

A INTERPRETAÇÃO DA AMPLA DEFESA NO PROCESSO PENAL CONFORME A CONSTITUIÇÃO

Jorge Henrique Schaefer Martins ¹

SUMÁRIO: I – Introdução; II - O método de interpretação conforme a Constituição; III - A ampla defesa e sua interpretação no universo jurídico brasileiro; IV - O cumprimento do preceito constitucional diante da redação legislativa ordinária; V - Conclusão. VI - Bibliografia.

I. INTRODUÇÃO.

A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece, dentre inúmeros outros princípios², regramentos a serem observados no tocante à aplicação das normas penais, como referentes à observância de direitos do inculpaado no que se refere ao processo de apuração de fato dito infracional.

¹ Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca da Capital, membro da 1ª Turma de Recursos do Estado de Santa Catarina, Professor de Direito Penal da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI – CES IV, especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Universidade Regional de Blumenau – FURB – , mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI.

² Não obstante não se cuide de Constituição com cunho meramente principiológico, em vista de conter disposições com tal faceta, como outras de caráter específico.

A análise de todos os princípios atinentes às referidas áreas do Direito, por óbvio não é possível em um trabalho isolado, sendo mister que se busque identificar um de seus aspectos primordiais para a correta aplicação do Direito e Justiça.

A escolha recai sobre o princípio da ampla defesa no âmbito do processo penal, com a explicitação respectiva, direcionando-se o estudo, após considerações a respeito da teoria que justifica a interpretação da lei conforme a Constituição, e indicação do que vem a ser a ampla defesa, a verificação de alguns dispositivos legais vigentes no país, os quais, observados sob ótica isolada, sem a preocupação de se observar sua constitucionalidade, podem implicar na nulidade da decisão conseqüente.

Buscar-se-á trazer à lume considerações doutrinárias acerca do tema, indicando-se situações específicas sobre as quais deve recair a aplicação do preceito constitucional.

II. O MÉTODO DE INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO.

Verifica-se no estudo realizado por PAULO BONAVIDES³, a existência de considerações a respeito dos métodos utilizados para a interpretação da Constituição, dele se extraindo tópicos para a digressão sobre o tema.

³ Curso de Direito Constitucional. 11 ed., São Paulo: Malheiros, 2.001, 797 p.

Está consolidada a visão de que as normas legais devam ser interpretadas em conformidade com a Constituição, ao que se costumou denominar de “princípio de interpretação da lei ordinária de acordo com a Constituição”^{4 5}, o que deflui da natureza rígida de tais diplomas, como da hierarquização das normas, onde a constitucional assume especial e mais importante relevo.

Gize-se que a respeito da interpretação das normas constitucionais, seu espectro de aplicação, forma de entendimento, existam vertentes de pensamento que cingindo-se à elas (normas constitucionais), indicam métodos próprios consistentes no método tópico de interpretação constitucional⁶, método racionalista de concretização criado pela teoria material da Constituição⁷, além do método concretista de inspiração tópica, também denominado de nova hermenêutica constitucional de Friedrich Müller⁸

⁴ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2.001, p. 474.

⁵ De se observar que ocorrendo entendimentos diferenciados, isto é, de que a norma é constitucional e de que é inconstitucional, “O intérprete, adotando o método ora proposto, há de inclinar-se por esta última saída ou via de solução. A norma, interpretada “conforme a Constituição”, será portanto considerada constitucional.” Cf. BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 474.

⁶ O qual, foi definido por Viehweg, consiste em “técnica de pensar o problema”, ou seja, “técnica mental que se orienta para o problema”, constando que “A insuficiência do positivismo explica o advento da tópica na medida em que lhe foi possível abranger toda a realidade do direito, valendo-se, conforme ressaltou Kriele, de normas positivas, escritas ou não escritas, em vinculação com as regras de interpretação e os elementos lógicos disponíveis”. Cf. BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 449 e 450, respectivamente.

⁷ Insurgindo-se contra a utilização da tópica como forma principal de exegese constitucional, ao se dizer: “No campo constitucional, a importância da tópica é decisiva na medida em que produz uma reorientação básica da doutrina. Mas corre ela o grave risco de tomar na esfera do Direito Constitucional uma dimensão

Restringindo-se o estudo ao método no qual se tem por propósito observar se a lei está de acordo com o que propôs a Constituição ou se a afronta em seus comandos, de se afirmar estar consagrada a percepção de que se deva procurar preservar, o tanto quanto possível, as finalidades da lei.

