

O direito de não ser surpreendido pela acusação e o artigo 385 do CPP



Todos sabem que, embora não se possa negar muitas de suas qualidades, o

Código de Processo Penal, de 1941, foi concebido e promulgado numa época em que os direitos fundamentais tinham pouquíssimo charme e apelo junto ao legislador. Muitos dos seus dispositivos deveriam submeter-se a uma filtragem constitucional (interpretação conforme a Constituição) de modo a ajustá-los à orientação de sentido conferida pela Constituição de 1988.

Esse é claramente o caso do artigo 385 do CPP, na sua parte final, que permite à autoridade judicial reconhecer, ao tempo da sentença condenatória, agravantes sequer alegadas pela acusação (cito):

Artigo 385. Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.

Entretanto, um dos aspectos mais importantes do Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição da República de 1988 manifesta-se na exigência de previsibilidade e segurança jurídica a qualificar toda a ação dos poderes públicos, muito especialmente, quando se cuida de atos dos quais possam implicar restrições ao patrimônio e, mais ainda, à liberdade do indivíduo.

No que toca a esses valores fundamentais de nossa ordem constitucional, nenhuma consequência negativa derivada da ação do Estado pode fundar-se, pois, em alegação de fato, ou de direito, da qual o indivíduo atingido não tenha tido a oportunidade de se defender e manifestar, opondo argumentos, interpretação e, eventualmente, provas contrárias à pretensão do Estado de impor-lhe sanção patrimonial ou restrição aos seus direitos de liberdade.

Há na Constituição, com efeito, um conjunto sistematizado de direitos fundamentais que bem demonstram a impossibilidade de surpreender o cidadão com medidas de restrição a seu patrimônio e à



sua liberdade, sem que lhe seja conferida, com antecedência, a ocasião para expressar a sua defesa técnica.

A Constituição apenas aceita restrição ao direito de liberdade quando o acusado teve conhecimento prévio de todos os aspectos materiais e processuais que o envolvem e podem comprometer a sua defesa.

Assim, não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (artigo 5º, inciso XXXIX). Da mesma forma, a lei penal não retroagirá salvo para beneficiar o réu (artigo 5º, inciso XL).

Também outros dispositivos da Constituição Federal só têm sentido quando interpretados à luz da exigência de possibilidade de conhecimento prévio do réu de todos os aspectos da acusação e do processo que, de algum modo, possam atingir os seus direitos fundamentais.

Prescreve também a Constituição da República que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente (artigo 5º, LIII). Obviamente, a autoridade competente há de ser definida em lei prévia.

Estabeleceu ainda o constituinte que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (artigo 5º, LIV) e “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” (inciso LV).

Obviamente, devido processo legal, ampla defesa e contraditório são mandamentos que se inserem na sistemática constitucional de previsibilidade e segurança jurídica. Em outras palavras, devido processo legal, ampla defesa e contraditório só revelam algum sentido constitucional quando puderem ser concretizados por meios e instrumentos prévios de manifestação da parte interessada.

Como tenho acentuado em processos de minha relatoria, no Tribunal a que sirvo, no Direito Comparado, dando perspectiva mais alargada ao caso, inserindo a discussão no debate desenvolvido no âmbito das nações que mais têm homenageado as garantias processuais do acusado, consideradas as mesmas razões que inspiram lá como aqui a garantia da ampla defesa e do contraditório, inclusive o direito do acusado de ser ouvido e tomado a sério pelo magistrado, no direito alemão, por exemplo, que, desde sempre, nos tem servido de parâmetro civilizatório, direta ou indiretamente (por via da experiência italiana e portuguesa), tem-se acentuado, com base na Lei Fundamental alemã, a necessidade de se garantir o acusado contra a produção de prova e decisões que possam surpreendê-lo (proibição da surpresa).

Como anotam os consagrados constitucionalistas alemães, Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, o direito de acesso e de ser ouvido pelos tribunais (*das Recht auf Gehör*) consiste na garantia constitucional de que os órgãos jurisdicionais ouvirão com antecedência e atenção a demanda dos cidadãos, o que implica que as partes têm o direito de apresentar seus argumentos e provas e, o mais importante, os Tribunais têm o dever de tomar a sério o que lhes foi apresentado (Grundrechte – Staatsrecht II. 16ª ed., Heidelberg, 2000, p. 274/275).

