

## **A INCONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA STJ Nº 273 POR OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA**

Antes de adentrar no cerne da questão é preciso tecer algumas considerações acerca dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, consagrados na Constituição Federal.

O princípio do devido processo legal consubstancia a garantia fundamental de que uma pessoa somente será processada com base em rito processual previamente estabelecido em lei. É o mandamento matriz, do qual são gerados todos os demais princípios do processo penal. Trata-se de cláusula aberta que, historicamente, é preenchida com o advento de novas idéias.

Nesse contexto, deve-se buscar compreender o significado e a extensão do termo “processo”, constante de tal princípio. A doutrina define “processo” como uma seqüência de atos visando atingir determinado fim. E, como elemento inserto pelo legislador na norma jurídica, dirige-se à sociedade em geral. Daí caracterizar-se direito fundamental da pessoa humana, haja vista sua aplicação nos âmbitos legislativo, administrativo e jurisdicional dos três níveis do Estado Brasileiro.

Com efeito, o princípio do devido processo legal, de observância cogente pelo Estado, ao traçar as normas para o exercício do direito de ação de seus cidadãos, é também uma garantia aos particulares, conforme se extrai da redação do art. 57 do Código Civil, alterada pela lei nº 11.127, de junho de 2005.

Assim, deve tal princípio ser visualizado em duas dimensões: formal e material.

A dimensão formal refere-se às garantias/normas processuais. Já a dimensão material ou substancial traduz-se em que o conteúdo da decisão deve atender ao princípio da proporcionalidade, que, aliás, desde muito tempo vinha sendo aplicado na Europa e que, no Brasil, somente passou a sê-lo quando da introdução, na seara jurídica, dos conceitos da doutrina europeia sobre o citado princípio.

Nos Estados Unidos da América do Norte, a cláusula do *due process of law* foi aperfeiçoada, dividindo-se o preceito em procedimental e substancial, sendo este último o controlador do conteúdo das decisões pela aplicação do princípio da razoabilidade.

No Brasil, como a Constituição Federal não consigna expressamente o princípio da proporcionalidade em seu texto, coube ao Supremo Tribunal Federal consagrar o entendimento de que o princípio do devido processo legal, contém o princípio da proporcionalidade, por conta do devido processo legal substantivo.

Vale dizer que a ritualística processual moderna, baseada no devido processo legal, na ordem constitucional vigente fundamenta-se, também, nos princípios da ampla defesa e do contraditório.

O contraditório é a possibilidade de as partes praticarem todos os atos necessários ao convencimento do Juiz. De fato, antes de aplicar o direito ao caso concreto, deve o magistrado conceder oportunidade às partes para apresentar suas razões e produzir as provas necessárias à demonstração de sua pretensão e, neste sentido, têm o direito de as ver devidamente apreciadas e valoradas.

Assim, deve o princípio do contraditório também ser analisado nas dimensões formal e substancial.

No aspecto formal, o contraditório é a garantia de que a parte será ouvida no processo e não sofrerá qualquer sanção antes de se manifestar. No aspecto substancial, o contraditório traduz-se pelo imperativo do litigante poder influenciar (com alegações, provas, argumentos) a decisão do juiz.

Importante questão que merece destaque é a que diz respeito à constitucionalidade ou não do contraditório postecipado em liminar. Como se trata de medida de natureza provisória, o exercício do contraditório pela parte é *jogado para depois*, o que se justifica pelo *periculum in mora* do direito em que se funda o pedido liminar, ou seja, é constitucional a medida liminar em que o direito ao contraditório é exercido posteriormente à decisão, em razão do princípio da proporcionalidade.

A ampla defesa, por sua vez, consiste em poder a parte ré utilizar-se de todos os meios admitidos em direito para contraditar a pretensão da parte autora. Nesse diapasão, deve o julgador conceder-lhe oportunidade para exercitar da maneira mais ampla e eficaz o seu direito de defesa.

O contraditório é a forma da ampla defesa. A ampla defesa exercita-se pelo contraditório. A ampla defesa é o conteúdo do contraditório. A ampla defesa confunde-se com a dimensão substancial do contraditório. Em suma, a ampla defesa é o conjunto de argumentos postos à disposição da parte ré para que esta possa se defender em juízo. O contraditório é o método pelo qual se exercita a ampla defesa.