Como se vê, esse meio de interpretação contém um princípio conservador da norma, uma determinação de buscar fazê-la sempre subsistente, de não eliminá-la com facilidade do seio da ordem jurídica, explorando ao máximo e na mais ampla latitude todas as possibilidades de sua manutenção. Busca-se desse modo preservar a autoridade do comando normativo, transfigurando o método na condição de ser expressão do ‘favor legis’ ou do ‘favor actus’, ou seja, colocando-o como um instrumento de segurança jurídica contra as declarações precipitadas de invalidade da norma.⁹

Esse direcionamento faz com que o Estado-Juiz, ao se defrontar com a análise de uma lei ou dispositivo de lei que possa estar em conflito com a norma

metodológica cujos reflexos, impelida a teoria aos últimos efeitos, seriam ruinosos para a normatividade da Constituição. Cf. BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 455.

⁸ Friedrich Müller compreende a “norma jurídica como algo mais que o texto de uma regra normativa. De sorte que a interpretação ou concretização de uma norma transcende a interpretação do texto, ao contrário portanto do que acontece com os processos hermenêuticos tradicionais no campo jurídico. A concretização possui assim um raio de abrangência muito mais largo e a respectiva ‘metódica’, na linguagem do autor, abraça os meios de trabalho mediante os quais se chega a concretizar a norma e a realizar o direito.” BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 456.

⁹ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 475.

constitucional, deva buscar meios de verificar sua compatibilização, e somente quando tal realmente não se fizer viável, venha a declarar sua incompatibilidade com a ordem jurídica posta.

Há, no entanto, vantagens e desvantagens em tal proceder: as desvantagens estão representadas pelo risco de que se venha a buscar argumentos que visem encontrar validade nos textos legais indicados como inconstitucionais, deixando-se de apontar ao legislador as cautelas que deve ter ao editar normas legais; as vantagens, por outro lado, decorreriam da consagração efetiva do princípio de separação de poderes, impedindo venham juízes ou tribunais a intrometer-se em matéria afeta ao Poder Legislativo, quando lhes compete controlá-lo.

Mas se ingressa em terreno delicado quando se cuida do que vem a ser controle e do que possa vir a ser intromissão. Em digressão sobre o temário, menciona-se o posicionamento do Tribunal Constitucional de Karlsruhe (Alemanha), que decidiu dever o juiz, quando se defrontar com lei onde se observe a presença de texto e sentido inequívocos, não deva dar sentido oposto, com a escusa de fazê-lo de molde a buscar interpretá-lo de acordo com o texto constitucional, pois se assim o fizer poderá alterar conteúdos normativos que são da competência legislativa¹⁰.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 476.

A interpretação deverá considerar a “vontade do legislador” que não é nada mais que “a vontade objetivada na lei”. Nessa tarefa exige-se a observância não só da questão formal, mas relaciona-se à “compatibilidade material”, para a qual não se pode prescindir da unidade da ordem jurídica e do sistema de valores que orientam o ordenamento jurídico.

De todo o modo, está em jogo a relação entre juiz e legislador, mesmo se tendo em conta estar consagrado no método de interpretação conforme a Constituição a prevalência do Legislativo, responsável pela elaboração da norma constitucional. A preservação da separação dos poderes admite a hegemonia ao legislador neste embate, mas isto não pode afastar a obrigatoriedade do judiciário vir a declarar a invalidade da lei, pois se não o fizer, igualmente estará desrespeitado o princípio, ante a apequenação da atividade jurisdicional.

Tal como foi cultivado pela Corte constitucional federal, o método de interpretação conforme a Constituição permite aos juízes fazer valer a Constituição sem contudo anular a lei contestada – nem completamente, nem parcialmente – e sem aguardar que o legislador cumpra suas obrigações constitucionais.

Ao invés de anular a lei contestada por violação de direitos fundamentais, os juízes não lhe reconhecem a existência senão na medida em que ela se acha autorizada pelas reservas previstas pela Constituição para a limitação legislativa

dos direitos fundamentais. Ou expresso doutra maneira: eles não reconhecem a existência de uma norma legislativa suscetível de estar em conflito com a Constituição. Tendo recurso assim a uma concepção restritiva da lei e de sua interpretação, escolhem os juízes um caminho mais brando que o da anulação para chegar no fundo a resultados análogos. Comporta isto uma certa moderação em face do legislador e consente, doutra parte, reservar a anulação àqueles casos em que é absolutamente necessária.¹¹