No que aqui nos interessa teoricamente de forma mais direta, segundo aqueles consagrados autores, fala-se na verdade em três níveis ou estágios de realização do direito à *audiência* e à *não surpresa* perante os tribunais: (1) num primeiro nível, obrigam-se os tribunais a proporcionar à parte

conhecimento completo sobre todas as manifestações da outra parte, o que abrange todos os fatos por e meios de prova apresentados e indicados pela parte contrária; envolve também as opiniões jurídicas com base nas quais o próprio tribunal pretende tomar sua decisão, além de informar a parte sobre aquelas opiniões sobre as quais elas não precisam contar (direito a não se surpreender); (2) no outro nível, implica a possibilidade efetiva de a parte poder se manifestar por escrito sobre as questões de fato e de direito; (3) e, por fim, no terceiro nível, o direito a que os tribunais considerem nas suas decisões os argumentos essenciais apresentados pelas partes (Grundrechte – Staatsrecht II. 16ª ed., Heidelberg, 2000, p. 274/275).

Portanto, o acusado, como se viu, tem o direito de saber com antecedência (sem surpresa), em toda a sua extensão, aquilo que será usado, ou não, contra ele pelo magistrado no seu julgamento.

Também Helmut Siekmann e Gunnar Duttge, em seu manual sobre direitos fundamentais, explicam que, em obediência ao direito à consideração do que foi arguido e apresentado pelas partes, os órgãos judiciais não estão obrigados certamente a seguir as objeções jurídicas e de fato apresentadas pelas partes, *mas devem enfrentá-las com seriedade e, como regra, fundamentar as suas decisões com base nesses elementos*^[1].

Obviamente, para que o tribunal possa tomar a sério a manifestação do acusado, é necessário que se lhe tenha concedido, com antecedência, adequação e suficiência, o direito de tomar conhecimento integral, bem como manifestar-se, sobre qualquer elemento ou aspecto processual, de fato ou de direito, do qual lhe possa resultar prejuízos.

Explica Christoph Degenhart que o dever dos órgãos judiciais de considerar as manifestações (de fato e de direito) das partes impõe a exigência de que a decisão judicial seja prolatada com fundamentação suficiente e adequada^[2].

Além disso, o direito à atenção pelos Tribunais (*das Recht auf Gehör*) significa, em primeiro lugar, que deve ser propiciada oportunidade aos participantes do processo (partes) de se manifestarem sobre a matéria versada no processo e, o mais importante para o objeto desta decisão, o direito a que o Tribunal, de seu lado, apenas fundamente a sua decisão com base nos fatos sobre os quais as partes envolvidas (Beteiligten)^[3] puderam se manifestar, obviamente, desde que tenham podido produzir provas para tanto.

Em síntese, inspira a ideia de um processo justo e devido a obrigação de os tribunais tomarem a sério o direito das partes de se manifestarem e serem ouvidas, o que, de toda sorte, só terá sentido e consequência, se lhes for assegurado o direito de produzir provas para tanto necessárias e suficientes.

Em consonância, pois, com essa doutrina hoje uniforme do chamado direito a ser ouvido pelos Tribunais (*das Recht auf Gehör*), fala-se na Alemanha, mais especificamente, como elemento essencial e necessário de um processo penal justo da proibição da surpresa (*Überraschungsverbot*).

De Fato, não se pode esquecer que a proteção da confiança é regra do Estado de Direito (*Rechtsstaatsprinzip*, ou *Rule of Law*). Por isso que, no Estado Constitucional, especialmente no âmbito do processo penal, o acusado tem o direito a confiar no Estado-acusador e no Estado-juiz, daí decorrendo o direito a não ser surpreendido no seu julgamento.

