instituição permanente no processo, necessária, e insubstituível. Já deixamos sublinhado não ser o defensor, rigorosamente falando, representante do acusado, mesmo quando nomeado pelo réu, pois poderá ser destituído ou substituído *ex-officio judicis*, nas

---

8 — MARCO BOScarelli. La Tutela Penale del Processo, Giuffrè, Milano, 1951, nota 42, pág. 128.

hipóteses previstas no inciso V, do art. 497 ou nas ausências ocasionais às audiências ou a atos judiciais relevantes. De outro lado, a defesa é considerada um *munus público*, de aceitação obrigatória e a nomeação do defensor não poderá recair em parentes do juiz, nos graus fixados no art. 252 (arts. 264 e 267). A nomeação do defensor, seja pelo juiz, seja pela parte, não é um mandato no sentido civilístico da palavra, mas, como assinala Guarneri, “simples designação de pessoa que na lei e não na vontade da parte encontra a fonte de seu poder e do exercício do mesmo no processo”,<sup>9</sup> mesmo contra ou sem o concurso da vontade do representado. Daí independe de mandato a constituição do defensor sendo suficiente simples designação (Art. 266). O defensor nomeado não pode abandonar a defesa, a não ser por motivo imperioso, a critério do juiz, ficando sujeito a sanções pecuniárias de caráter administrativo, impostas pelo próprio juiz (art. 265). Esse abandono pode ser real, ou por conduta omissiva configurando-se nas hipóteses de negligência, nada fazendo em defesa do réu. Não é a existência *formal* do defensor que exige a lei; não basta que o juiz o haja nomeado, é necessário que o defensor assuma, *efetivamente*, a defesa do acusado. Se assim não procede, a defesa está virtualmente abandonada, e o juiz deverá destituí-lo do cargo, considerar o réu indefeso, e nomear-lhe outro defensor.

5) A defesa permanente e efetiva é condição de existência de um processo penal, juridicamente válido. O defensor, por êsses e pelos motivos já apontados é figura proeminente e complexa. Podem existir entre êle e o acusado relações de mandante e de mandatário, quando o acusado lhe confere poderes especiais para transigir, ou para renunciar algum ato do juízo, ou para a realização de algum negócio jurídico processual para o qual a lei exija poderes especiais. O defensor todavia, em suas funções estritamente de defesa do acusado, não é mandatário dêste, não é patrono seu, no sentido privatístico da palavra.

---

9 — GIUSEPPE GUARNERI. *Le Parti nel Processo Penale*, Bocca, Milano, 1949, pág. 214. DE MARSICO, *Rappresentanza*, cit., pág. 346.

Nesse sentido nota-se uma diferença de orientação entre o processo civil e o processo penal. No primeiro, como há realmente um patrocínio forense, pois que o ônus da defesa compete exclusivamente ao réu, o C.P. Civil, rege a representação processual sob a epígrafe "*Das partes e dos procuradores*". O C.P.P., diversamente, trata do assunto, no que tange à representação passiva, sob a rubrica "*Do acusado e seu defensor*". O patrocínio forense, a procuradoria não é estranha ao C.P.P. para determinados negócios jurídicos processuais, mas o Código, referido, não confunde a pessoa do defensor com a do procurador. A exemplificar confira-se o art. 577, última parte, quando diz que o recurso poderá ser interposto pelo réu, *seu procurador, ou seu defensor*.

Ora, mesmo que se abrandassem os rigores da hermenêutica para se atribuir ao legislador riqueza verbal, luxo de empregar no texto vários sinônimos a disjuntiva "ou" desenganadamente está a demonstrar que *procurador e defensor* não são termos equivalentes no processo penal.

O defensor é, assim, figura poliédrica como querem uns;<sup>10</sup> ou complexa, na concepção de outros.<sup>11</sup> Para nós, em face de nosso diploma processual penal, é o representante de um órgão público: o órgão de defesa, cujo provimento a lei deixou a cargo do juiz e do acusado, em colaboração um com o outro. O imputado, porém, tem preferência na escolha, nos limites em que esta não choque com os interesses públicos de defesa, os quais transcendem aos do próprio acusado, individualmente considerado, para envolvê-lo como membro da comunidade juridicamente organizada no Estado.

---

10 — GIUSEPPE GUARNERI. Obr. cit.

11 — JAMES GOLDSCHMIDT. Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal, págs. 108 e segs.