

Marcelo Figueiredo: O direito de defesa e a democracia

Inicialmente cumpre recordar que a garantia ou o direito à defesa é um dos mais antigos direitos conhecidos pela ciência jurídica. Nada obstante, ainda é descumprido e em muitas circunstâncias não observado em todas as suas dimensões.

Se voltarmos nossos olhos ao passado vamos encontrar sua origem na Magna Carta (1215) escrita em latim contemplando o *devido processo legal* expresso na proteção da *law of the land*, a lei da terra, ou, como também conhecida mais tarde, a *rule of the law*.

Basta recordar que tanto no movimento da independência dos Estados Unidos como na Revolução Francesa reafirmou-se com maior intensidade o direito à defesa:

“Em todos os processos por crimes capitais ou outros, todo indivíduo tem o direito de indagar da causa e da natureza da acusação que lhe é intentada; de ser acareado com os seus acusadores e com as testemunhas; de apresentar ou requerer a apresentação de testemunhas e de tudo que seja a seu favor; de exigir processo rápido por um júri imparcial de sua circunvizinhança, sem o consentimento do qual ele não poderá ser declarado culpado” (Declaração de Virgínia, 1776, artigo 10).

Os princípios do contraditório, da ampla defesa e do direito à produção de prova obtida por meios lícitos estão interligados e todos eles derivam em última análise do princípio do acesso à Justiça.

No Brasil, como em todo o mundo, primeiro a garantia surge mais vinculada ao processo penal e depois vai sendo paulatinamente alargada ao Direito em geral.

Joaquim Canuto Mendes de Almeida, em 1937, ensinava que o princípio do contraditório é a “ciência bilateral dos atos e termos processuais e a possibilidade de contrariá-los”.

A participação, maior expressão do contraditório, consiste não só na possibilidade de defesa, como, principalmente, na de influir ativamente sobre o desenvolvimento e sobre o resultado do processo.

O contraditório há de ser efetivo e equilibrado, isto é, deve ser realmente informado ao interessado que o processo foi iniciado e que haja igualdade de tratamento das partes, de tal sorte que estas litiguem com paridade de armas^[1].

Estas imposições representam, inegavelmente, a bilateralidade da ação e da pretensão deduzida em juízo, sendo consequência direta das basilares garantias de ordem constitucional exteriorizadas pelo contraditório, pela inarredabilidade do controle da jurisdição, pelo princípio da isonomia e pelo devido processo legal.

São, na verdade, a expressão precisa do contraditório participativo, em que as partes têm assegurados direitos, oportunidades e possibilidades idênticas, pela forma consagrada, lapidariamente, pelo inciso LV, do artigo 5º, da CF:

“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”.

E entre as faculdades concedidas aos litigantes o direito à formação e produção de provas emerge como um dos pontos altos e de grande intensidade do princípio do contraditório e como expressão típica daquela norma constitucional.

Ada Pellegrini Grinover[2], com inteira razão, traz subsídios importantes, especialmente sobre o “contraditório como condição de validade das provas”, enfatizando, nesse particular e para esse fim, a necessidade da presença das partes e do juiz quando da coleta de provas.

E, referindo-se a vários ensinamentos doutrinários, quanto à exigência do contraditório na formação e na produção da prova, segundo a experiência jurisprudencial e a lição da Itália, Alemanha e França, alinhava alguns aspectos relativos à matéria, resumidos por Tarzia[3]:

“a) a proibição de utilização de fatos que não tenham sido previamente introduzidos pelo juiz do processo e submetidos a debate pelas partes, b) a proibição de utilizar provas formadas fora do processo ou de qualquer modo colhidas na ausência das partes, c) a obrigação do juiz, que disponha de poderes de ofício para a admissão de um meio de prova, de permitir, antes da sua produção, apresentar os meios de prova que pareçam necessários em relação aos primeiros, d) a obrigação de permitir a participação dos interessados na produção das provas”.

Desse modo, com base nas lições acima que tanto se apresenta com vício a prova que for coletada sem a presença do juiz quanto aquela que for por este colhida sem a presença das partes.

