

O PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E O LIMITE E PRECLUSÕES PARA O REQUERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVAS PELO ACUSADO NO PROCESSO CRIMINAL – RITO ORDINÁRIO

Ronaldo Denardi
Juiz de Direito

A ampla defesa é garantia fundamental que, na Constituição em vigor, colocado como direito individual, está prevista no artigo 5º, inciso LV, que reza: **“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 que tem importância tal que não pode ser objeto de reforma constitucional (artigo 60, § 4º). É considerado pela doutrina como direito fundamental de primeira dimensão¹ ou de primeira geração². E nunca é demais lembrar que o vocábulo amplo, lexicamente, significa sem restrições, ilimitado³.

A defesa do acusado, em processo criminal deve, assim, ser exercida de acordo com a garantia constitucional, os limites constitucionais – produção de provas lícitas – inciso LVI, da CF – e os contornos impostos pela legislação infraconstitucional, ou mais claramente, as regras procedimentais.

É aqui que reside o problema cuja solução se busca: qual é o alcance dos limites e preclusões da lei procedimental frente à garantia fundamental da ampla defesa?

No meu sentir, os limites impostos, como o de número de testemunhas (artigo 401, do CPP), têm o caráter de impedir que se produza mais do que é necessário para a prova do fato que pretende o acusado⁴. Não se pode impedir, entretanto, que o acusado produza o suficiente, isto é, se para a prova de determinado fato, fracionado este, houver a necessidade de inquirição de cem testemunhas, estas deverão ser ouvidas, sob pena de violação da garantia fundamental da ampla defesa. O limite estipulado pela lei é, claramente, e deve ser assim interpretado, apenas para dar contornos razoáveis ao processo,

¹ André Ramos Tavares, Curso de Direito Constitucional, 1ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2002, pp. 358-9.

² Paulo Bonavides, Curso de Direito Constitucional, 13ª edição, 2ª tiragem, Malheiros Editores, São Paulo, 2003, pp. 562-4.

³ Dicionário Aurélio – Século XXI – Eletrônico.

⁴ Para as presentes considerações estou colocando as coisas sob a ótica única do acusado.

evitando-se a produção de provas desnecessárias, impertinentes, que sirvam só para inchá-lo e contribuir para a demora da prestação jurisdicional.

Mas, impor-se ao acusado que, com oito testemunhas (falo aqui de pessoas que possam ser compromissadas), por exemplo, prove fato, único que seja, que demande quarenta ou mais, é rematada violação ao seu direito de defesa. Permitida a oitiva de oito testemunhas apenas, faltará ao acusado a prova de oitenta por cento do fato. O prejuízo é evidente, então. É óbvio que, na prática, situações como esta dificilmente ocorrem, mas que são possíveis, são!

E a preclusão?

Não existe para determinadas circunstâncias.

Mas as provas não devem ser requeridas e especificadas no prazo da resposta (artigos 396 e 396-A), sob pena de preclusão? Sim, elas devem, mas estão sujeitas a esse termo somente aquelas que estiverem sob o domínio do conhecimento do acusado. Não outras que não sejam conhecidas. Quanto a estas, o réu poderá produzi-las a qualquer momento no processo⁵, independentemente dos limites ou da preclusão, sob pena de violação à garantia da ampla defesa, advindo, daí, a inconstitucionalidade da preclusão e dos limites previstos pela lei.

O mesmo se aplica à redução contida no antigo artigo 499, do CPP (dispositivo revogado), repetida agora no artigo 402, pela redação que lhe deu a Lei 11.719/08. Esta disposição é flagrantemente inconstitucional quando reduz a possibilidade de postulação de diligências⁶ para aquelas “... **cuja necessidade se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução**”, porque limita o exercício da ampla defesa. É fácil exemplificar: se até esse momento o réu desconhecia prova que pudesse produzir em seu favor, seguindo-se à risca o que diz o artigo, estaria impedido de produzi-la requerendo-a em diligências, ainda que com ela alcançasse a absolvição, tão-somente porque sua necessidade não se originou de circunstâncias ou fatos apurados na instrução. Isso é, evidentemente, uma aberração pois não se compreende que, a pretexto de observância da forma, se negue ao homem o direito de ver-se absolvido com base em prova lícita que poderia produzir. Cerceamento dessa natureza, ainda que baseado na lei infraconstitucional, ofende frontalmente o disposto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República e também o objetivo fundamental de construção de uma sociedade justa (artigo 3º, inciso I, do mesmo diploma), que jamais será alcançado se o Estado se permite tolerar injustiças flagrantes, negando direito fundamental ao cidadão.

⁵ Quanto aos documentos já há previsão legal que assim autoriza: artigos 231, do CPP.

⁶ Entendo que no pedido de diligências está aberta a possibilidade de requerer a produção de qualquer prova em direito permitido, de complementá-la ou de esclarecê-la.

Não há, por outro lado, qualquer justificativa moral para que não se permita ao acusado a produção dessa prova, seja na fase de diligências, seja depois. E se o Estado deve seguir o princípio da moralidade na administração ordinária (artigo 37), tanto mais deverá, ainda que princípio não escrito, velar pela moralidade na aplicação da Justiça, outorgando ao acusado a garantia de defender-se amplamente.

Desse modo, na parte em que reduz a possibilidade da produção da prova nas diligências finais à demonstração que a “... **necessidade se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução**”, o artigo 402, do CPP, na redação vigente, é inconstitucional.

É importante observar que, não era raro acontecer, a declaração de inconstitucionalidade da disposição idêntica que vigia antes (artigo 499, do CPP), ocorria sempre que o juiz, “em homenagem ao princípio da ampla defesa”, deferia a produção de provas requeridas em diligências sem atentar para a redução do artigo. O mesmo se pode dizer quanto ao deferimento de provas em fases anteriores, requeridas depois da apresentação das alegações preliminares (artigo 395 e 399, do CPP, redação antiga) e fora dos limites impostos. Havia e haverá nestas circunstâncias, sempre, a declaração implícita da inconstitucionalidade do comando normativo que imponha prazo para a produção de prova desconhecida ou limites a ela.

A propósito de tudo isso, é disposição infraconstitucional que dá sustentação aos argumentos e que é consentânea com a garantia da ampla defesa, a possibilidade de revisão da sentença quando, após ela, “... **se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstâncias que determine ou autorize diminuição especial da pena**” (artigo 621, inciso III, do CPP). Se é possível a produção de prova desconhecida depois do trânsito em julgado da sentença condenatória, porque não seria possível antes?

Não vejo, por fim, nenhum problema quanto à celeridade dos feitos porque não há prova que demore tanto para ser produzida⁷ e deve, sempre, o Juiz verificar a conveniência e a necessidade da produção da prova, bem como se era ela desconhecida do acusado. Nesta parte, tenho dúvida se, mesmo sendo conhecida do acusado, tendo ele optado por requerer a sua produção passados os momentos próprios, não se tenha que deferi-la, pois não me parece que se justifique a injustiça como retaliação à manigância.

⁷ Considero o número ideal de processos por Juiz para fazer essa afirmação.