

O ABUSO DA GARANTIA DE DEFESA NO PROCESSO PENAL: A RENOVAÇÃO DA DEFESA PENAL PROTETATÓRIA

THE ABUSE OF THE DEFENSE IN CRIMINAL CASES' WARRANTY: THE RENEWAL OF THE DILATORY CRIMINAL DEFENSE

Fábio Wellington Ataíde Alves*

RESUMO: Diante da falta de um autêntico sistema contra o exercício abusivo das garantias penais, o artigo analisa os limites éticos da técnica processual. Assim, não obstante seja possível ao acusado empregar a técnica de defesa processual protelatória, prolongando a relação processual, cabe fazer um cotejo deste direito com o princípio da duração razoável do processo, abrindo-se, assim, um novo significado para o conceito da defesa penal.

Palavras-chave: Processo Penal. Direito de defesa. Abuso. Duração razoável do processo. Relação processual. Ética.

ABSTRACT: Given the lack of a real system against the criminal misuse of securities, the article analyzes the ethical limits of procedural technique. Thus, although it is possible to employ the technique accused of dilatory procedural defense, extending the procedural relationship, it should make a comparison of this law with the principle of reasonable duration of process, opening thus a new meaning to the concept of criminal defense.

Keywords: Criminal procedure. Right of defense. Abuse. Reasonable duration of the process. Procedural relationship. Ethics.

* Mestrando em Direito e Especialista em Direito e Cidadania da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Professor e Coordenador Adjunto de Informática da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte – ESMARN. Juiz de Direito no Rio Grande do Norte. Natal – Rio Grande do Norte – Brasil.

1 A TEORIA DO ABUSO DE DIREITOS APLICADA ÀS GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIS

Ainda que o direito romano não se tenha furtado a tratar do assunto, somente é possível versar sobre o abuso de direito como teoria científica, no final do século XIX¹. Na França, como na Itália, a teoria nasce como reação dos civilistas aos exageros da escola da exegese em torno do uso simulado da propriedade². De fato, o grande impulso à construção teórica adveio com a jurisprudência dos tribunais franceses, a partir de quando surgem os primeiros estudos sistemáticos³.

Nesse passo, a teoria do abuso de direito tem origem no âmbito do direito privado, expandindo-se para o direito público. De modo genérico, o abuso pode gerar um ilícito penal, processual ou administrativo⁴.

Assim, uma única prática processual pode ensejar um ilícito penal, um abuso de garantia processual e uma violação de dever funcional. Embora o abuso de direitos processuais não seja nenhuma novidade, ainda não se concebeu um autêntico sistema contra o exercício abusivo das garantias processuais penais. Em larga escala, o exercício abusivo de direitos tem sido a ocupação da esfera do Direito Penal, porém as tipificações de condutas abusivas apenas se aplicam a um número muito limitado de casos, deixando de fora uma quantidade surpreendente de práticas processuais desleais.

No Estado Democrático de Direito, a ampla defesa, abrangendo aqui todas as garantias de um processo justo, deixa de ser objeto exclusivo da função jurisdicional, pois também relaciona com a função legislativa e ad-

- 1 JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Repensando a Teoria do Abuso de Direito**. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 1 e 56. No direito romano, já se punia a calúnia, o perjúrio, o falso testemunho, a fuga de presos, o exercício arbitrário das razões, a prevaricação do defensor etc. (BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio F. **De la Obstrucción a la Justicia y la Deslealtad Profesional**. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 1999, p. 21).
- 2 LIMA, Patrícia Carla de Deus. O Abuso de Direito de Defesa no Processo Civil: reflexões sobre o tema no direito e na doutrina italiana. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 30, n. 122, p. 93-129, abril/2005, p. 95.
- 3 A respeito da natureza jurídica dos atos abusivos, Eduardo Ferreira Jordão resume as correntes da seguinte forma: 1. embora conforme direitos subjetivos, os atos abusivos violam o direito objetivo; 2. os atos abusivos causam danos ou violam o direito de outro; 3. embora lícitos, os atos abusivos contrariam a moral ou à consciência coletiva; 4. os atos abusivos contrariam a função social dos direitos; 5. os atos abusivos violam os limites internos do direito; 6. os atos abusivos violam o valor imane do direito e 7. os atos abusivos violam princípio da boa-fé (JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Op. cit.*, p. 105). Não iremos tratar da teoria do abuso de direito em sua abstração. No âmbito estreito deste capítulo, advertimos que não será necessário levantar a história ou a formação das diversas correntes teóricas que deram sustentação ao abuso de direito. Com efeito, será focado o assunto à luz das garantias processuais, ou seja, encontraremos a aplicação da teoria do abuso sob a ótica do processo penal.
- 4 SOUZA, Alexander Araújo de. **O Abuso do Direito no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 214.

ministrativa⁵. Torna-se, assim, um objeto da política criminal.

O direito de defesa não logra um caráter absoluto ou ilimitado, porque já não se concebem os direitos fundamentais apenas como impeditivos de um determinado comportamento do Estado (modelo liberal). A realização dos direitos individuais depende não apenas de uma prestação do Estado (modelo social), mas, também, de uma *eficácia perante terceiros*, de modo que os titulares dos direitos fundamentais devem ser protegidos “contra ameaças e violações por parte de seus co-cidadãos”⁶. Assim, no processo judicial de partes – sobretudo no processo civil –, a teoria do abuso de direitos socorre aqueles que têm seus direitos violados por disposição de particulares com quem estejam litigando.

