

Do Reconhecimento de Garantias Constitucionais Processuais Penais pelo Ordenamento Jurídico (Uma Década de Evolução)

Felipe Carvalho Gonçalves da Silva¹

O objetivo deste trabalho é analisar algumas mudanças que ocorreram no ordenamento jurídico, em especial no Código de Processo Penal, desde a década passada até a recente edição da Lei 12.403/2011, as quais visam a dar efetividade aos princípios da presunção da inocência, do contraditório, da ampla defesa e da assistência jurídica.

Já na década passada, além dos Juízos Criminais, ou aqueles de plantão, recebia a comunicação da prisão em flagrante também a Defensoria Pública, caso o indiciado não estivesse assistido por advogado.

A necessidade de comunicação da prisão ao Defensor Público defluiu de determinação do executivo estadual à autoridade policial, estatuída pelo Decreto Estadual n.º 21.422, *in verbis*:

“DECRETO Nº 21.422 DE 08 DE MAIO DE 1995

DISPÕE SOBRE COMUNICAÇÃO DE PRISÃO EM
FLAGRANTE DELITO

O GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO,
no uso de suas atribuições legais,

¹ Juiz de Direito - 2ª Vara de Família, Infância e do Idoso - Capital.

CONSIDERANDO a necessidade de se dar maior eficácia ao princípio da ampla defesa, inscrito no inciso LV do art. 5º da Constituição da República;

CONSIDERANDO a garantia fundamental da assistência de advogado ao preso, inscrita no inciso LXIII do art. 5º da Constituição da República;

CONSIDERANDO que à Defensoria Pública, como Instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, consoante inscrito no art. 134 da Constituição da República;

CONSIDERANDO que os casos de prisão em flagrante, de pessoas que não têm advogado, só chegam ao conhecimento da Defensoria Pública muitos dias após da prisão, DECRETA:

Art. 1º - Nos casos de atuação de prisão em flagrante delito, de pessoa necessitada, que tenha de ser recolhida ao cárcere, a autoridade policial estadual, imediatamente e por ofício, comunicará esta prisão ao órgão da Defensoria Pública que funcionar junto ao Juízo competente para conhecê-la.

Parágrafo Único – O ofício acima referido será acostado ao da comunicação da prisão ao Juízo.

Art. 2º - O Secretário de Estado de Segurança Pública expedirá as instruções que entender cabíveis para o cumprimento do presente Decreto.

Art. 3º - Este Decreto entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Rio de Janeiro, 08 de maio de 1995.

MARCELLO ALENCAR

Pub- 09/05/95”

As razões da edição do decreto estão expressamente consignadas e se traduzem em EFETIVAR AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS daquele que é preso em flagrante delito. Da mesma forma que a prisão em flagrante deve ser comunicada ao Juízo competente, para averiguação da legalidade da prisão e cabimento da liberdade provisória, o decreto prevê que a custódia cautelar deve ser comunicada ao Órgão da Defensoria Pública.

Em 2007, a Lei nº 11.449 encampou a necessidade de comunicação de prisão ao Defensor Público quando o indiciado não houvesse indicado advogado.

O artigo 306 do Código de Processo Penal sofreu a seguinte alteração:

“Art. 306. Dentro em vinte e quatro horas depois da prisão, será dada ao preso nota de culpa assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas.

Parágrafo único. O preso passará recibo da nota de culpa, o qual será assinado por duas testemunhas, quando ele não souber, não puder ou não quiser assinar.” (Redação original)

“Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou a pessoa por ele indicada. (Redação dada pela Lei nº 11.449, de 2007)

§ 1º Dentro em 24h (vinte e quatro horas) depois da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.” (Redação dada pela Lei nº 11.449, de 2007)

A Lei nº 12.403/11 trouxe nova alteração, incluindo a obrigatoriedade de comunicação da prisão também ao Ministério Público, dando controle maior ainda à prisão em flagrante, conforme se transcreve abaixo.

“Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)”

Apesar de o contraditório ser diferido, o procedimento inquisitorial deve ser qualificado por garantias mínimas para que se possa verificar mais tarde a existência do referido princípio, bem como do exercício da ampla defesa.

A consequência natural da não comunicação da custódia cautelar à Defensoria Pública no início da década passada era que somente nomeava-se defensor ao indiciado após o interrogatório. O indiciado ou acusado raramente era solto antes do interrogatório. Relembre-se que o interrogatório era o primeiro momento do exercício do direito de defesa do acusado, e que, em sua redação original, o artigo 185 do Código de Processo Penal não previa a necessidade de defesa técnica por ocasião do interrogatório, senão vejamos:

“Art. 185. O acusado, que for preso, ou comparecer, espontaneamente ou em virtude de intimação, perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado.”

Logo, a ilegalidade da não comunicação da prisão ao defensor público era grave e combatida cotidianamente pela Defensoria Pública, que desempenha no Estado do Rio de Janeiro importante e competente trabalho de controle da população carcerária. Ademais, não obstante sabermos que os Magistrados imparciais faziam questão de cientificar o réu de suas garantias constitucionais por ocasião do interrogatório, o direito nunca é plenamente exercido se o acusado não está previamente preparado para isto.

