

O direito de defesa no processo penal e a renúncia ao recurso

AFRANIO SILVA JARDIM (*)

Dentre tantas controvérsias relativas ao exato sentido do direito à ampla defesa no processo penal, destacamos a questão relativa à renúncia expressa do réu ao recurso, em desacordo com a atuação de seu defensor, que interpõe apelação em seu benefício.

A controvérsia doutrinária se reflete na jurisprudência de nossos tribunais. Nós mesmos, por mais de uma vez, alteramos o nosso entendimento anterior. Após nova e profunda reflexão, chegamos ao que abaixo vai exposto. Por uma questão metodológica, vamos partir da análise de recente acórdão da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, datado de 13 de maio de 1997, prolatado na apelação nº 1.514/96, ainda não publicado. Embora longa, impõe-se transcrever a sua ementa, por resumir fielmente as questões enfrentadas no voto do desembargador relator:

“Recurso interposto pela Defensoria Pública, após renúncia do condenado ao seu direito de recorrer. Exame da validade dessa renúncia, que o apenado posteriormente não buscou nulificar. Não pode prosperar recurso interposto pela Defensoria Pública em favor de condenado que, previamente, havia renunciado ao seu direito de recorrer, renúncia essa edificada em expressa manifestação do próprio punho do acusado e por ele assinada, respaldada por certidão do Sr. Oficial de Justiça, sem que ao apenado seja imputada qualquer incapacidade que vicie a validade de seus atos. Esse direito é privativo do condenado, de cuja titularidade não pode deixar de ter o seu pleno exercício, salvo quando presentes as exceções da lei. Os direitos fundamentais, elencados na Constituição Federal, não criam óbices à validade e à eficácia de tal renúncia, que vem a lume, em de-

terminadas hipóteses, abrindo oportunidade à consecução do indulto ou do livramento condicional como proclamado em decisões pretorianas." (Acórdão da lavra do Des. Albano Mattos Corrêa, lastreado em outros arestos daquele Tribunal e na doutrina do prof. Damásio de Jesus, tendo ficado vencido o Des. Jorge Alberto Romeiro Junior, que conhecia do recurso da defesa.)

Duas outras decisões abaixo mencionadas também merecerão nossa análise.

No Boletim do IBCCRIM nº 55, de junho de 1997, p. 198, encontramos acórdão do Tribunal de Alçada de São Paulo, da 15ª Câmara Criminal, na ap. nº 1.046.707/5, sendo relator o Juiz Carlos Biasotti, onde se diz que *"a titularidade do direito de apelar não é do defensor, senão do réu, ao qual toca portanto a decisão de fazê-lo. Desde que o réu se oponha ao exercício de tal direito, haverá o advogado de acatar-lhe respeito à vontade, pois o que procura em Juízo está sujeito ao princípio geral que informa o mandato: só procede segundo a lei aquele que pratica o ato a que está expressamente autorizado (e o réu que renuncia ao direito de recurso por isso mesmo desautoriza expressamente que outrem o exercite) "*.

Também o Tribunal de Alçada Criminal do E.R.J. manifestou-se em sentido análogo, estabelecendo premissas que deveremos discutir a seguir. Vejamos a ementa deste aresto:

"Renúncia ao direito de apelar. Tratando-se de direito renunciável, pode o réu conformar-se com a decisão condenatória, por motivos que não é obrigado a declinar. Ampla defesa não se confunde com excesso de defesa. O advogado representa o réu e, como tal, tem que curvar-se a sua vontade de ver encerrada a ação penal, com o seu trânsito em julgado, muitas vezes até para pleitear benefícios da Lei de Execução Penal." (Ac. 4ª Câm. Crim., Rel. Juiz Antônio da Silva, ap. nº 60317/97, de 23.4.97, D.O.R.J., Seção I, p. 224, de 13.8.97).

Do exame da jurisprudência trazida à colação, constata-se que os magistrados partiram do estabelecimento de algumas premissas que elencamos: a) Pelo Cód. Proc. Penal, os recursos são voluntários, em regra, cabendo, pois, deixar de exercer tal direito; b) O réu é o verdadeiro e único titular do

direito ao recurso no processo penal; c) O defensor atua no processo penal como representante do réu; d) O recurso da defesa técnica pode prejudicar o réu, que não poderia ser beneficiado pelos direitos conferidos pela Lei de Execuções Penais; e) é suficiente interpretar a lei ordinária e depois confrontá-la, formalmente, com as regras constantes da Constituição Federal.