Nesse contexto, não será preciso tirar a venda dos olhos para deduzir que as garantias processuais também podem ser exercitadas abusivamente. Esta constatação pode conferir justificativa a quem apóia o aumento do poder punitivo do Estado; porém o abuso de garantias não se enquadra entre os temas autoritários: simplesmente decorre da necessidade de se construir um processo de partes, no qual a lealdade ocupe o seu devido espaço.

De certa forma, as experiências autoritárias do passado favorecem as idéias que franqueiam o emprego de qualquer ardil processual contra o poder punitivo, naturalmente *abusivo*. Contudo, se a dogmática deve recobrar a função de conter o abuso do poder punitivo, não será a tolerância ao abuso do direito de defesa o meio de alcançar tal desiderato. Qualquer que seja a solução, esta passa por um processo de partes equilibradas, com possibilidades de aceitação dos casos de abuso de defesa, sem que isto signifique qualquer nódoa autoritária.

Na seara específica do processo penal, é complexo o tema em estudo, principalmente porque a importância da garantia de defesa se destaca⁷. Neste aspecto, embora a delimitação criteriosa do abuso de direito de defesa não tenha sido fácil, o processo penal moderno inclina-se em direção à contenção de abusos⁸.

5 GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 5.ed. São Paulo: RCS ed., 2007. p.109-110.

6 Ibid, p.144.

7 LUCAS SOSA, Gualberto. **Abuso de Derechos Procesales**. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Org.). “Abuso dos Direitos Processuais”. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 46.

8 Na Espanha, o Código Penal de 1995 traz em seu segundo livro tipos para as condutas contra a administração da justiça, devendo ser observado que neste país o sentido de administração da justiça conota um sentido muito amplo, que pode abranger inclusive lesões ou ameaças à independência do Poder Judiciário. O Código Penal alemão (StGB), como também o italiano, dedicam um capítulo exclusivo aos crimes contra

No *common law*, o *contempt of court* tem evoluído como um instrumento de efetivação das decisões judiciais, mediante a imposição de sanções cíveis e penais⁹. De maneira geral, os sistemas processuais do mundo caminham em direção à criação de mecanismos de controle do abuso¹⁰. No Brasil, vem de outras épocas a nossa preocupação com as manobras processuais. Tratando do projeto do Código de Processo Civil de 1939, Francisco Campos chegou a prever que, finalmente, um mau acordo “deixará de ser melhor que uma boa demanda, e a chicana forense encontrará, finalmente, um sério obstáculo”¹¹. Atualmente, o Código Civil¹², o Código de Processo Civil¹³ e, também, o Código Penal¹⁴ dispõem de seus mecanismos de controle contra o abuso de direitos. Contudo, o Código de Processo Penal ainda está à espera de um sistema sedimentado, não obstante já possua regras esparsas, como as medidas cautelares¹⁵.

Com efeito, a regulamentação do uso abusivo de direito dá-se de maneira facilitada no processo civil, porque sempre há uma parte prejudicada e um

a administração da justiça (BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio F. **De la Obstrucción a la Justicia y la Deslealtad Profesional**. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 1999, p. 19).

- 9 Cf.: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. **Conflito Aparente de Normas no Descumprimento de Ordem Judicial pela Administração Pública**. “Revista de Informação Legislativa”. Brasília, a. 35, n. 140, p. 249-257, out./dez., 1998, p. 250. Sobre a influência do *contempt of court* no processo civil brasileiro: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo Teixeira. A Lei 9.756/98 e suas Inovações. “Revista de Informação Legislativa”. Brasília, a. 36, n. 141, p. 5 -8, jan./mar., 1999.
- 10 Na Alemanha, onde os parâmetros para a aplicação da teoria do abuso no Processo Penal advém do Direito Civil e do Direito Constitucional, já há o reconhecimento de uma relação causal entre a duração do processo e a conduta do defensor, de modo que se condena a prática abusiva não apenas por violação de deveres éticos, mas também por prevenção de danos financeiros ao Judiciário e às partes (HASSEMER, Winfried. Sobre el Ejercicio Abusivo de los Derechos. In: GUZMÁN DALBORA, José Luis (Coord.). **El Penalista Liberal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, pp. 113 e 115). Nos Estados Unidos da América, a relação entre as partes se estrutura a partir da igualdade de armas e lealdade processual. No precedente *Brady v. Maryland* (1963) que o órgão acusador deve mostrar à defesa as provas favoráveis a ela, caso haja requerimento neste sentido. “Curso de Processo Penal Norte-Americano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 185). Do mesmo modo, o Código de Processo Penal de Buenos Aires pune com falta grave o ocultação pelo Ministério Público de prova favorável à defesa, também assegurando à defesa o direito de acesso aos autos da investigação (LÓPEZ PULEIO, Maria Fernanda; GONZÁLEZ ESPUL, Estela; SARA PEÑA, Guzmán et al. **Los cuadenos de la defensa**: la defensa oficial en el nuevo código procesal penal de la Provincia de Buenos Aires, Argentina. “Periódico Pena y Estado”. Buenos Aires, v. 5, fascículo 5, p. 243-265, 2002. p. 249).
- 11 CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**. Brasília: Senado Federal, 2001. p. 139.
- 12 O Código Civil disciplina o abuso de direito da seguinte forma: Art. 187: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.
- 13 Art. 14, parágrafo único, e art. 273, II, CPC.
- 14 Art. 338 e ss, CP.
- 15 As cauções são importantes para compensar e prevenir o abuso do direito de defesa (LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. **Informe acerca del Abuso de los Derechos Procesales en Colômbia**. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Org.). **Abuso dos Direitos Processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 89). Especificamente no processo penal brasileiro, a falência do sistema de fianças tem impedido o emprego de tal mecanismo de controle.

dano patrimonial mensurável. Por outro lado, no Processo Penal, como não há, de forma tão evidente, prejuízo a uma parte ou um dano patrimonial, o fundamento da questão cinge-se à obstrução da pretensão punitiva, à violação dos princípios constitucionais¹⁶ e aos prejuízos financeiros causados ao erário¹⁷.