Também no artigo 5º, inciso LII a CF dispõe:

“Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

As provas formadas fora do processo parecem estar proibidas, ou em outro giro: todas as partes devem participar da produção da prova a ser utilizada na sentença e no mesmo processo.

O espaço processual deve ser adequado e dar oportunidade aos sujeitos iguais condições de participação (contraditório) e amplo exercício do direito de defesa. Para tanto, se deve dar ao acusado ciência e compreensão de todos os termos da acusação contra ele formulados e oportunidade de se defender plenamente.

Deve-se ainda assegurar o direito de impugnação (recurso) às decisões judiciais e o direito de não ser processado duas vezes pelo mesmo fato. Em síntese, um devido processo legal é aquele que se desenvolve segundo o modelo constitucional e processo, obedecendo estritamente sua base principiológica uníssona integrada pelo contraditório, ampla argumentação, existência do terceiro imparcial e da fundamentação das decisões.

Essas lições, apesar de fundamentais, muitas vezes são esquecidas hoje em dia. Desse modo, lembramos que a ampla defesa e seus corolários são garantias constitucionais e não legais no Brasil.

A partir desses elementos verificamos na prática sérias violações à ampla defesa e a seus corolários. Vejamos alguns exemplos:

- é o juiz quem dirige o processo e, após a Lei 11.690/2008, pode utilizar-se da prova do inquérito desde que não seja seu único fundamento, o que gera muitas vezes indesejada prática — a de simplesmente reproduzir a fase inquisitorial sem cuidados através de simples confirmação em contraditório de depoimentos prestados na fase inquisitiva;
- na possibilidade de decretar prisões de ofício (Lei 12.403/2011), ou de condenar o acusado sem pedido da acusação e mesmo quando aquele pede a absolvição; e ainda reconhecer agravantes não alegadas pelas partes.

Aqui outra lição elementar muito esquecida. O devido processo (seja ele civil, penal ou administrativo, pouco importa) deve estar afinado com a Constituição e seus valores, bem assim com os tratados de direitos humanos firmados pelo Brasil.

Assim, recorde-se do artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos:

Artigo 8º – Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.
2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:
 - a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal;
 - b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
 - c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa;
 - d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
 - e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
 - f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;

g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e

h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

Até o final de 2011, a Corte Interamericana de Direitos Humanos declarou violado o artigo 8º da convenção em mais de 95% dos casos que lá tramitaram e em 50% das opiniões consultivas por aquela corte proferidas^[4].

Pincemos apenas um dos direitos mais violados nas situações acima descritas e já constatado muitas vezes pela CIDH. Trata-se do “direito a ter acesso ao material probatório e ao inquérito policial (dossiê, processo, arquivo, sumário da instrução etc.)”.

No contexto latino-americano, o acesso aos autos sempre foi problemático. Desde os recentes períodos ditatoriais até a redemocratização, algumas práticas remanescem como se ainda estivéssemos vivendo a fase de chumbo.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos enfrentou casos em que as proibições de acesso à informação por parte dos acusados eram enormes e as consequências penais, próprias de jurisdições especiais (tribunais contra o terrorismo) de grande magnitude.

No caso *Castillo Petruzzi e outros contra o Peru*, considerou-se que:

“A restrição ao trabalho dos advogados defensores e a escassa possibilidade de apresentação de provas de defesa ficaram demonstradas neste caso. Efetivamente, os acusados não tiveram conhecimento oportuno e completo das imputações penais que lhes faziam; as condições em que atuaram os defensores foram absolutamente inadequadas para seu eficaz desempenho e só tiveram acesso ao processo no dia anterior à emissão da sentença de primeira instância. Em consequência, a presença e atuação dos defensores foram meramente formais. Não pode se sustentar que as vítimas contaram com uma defesa adequada” (sentença de 30 de Maio de 1999).

A conclusão da CIDH aludia aos defensores, mas é óbvio que *a fortiori* aplica-se também ao acusado que exerce em muitos países a sua própria defesa. O direito existe, independentemente da existência ou não de defensor (em alguns países). No caso *Palamara Iribane*, a corte não considerou admissível a estrutura do processo na Justiça Militar que estabelecia regras de segredo.