Passemos a questionar tais premissas, seja partindo de uma visão mais sistemática e publicista do moderno processo penal, seja buscando o que se convencionou chamar de “interpretação conforme a Constituição”.

Tendo em vista a adoção da estrutura acusatória para o nosso processo penal, bem como a opção do legislador pátrio pelo método dialético para se buscar a verdade real sem comprometimento da necessária imparcialidade do órgão jurisdicional, somos levados a crer que a defesa no processo penal não é um mero direito ou ônus privado, como ocorre no processo civil, em regra. Vale dizer, a defesa é uma injunção legal para que a atividade jurisdicional do Estado possa ser desempenhada a contento, para que tenhamos o “devido processo legal”. Por isso, o art. 261 do Cód. Proc. Penal exige sempre a presença de um defensor técnico para os réus, independentemente de suas vontades. Em outras palavras: podem escolher o defensor, mas terão de ter um atuando no processo.

Partindo desta premissa, é que sustentamos serem inconstitucionais, por violarem a ampla defesa com os recursos a ela inerentes (art. 5º, inc. LV, da C.F.), todas as regras processuais que transformam a prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível (art. 393, inc. I), pela ausência de efeito suspensivo do recurso, em requisito de admissibilidade deste mesmo recurso. Violando o duplo grau de jurisdição encontramos, dentre outras, as regras do art. 594 e 595 do Cód. Proc. Penal, do art. 35 da Lei nº 6.368/76, do art. 2º, § 2º, da Lei dos Crimes Hediondos, etc. Neste sentido, veja-se **Afrânio Silva Jardim**, *Direito Processual Penal*, Rio, Forense, 6ª edição, 1997, pp. 283, *in fine*, e 284.

À toda evidência, não se pode conceber a representação do defensor, no processo penal, à luz dos princípios do direito privado que regem o contrato de mandato. Pode-se mesmo afirmar que o defensor do réu não é um seu representante, mas atua no processo penal como um “órgão” autônomo na defesa. Não precisa ele de assentimento do réu para defendê-lo e não se submete, necessariamente, à sua orientação, mormente quando se trata de defensor dativo, público ou privado.

Por conseguinte, questionamos a assertiva de que o réu é o único titular do direito disponível de defesa no processo penal. A defesa é exercida tanto pelo réu, a chamada autodefesa, como pelo seu defensor, a chamada defesa técnica. Em caso de eventual choque de posições, deve prevalecer aquela que mais se coaduna com a função “quase pública” de, dialeticamente, con-

tribuir para a busca da verdade no processo penal, tornando desnecessário que o magistrado deixe a sua posição equidistante do conflito noticiado nos autos. Somente com a defesa verdadeiramente ampla, a função jurisdicional do Estado se realiza corretamente.

Ora, a circunstância de o Cód. Proc. Penal dizer que, em regra, os recursos são voluntários não significa que dependa da vontade apenas do réu. Vale dizer que o réu é o senhor único da sua interposição. Quando o seu defensor recorre também está manifestando expressamente a vontade de impugnar determinada decisão, seja para modificá-la, para desconstituí-la, esclarecê-la ou integrá-la. Se um dos "órgãos" da defesa deseja recorrer, poderá fazê-lo de forma autônoma, manifestando a sua vontade neste sentido. Note-se que há sempre interesse público no aprimoramento da prestação jurisdicional e o exercício amplo do direito constitucional da defesa é condição imprescindível para o atingimento de tal escopo. O processo não é apenas um instrumento técnico de que se vale o Estado para exercer a sua função pública e dizer o direito diante de uma situação litigiosa concreta, mas é também um instrumento ético.

Assim, é preciso compreender o processo penal como uma autolimitação punitiva ao *ius puniendi* do Estado. A liberdade não é apenas um direito individual, mas também um "condomínio social", na conhecida expressão de Rui Barbosa. Não é valioso punir a todo custo, ainda que tal punição seja juridicamente correta. Há outros valores também relevantes – e o direito é predominantemente axiológico – a serem tutelados através do "devido processo legal". Por isso, a prova obtida por meio ilícito, ainda que verdadeira, não pode ser admitida em juízo.