No âmbito processual penal, ainda que não exista uma regulação expressa pela legislação, a feição constitucional do procedimento acusatório serve de abrigo ao reconhecimento do abuso de garantias processuais. Há subjacente uma regra tácita que demanda o exercício funcional de qualquer garantia¹⁸.

Com efeito, o maior obstáculo à aplicação da teoria do abuso no processo diz respeito à possibilidade concreta de se restringir o direito de defesa e de contraditório¹⁹. Para tanto, cumpre estabelecer que o Estado Democrático de Direito não somente constitui um regime de efetivação do direito de defesa, mas do mesmo modo busca efetivar o direito de ação; efetivada a prestação jurisdicional, enfim, efetivar o processo como um todo – pelo alcance da justiça processual. Para resumir: a efetivação não é uma exigência restrita ao direito de defesa.

Embora ainda se acredite incompatíveis a segurança e a celeridade, hoje já não se tem dúvida de que a demora, na prestação jurisdicional, deprecia a qualidade do direito prestado. O ato abusivo também afronta a duração razoável do processo. Mesmo quando as partes agem com outros fins, o abuso do direito de defesa motiva a protelação indevida do processo²⁰. Isto é, entre as inúmeras causas, podem gerar o abuso. De modo geral, a prática abusiva se resume no fim de “postergar el momento del dictado de la sentencia de mérito”²¹. O próprio juiz também pode abusar das garantias processuais, atropelando o desfecho do caso em tempo razoável²².

16 No passado, a Constituição autoritária de 1967 dissertou sobre o abuso dos direitos fundamentais de liberdade de expressão, de reunião e de associação, impondo como sanção a suspensão dos mesmos pelo prazo de dois a dez anos (art. 151).

17 HASSEMER, Winfried. **Sobre el Ejercicio Abusivo de los Derechos**. In: GUZMÁN DALBORA, José Luis (Coord.). **El Penalista Liberal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 119.

18 Ibid, p. 121. Como afirma Humberto Theodoro Júnior, “o processo moderno adota o princípio de propiciar às partes resultados práticos compatíveis com os direitos subjetivos envolvidas na lide (efetividade)” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Abuso de Direito Processual no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Org.). **Abuso dos Direitos Processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 110).

19 LIMA, Patrícia Carla de Deus. **O Abuso de Direito de Defesa no Processo Civil: reflexões sobre o tema no direito e na doutrina italiana**. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 30, n. 122, p. 93-129, abril/2005. p. 101.

20 Cf.: López Blanco, Hernán Fabio. Informe acerca del Abuso de los Derechos Procesales en Colômbia. In: Moreira, José Carlos Barbosa (Org.). **Abuso dos Direitos Processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 89.

21 PEYRANO, Jorge W. Abuso de los Derechos Procesales. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Org.). **Abuso dos Direitos Processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 72.

22 LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Informe acerca del Abuso de los Derechos Procesales en Colômbia. In:

Tudo isto foi deitado abaixo com o Estado Social, a partir de quando se espera do Estado-Juiz uma postura ativa. Vale dizer, o processo penal já não está largado à sorte das partes, ou seja, o processo tende a se distanciar das características que o igualam a um jogo.

O juiz inerte não cumpre nenhuma função de pacificação social²³. Portanto, a atividade defensiva se submete a um programa de valores. Como afirma Grinover, “a certeza buscada em juízo deve ser ética, constitucional e processualmente válida”²⁴. O exercício do direito de defesa não pode retardar ou tornar ineficaz a prestação jurisdicional, como também não pode significar fator responsável pela distorção do convencimento, esvaziando a função social do processo. Pois, do contrário, o processo judicial pode torna-se uma infeliz exceção à ética.

Não se faz impossível aplicar regras preventivas do abuso de garantias no processo judicial, porquanto o exercício de uma garantia não apenas se ordena em face do Estado, mas também opera eficácia contra particulares. Isto é, na relação processual, o exercício da defesa não somente exige posturas negativas (de abstenção) ou positivas (de prestação) do Estado-Juiz, mas igualmente da parte contrária. Ainda que, sem defesa, inexistia qualquer processo²⁵, não é possível concluir que a defesa ilimitada eleve o nível de legitimidade do processo, por isso mesmo que a defesa se estabelece no mesmo patamar do direito à ação²⁶.