Em alguns outros casos, a CIDH sinalizou derivações do direito de acesso à informação reunida nos inquéritos. Por exemplo, considerou que a ausência de comunicação fidedigna à incorporação de prova pericial, assim como não informar com a devida antecedência a realização de diligência de prova,

constituem violações à convenção.

Do mesmo modo, "a negativa de expedir cópias do processo de investigação às vítimas resulta incompatível com o direito à sua participação na investigação que antecede a ação penal" (caso *Radilla Pacheco*).

Por fim, uma palavra sobre o princípio da presunção de inocência e a prisão. O princípio da presunção de inocência ou da presunção da não culpabilidade sempre foi uma garantia clássica no processo penal no mundo civilizado. Sempre se sustentou que por força do princípio da presunção de inocência haveria uma consequência jurídica na prisão do acusado, do réu.

A Constituição brasileira proibiu terminantemente que o acusado fosse considerado culpado antes da sentença judicial transitada em julgado. Paralelamente, previu e manteve as medidas cautelares de prisão, como o flagrante e a prisão preventiva, instrumentos protetivos do processo e da sociedade.

Do mesmo modo sempre aprendemos que a pena somente pode ser aplicada após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Pode-se afirmar sem sombra de dúvidas que a Constituição brasileira somente admite a prisão nos casos de flagrante delito ou a prisão preventiva ou temporária (artigo 312 do CPP).

Se a Constituição Federal garante a presunção de inocência até o trânsito em julgado, vale dizer que a presunção só desaparece e, consequentemente, só é possível a prisão por condenação após a constituição da coisa julgada material (artigo 5º, LVII da CF).

O STF tinha posição entendendo legítima a expedição de mandado de prisão, mesmo havendo sido interposto recurso especial e extraordinário (STF, HC 81.964-SP). Depois passou a decidir que somente o trânsito em julgado autorizaria a expedição do mandado de prisão (STF, RHC 89.550-SP).

Em 2016, no entanto, como se sabe, o STF, por maioria, passou a admitir a execução da pena após a condenação em segunda instância. A polêmica decisão deu-se porque o STF entendeu que o artigo 283 do CPP não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância.

Entendemos que o STF não foi fiel à textualidade da norma vertida no dispositivo do artigo 5º LVII, indo além de sua função de intérprete constitucional. Se quisesse esse entendimento, deveria o Congresso Nacional emendar a Constituição para alterar esse dispositivo. Dir-se-á que esperar que o Congresso exerça sua função legiferante é mero sonho de Poliana.

Seja como for, o entendimento é forçado, segundo nos parece. Do ponto de vista de política legislativa (e de *lege ferenda*), somos favoráveis à solução alvitada, embora não concordemos com a interpretação empreendida.

A Justiça constitucional é ou deve ser a maior garante do processo democrático, pois defende e protege a Constituição e seus valores. Defende a liberdade contra as majorias passageiras, dá voz às minorias e interpreta constantemente o pacto fundamental.

A Justiça constitucional deve agir de forma prudente, de modo a não sufocar a democracia com um ativismo irresponsável. Em muitas ocasiões é dever do STF conter-se e adotar mecanismos de aviso

(notificações, constituição em mora, declaração de omissão) para de algum modo forçar o legislador a atuar.

Caso não atue, aí sim deve o controlador máximo do Poder Judiciário colmatar a lacuna constitucional que impede a fruição dos direitos, ou mesmo “recolocar” ou “reinterpretar” a norma infraconstitucional, colocando-a em seus trilhos, realizando a interpretação constitucional definitiva.

[1] Nesse sentido a lição de Candido Rangel Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover, respectivamente, “Novas Tendências do Direito Processual” e a “As Garantias do Direito de Ação” RT, 1983, e “A Instrumentalidade do Processo” e “Teoria Geral do Novo Processo Civil”, Malheiros, 2016.

[2] “Novas Tendências do Direito Processual”, Forense Universitária, 1990, página 19.

[3] “Parità delli armi tra le parti e poteri de giudice nel processo civile”, Studi Parmensi, Volume XVII, Milão, Giuffrè, 1977.

[4] Vide de Christian Steiner e Patricia Uribe (editores), “Convención Americana de Derechos Humanos” Comentários, Konrad Adenauer Stiftung, Berlim, 2014.

Date Created

04/12/2018