Era negado também à defesa o direito de pergunta, como explicitado no texto legal: “Art 187. O defensor do acusado não poderá intervir ou influir, de qualquer modo, nas perguntas e nas respostas.” (Redação original)

A Lei 10.792/2003 solucionou parcialmente o problema ao dispor que o interrogatório deveria contar com a presença de defesa técnica, direito a entrevista prévia e reservada e possibilidade de o defensor solicitar esclarecimentos ao réu. Neste ponto, o Código de Processo Penal sofreu as seguintes alterações:

“Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado.” (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

“§ 1º O interrogatório do acusado preso será feito no estabelecimento prisional em que se encontrar, em sala própria, desde que estejam garantidas a segurança do juiz e auxiliares, a presença do defensor e a publicidade do ato. Inexis-

tindo a segurança, o interrogatório será feito nos termos do Código de Processo Penal.” (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

“§ 2º Antes da realização do interrogatório, o juiz assegurará o direito de entrevista reservada do acusado com seu defensor.” (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

(...)

“§ 5º Em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor; se realizado por videoconferência, fica também garantido o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso.” (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)

“Art. 188. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante.” (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

Naquele momento, faltava ainda o reconhecimento do direito do acusado a exercer a autodefesa após produção da prova oral. No que toca a esse particular, o interrogatório, que era o primeiro ato processual após a citação, passou a ser realizado imediatamente após a oitiva das testemunhas.

Vejamos:

“Art. 394. O juiz, ao receber a queixa ou denúncia, designará dia e hora para o interrogatório, ordenando a citação do réu e a notificação do Ministério Público e, se for caso, do quere-

lante ou do assistente.” (Redação original)

“Art. 395. O réu ou seu defensor poderá, logo após o interrogatório ou no prazo de três dias, oferecer alegações escritas e arrolar testemunhas.” (Redação original)

“Art. 396. Apresentada ou não a defesa, proceder-se-á à inquirição das testemunhas, devendo as da acusação ser ouvidas em primeiro lugar.” (Redação original)

“Art. 394. O procedimento será comum ou especial.” (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008)

“§ 1º O procedimento comum será ordinário, sumário ou sumaríssimo.” (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008)

“I - ordinário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade”; (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

“II - sumário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada seja inferior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade;” (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

“III - sumaríssimo, para as infrações penais de menor potencial ofensivo, na forma da lei.” (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008)

(...)

“Art. 396. Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente,

recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.” (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

(...)

“Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.” (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008)

(...)

“Art. 531. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 30 (trinta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, se possível, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado e procedendo-se, finalmente, ao debate.” (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008)

A Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), incorporada ao direito interno pelo Decreto nº. 678 de 06/11/1992, consagra no art. 7.º as garantias da liberdade pessoal, dentre elas, sublinhamos:

“2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo

pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados – Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.”

O art. 8.º estabelece as garantias judiciais, a saber:

“Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:”

(...)

“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 um defensor no prazo estabelecido pela lei;”

É de bem ressaltar que a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos também possui respaldo constitucional, segundo o § 2.º do art. 5.º da CRFB/88.

Mesmo antes das alterações acima citadas, a doutrina sinalizava diversos dos direitos posteriormente reconhecidos. Citem-se as lições abaixo apontadas:

“Como visto, o art. 5º, LXII, da CF assegura ao preso a assistência imediata do advogado, estendendo-se também a garantia a toda pessoa submetida a interrogatório (v., supra, n.º 5).

(...)

Isso significa a possibilidade da presença do defensor no interrogatório, tanto na polícia como em juízo, ainda que não possa ele formular perguntas e influir nas respostas (art.187 do CPP), o que é razoável, para que se resguarde plenamente a liberdade de consciência do acusado.

Aliás, mesmo antes do advento da Constituição de 1988, a jurisprudência mais sensível havia fixado a necessidade de se possibilitar ao réu, antes do interrogatório, o contato com o Defensor (“O processo Constitucional em marcha”, Ac.41:Ap.313.357).

“O VI Encontro dos Tribunais de Alçada assentou mesmo entendimento, recomendando que o ato citatório contivesse a advertência ao citando para, querendo, fazer-se acompanhar de advogado: TACrimSP, JTACrim 74/13, nota de rodapé. E em São Paulo, a Corregedoria Geral de Justiça recomendou aos juízes providências no sentido de possibilitar aos acusados entrevista com o defensor, antes do interrogatório (DJE 10.12.1983, p. 14). (**As Nulidades no Processo Penal**, Ada Pellegrini Grinover e Outros, Editora Revista dos Tribunais, 7.^a edição, 2001, p. 85 e 86).

Por derradeiro, merece ser transcrito:

“A Constituição Federal também estatui que ao preso será “assegurada” a assistência da família e de advogado (art. 5.º, LXIII); nesse ponto, entendemos que pela redação do dispositivo constitucional não permite concluir-se pela efetiva obrigatoriedade de uma efetiva assistência familiar ou profis-

sional; o que se garante é a comunicação e a possibilidade da referida assistência. Assim, só haverá nulidade se for negado ao preso o exercício dessa faculdade.” (**As Nulidades no Processo Penal**, Ada Pellegrini Grinover e Outros, Editora Revista dos Tribunais, 7.^a edição, 2001, p. 292).

O escopo da Carta Magna é possibilitar a assistência jurídica do acusado hipossuficiente, ou daquele que não constituiu advogado, a fim de se efetivar, em última *ratio*, o princípio do devido processo legal.

Releva observar que, com o recrudescimento dos requisitos da prisão provisória pelos artigos 282, 312 e 314 do Código de Processo Penal, alterados pela Lei 12.403/2011, e a possibilidade de substituição por medidas cautelares menos gravosas, afigura-se indispensável o controle do cumprimento de tal formalidade sacramental, sob pena de invalidade da prisão em flagrante, por tratar-se de nulidade absoluta por atipicidade constitucional.

Esses são os breves apontamentos e reflexões acerca dos temas abordados no CURSO DE DIREITO PROCESSUAL PENAL. ◆