

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE -SP

**A DEFESA PRELIMINAR NO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA,
COMO RESPEITO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DO
IMPUTADO.**

Márcia Christina Menegassi Galli

Presidente Prudente/SP

2004

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE -SP

**A DEFESA PRELIMINAR NO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA,
COMO RESPEITO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DO
IMPUTADO.**

Márcia Christina Menegassi Galli

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de curso para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Mário Coimbra.

Presidente Prudente/SP

2004

**A DEFESA PRELIMINAR NO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA,
COMO RESPEITO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DO
IMPUTADO.**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado
como requisito parcial para a obtenção do Grau
de Bacharel em Direito.

Mário Coimbra
Orientador

André Luis Felício
Examinador

Ruy Fernando Anelli Bodini
Examinador

Presidente Prudente, 02 de Dezembro de 2.004.

“Não é o desafio com que nos deparamos que determina quem somos e o que estamos nos tornando, mas a maneira correta com que respondemos ao desafio. Somos combatentes, idealistas, mas plenamente conscientes, porque o ter consciência não nos obriga a sermos conscientes. Problemas para vencer, liberdade para provar. E enquanto acreditamos no nosso sonho, nada é por acaso”.

Henfil

AGRADECIMENTOS

A Deus que me deu o dom da vida e permitiu minha luta pelos ideais que comigo partilhou;

Aos meus pais, que exerceram papel fundamental na minha formação como pessoa, a qual não imagino melhor sem eles. Seu amor é algo indispensável, necessário e incentivador.

Às minhas irmãs Beatriz e Thais, companheiras inseparáveis, tanto na tristeza como na felicidade.

Ao meu querido orientador Prof. Mário Coimbra, por ter aceitado essa orientação, realizando um acompanhamento com extrema paciência e zelo, contribuindo ainda com a disponibilidade de seus profundos conhecimentos.

À Martha, grande amiga, que esteve comigo desde o primeiro momento que ingressei nessa faculdade, procurando sempre auxiliar-me em busca da felicidade.

Aos amigos e professores Jurandir e Tufy, especialmente pelos conhecimentos inigualáveis, oferecidos na área da prática jurídica.

Aos meus fiéis companheiros, meus amigos, em especial: Paula, Eraldo, Maria Fernanda e Gabriela, com os quais participei de momentos inesquecíveis.

Por fim, a todos aqueles que, de qualquer modo, participara, desta fase da minha vida, meus sinceros agradecimentos.

RESUMO

O presente trabalho analisa a defesa preliminar no procedimento processual penal, suas inserções no ordenamento jurídico, através de ritos especiais, em face de suas características que lhe são peculiares, bem como a luz dos princípios que norteiam todo o ordenamento jurídico, com maior ênfase aos princípios da ampla defesa e dignidade da pessoa humana. Dessa forma, com base no entendimento atual, da possibilidade de inserí-la obrigatoriamente em todos os ritos procedimentais, foi analisado o ante-projeto da Lei nº 4.207/01, que está em trâmite perante a câmara dos deputados.

Por fim, a presente obra dispõe sobre a formação da instância, requisito imprescindível para inserir o princípio da ampla defesa, quando da formação da triangularização processual, e conseqüentemente permitir a inclusão da defesa preliminar. Outrossim, as nulidades e os recursos cabíveis demonstram as conseqüências jurídicas para a necessidade da sua aplicação atualmente, junto aos ritos especiais.

ABSTRACT

The present job analyses the preliminary defense in the penal process procedure, its insertions in the juridical ordering, through special rites, in face of its characteristics that are peculiar, as the principles that lead all the juridical ordering, with more emphasis to the principles of large defense and dignity of the human being. This way, with base in the actual understanding, of the possibility of obligatorily insert it in all the procedure rites, it was analyzed the anti-project of law number 4.207/2001, that its in course in front of the representatives house.

To top it off, the present work dispenses about yhe instance formation, requisite needed to insert the principle of large defense, when of information of triangular process. Likewise, the nullities and the able resorts show the juridical consequences for the need of its actual application, within the special rites.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 HISTÓRICO (evolução geral do processo).....	13
1.1 Considerações Preliminares	13
1.2 Direito de Defesa na Grécia.....	13
1.3 Direito de defesa Romano	14
1.4 Direito de defesa Germânico.....	15
1.5 Direito Canônico	16
1.6 Direito Brasileiro	17
2 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS	18
2.1 Considerações Preliminares	19
2.1.1 Sistema Inquisitivo	19
2.1.2 Sistema Misto.....	20
2.1.3 Sistema Acusatório	20
2.2 Princípio do Estado de Inocência	20
2.3 Princípio do Contraditório.....	22
2.4 Princípio do Devido Processo Legal	25
2.5 Princípio da Publicidade.....	25
3 CONCEITO DE DEFESA	
3.1 Considerações Preliminares	
3.2 Conceito	
3.3 Natureza Jurídica	
3.4 Espécies de Defesa	
3.4.1 Defesa Técnica	
3.4.1.1 Defesa técnica	
3.4.1.2 Defesa técnica indeclinável	
3.4.1.3 Defesa técnica plena	
3.4.1.4 Defesa técnica efetiva	
3.4.2 Autodefesa	
4 DA PERSECUÇÃO PENAL	
4.1 Inquérito Policial	
4.1.1 Conceito	
4.1.2 Da Colheita de Provas no Inquérito Policial	