Por outro lado, a experiência mostra que a manifestação feita pelo réu, quase sempre preso e requisitado pelo juiz ao cartório, de que não deseja recorrer em face de uma condenação, não retrata uma vontade verdadeiramente consciente, porque ele não conhece a prova dos autos, o sentido jurídico da sentença e os meandros técnicos do sistema recursal. É uma vontade viciada pela ignorância da realidade, que por isso não pode ser corretamente valorada pelo réu.

Não vemos qualquer dificuldade em se conhecer do mérito de eventual recurso interposto contra a vontade do réu. Se o recorrente não tem razão, nega-se provimento a tal impugnação. Pelo princípio da proibição da *reformatio in pejus*, jamais poderá ser agravada a situação jurídica do réu em face do recurso da defesa. Caso o defensor não tenha razão, simplesmente nega-se provimento ao recurso, mantendo-se a sentença condenatória com a qual se conformara o réu.

Por derradeiro, importante salientar não ser correta a afirmativa de que a interposição de recurso pelo defensor, evitando o imediato trânsito em julgado da condenação, pode prejudicar o réu.

Temos aprofundado o estudo deste tema, consoante se pode constatar da obra supracitada, p. 275/292. Se entendermos que a prisão em decorrência de sentença penal condenatória recorrível não tem natureza cautelar, mas sim de execução provisória da pena, constataremos que o recurso do réu não impede que ele se beneficie, desde logo, dos direitos da Lei de Execução Penal. Vale dizer, enquanto tramita a sua apelação, poderá ter progressão no seu regime de pena, pedir remissão da mesma por três dias de trabalho, lograr o direito ao livramento condicional, *etc.* Até pode-se pensar em indenização do Estado, caso venha a ser absolvido, com base no art. 5º, inc. LXXV da Constituição Federal. Tal entendimento só beneficia o réu e contra ele não tem cabimento lógico invocar-se o princípio da presunção de inocência. Ademais, no trabalho citado, demonstramos que tal prisão não tem qualquer das características das medidas cautelares: provisoriedade, preventividade, acessoriedade e instrumentalidade.

Nem se apresente como óbice regra da Lei de Execução Penal que dispõe não ser possível a expedição da Carta de Guia e início da execução senão após o trânsito em julgado da condenação. Depreende-se deste diploma legal que ali se cuida da execução definitiva e não da provisória. Através de uma interpretação contaminada com os valores do Estado Democrático de Direito não se pode chegar à insólita conclusão de que o recurso do réu lhe impede de gozar dos direitos que teria se não tivesse exercido o direito constitucional de defesa. É até mesmo intuitivo.

Por derradeiro, queremos criticar o velho método de se interpretar a lei infraconstitucional de forma asséptica, longe dos princípios gerais de direito que se encontram cristalizados na Constituição ou que podem dela ser extraídos. Não basta extrair, de maneira estanque, o sentido da lei ordinária e depois confrontá-la formalmente com as regras inseridas na Carta Política. Vale dizer, na própria interpretação, devem ser considerados os valores agasalhados na Constituição da República. É preciso que o intérprete busque, na norma infraconstitucional, aquilo que o constituinte diria se a regra fosse por ele editada. Ou, ainda melhor, extraia da norma os valores constitucionalmente vigentes na comunidade, em determinado momento histórico. Não basta que a interpretação deixe de ser inconstitucional, é preciso que ela venha a ser materialmente constitucional.

Outra conclusão que se pode extrair das idéias acima alinhavadas é a de que a intimação da sentença deve ser feita sempre ao réu e a seu defensor, independentemente de o acusado estar ou não preso e ser o seu defensor dativo ou por ele constituído. Na medida em que a disponibilidade da via recursal só se consuma com a renúncia ou inércia de ambos os titulares do direito de defesa, os dois têm que ser cientificados do ato passível de impugnação, correndo o prazo recursal a partir da última intimação. Perce-

ba-se que a legitimação para recorrer é do réu e de seu defensor, como está expresso na parte final do art. 577 do Cód. Proc. Penal. A lei não fala "do réu através de seu defensor ..."