A importância do método deriva de ser o seu emprego dentro de limites razoáveis, uma das maneiras mais seguras de que dispõe o aparelho judicial para buscar afastar o risco de declaração de nulidade das leis. Sua adoção equilibrada tem a vantagem de prestigiar a função legislativa, sem que isto represente o enfraquecimento da magistratura no que se relaciona ao poder de “conhecer e interpretar a lei pelo ângulo de sua constitucionalidade.”¹²

MAURÍCIO ANTONIO RIBEIRO LOPES¹³ explicita que a Constituição, na forma hoje aceita e difundida, representa criação da época moderna, sofrendo óbvia influência do ideário iluminista, enquanto gerador de processo de racionalização de controle das atividades estatais. Em função disso, pode-se dizer que as sociedades

¹¹ HAAK, Volker. *Apud* BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 479.

¹² BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 480.

¹³ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Princípios Políticos do Direito Penal. 2 ed. São Paulo: RT, 1999, p. 33.

politicamente organizadas possuem, se não um documento com tal denominação, regramentos que estabelecem normas com tal finalidade.

Salienta, na continuidade do raciocínio:

Pela maior aproximação à origem do conceito moderno de Constituição e suas diretas influências na formação do sistema punitivo - objeto último das análises que pretendemos realizar – parece mais adequada a formulação proposta inicialmente por Canotilho, na linha de se entender a Constituição como ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito.¹⁴

Assim, a busca de se encontrar consonância entre o que dispõe a lei ordinária e os preceitos de caráter constitucional justifica-se pelo interesse em se determinar a efetiva aplicação das normas logicamente postas, dando-se, ao contrário, a perspectiva de se reconhecer a incongruência, ou quando possível, amoldar a disciplina ordinária dissonante aos termos e objetivos propostos pela Carta Magna.

Não é diversa a situação, quando se têm em mente as previsões da lei processual penal, relativas aos atos de investigação, acusação, instrução judicial e julgamento de quem tenha sido acusado da prática de conduta infracional.

Acerca da integração do Direito Processual Penal, objetivando sua interpretação e conseqüente aplicação, colhe-se a seguinte manifestação:

¹⁴ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Op. cit., p. 34.

As normas processuais penais são reveladas por meio da *lei*, ou constitucional, ou complementar, ou ordinária. E em havendo lacunas, funcionam como fontes secundárias, a *analogia* e os *princípios gerais de direito*, segundo o que preceitua o art. 3º do Código de Processo Penal. Isto significa que no Direito Processual Penal, as omissões da lei são preenchidas mediante a *auto-integração* (analogia) e a *heterointegração* (“o suplemento dos princípios gerais de direito”).¹⁵

Considerando que o sistema processual penal não se esgota unicamente nas leis e dispositivos específicos a tratar o tema, ROGÉRIO LAURIA TUCCI¹⁶ indica a imprescindibilidade para a estabilidade do Direito, da vinculação das normas que o integram de maneira a constituir um todo, impondo-se uma ordem teleológica ou finalística na busca da correta solução, procedendo-se a um escalonamento que se origina pela lei, passando pelos costumes, regras análogas, como aos princípios que estão em posição de *sobredireito*.

Acrescenta, em relação a eles:

Tais *princípios*, denominados *princípios gerais de direito*, apresentam-se, no aspecto universal, abrangendo todos os ramos da ciência jurídica, inclusive o processo penal, correspondendo “àquele ordenamento imanente às relações da

¹⁵ MARQUES, José Frederico. Tratado de Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 1980, vol. 1, p. 64.

¹⁶ TUCCI, Rogério Lauria. Princípio e regras orientadoras do novo Processo Penal brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 27.

vida (natureza das coisas), no qual o próprio legislador vai haurir os seus mandamentos, têm um caráter universal, perdurando uns através dos tempos, outros se modificando, para acomodarem-se à evolução das instituições sociais, políticas, morais, econômicas, de que resultam sérias transformações na ordem jurídica.¹⁷

Oportuna a manifestação de ANDRÉ COPETTI, ao abordar a validade de disposições penais em confronto com o que dita a Constituição, sendo aplicável o comentário ao tema em estudo:

É nos meandros da Constituição Federal, documento onde estão plasmados os princípios fundamentais de nosso Estado, que deve transitar o legislador penal para definir legislativamente os delitos, se não quer violar a coerência de todo o sistema político-jurídico, pois é inconcebível compreender-se o direito penal, manifestação estatal mais violenta e repressora do Estado, distanciado dos pressupostos éticos, sociais, econômicos e políticos constituintes de nossa sociedade.¹⁸

Delineada a posição referente à necessidade de integração entre as disposições legais e o preceito constitucional, passa-se à digressão a respeito da ampla defesa.