O Tribunal Constitucional Alemão, interpretando o artigo 103, I, da Grundgesetz (Lei Fundamental), vincula mesmo a dignidade da pessoa humana à necessária observância quanto ao direito do acusado de ser adequadamente tratado e ouvido pelos órgãos jurisdicionais (cito): *O indivíduo não deve ser um mero objeto do processo, ao contrário ele deve, diante de uma decisão que atinja seus direitos, ter o direito de falar a fim de influenciar o processo e seus resultados. (...) Isso pressupõe (...) que a pessoa atingida tenha conhecimento dos fatos tenha conhecimento dos atos e do processo no qual isso deva ser considerado.* (BVerfGE 101, 397 [405] = NJW 2000, 1709).

Países como Portugal, Itália e Estados Unidos, como se sabe, também prestigiam o direito de o acusado ter prévio e amplo acesso aos elementos e aspectos da acusação que, de algum modo, possam ser usados contra ele.

No caso brasileiro, o STF, inserindo-se na melhor tradição do direito comparado, tem farta e pacífica jurisprudência, em que acentua a importância de que as garantias do devido processo legal (5º, LIV) e da ampla defesa, com os meios e recursos para tanto necessários (5º, LV), tanto em processos administrativos, como de natureza civil e, com mais razão, os processos de índole penal, sejam tomadas – tais garantias – a sério pelos Tribunais (cito):

(...) assiste ao interessado, mesmo em procedimentos de índole administrativa, como direta emanção da própria garantia constitucional do due process of law (independentemente, portanto, de haver, ou não, previsão normativa nos estatutos que regem a atuação dos órgãos do Estado), a prerrogativa indisponível do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, consoante prescreve a Constituição da República, em seu artigo 5º, incisos LIV e LV. (...) O exame da garantia constitucional do due process of law permite nela identificar, em seu conteúdo material, alguns elementos essenciais à sua própria configuração, dentre os quais avultam, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis ex post facto; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilegio contra a autoincriminação); e (l) direito à prova, valendo referir, a respeito dos postulados que regem o processo administrativo em geral (...). [MS 34.180-MC, rel. min. Celso de Mello, decisão monocrática, j. 1º-7-2016, DJE de 1º-8-2016.]

No rol das garantias, mais precisamente no inciso LV do artigo 5º da Carta de 1988, está assegurado aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. O preceito visa possibilitar àquele que se diga titular de uma situação jurídica veicular o que entenda a respaldá-la. Pouco importa o móvel de glosa a ser possivelmente implementada. A adequação desta deve submeter-se



a análise, concluindo-se, ante as peculiaridades do caso concreto, pela incidência de acontecimento verificado, como na hipótese de pronunciamento do Supremo formalizado em processo objetivo. Aliás, essa natureza processual é de molde a assentar-se que não há repercussão automática. [RE 337.179, voto do rel. min. Marco Aurélio, j. 13-2-2012, 1ª T, DJE de 22-2-2012.]

Portanto, também aqui, consoante pacífica orientação jurisprudencial do STF, não há dúvida de que o Estado, especialmente o Poder Judiciário, deve tomar a sério as garantias do devido processo, da ampla defesa e do contraditório em todos os estágios de procedimentos de investigação, de processos administrativos, de processos judiciais, principalmente, os de natureza penal, quando se coloca em jogo a liberdade do indivíduo.

Essas são razões que nos dão a certeza de que nenhum sistema constitucional que tome a sério as garantias processuais dos acusados pode conceber sequer a remota possibilidade de o Estado impor-lhes restrições em seus direitos fundamentais com base em aspectos que não foram, com antecedência, passíveis de manifestação de sua defesa técnica.

Em conclusão, à luz da regra da não surpresa (*Überraschungsverbot*) e do direito de ser ouvido pelos tribunais (*das Recht auf Gehör*), que resultam diretamente do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, não vejo como possível continuar a permitir que o acusado, nos termos do artigo 385, parte final, do CPP, seja apenado, sem mais, com base em agravantes que sequer foram alegadas pela acusação.

[1] Helmut Siekmann e Gunnar Duttge. Staatsrecht I: Grundrechte. Thüningersheim: EuWi-Verlag, 3ª ed., 2000, p. 316.

[2] Michael Sachs (org). Grundgesetz Kommentar. München: Beck, 1996, p. 1593.

[3] Michael Sachs (org). Grundgesetz Kommentar. München: Beck, 1996, p. 1592.