2 A DEFESA PENAL PROTETATÓRIA. A DILAÇÃO COMO ELEMENTO INTEGRANTE DO CONCEITO DE DEFESA

Mesmo havendo diversos filtros contra o abuso de direitos, tais como os

-
- MOREIRA, José Carlos Barbosa (Org.). **Abuso dos Direitos Processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 83. José de Aguiar Dias entende que “a doutrina do abuso de direito é aplicável ao Estado” (DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954. p. 611. v.3.). Contudo, o autor rejeita a possibilidade de indenização em “casos de má-fé, abuso ou desvio de poder do magistrado” e também nas situações de “erro jurídico” (Ibid, p. 642), mas a admite em casos de prisão provisória injusta (Ibid, p. 647).
- 23 GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do Juiz no Processo Penal Acusatório. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**, Brasília-DF, v. 1, n. 12, p. 15-25, jul./1998-dez/1999, p. 19. Comentando o projeto do Código de Processo Civil de 1939, Francisco Campos evidencia que esses anseios estão presentes entre nós desde muito tempo. Senão, vejamos suas palavras: “o juiz não será mais um mero espectador do combate entre os litigantes, limitado a decidir sobre os dados, certos ou falsos que este se lhe oferece, mas ficará investido da autoridade do estado para realizar a parcela que lhe cabe no bem social” (“O Estado Nacional”. Brasília: Senado Federal, 2001, p. 140).
- 24 GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit., p. 20.
- 25 COUTURE, Eduardo J. **Interpretação das Leis Processuais**. Tradução de Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 100.
- 26 Ibid, p. 157.

prazos preclusivos, ainda assim a parte detém larga margem de manipulação do procedimento. Como afirma Stefano, o processo é um lugar onde aflora “o espírito de resistência, como expressão do conflito de interesses”, assumindo por tal motivo “os aspectos de uma rebelião dissimulada aos desejos da lei”²⁷. Eis uma realidade que não se pode ignorar. Às vezes, o processo não é utilizado para satisfazer os interesses de defesa de mérito, mas apenas como consequência da defesa protelatória. Vale lembrar que a ampla liberdade que é conferida às partes, para a demonstração da pretensão, não legitima o excesso ou o arbítrio²⁸.

É preciso advertir que o direito de defesa não designa como direito a um julgamento favorável. Com efeito, a defesa processual possui constituição autônoma quanto ao mérito da causa²⁹. Em sua defesa, o acusado pode apresentar questões preliminares, questões incidentes (acessórias) ou mesmo atacar diretamente o mérito da causa. Logo, é admissível classificar a defesa penal em (I) *dilatatória* e (II) *peremptória*. A *defesa peremptória* é a que faz oposição à pretensão punitiva, visando a abreviar (extinguir) a relação processual. A defesa do mérito é sempre peremptória. Já a *defesa processual dilatatória* destina-se ao prolongamento da relação processual, por meio da exigência de cumprimento das garantias, tendo como efeito o retardo do julgamento da causa; então, indiretamente, pode provocar a nulidade do processo ou a sua extinção, sem julgamento do mérito³⁰.

O abuso da defesa provém da utilização de um direito legítimo (defesa protelatória), tendo, todavia, como finalidade, a violação da duração razoável do processo.

Logo, o abuso do direito de defesa ocorre quando a parte provoca a realização de um ato, mesmo sabendo que são infundados os motivos alegados, dilatando a tramitação do processo além do tempo necessário. Cria-se, artificialmente, uma situação antifuncional, que precisa ser demovida, em razão dos princípios da efetividade, da simplicidade, do devido processo legal, da duração razoável do processo e da razoabilidade³¹.

27 COSTA, Stefano. **O Dolo Processual em Matéria Civil e Penal**. Tradução de Laercio Laureli. São Paulo: Paulistana jur edições, 2004. p. 180.

28 Ibid, p. 112.

29 MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Bookseller, 1997. p. 342. v.1.

30 MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Bookseller, 1997. p. 191. v. 2. Nesses termos, vale dizer que a alegação de nulidade absoluta não integra diretamente o âmbito do direito de defesa, uma vez que o processo retomará o seu andamento a partir do ato anulado (Ibid, p. 192).

31 Cf.: LUCAS SOSA, Gualberto. Abuso de Derechos Procesales. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Org.). **Abuso dos Direitos Processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 42- 44.

Portanto, a dilação integra o conceito de defesa. No momento em que se afigura a parte do direito subjetivo de produzir prova, também se torna imprescindível que esta mesma parte possua um prazo dentro do qual realize as diligências a que tem direito. É imprudente pensar que todo o ônus de prova recai sobre o órgão acusador, como se a defesa não se relacionasse com o direito de produzir provas. Não se impõe ao réu o *dever de provar*, mas deve ser-lhe garantido o direito de *defender-se provando*. Por conseguinte, a recusa do direito de produzir provas depende de fundamentação que demonstre a finalidade desviada de seu exercício³².

Neste contexto, os recursos processuais estão intimamente ligados à dimensão dilatatória do direito de defesa, mas, nem por isso, devem ser subtraídos do ordenamento. A defesa dilatatória somente se torna abusiva quando dedicada a protelar o pronunciamento judicial além da duração razoável.

3 NOVOS LIMITES PARA O EXERCÍCIO ABUSIVO DA DEFESA

Considerada a projeção constitucional da duração razoável do processo, já está no momento de se conferir um novo colorido à defesa penal dilatatória. Faz-se premente revisar a utilidade constitucional de mecanismos legais, tais como o protesto por novo júri (art. 607, CPP), concebidos apenas com o intuito de retardar o desfecho da causa, sem que exista qualquer garantia de que o julgamento subsequente será mais justo do que o primeiro.

Hoje, mais do que nunca, o sentido de processo de partes está saliente. Ou dizendo de outra forma, o processo judicial está marcado pela participação das partes e do juiz. É justamente em razão do direito de participação e da garantia de ampla defesa que não se admite julgamento sem que o réu conheça da acusação³³. Também, por este motivo, a defesa se relaciona diretamente com a acusação, de modo que os poderes de um tendem a corresponder aos poderes do outro³⁴.