¹⁷ TUCCI, Rogério Lauria. Op. cit., pp. 27-28.

¹⁸ COPETTI, André. Direito Penal e Estado Democrático de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2.000, pp. 137-138.

III – A AMPLA DEFESA E SUA INTERPRETAÇÃO NO UNIVERSO JURÍDICO BRASILEIRO.

Os direitos individuais do cidadão tiveram sua gênese consoante a doutrina francesa, no pensamento cristão e na concepção de direitos naturais, redundando na declaração de direitos fundamentais do homem e do cidadão, havida na Revolução Francesa¹⁹, implicando no reconhecimento de direitos individuais, hoje compreendidos como direitos civis ou liberdades civis.

Comentando a respeito de sua importância e característica, assinala JOSÉ AFONSO DA SILVA:

A natureza desses direitos, em certo sentido, já ficou insinuada antes, quando procuramos mostrar que a expressão *direitos fundamentais do homem* são situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana.²⁰

Acrescenta, em seguida, tratarem-se de *direitos constitucionais na medida em que se inserem no texto de uma constituição ou mesmo constem de simples*

¹⁹ Contidos no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, datada de 1789.

²⁰ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2.001, p. 183.

*declaração solenemente estabelecida pelo poder constituinte. São direitos que nascem e se fundamentam, portanto, no princípio da soberania popular*²¹.

Dentro de referidos direitos está inserida a ampla defesa, isto é a condição de quem esteja sendo submetido a procedimento administrativo ou criminal para apuração de responsabilidade, vir a se defender da imputação, usando para tanto de todos os meios lícitos previstos, como impedindo o desrespeito à sua condição paritária no processo, seja ele de que natureza for.

Daí decorre a imprescindibilidade de se buscar encontrar em disposições legais infraconstitucionais, consonância com o preceito inserido na Constituição da República Federativa do Brasil, pois:

A expressão Estado de Direito no modelo constitucionalista, expressa um aspecto valorativo central: um tipo de Estado que tem na ordem jurídica em geral e, na constituição em particular, seu fundamento e limitação, sendo ilegal o poder estatal não fundado numa constituição e a não submissão de seus atos à uma ordem jurídica.²²

²¹ SILVA, José Afonso da. Op. cit., pp. 183-184.

²² LIXA, Ivone F. Morcilo. Art. O Direito como sistema de garantias: uma breve leitura hermenêutica. INTRODUÇÃO CRÍTICA AO ESTUDO DO SISTEMA PENAL: elemento para a compreensão da atividade repressiva do Estado. (Org. Rogério Dutra dos Santos). Florianópolis: Diploma Legal, 1999, p. 98.

O regulamento constitucional brasileiro em vigor, consagra em seu art. 5º, inciso LV, a plenitude de defesa, sendo sua importância ressaltada por JOSÉ AFONSO DA SILVA:

Agora a seguinte passagem do magistério de Liebman tem ainda maior adequação ao Direito Constitucional brasileiro:

“O poder de agir em juízo e o de defender-se de qualquer pretensão de outrem representam a garantia fundamental da pessoa para a defesa de seus direitos e competem a todos indistintamente, pessoa física e jurídica, italianos (brasileiros) e estrangeiros, como atributo imediato da personalidade e pertencem por isso à categoria dos denominados *direitos cívicos*”.²³

No processo penal, onde o resultado da ação pode vir a redundar na privação da liberdade do agente, com mais vigor se expressa a importância da defesa plena, com o fito de se evitar o reconhecimento da responsabilidade penal em face de não se ter permitido o combate aos elementos de prova que lhe são contrários.

Tem, consoante o magistério de JOSÉ FREDERICO MARQUES, a seguinte conotação:

Defesa é o direito que tem o réu ou acusado de opor-se à pretensão do autor (público ou privado), no curso do processo instaurado contra este. E como o processo tem um duplo conteúdo – um processual e outro de mérito –

²³ SILVA, José Afonso. Op. cit., p. 434.

distinguem-se duas formas de defesa: a defesa processual e a defesa de mérito. Com a primeira, o acusado procurará mostrar, quando isto couber, que é inadmissível a prestação jurisdicional pedida, por falta de algum pressuposto processual, condição da ação ou de procedibilidade; e com a segunda, tentará demonstrar que inexistente o direito de punir, ou que a acusação, no todo ou em parte, é improcedente.²⁴

A inflação legislativa, o açodamento em tratar de assuntos que provocam na sociedade maior preocupação – dentre os quais se sobressai com evidente relevância a segurança –, a falta de sistematização entre as próprias leis, como o descuido em se verificar a correspondência entre textos legais e o princípio da ampla defesa, provoca dificuldade na compreensão de determinados comandos legais, quando não perplexidade, vez que absolutamente incoerentes com o direito que interessa à própria sociedade.