Destarte, por tudo que acima ficou dito, pode-se concluir que a interpretação apresentada pelos arestos criticados não implementa as garantias constitucionais do processo penal, dando às regras processuais um tratamento "burocrático" e formal, não avançando em prol de um processo penal mais democrático, efetivo e garantista.

Embora percorrendo, por vezes, caminhos diversos do que acabamos de sustentar, encontramos também algumas decisões no sentido de que a renúncia do réu ao recurso não prevalece em face de recurso interposto pela defesa técnica. Neste sentido, o acórdão da 1ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do E.R.J., datado de 07.05.97, da lavra do Juiz **Alexandre Herculano Varela**, publicado no D.O. de 20.8.97, Parte III, p. 220, onde se colhe a seguinte ementa: "*Furto qualificado. Divergência entre a vontade do réu e de seu representante legal para recorrer. Conhecimento do recurso.* Havendo divergência entre o réu e seu representante legal quanto à necessidade de recorrer de sentença de 1º grau, prevalece manifestação do representante técnico à vontade leiga do representado, já que só através de conhecimentos técnico-jurídicos poder-se-á melhor aquilatar a necessidade ou oportunidade recursal..."

Finalmente, cabe consignar recentíssima decisão do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 120.170, do Distrito Federal, relator Ministro **Fernando Gonçalves**, publicada no Diário da Justiça, Seção I, nº 122, de 3.6.97, p. 31120, nos seguintes termos:

"Processo Penal. Direito irrenunciável de recorrer. Pode o defensor interpor recurso, embora o réu tenha manifestado em sentido contrário, posto que irrenunciável o seu direito de recorrer, em face do princípio da ampla defesa, devendo aquele decidir sobre a conveniência ou não do exercício da

faculdade de apelar. Recurso do Min. Público não conhecido."

Na verdade, entendemos ser renunciável o direito ou ônus de recorrer. Apenas tal renúncia só produz efeito quando manifestada pelos dois legitimados ao recurso: o réu e seu defensor. Basta que um deles deseje a via recursal para que se abra o duplo grau de jurisdição para a defesa.

Rio, Primavera de 1997.

I. Introdução

O *habeas data* foi introduzido, no Direito Brasileiro, com a Constituição Federal de 1988. Conforme a definição constitucional, no inciso LXXII do art. 5º da Carta Magna, trata-se de novo posto à disposição das pessoas para que possuam as informações a seu respeito constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, permitindo ainda que seja feita a retificação dos dados eventualmente incorretos.

Embora sem o nome específico de *habeas data*, instrumentos semelhantes funcionaram da Constituição de Portugal de 1976 (art. 29) e da Constituição da Espanha de 1978 (art. 105, "b"). Nos Estados Unidos, a *Freedom of Information Act* de 1974, alterado pelo *Freedom of Information Reform Act* de 1978, permite o acesso dos particulares às informações de registros e bancos de dados públicos. Mais recentemente, o *habeas data* foi introduzido no direito argentino, na revisão constitucional de 1994, como uma das modalidades de *habeas corpus* y *amparo de amparo*.¹⁰

No Brasil, como vimos afirmando a doutrina e a jurisprudência, desde a criação constitucional do *habeas data*, fazia-se necessária a edição de uma legislação específica para a disciplina desse novo instituto.¹¹ Assim, foi apro-

¹⁰ Novo art. 43 da Constituição de Argentina. Sobre o *habeas data* no direito argentino, veja também as obras de Enrique M. Ferrer Vázquez, *Libertad de Acceso y Recurso*, 2ª. Edição, Petros, Buenos Aires, 1995 e Miguel Ángel Escudé, *Libertad de Acceso y Recurso*, 2ª. Edição, Petros, Buenos Aires, 1996. Na Europa, os livros de uma boa quantidade de publicações sobre o *habeas data* no direito

(¹¹) Afranio Silva Jardim é Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Mestre e Livre-Docente em Direito Processual, Professor Adjunto da UERJ e Faculdade Cândido Mendes. Professor dos Cursos de Mestrado e Doutorado da Universidade Gama Filho.