Nesse panorama, o modelo de subsunção lógica se faz substituído

32 Antonio Magalhães Gomes Filho dá a seguinte lição: “[...] a noção de prova protelatória supõe o dolo processual, cujo reconhecimento depende, evidentemente, da existência de circunstâncias inequívocas. Não será qualquer suposição que poderá levar o magistrado a excluir a prova proposta pela parte” (Procedimento Sumaríssimo e Direito à Prova. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, n. 35, p. 11, nov. 1995).

33 Cf.: art. 366, CPP.

34 Cf.: MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Bookseller, 1997. p. 342. v.1.

“pelo procedimento discursivo e pela técnica de construção dialógica/dialética das regras jurídicas”, ou seja, a regra já não é tirada do sistema posto, mas ela mesma será construída pelas partes³⁵. Na prática, as reformas processuais – sobretudo no processo civil – seguem em direção a uma revolução, com o significativo incremento do poder de participação dos sujeitos processuais. É essa nova feição do processo que chama a atenção para mecanismo de controle dos atos abusivos.

Portanto, à luz da efetividade e do devido processo legal, cabe ao juiz controlar o manejo de técnicas abusivas pelas partes, quando constatado, por exemplo, que a parte deduziu pretensão sabidamente infundada. Devem rechaçar-se, de ofício, as pretensões defensivas não-funcionais³⁶, tais como retenção de autos, produção de diligências desnecessárias, juntada de documentos impertinentes, recursos protelatórios; indicação de testemunhas inexistentes; adiamentos de atos, injustificadamente, etc.

A aplicação da teoria do abuso de direito de defesa no processo penal se funda principalmente no devido processo legal. Não há dúvida que são abusivas as condutas desarrazoadas ou que, dito de outro modo, contrariam o regular exercício da ampla defesa e do contraditório³⁷. A garantia do devido processo legal deve ser estabelecida com um fim útil e não *para el ejercicio abusivo de derechos*³⁸.

O processo penal constitucional não recepciona o modelo *adversarial*, que remonta à idéia liberal-individualista de um juiz neutro, inerte, cuja função instrutória se subordina à atitude das partes³⁹.

Noutras palavras, o abuso do direito acontece quando, pelo menos, um dos jogadores utiliza a regra do jogo para não jogar. A vitória processual não pode ser uma questão creditada ao mais esperto ou mais ligeiro⁴⁰.

Cabe chamar a atenção para o fato de que, no processo penal moder-

35 GÓES, Ricardo Tinoco de. Direito processual e Filosofia do Direito: uma visão do processo com aporte na teoria do discurso - brevíssimas considerações. **Revista Direito e Liberdade**, Mossoró, Região Oeste, ano 2, v. 4, n. 1, p. 371-387, p. 382, jul-dez/2006.

36 LUCAS SOSA, Gualberto, Op. cit., p. 51.

37 PEYRANO, Jorge W. Abuso de los Derechos Procesales. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Org.). **Abuso dos Direitos Processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 67.

38 OTEIZA, Eduardo. Abuso de los Derechos Procesales en América Latina. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Org.). **Abuso dos Direitos Processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 19.

39 GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do Juiz no Processo Penal Acusatório**. Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Brasília-DF, v. 1, n. 12, p. 15-25, p. 9, dez/1999.

40 Como reflete GRINOVER, “o processo não é um jogo, em que pode vencer o mais poderoso ou mais astucioso, mas um instrumento de justiça, pelo qual se pretende encontrar o verdadeiro titular do direito” (Ibid, p. 19).

no, a noção de duelo tende a esmaecer. Assim, importa destacar que o que “caracteriza a relação processual não é a luta, mas a existência de partes”, ou seja, torna-se mais significativo entender o réu menos como um gladiador e mais (muito mais) como um “sujeito de direitos e obrigações processuais”⁴¹.

Contudo, não se faz o acusado um sujeito onipotente de direitos. Desde logo, impõe-se explicar que o direito de defesa, em si mesmo, não é abusivo; todavia, abusivo será o seu uso, o modo como a parte o exercita⁴². Portanto, o reconhecimento do abuso depende da análise do caso concreto, de quem se operou o comportamento da parte.

Para o cumprimento deste desiderato, a defesa poderá, inclusive, socorrer-se de provas ilícitas; mas, nem por isso, presume-se que ela pode tudo. Há limites. A linha que separa o poder absoluto da capacidade de interferir no processo decisório pauta-se pelo princípio da boa-fé.

De sua íntima relação com a moral, o direito positivo busca consagrar um direito ideal, “sobre o qual se irradiam os valores”⁴³. Este direito ideal não se satisfaz com a interpretação literal ou retrospectiva, mas exige do jurista um papel de crítico permanente do texto legal, ou seja, em garantia da evolução do direito⁴⁴. Como afirma João Maurício Adeodato, o “direito é um fenômeno *in fieri*, nunca acabado, resultando do entendimento, da combinação de interesses, dos conflitos”⁴⁵.

Não há dúvida de que a malha legislativa, na qual se inserem as garantias, é um ambiente propício à realização de atos que se desviam da finalidade permitida pelo direito⁴⁶.

A relação entre as partes e o juiz move-se em torno da lealdade⁴⁷, motivo pelo qual o sistema, v.g., pune a falsa imputação criminosa a terceiro (art. 138, CP); a auto-acusação falsa (art. 341, CP); o falso testemunho ou a falsa perícia (art. 342, CP); a coação no curso do processo (art. 344, CP);

41 TORNAGHI, Hélio Bastos. **A Relação Processual Penal**. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, [s.d.], p. 121.

42 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Abuso de Direito Processual no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Org.). **Abuso dos Direitos Processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 111.

43 *Ibid*, p. 135-136.

44 *Ibid*, p. 15.