Vale lembrar a lição de Alexandre de Moraes acerca do princípio do contraditório:

...o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito de defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor. (Moraes, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 15.ed., São Paulo, Atlas, 2005, p.93.)

Interessante também anotar a lição de Fernando Capez a respeito da ampla defesa:

Implica o dever de o Estado proporcionar a todo acusado a mais completa defesa, seja pessoal (autodefesa) seja técnica (efetuada por defensor) (CF, art. 5º, LV), e o de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados (CF, art. 5º, LXXIV). Desse princípio também decorre a obrigatoriedade de se observar a ordem natural do processo, de modo que a defesa se manifeste sempre em último lugar. (Capez, Fernando. *Curso de Processo Penal*, 11.ed., São Paulo, Atlas, 2004, p. 20.)

Assim a doutrina leciona sobre o princípio do devido processo legal:

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal). (Moraes, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 15.ed., São Paulo, Atlas, 2004, p. 124)

O princípio do *devido processo legal* entra agora no direito constitucional positivo com um enunciado que vem da Carta Magna inglesa: *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal* (art. 5º, LIV). Combinado com o direito de acesso à justiça (art. 5º, XXXV) e o contraditório e a plenitude de defesa (art. 5º, LV), fecha-se o ciclo das garantias processuais. Garante-se o *processo*. E “quando se fala em ‘processo’, e não em simples procedimento, alude-se, sem dúvida, a formas procedimentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica. E isso envolve a garantia do contraditório, a plenitude do direito de defesa, a isonomia processual e a bilateralidade dos atos procedimentais”, conforme autorizada lição de Frederico Marques. (Silva, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 24. ed., São Paulo, Malheiros, 2005, p.432.)

Nesse sentido, devem as regras processuais estar em consonância com os princípios constitucionais citados, sob pena de: em caso de desobediência aos seus mandamentos, serem expurgados do ordenamento jurídico. O mesmo raciocínio se aplica a jurisprudência quando sua interpretação dor de encontro ao texto constitucional, hipótese em que deverá ser rechaçada pela eiva de inconstitucionalidade.

Com efeito, a Súmula nº 273 do Superior Tribunal de Justiça, ao deixar claro que não é essencial a intimação do procurador do réu da data da audiência no juízo deprecado, bastando que seja intimada a defesa da expedição de carta precatória para a sua realização, confere brevidade ao processo penal. Daí a importância do seu enunciado:

**Súmula STJ nº 273.** Intimada a defesa da expedição da carta precatória, torna-se desnecessária a intimação da data da audiência no juízo deprecado.

Observe-se que a aludida orientação jurisprudencial foi construída sob o manto do princípio da celeridade processual (CF, art. 5º, LXXVIII) – mandamento nuclear do sistema jurídico, que deve permear incessantemente o processo penal em face do direito do indivíduo que comete crime a um julgamento justo, pois que lhe será aplicada uma sanção (pena privativa de liberdade, de restrição de direitos ou pagamento de multa).

Por outro lado, o fato de que tal julgamento ensejará uma restrição na esfera pessoal do indivíduo, quer na sua liberdade de locomoção ou em seu patrimônio, impõe seja realizado com brevidade para que, em caso de condenação, o apenado retorne ao convívio dos seus pares o mais rápido possível, consciente dos limites impostos pela sociedade para se alcançar a paz social.

Nesse diapasão, verifica-se um aparente conflito entre os princípios constitucionais-processuais. De um lado, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa; de outro, a celeridade processual. Todavia, tratando-se de princípios e não de regras, não há que falar em revogação de um pelo outro, ainda que aparentemente conflitem entre si, uma vez que o ordenamento constitucional pátrio consagra a harmonia entre os princípios.

Ora, sempre que um princípio constitucional for de encontro a outro prevalecerá aquele que mais atenda aos interesses da coletividade, tendo o princípio aparentemente conflitante alcance limitado no caso concreto. Daí a necessidade de o julgamento realizar-se com base na ponderação dos interesses (princípio da proporcionalidade estrita).

Note-se que a Súmula nº 273 do Superior Tribunal de Justiça tem como fundamento o princípio da celeridade processual. Entretanto, a orientação jurisprudencial em que se baseia o seu enunciado vai de encontro aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa e, por essa razão, deve o intérprete e aplicador da norma sopesar na balança da Ciência do Direito qual deles prepondera no caso concreto.

