

Gina Muniz: Preclusão temporal e concretude da ampla defesa

Em recente acórdão da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do AgRg no RHC 161.330/RS, decidiu-se que a rejeição de rol de testemunhas apresentado extemporaneamente pela defesa não enseja nulidade. A 6ª Turma do STJ também tem precedente nesse mesmo sentido (REsp



O presente artigo realizará um cotejo crítico entre os

fundamentos que conduziram o entendimento de que *"inexiste nulidade na desconsideração do rol de testemunhas quando apresentado fora da fase estabelecida no artigo 396-A do Código de Processo Penal"* e as balizas que, por outro lado, servem de sustentáculo para demonstrar como essa tese viola o direito à ampla defesa, e, por conseguinte, fere os parâmetros de um processo penal democrático, nos casos em que o acusado é assistido pela Defensoria Pública.

É cediço que, nos termos do artigo 396-A do CPP, o momento processual adequado para exibição do rol testemunhal é quando da apresentação da resposta à acusação/defesa preliminar. Contudo, não se pode menosprezar as circunstâncias sociojurídicas inerentes à aplicação das normas processuais penais.

É um truísmo afirmar, pela seletividade inerente ao direito penal, que a imensa maioria dos acusados é assistida pela Defensoria Pública, a exemplo do caso concreto ensejador do já referido AgRg no RHC 161.330/RS.

Na maioria das vezes, o primeiro contato do acusado com o defensor público acontece na audiência de debates, instrução e julgamento, premissa que já revela, por si só, a impossibilidade de apresentação do rol de testemunhas no momento legal oportuno (resposta escrita).

Os incautos podem imaginar que esse contato tardio ocorre por negligência do defensor público ou descaso do réu. Contudo, essa ideia não corresponder aos fatos que ordinariamente acontecem na prática penal.



A persecução penal no Brasil, em regra, inicia-se com uma prisão flagrante e flui, ato contínuo, para a realização de audiência de custódia, oportunidade em que o autuado necessariamente será assistido por uma defesa técnica. Contudo, da mesma forma que o juiz e o promotor que atuam nesse momento não necessariamente estendem suas atividades para a fase processual, o defensor público que acompanha o preso na custódia provavelmente não será o mesmo responsável pelo oferecimento da resposta à acusação/defesa preliminar.

Findo o inquérito, trabalhando-se com a hipótese de oferecimento de denúncia, o réu é citado/notificado para oferecer resposta à acusação/defesa preliminar. Na teoria, tudo é muito simples: o réu faz contato com seu defensor público e declina o nome das pessoas que devem ser arroladas como testemunhas. Na prática penal, os fatos fogem desse roteiro minimalista.

A população carcerária brasileira apresenta baixo nível de escolaridade — 51,3 % não concluíram sequer o ensino fundamental, 14,9% fizeram o ensino médio e apenas 0,5% (zero vírgula cinco por cento) dos presos possuem ensino superior completo [1] — o que implica dificuldade em entender a linguagem técnica-jurídica. Os réus, ao receberem a citação, não conseguem intelectualmente alcançar que aquele é o momento processual de arrolar testemunhas que eventualmente possam contribuir com a tese defensiva.

Outrossim, muitos dos acusados sequer têm conhecimento de que existe uma instituição — a Defensoria Pública — responsável por velar, gratuitamente, pela sua assistência jurídica integral e gratuita. O resultado da Pesquisa Nacional da Defensoria Pública, oriunda de um esforço comum do Colégio Nacional de Defensores Públicos-Gerais (Condege), do Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais (CNCG) e da Defensoria Pública da União (DPU), divulgado em 21/05/2021, aponta que todas as Defensorias Estaduais, bem como a Defensoria Pública da União, dispõem de assessoria de imprensa e comunicação com o intuito de informar a população sobre a existência da instituição e os serviços que lhe são correlatos, porém o desafio de disseminar conteúdo jurídico para os mais vulneráveis a respeito do papel das defensorias está longe de ser alcançado [2].

Por outro lado, o caminho contrário — o defensor público seguir no encalço do seu assistido — também não é tarefa simples. Os defensores públicos, em números deficitários e, em regra, sem estrutura administrativa adequada, precisam acompanhar um número gigantesco de processos penais. Para que as defensorias possam lograr êxito no propósito de contato constante com os assistidos durante a persecução penal, há necessidade de que o Estado aporte mais recursos para a instituição [3], bem como cumpra a determinação constitucional (EC 80/2014) de garantir a presença de defensores públicos em todas as Comarcas do país [4].