O jurista italiano LUIGI FERRAJOLI já comentou o assunto, expressando:

Uma leitura hoje bastante difundida de uma tal crise é a que a interpreta como crise da própria capacidade reguladora do Direito, originada pela elevada “complexidade” da sociedade contemporânea. A multiplicidade das funções deferidas ao Estado Social, a inflação legislativa, a pluralidade de fontes normativas, a sua subordinação aos imperativos sistêmicos do tipo econômico,

²⁴ MARQUES, José Frederico. Op. cit., pp. 102-103.

tecnológico e político e, por outro lado, a ineficácia dos controles e a larga margem de irresponsabilidade do poder público gerariam – segundo autores como Luhmann, Teubner e Zolo uma crescente incoerência, falta de plenitude (incompletezza), opacidade e ineficácia do sistema jurídico. Daí resultaria um enfraquecimento da própria função normativa do Direito e, em particular, a falência de suas funções de limite e vínculo à política e ao mercado, e portanto de garantia dos direitos fundamentais, quer de liberdade, quer sociais.²⁵

Ressaltando a obrigatoriedade de se vislumbrar a condição de prevalência de conteúdos substanciais sobre quaisquer outros, assinala:

Graças a esta dupla artificialidade – do seu “ser” e do seu “dever ser” – a legalidade positiva ou forma do Estado Constitucional de Direito mudou sua natureza: já não é só condicionante, mas também é ela própria condicionada por vínculos jurídicos não só formais, como também substanciais. Podemos chamar de “modelo” ou “sistema garantista”, em oposição ao paleo-juspositivismo, a este sistema de legalidade, a que esta dupla artificialidade confere um papel de garantia relativamente ao Direito ilegítimo. Graças a ele, o Direito contemporâneo não programa somente as suas *formas* de produção através de normas procedimentais sobre a formação das leis e dos outros atos normativos. Programa ainda os seus *conteúdos* substanciais, vinculando-os normativamente

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. Art. O Direito como sistema de garantias. O NOVO EM DIREITO E POLÍTICA (Org. José Alcebiades de Oliveira Júnior). Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1997, p. 91.

aos princípios e valores inscritos nas constituições, mediante técnicas de garantia que é a obrigação e responsabilidade da cultura jurídica elaborar.²⁶

Não havendo dúvida sobre a obrigatoriedade de atendimento à *garantia* constitucional, cumpre examinar situações reais com a ótica explanada.

IV – O CUMPRIMENTO DO PRECEITO CONSTITUCIONAL DIANTE DA REDAÇÃO LEGISLATIVA ORDINÁRIA

O princípio da ampla defesa, no qual se vê inserido o contraditório²⁷, encontra ressonância na legislação processual brasileira, quando se observa que a disciplina referente à produção da prova, tanto no Código de Processo Penal como em legislações penais especiais, normalmente referenda a condição.

Sua presença nos limites da ação penal é indiscutível, como aliás já dito, sendo reafirmado por AFRANIO SILVA JARDIM:

²⁶ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 94.

²⁷ O qual consiste na oportunidade de ver o agente por seu representante processual, produzida a prova na sua presença, sendo-lhe dado participar de sua elaboração, contestá-la, ou mesmo confeccionar outra que ponha em descrédito seu resultado.

Partindo dessas premissas teóricas é que podemos afirmar, sem receio de cair em contradição, que o salutar princípio constitucional da ampla defesa, no processo penal democrático moderno, não deve basear-se em uma concepção meramente individualista, como se o Direito não privilegiasse a realização do bem comum. O exercício da defesa no processo penal há de realizar também uma função social, a qual deve balizar o seu caminho ético a ser percorrido. Até porque, como já disse a professora Ada Pellegrini Grinover, “o processo não é apenas um instrumento técnico, mas sobretudo ético” (Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil. São Paulo: José Bustatsky, 1975, pp. 5-6).²⁸

Todavia, casos há em que é discutível o respeito à premissa, sendo eleitas para fim de discussão, previsão inserida no corpo do Código de Processo Penal, além de disposições de dois diplomas legais recentes que tratam, respectivamente, da criminalidade organizada²⁹ e interceptação telefônica³⁰.