45 *Ibid*, p. 184.

46 O ambiente de formalidade legislativa proporciona um substrato natural para o abuso de direitos. A própria lei também pode criar forma abusiva, admitindo-se prazos demasiadamente longos ou petições muito extensas (HASSEMER, WINFRIED. **Sobre el Ejercicio Abusivo de los Derechos**. In: GUZMÁN DALBORA, José Luis (Coord.). **El Penalista Liberal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 121).

47 COSTA, Stefano. **O Dolo Processual em Matéria Civil e Penal**. Tradução de Laercio Laureli. São Paulo: Paulistanajur edições, 2004. p. 187.

o exercício arbitrário das próprias razões (art. 345, CP); a fraude processual (art. 347, CP); o patrocínio infiel (art. 355, CP), etc. Assim, a boa-fé interpõe-se entre os componentes da relação, vinculando-os.

De fato, no processo penal, o problema se agrava na medida em que existe, sim, uma defesa destinada à protelação; mas, advirta-se: esta modalidade de defesa não se destina ao retardamento desmedido do processo, embora seja o retardamento uma conseqüência natural de seu emprego. A defesa protelatória visa – ou deve visar – a que as garantias sejam cumpridas. No entanto, não se lhe ignora o uso, de certa forma habitual, desviado ou, dizendo de outro modo, destinado precipuamente ao retardamento da solução final do processo. Quanto à deslealdade, não se trata de rara exceção no processo penal. Na realidade, descobre-se, com pouco esforço, que, graças ao volume de processos que chegam aos tribunais, é possível realizar uma defesa meramente protelatória, com o intuito de se beneficiar de prescrição retroativa.

Neste aspecto, não será de todo impossível reconhecer e admitir comportamentos que protelam o andamento do processo, mas nem sempre será possível reputar a conduta como abusiva. A conduta de um acusado preso que exige sua participação na audiência das testemunhas arroladas pela acusação poderá ter, unicamente, o fim de protelar a instrução proteção, notadamente quando o réu se encontra preso noutra unidade da Federação. Mas, de qualquer modo, a prática está nos limites da defesa protelatória.

Assim, não se defende a abolição da defesa protelatória, já que a lealdade, no processo penal, não tem o mesmo vigor que no processo civil. O juiz decide com boa-fé e, para tanto, cabe esperar que ao menos as partes contribuam para o processo decisório, agindo com um mínimo de lealdade. É dessa necessidade de limites que surge a aplicação da teoria do abuso de direitos no âmbito da defesa penal.

Nesse contexto, o defensor figura como o principal operador do abuso do direito de defesa. Embora a sua função preserve um caráter público, relativamente autônomo da parte da pessoa do acusado, ele não está desvinculado do órgão acusador ou do juiz, uma vez que a sua condição de parte se estabelece num contexto de relação processual. De fato, o defensor pode omitir-se quanto à produção de provas desfavoráveis ao seu cliente⁴⁸, uma

48 SOUZA, Alexander Araújo de. **O Abuso do Direito no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 118.

vez que não se compromete com a realização da verdade absoluta, mas isso não significa que ele esteja liberado de uma atuação ética⁴⁹.

Dessa forma, a defesa técnica não detém o direito de mentir, ainda que esta prática lhe esteja ao alcance⁵⁰. Conquanto a ocultação de prova, pela defesa, também esteja no âmbito de suas possibilidades, a lei processual penal não anui a esta prática. Tanto que isenta o Estado de indenizar aquele que fora condenado indevidamente por ato ou falta imputável a ele próprio, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder (art. 630, § 2º, I, CPP)⁵¹.

O princípio da proibição da auto-incriminação impede que o réu produza prova contra si; contudo, não institucionaliza a má-fé ou cria o direito à mentira. É de se observar que, na realidade, o réu pode deduzir pretensões infundadas; tanto que, por força do direito ao silêncio, é-lhe possível, inclusive, *mentir* em juízo, igualmente podendo desenvolver sua tese defensiva em torno desta mesma *mentira*. Todavia, como um dos elementos da relação processual, o acusado mantém ligações de dependência com o acusador e com o juiz. Desse modo, o processo acusatório reclama a atuação das partes em direção a um fim permitido. A proteção à liberdade não abona o entendimento de que o réu atue livre do dever ético, não obstante a sua inocência presumida e todas as demais garantias defensivas a seu favor.

O ato defensivo abusivo viola o sistema processual, porque contraria o dever de lealdade processual, mesmo havendo respeito ao conteúdo formal do direito. Ainda que não seja uma verdade absoluta, a verdade que se busca, no processo, deve ser, sobretudo, uma “verdade ética, processual e constitucionalmente válida”⁵², legitimada pela iniciativa instrutória do juiz⁵³.

Contudo, também não se deve acreditar na teoria do abuso como salvação para a ineficácia do processo. Por outro lado, há o perigo de que o controle do abuso seja empregado com o fim ideológico ou como ins-

49 Ibid, p. 74.

50 Ibid, p. 119. Na Itália, onde não existe regra expressa acerca do abuso de direito no processo civil, a jurisprudência e a doutrina defendem a sua aplicação com base no princípio da boa-fé. No entanto, evoluiu-se para entender que no processo civil, apesar da lealdade, não existe o dever absoluto de dizer a verdade. Isto porque a verdade, quando desfavorável, prejudica a defesa e, quando favorável, em nada ajuda, já que da defesa sempre se espera uma verdade para favorecer. No entanto, há o dever de dizer a verdade quando se pleiteia provimento sem a audiência da parte contrária (LIMA, Patrícia Carla de Deus. O Abuso de Direito de Defesa no Processo Civil: reflexões sobre o tema no direito e na doutrina italiana. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 30, n. 122, p. 93-129, abril/2005, p. 113 e 114).