A falta de estrutura administrativa e pessoal da Defensoria Pública aliada à ignorância dos réus sobre seus direitos conduz ao que comumente acontece na prática penal: o defensor público tem a oportunidade de conversar com o réu pela primeira vez em sede de audiência de debates, instrução e julgamento.

Ainda que haja um razoável intervalo temporal para a realização da audiência de instrução, debates e julgamento — um dos argumentos utilizado no julgamento do AgRg no RHC 161.330/RS —, os problemas estruturais acima narrados não serão sanados. Explica-se. Tratando-se de réu solto, caberá ao defensor público se dirigir até a casa do réu para pergunta-lhe sobre o rol de testemunhas?! Por outro lado, tratando-se de réu preso, será que um defensor responsável por audiências diárias, atendimento ao público e acompanhamento processual



— e, em regra, sem um suporte administrativo — tem condições de dialogar com cada um de seus assistidos encarcerados?!

Por óbvio, existem defensores públicos exercendo suas atividades dentro das unidades prisionais, mas em número deficitário para monitorar a demanda de todos os encarcerados que precisam de assistência pública. Impede destacar que atualmente temos o número recorde de mais de 919 mil presos no Brasil [5], e a imensa maioria formada por pessoas economicamente vulneráveis.

Dentro do contexto de um processo penal democrático, seria razoável desconsiderar um rol de testemunhas apresentado extemporaneamente pela Defensoria Pública? As malezas da persecução penal devem ser suportadas pela parte mais vulnerável da relação processual? E o que dizer da (ausência de) paridade de armas entre acusação e defesa?

Ora, para o Ministério Público é muito cômodo apresentar tempestivamente o rol de testemunhas quando da apresentação da denúncia, pois comumente o representante do *parquet* limita-se a arrolar as pessoas ouvidas em sede policial.

Para a defesa, mormente quando realizada por defensor público, a missão de apresentar rol de testemunhas no momento da resposta à acusação/defesa preliminar é árdua.

A investigação defensiva ainda é algo incipiente no Brasil, e o defensor não pode se limitar a arrolar as pessoas ouvidas em sede policial. A investigação oficial realizada pela polícia tem por objetivo buscar indícios de autoria e materialidade, relegando-se ao ostracismo, muitas vezes, os interesses defensivos [6]. Não se desconhece que a defesa pode, consoante determinação do artigo 14 do CPP, requerer diligências à autoridade policial, que somente poderá recusá-las por razões idôneas, sob pena de cerceamento de defesa (STJ, HC 69.045). A questão, todavia, é que a presença de advogado/defensor público nessa fase da persecução não é obrigatória.

Ademais, conforme já explicado em linhas pretéritas, existe uma dificuldade de comunicação entre o defensor e o seu assistido e, somente após ouvir a versão do acusado, a defesa técnica terá subsídios para declinar o nome das testemunhas de defesa.

Destarte, o juiz, ao admitir a oitiva do rol de testemunhas apresentado extemporaneamente pela Defensoria Pública, está cumprindo seu papel de assegurar paridade de armas às partes, evitando que a acusação, respaldada por todo um aparato punitivo estatal, desfrute de uma nítida vantagem processual.

Contudo, apesar das nuances acima apontadas, o entendimento jurisprudencial exarado nos autos do já citado AgRg no RHC 161.330/RS é de que não há presunção de prejuízo para o acusado no caso de desconsideração de rol de testemunha extemporâneo, *"pois a inquirição — se essencial para a busca da verdade real — poderá ser realizada, de ofício, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal, restando, ainda, a possibilidade de aporem-se aos autos tais fontes de prova sob a forma documental, posto que atípica (HC 202.928/PR, relator ministro SEBASTIÃO REISJÚNIOR, Rel. p/ Acórdão ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 15/5/2014, DJe de 8/9/2014)"*. É bem verdade que o juiz pode, nos ditames do art. 209 do CPP, ouvir testemunhas afora as arroladas pelas partes, desde que entenda necessário.

Questiona-se, todavia, a constitucionalidade dessa pretensa solução jurisprudencial, pois rechaça-se o poder instrutório do magistrado em processo penal de modelo acusatório. Ademais, repudia-se que o direito constitucional e convencional do acusado à ampla defesa fique condicionado à discricionariedade judicial.