Quanto ao Código de Processo Penal, interessante verificar que o art. 595 determina o reconhecimento da deserção, caso o réu condenado empreenda fuga após a interposição da apelação³¹.

²⁸ JARDIM, Afranio Silva. Direito Processual Penal. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 320.

²⁹ Lei 9.034, de 03 de maio de 1995.

³⁰ Lei 9.296, de 24 de julho de 1996.

³¹ “Art. 595. Se o réu condenado fugir depois de haver apelado, será declarada deserta a apelação.”

A redação legal sob o aspecto de aplicação, recebeu o respaldo do Supremo Tribunal Federal, ao decidir que *“No tocante à deserção da apelação, esta Corte tem decidido no sentido de que, verificada a fuga do preso depois de haver apelado, a apelação será declarada deserta, ainda que o réu, antes do julgamento, se apresente ou seja recapturado, porquanto essa deserção tem caráter definitivo e irrevogável”*.³²

Porém, pode-se objetar a aplicabilidade do dispositivo quando se observa estar ela em desacordo com o princípio da ampla defesa.

Entender-se em não apreciar apelo contra sentença, manifestado a tempo e modo, unicamente pela circunstância de haver o réu se homiziado, é permitir-se que, por mera questão processual eleita como pressuposto de admissibilidade recursal, possa vir a se tornar definitivo julgamento injusto, anulável, ou mesmo passível de ser reconhecido como nulo, e até a simples nova apreciação, da qual se poderão extrair conclusões diversas das constantes da sentença.

O comando normativo, inserido no Código de Processo, que é datado de 03 de outubro de 1941, obviamente não está conforme com a previsão constitucional promulgada em 05 de outubro de 1988. Tratando-se de épocas totalmente distintas, o primeiro veio à lume em período de regime de força³³, enquanto o segundo foi concebido

³² *Habeas Corpus* 71.769, 71.701 e 67.914, citados por MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit. p. 1286.

³³ Durante a ditadura de Getúlio Vargas.

como consagração da restauração do regime democrático do Estado de Direito em nosso país.

Dar-se como efetiva em sua plenitude a previsão já vetusta, sem considerar os objetivos colimados com a carta constitucional, é negar-se uma nova realidade.

Aliás, incursionando por esta linha de pensamento, o Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul já decidiu: “*A fuga do acusado depois do apelo não torna deserta a apelação, pena de agredir o art. 5º, LV da CF: Lição de Afrânio Silva Jardim.*”³⁴

Trata-se de questão que está a merecer uma releitura, um novo enfoque, não se deixando cristalizar um posicionamento que não mais está conforme com os princípios que regem o país e foram estabelecidos expressamente na Constituição da República Federativa do Brasil³⁵.

De outra parte, a Lei 9.034/95, ao dispor sobre ações preventivas e repressivas direcionadas à organizações criminosas, prevê a possibilidade de realização de

³⁴ JTAERGS 105/116-7, transcrita por MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit., p. 1285.

³⁵ Ao estabelecer em seu art. 1º ser a República Federativa do Brasil um “Estado Democrático de Direito”, a Constituição traçou uma orientação da qual não se pode afastar a legislação ordinária, como o próprio intérprete da lei.

diligência pessoal pelo juiz, sob “o mais rigoroso segredo de justiça”³⁶, atribuindo-lhe funções de investigação³⁷, determinando a coleta de argumentos das partes em separado³⁸.

Não obstante se observe a preocupação em preservar o segredo a respeito de dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras ou eleitorais³⁹, pode-se dizer que a condição do juiz nesta atuação, aproxima-o da função de inquisidor e não de presidente do processo e de objeto para o qual a prova se direciona.

A amplitude de defesa, quando se tem a produção da prova de forma direta e sem a participação igualmente direta das partes, que pelo que se observa do texto legal somente teriam a condição de assisti-la, implica em afronta ao direito e garantia constitucional, em vista de concentrar nas mãos do julgador, o poder único de recolher a prova, escolhendo-a ao seu livre arbítrio⁴⁰.

Vê-se o acusado, destarte, em condição de inferioridade, sem a condição de efetiva e claramente produzir sua defesa, buscando contrariar o que foi buscado pelo

³⁶ O art. 3º *caput* da Lei 9.034/95, tem a seguinte redação: “Nas hipóteses do inciso III do art. 2º desta Lei, ocorrendo a possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, adotado o mais rigoroso segredo de justiça”.