51 Cf.: SOUZA, Alexander Araújo de. Op. cit., p. 175.

52 GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do Juiz no Processo Penal Acusatório. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**, Brasília-DF, v. 1, n. 12, p. 15-25, p. 22, dez/1999.

53 Ibid, p. 25.

trumento de uma técnica processual autoritária que impeça ou restrinja indevidamente o direito de defesa.

Nesse caso, urge investigar critérios para a aferição do abuso. Não há dúvida de que a parte que abusa do direito de defesa atenta contra a administração da Justiça e contra a efetividade do processo⁵⁴, devendo, portanto, ser sancionada com a perda dos frutos os quais planejava obter com a prática abusiva⁵⁵. Contudo, é preciso determinar critérios para que se execute a privação das vantagens almejas com a realização do ato abusivo.

Assim, embora reconheça que a proibição do abuso afeta o regime de garantias processuais, não se faz arrazoado determinar a proibição geral de abuso a partir de casos extremos de rara ocorrência⁵⁶. Deste modo, para que se conheça o que diz a exercício abusivo, é preciso ter como parâmetro o exercício usual do direito. Num caso concreto⁵⁷, Winfried Hassemer exemplifica que se considerou abusivo o requerimento para a realização de 8.5000 diligências⁵⁸, prática inteiramente dissociada do aceitável.

No caso do direito processual penal, em face do caráter de relevo dado ao direito de defesa, não seria difícil encontrar meios que permita cumprir abusivamente a defesa protelatória. Isto é, sob a guarita da defesa, o acusado pode esforçar-se por violar a cláusula da duração razoável do processo, muitas vezes contando com a colaboração do juiz, alheio aos verdadeiros fins que se obscurecem diante da legitimidade aparente do manejo regular da técnica processual defensiva.

Em sentido amplo, abusa-se da defesa quando se escolhe a maneira mais onerosa para a obtenção de um resultado⁵⁹, incidindo-se em figuras delitivas⁶⁰ ou em meras fraudes processuais. Em um sentido estrito, o ato abusivo é aquele próprio da temeridade ou que se desvia de seu fim; trata-

54 HASSEMER, Winfried. Sobre el Ejercicio Abusivo de los Derechos. In: GUZMÁN DALBORA, José Luis (Coord.). **El Penalista Liberal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 123.

55 Ibid, p. 116.

56 Ibid, p. 127.

57 BGHSt, 38, 111 (112). Conforme já houve oportunidade de decidir o Tribunal Constitucional alemão (Sentença de 6 de abril de 2000, 1 StR 502/99, NJW, 2000, p. 2217), o advogado extrapola a sua prerrogativa de defensor quando realiza ato desnecessário à defesa de seu cliente, buscando atingir outros fins, muito embora – reconheça-se – faça-se muito difícil saber quando o advogado se desvia dos fins úteis à defesa (ibid, p. 117).

58 Ibid, p. 122. O membro do Tribunal Constitucional alemão também adianta que se abusa do direito de petição por meio de inúmeros pedidos enviados sucessivamente (ibid, p. 120).

59 LUCAS SOSA, Gualberto. Abuso de Derechos Procesales. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Org.). **Abuso dos Direitos Processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 58.

60 Ibid, p. 52.

-se do uso de uma faculdade, aparentemente amparada pelos princípios da ampla defesa e do contraditório, mas que se desvia da finalidade legal⁶¹.

Vale dizer que o abuso somente deve ser identificado no caso concreto⁶², tendo como parâmetro as circunstâncias de casos análogos. De outra parte, parece acertada a orientação segundo a qual o critério objetivo atende melhor à identificação do uso abusivo da defesa. Assim, o requerimento de audiência de três testemunhas tenha um fim não protegido pelo direito, não há como, objetivamente, registrar que a prática se concretiza no campo da realidade. Neste caso, os fins merecem uma repreensão moral, mas não digamos que seja razoável punir a intenção incapaz de se concretizar.

Para atingir um valor ou um desvalor, como o retardo processual, o sujeito processual precisa escolher os meios necessários à realização do fim. Porém, os meios não são escolhidos aleatoriamente. Não surtirá efeito, por exemplo, o lançar mão do *habeas corpus* para discutir questão aprofundada de prova, quando se sabe que os tribunais rejeitam tal medida. Quando a parte pretende realizar um fim defensivo, em princípio somente deve procurar empregar os meios disponíveis pelo ordenamento, aumentando, assim, as chances de sucesso. No entanto, até a fase de escolha dos meios defensivos, não será possível reputar aprioristicamente o ato de abusivo, embora já existente a intenção de obstruir o processo. Sob esse aspecto, e para que o ato seja reconhecido como abusivo, será preciso o cumprimento da fase de realização, quando então a finalidade pode ou não se concretizar.

Seguindo esta linha de raciocínio, faz-se necessário patrocinar a teoria do abuso como um conflito de direitos, cabendo ao juiz o controle permanente mediante o emprego de técnica de ponderação de valores. O Direito Penal e o Processo Penal também se aproveitam do princípio da proporcionalidade, notadamente no campo da resolução dos conflitos oriundos do abuso do direito de defesa. Isto, porque o princípio da proporcionalidade, assim como o da isonomia, o instrumento útil à harmonização de interesses conflitantes⁶³, função ínsita ao Estado Democrático de Direito.