A ampla defesa é concretizada por um feixe de garantias processuais, a exemplo do direito à produção probatória. Nos termos do artigo 8º, f) da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), é garantia mínima da pessoa acusada, *"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"*.

Acrescenta-se ainda que a relativização do prazo para apresentação do rol de testemunhas da defesa é também medida de economia processual, uma vez que a existência de provas — preexistentes ou supervenientes ao processo —, que possam interferir na comprovação de inocência do réu ou na atenuação da sua pena, autoriza, nos termos do artigo 621, inciso III do CPP, o ajuizamento de uma revisão criminal.

Sobre a matéria, leciona Lopes Jr.: *"o conceito de novas provas não pode ficar limitado àquelas desconhecidas e que surgiram depois do processo. Também é considerada 'prova nova' a preexistente não introduzida no processo ou mesmo aquela que ingressou nos autos, mas não foi valorada"* [7].

Do retro exposto, torna-se imperioso concluir que se a oitiva de uma testemunha de defesa, com potencial para influir na decisão judicial, revela-se apta a desconstituir a coisa julgada, igualmente deve ter o condão de relativizar a preclusão temporal para apresentação do rol de testemunhas no curso do processo de conhecimento.

A efetivação da ampla defesa, para além de sua compleição formal, exige sobretudo a concretização de seu aspecto substancial. Por oportuno, colaciona-se lição de Giacomolli: *"os prazos, ao vincularem-se ao exercício da ampla defesa, perdem a sua peremptoriedade e comportam uma interpretação voltada ao caso e podem ser ampliados por decisão judicial devidamente justificada, inclusive os recursais"* [8].

Não se trata de escamotear as formalidades do processo penal. Muito pelo contrário: defende-se, como regra, a importância do devido cumprimento dos prazos processuais. O ponto nodal da discussão ora lançada é que, em reconhecimento da dificuldade de comunicação entre os defensores públicos e seus assistidos, a preclusão temporal para apresentação do rol de testemunhas deve ser relativizada em nome da ampla defesa.

Ademais, no caso concreto analisado nos autos do AgRg no RHC 161.330/RS, a Defensoria Pública apresentou tempestivamente resposta à acusação, e pleiteou a juntada do rol de testemunhas por ocasião da audiência de instrução. Destarte, poder-se-ia até mesmo descartar a preclusão, ante a ausência de inércia da parte [9], tese outrora acatada nos autos do REsp 1.443.533 (relatora ministra Maria Tereza de Assis Moura, 6ª Turma, DJe 03/08/2015).

Em arremate, o entendimento jurisprudencial de que a desconsideração de rol de testemunhas apresentado extemporaneamente pela defesa não enseja nulidade relega ao ostracismo as nuances do processo penal, impede que a almejada verdade processual seja alcançada e ainda viola o direito fundamental do acusado à ampla defesa.

Na tônica da paridade de armas, a concretização da ampla defesa é ferramenta fundamental para que um processo penal possa ser qualificado como democrático!

[1] Os dados constam do relatório do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), atualizado em junho de 2017, disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>, acesso em 04/06/2022. Os relatórios dos anos posteriores não trazem a distribuição dos presos por grau de escolaridade.

[2] Mesmo com o crescente e competente esforço das assessorias de comunicação para a publicização do papel da Defensoria Pública, 69,3% dos defensores públicos consideram que a população não tem pleno conhecimento dos serviços prestados pela instituição. Os dados completos estão disponíveis em: <https://pesquisanacionaldefensoria.com.br/>, acesso em 04/06/2022.

[3] Sobre subfinanciamento da defensoria, vide, CASAS Maia, Maurilio. *Subfinanciamento orçamentário da Defensoria: um "não" ao destino de Sísifo*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-mai-28/maia-subfinanciamento-orcamentario-defensoria-publica>, acesso em: 05/06/2022.

[4] A Pesquisa Nacional da Defensoria Pública (2021) revelou que 52,7% das comarcas regularmente instaladas não contam ainda com os serviços da Defensoria Pública. Para uma visão pormenorizada do tema, vide, ROCHA, Jorge Bheron. *Federalização e Nacionalização da Defensoria Pública*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/>, acesso em: 05/06/2022.

[5] Disponível [aqui](#), acesso em 06/06/2022.

[6] MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Guia do Processo Penal conforme a teoria dos jogos*. 6. ed. Florianópolis: Emais, 2020, p. 361

[7] LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p.1112

[8] GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2016.p.160



[9] COELHO, Pedro. *Diálogos sobre o processo penal*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2021.p.62.