Diga-se, ainda, que não existe no Código de Processo Penal norma que autorize a interpretação que resultou na Súmula STJ nº 273. Em verdade, há que se interpretar o preceito insculpido em lei e o que faz a referida súmula é interpretar o vazio normativo, o que se configura atividade legislativa positiva que vai de encontro às atribuições constitucionais do Judiciário.

Legislar é função típica do Poder Legislativo, podendo o Judiciário exercê-la somente atipicamente, v.g., para elaborar os regimentos internos dos tribunais, nunca para criar normas de eficácia *erga omnes*, sob pena de violação ao princípio basilar da separação dos Poderes. Para resolver o problema do vazio normativo, deve o Judiciário

realizar a integração das normas e não fazer uma interpretação que se configure verdadeira atividade legiferante.

Saliente-se que o processo não possui um fim em si mesmo. Serve a um propósito maior, que é a satisfação do direito material por meio da lide instaurada, devendo o juiz privilegiar o contraditório extensivo, para permitir que a defesa seja exercida em toda a sua plenitude, em respeito ao princípio constitucional do devido processo legal.

Na hipótese de o juiz deprecado proceder conforme os termos da Súmula nº 273 do Superior Tribunal de Justiça, retirará do réu a possibilidade de estar presente ao depoimento da testemunha, o que ofende o princípio do contraditório, frustrando-se o ato de contraditá-la. A atitude do julgador maculará o processo de nulidade absoluta, porquanto não tivera o réu oportunidade de defesa na instrução processual.

Caso o juiz deprecante decida a lide, não obstante a falta de defesa, a sentença será nula, bem como os atos processuais realizados após a oitiva da testemunha pelo juízo deprecado, inclusive o seu depoimento.

Diante desse fato, caberá a defesa interpor recurso sob alegação de nulidade absoluta da sentença, posto que cerceado o direito da parte à ampla defesa. Ao tribunal cumprirá anular a sentença e todos os atos processuais realizados pelo juízo deprecante após a oitiva de testemunha no juízo deprecado, inclusive o depoimento desta, visto que eivados de nulidade absoluta.

Impende ressaltar que a nulidade absoluta da sentença não é um vício processual comum. A eiva de inconstitucionalidade presente no título judicial, que o torna completamente inexigível, corrói o sistema jurídico. Nesse caso, deve o tribunal acolher o recurso da defesa, para anular a sentença e todos os atos processuais realizados pelo juízo deprecante após a oitiva de testemunha em audiência no juízo deprecado, inclusive o seu depoimento, em atenção aos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Assim, estará o acórdão em plena harmonia com o ordenamento jurídico pátrio.

Forçoso concluir, portanto, que a Súmula nº 273 do Superior Tribunal de Justiça exterioriza verdadeira atividade legislativa positiva por parte do Judiciário, o que não é possível. Ademais, avulta a inconstitucionalidade do seu enunciado por conter interpretação incompatível com a Carta Federal de 1988, devendo, portanto, ser cancelada pelo órgão que a editou.

**João Paulo Oliveira Dias de Carvalho** é Defensor Público do Estado do Ceará, ex Defensor Público do Estado do Pará, onde foi Titular da Comarca de Belém, oficiando junto à 1ª Vara Criminal da Comarca da Capital. Exerceu ainda, interinamente, a Coordenação de Política Criminal Metropolitana (Coordenação do NACRI - Núcleo Avançado de Atendimento Criminal da Defensoria Pública do Estado do Pará). Foi integrante da Comissão Organizada pela Defensoria Pública Geral do Estado do Pará em 2009 para propor sugestões alteradoras do Código de Processo Penal à Escola Superior da

Defensoria Pública da União. É ex-Procurador do Banco do Nordeste do Brasil S/A, tendo sido lotado em Brasília / DF e atuado junto aos Tribunais Superiores, ao TRF da 1ª Região, ao TRT da 10ª Região, ao TJDFT e ao TCU. É autor de artigos jurídicos.

### **Bibliografia**

BASTOS, Celso Ribeiro. *Dicionário de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1994.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 14 ed., São Paulo, Malheiros, 2004.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, 11. ed., São Paulo Saraiva, 2004.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Candido RANGEL. *Teoria Geral do Processo*. 21. ed., São Paulo, Malheiros, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 17. ed., São Paulo, Atlas, 2005.

SILVA, Jose Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 24 ed., São Paulo, Malheiros, 2005.

**Fonte:** Artigo publicado na Revista Consulex, edição N. 251, de 30 de junho de 2007