61 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de Direito Processual no Ordenamento Jurídico Brasileiro. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Org.). **Abuso dos Direitos Processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 111.

62 LIMA, Patrícia Carla de Deus. Op. cit., p. 128.

63 GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: RCS ed., 2007. p. 83.

Em sua tríplice composição⁶⁴, destinada à otimização máxima dos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade permite uma adequação entre o meio defensivo empregado e o fim almejado. Conseqüentemente, poderá haver abuso se o meio não for adequado para à realização da defesa penal, ou se existir outro meio menos gravoso, capaz de produzir os mesmos fins defensivos. A própria afinidade entre o direito processual e o direito material enseja uma relação de proporcionalidade, de modo que o processo não se pode tornar um fim em si mesmo⁶⁵.

4 CONCLUSÃO

O ordenamento ainda se ressentido da falta de um autêntico sistema contra o exercício abusivo das garantias processuais penais, notadamente porque o exercício do direito de defesa não logra um caráter ilimitado.

No processo penal, a feição constitucional do procedimento acusatório serve de abrigo ao reconhecimento do abuso de garantias processuais. O Estado Democrático de Direito não somente constitui um regime de efetivação do direito de defesa, mas do mesmo modo busca efetivar a justiça processual. Em síntese, a efetivação não é uma exigência restrita ao direito de defesa.

O processo judicial pode torna-se uma infeliz exceção à ética.

A defesa processual possui constituição autônoma do mérito da causa, ou seja, faculta-se ao acusado o direito à *defesa processual dilatatória*, destinada ao prolongamento da relação processual, por meio da exigência de cumprimento das garantias, tendo como efeito o retardo legítimo do julgamento da causa.

O abuso da defesa provém da utilização desse direito legítimo (defesa protetória), todavia tendo como finalidade a violação da duração razoável do processo. O abuso do direito de defesa ocorre quando se cria, artificialmente, uma situação antifuncional, que precisa ser demovida em razão dos princípios da efetividade, da simplicidade, do devido processo legal, da duração razoável do processo e da razoabilidade.

Embora a dilação integre o conceito de defesa, a projeção constitucional da duração razoável do processo confere um novo colorido à defesa penal dilatatória.

64 Proporcionalidade em sentido estrito; princípio da adequação e princípio da exigibilidade ou máxima do meio mais suave (Ibid, p. 88).

65 Ibid, p.100.

Não se defende a abolição da defesa protetatória, mas urge estabelecer critérios para a aferição do abuso.

A parte que abusar do direito de defesa deve ser sancionada com a perda da vantagem processual almejada com a prática abusiva.

Faz-se premente revisar a utilidade constitucional de mecanismos legais, tais como o protesto por novo júri (art. 607, CPP), concebidos apenas com o intuito de retardar o desfecho da causa.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 1996.

BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio F. **De la Obstrucción a la Justicia y la Deslealtad Profesional**. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 1999.

CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**. Brasília: Senado Federal, 2001.

COSTA, Stefano. **O dolo processual em matéria civil e penal**. Tradução de Laercio Laureli. São Paulo: Paulistanajur edições, 2004.

COUTURE, Eduardo J. **Interpretação das leis processuais**. Tradução de Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, [s.d.].

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954. v.2.

GÓES, Ricardo Tinoco de. Direito Processual e Filosofia do Direito: uma visão do processo com aporte na teoria do discurso - brevíssimas considerações. **Revista Direito e Liberdade**, Mossoró, Região Oeste, ano 2, n. 1, v. 4, p. 371-387, jul./dez. 2006.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Procedimento sumaríssimo e direi-

to à prova. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 35, nov.1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do Juiz no Processo Penal Acusatório. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**, Brasília-DF, v. 1, n. 12, p. 15-25, jul.1998/dez.1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: RCS ed., 2007.

GUZMÁN DALBORA, José Luis (Coord.). **El Penalista Liberal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Repensando a Teoria do Abuso de Direito**. Salvador: Juspodivm, 2006.

LIMA, Patrícia Carla de Deus. O Abuso de Direito de Defesa no Processo Civil: reflexões sobre o tema no direito e na doutrina italiana. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 30, n. 122, p. 93-129, abr.2005.

LÓPEZ PULEIO, Maria Fernanda; GONZÁLEZ ESPUL, Estela; SARA PEÑA, GUZMÁN et al. Los cuadenos de la defensa: la defensa oficial en el nuevo código procesal penal de la Provincia de Buenos Aires, Argentina. **Periódico Pena y Estado**, Buenos Aires, v. 5, fascículo 5, p. 243-265, 2002.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v.1. 4v.

_____. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Bookseller, 1997, v.2. 4v.

MOREIRA, José Carlos Barbosa (Org.). **Abuso dos Direitos Processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

RAMOS, João Gualberto Carcez. **Curso de Processo Penal Norte-Americano**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. Conflito Aparente de Normas no Descumprimento de Ordem Judicial pela Administração Pública. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 35, n. 140, p. 249-257, out./dez.1998.

SOUZA, Alexander Araújo de. **O Abuso do Direito no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo Teixeira. A Lei 9.756/98 e suas Inovações. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 141, p. 5-8, jan./mar.1999.

TORNAGHI, Hélio Bastos. **A Relação Processual Penal**. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, [s.d.].

Correspondência | Correspondence:

Fábio Wellington Ataíde Alves

Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte – ESMARN, Av. Dix-Sept Rosado, 56, Centro, CEP 59.600-050. Mossoró, RN, Brasil

Fone: (84) 3317-1170.

Email: fabioalves@tjrn.jus.br