³⁷ Conforme dispõem os §§ 2º e 3º da mesma lei.

³⁸ Conforme disciplina o § 4º da referida lei.

³⁹ Como reza o inciso III, do art. 2º da Lei 9.034/95.

⁴⁰ Neste ponto não entendido como aquele que decorre da discricionariedade, que ao contrário, é a aplicação da norma jurídica pelo Juiz, considerando as características do caso concreto, usando do livre convencimento motivado, decorrente da informação de sua convicção.

juiz, sem limites no cumprimento da diligência, não se podendo deixar de consignar que também o órgão acusatório estará privado da condição de atuar na busca de comprovar a narrativa contida na peça deflagradora do processo penal.

No tocante à interceptação telefônica, observa-se a exigência de requisitos específicos para sua concessão, somente sendo possível quando presentes indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal, não ser possível a obtenção de prova por outros meios, e em se tratando de infração penal punida com pena reclusiva⁴¹, podendo ser determinada de ofício pelo juiz, ou mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público⁴², fixando ainda prazo máximo para sua realização, renovável somente uma vez⁴³.

Mas o que interessa à análise, é a disposição do art. 8º e parágrafo único, que disciplinam o processamento em autos apartados ao inquérito policial ou ação penal⁴⁴, e mais ainda a apensação, que ocorrerá na fase indiciária quando da conclusão do inquérito policial, e em juízo, quando os autos vierem conclusos ao juiz para a prolação de decisão de pronúncia (art. 407 do CPP), ou quando lhe forem conclusos para exarar a sentença (art. 502 do CPP), ou ainda, quando receber o processo para designar audiência de instrução e

⁴¹ Art. 2º, incisos I, II e III da Lei 9.296/96.

⁴² Art. 3º e incisos I e II do mesmo diploma legal.

⁴³ O prazo é de 15 (quinze) dias, prorrogáveis por outros tantos, como determina o art. 5º da Lei 9.296/96.

⁴⁴ Art. 8º *caput*.

juízo no processo sumário relativos aos crimes previstos na legislação de tóxico que contenham previsão de pena de reclusão (art. 23 da Lei 6.368/76)⁴⁵.

De ser observada a incorreção legislativa e a própria incongruência da legislação específica que, ao dizer das hipóteses que permitem a interceptação telefônica veda sua concessão a crimes cuja pena não seja reclusiva⁴⁶, dispondo sobre o apensamento da prova na fase do despacho saneador⁴⁷, vez que não é ela admissível no procedimento sumário dos crimes apenados com detenção.

Tendo-se em mente que nos processos com procedimento sumário, aqui considerado somente o relativo a crimes de tóxicos, o despacho saneador sana as nulidades, ordena diligências imprescindíveis, requeridas ou não, fixando a data para a audiência de instrução e julgamento, onde serão inquiridas as testemunhas acusatórias e defensivas, tomados os debates e prolatada a sentença, verifica-se que poderão as partes, aí incluída a defesa, conhecer os elementos de prova obtidos pela interceptação, sendo possível a irrisignação e o requerimento de outras provas para contrariar suas indicações.

Todavia, seguida à risca a determinação referente à decisão de pronúncia ou à sentença nos demais processos criminais, haverá inegavelmente o cerceamento de defesa, posto que a prova virá aos autos após a apresentação dos argumentos finais pelas

⁴⁵ Art. 8º, p. único da Lei 9.296/96.

⁴⁶ Art. 2º, inciso III da Lei 9.296/96.

⁴⁷ Art. 8º, p. único da Lei 9.296/96.

partes, e o juiz iria julgar o fato, tendo em conta os elementos de prova havidos pela interceptação, sem que sobre eles tenha havido qualquer tipo de manifestação.

O decisório subsequente, portanto, estará eivado de nulidade, por não observado o preceito constitucional da amplitude de defesa.

Suponha-se que a interceptação possa conter indicação de culpabilidade do agente. Não se pode negar o direito de questionamento quanto a idoneidade da fita de gravação, a correção da degravação consequente, a identidade da voz reproduzida, e ainda ter a gravação obtida sido realizada após o prazo fixado⁴⁸, enfim, uma série de questões que podem vir a ser levantadas em defesa dos interesses do acusado, as quais reconhecidas, poderão ensejar a invalidação da prova, ou o reconhecimento de dúvidas que surgirão em seu favor.

Urge, portanto, que na aplicação dos preceitos da Lei de interceptação telefônica deva o juiz adaptá-la à Constituição da República Federativa do Brasil, seja determinando o apensamento em oportunidade antecedente às alegações finais, como em cumprindo à risca o ordenamento legal, fazendo-o quando os autos vierem conclusos para sentença, mas sem deixar de determinar a ciência das partes, dando-lhes a oportunidade de se manifestarem sobre ela, antes que venha a exarar a decisão respectiva.

⁴⁸ O que a transformaria em prova ilegal.

A providência é indispensável para que se tenha como válida a decisão prolatada com base naquela prova específica, como em outras constantes dos autos.

Não observada, ocorrerá a anulação da decisão, com as conseqüências daí decorrentes, dentre as quais se destacam a não interrupção do prazo prescricional⁴⁹, a possibilidade de impetração de *habeas corpus*⁵⁰ e, ainda, a possibilidade de revisão criminal⁵¹.

V. CONCLUSÃO.

A afirmação do Direito constitucional, e mais ainda, dos princípios consagrados em constituição, é uma realidade.

Ter-se como norte para a solução de conflitos legislativos disposição contida na Carta Constitucional, é partir-se para uma solução mais consentânea com os propósitos do Estado Democrático de Direito.

A caótica realidade legislativa nacional, que impõe aos operadores jurídicos a tarefa de compreender a intenção das leis, e o que é de mais difícil consecução,

⁴⁹ Vez que a interrupção a que alude o art. 117, inciso IV do Código Penal somente é reconhecida quando a sentença for tida por válida.

⁵⁰ Pois a prisão por tempo superior ao que permite a lei consiste em coação ilegal, a teor do que reza o art. 648, inciso II do Código de Processo Penal.

⁵¹ Com fulcro nos termos do art. 621, inciso II do Código de Processo Penal.

implementá-las, tem dado azo à inúmeras dificuldades e controvérsias, como se observa no âmbito da doutrina, jurisprudência e, inegavelmente, no dia-a-dia forense.

A presença e vigência de textos legais produzidos em outras épocas, quando o sentido democrático ainda não estava definitivamente consolidado, dispendo sobre questões de maior relevância, constatando-se estarem em desacordo com os princípios estabelecidos pela Carta Constitucional vigente, é um problema a ser enfrentado, sem que se possa negar, de outra parte, que produções legislativas recentes igualmente incorrem em erros, como já salientado, tornando-se indispensável a absoluta atenção em sua compreensão e verificação de aplicabilidade.

Veze há em que não se pode salvar o texto infraconstitucional, obrigando ao reconhecimento de sua invalidade por conflito com a Constituição Federal.

Mas em outros casos, pode-se recorrer a adaptações, sem que se venha a malferir o texto e propósito da lei, adequando-a, no entanto, ao previsto na norma constitucional.

Referidas hipóteses são aplicáveis ao preceito da ampla defesa, como se buscou demonstrar, pois que indispensável se propiciem condições de participação na produção da prova e combate às suas indicações, de forma a não deixar o acusado em posição de inferioridade, dando-se a cada caso a solução que for viável, como não se

negando a ele o direito ao duplo grau de jurisdição, o que também configura atentado ao direito de se defender de forma ampla.

VI. BIBLIOGRAFIA

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2.001, 797 p.

Constituição da República Federativa do Brasil. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2.001, 331 p.

COPETTI, André. Direito Penal e Estado Democrático de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2.000, 213 p.

DELMANTO, Celso et alli. Código Penal Comentado. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2.000, 967 p.

FERRAJOLI, Luigi. Art. O Direito como sistema de garantias. O NOVO EM DIREITO E POLÍTICA (Org. José Alcebíades de Oliveira Júnior). Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1997, 200 p.

JARDIM, Afranio Silva. Direito Processual Penal. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, 443 p.

LIXA, Ivone F. Morcilo. Art. O Direito como sistema de garantias: uma breve leitura hermenêutica. INTRODUÇÃO CRÍTICA AO ESTUDO DO SISTEMA PENAL: elemento para a compreensão da atividade repressiva do Estado. (Org. Rogério Dutra dos Santos). Florianópolis: Diploma Legal, 1999.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Princípios Políticos do Direito Penal. 2 ed. São Paulo: RT, 1999, 310 p. .MARQUES, José Frederico. Tratado de Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 1980, vol. 1, 395 p.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Código de Processo Penal Interpretado. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2.000, 1594 p.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2.001, 878 p.

TUCCI, Rogério Lauria. Princípio e regras orientadoras do novo Processo Penal brasileiro.

Rio de Janeiro: Forense, 1986, 249 p.