4.1.3 *As Provas obtidas no Inquérito Policial podem autorizar uma Sentença Condenatória?*

5 DA CONSTITUIÇÃO DA RELAÇÃO PROCESSUAL

5.1 Fase Postulatória

5.1.2 *Da Denúncia*

5.1.3 *Da Acusação*

5.1.4 *Ajuizamento da Acusação*

5.1.4.1 *Recebimento ou rejeição da denúncia*

5.1.4.2 *Do arquivamento do inquérito*

6 DA FORMAÇÃO DA INSTÂNCIA

6.1 Triangularização Processual

6.1.1 *Conceito de Instância*

6.1.2 *A Instância no Processo Penal*

6.1.3 *Início da Instância Penal*

6.1.4 *Fim da Instância Penal*

7 DA IMPERIOSIDADE DA DEFESA PRELIMINAR

7.1 Do Cabimento da Defesa Preliminar

7.2 Acolhimento da Defesa Preliminar nos Procedimentos Especiais

7.2.1 *Crimes de Imprensa*

7.2.2 *Crimes Funcionais*

7.2.3 *Crimes de Responsabilidade de Prefeitos e Vereadores (art. 2º, inc I do Dec – Lei nº 201/67)*

7.2.4 *Crimes de Competência Originária dos Tribunais (Lei nº 6.038/90, art. 4º).....*

7.2.5 *Tóxicos (Lei nº 10.409/02).....*

7.2.6 *Jecrim.....*

7.3 Tendência de Extensão ao Procedimento Comum.....

7.4 Do Ante-Projeto.....

7.5 Evolução do Processo.....

7.5.1 *Artigo 366, é uma Evolução?.....*

7.5.2 *Jus Libertatis do Cidadão Relativo ao Constrangimento e à Dignidade da Pessoa Humana*

8 RECURSOS

8.1 Aspectos Gerais

8.2 Da Decisão que Rejeita a Denúncia, Acolhendo a Defesa Preliminar

8.3 Da Decisão que Recebe a Denúncia

9 NULIDADES COMO CONSEQUÊNCIA DA DEFESA PRELIMINAR

9.1 Rito dos crimes funcionais

10 CONCLUSÃO

BIBLIOGRAFIA

INTRODUÇÃO

A defesa preliminar é um procedimento utilizado pela defesa, para conceder ao acusado a possibilidade de se defender antes do recebimento da denúncia, a fim de que possa ilidir uma possível acusação infundada. Atualmente, essa possibilidade é expressa em seis ritos especiais, quais sejam: Crimes de imprensa, crimes funcionais, crimes de responsabilidade de prefeitos e vereadores (art. 2º, inc I do Dec – Lei nº 201/67), crimes de competência originária dos tribunais (Lei nº 8.038/90, art. 4º), tóxicos (Lei nº 10.409/02) e Jecrim.

Essa defesa possui caráter processual, em virtude das matérias alegadas nesse momento, e sua aplicabilidade possui respaldo nos princípios constitucionais penais, tais como: devido processo legal, contraditório e principalmente no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o qual vem sendo largamente utilizado.

Essa matéria é alvo de grande discussão doutrinária e jurisprudencial, no entanto, ainda, é pouco enfrentada, não havendo soluções imediatas para as divergências que surgem ao seu redor, por isso a necessidade desse trabalho.

A principal causa de discussão jurisprudencial, acontece devido à aplicação da nulidade, se esta será relativa ou absoluta, uma vez que possuem conseqüências jurídicas distintas.

A exposição do tema foi realizada através de obras bibliográficas, com maior ênfase ao direito de defesa, pois ainda não há qualquer doutrina específica sobre o assunto abordado nesse trabalho. Assim, todo o material pesquisado para elaboração desse trabalho científico, foi utilizado indiretamente para ser alcançado o fim almejado, que é a defesa preliminar.

Para melhor compreensão e análise, esse trabalho está dividido em nove partes, onde consta, desde os princípios fundamentais, passando pelo conceito de defesa e abordagem atual do tema, até recursos e nulidades, como forma de tentar exaurir o âmbito de aplicação dessa forma de defesa, em favor do acusado.

1 HISTÓRICO

1.1 Considerações Preliminares

O direito de defesa é considerado uma garantia, para que outros direitos relacionados à defesa do réu tornem-se efetivos. Nos primórdios do direito repressivo, o direito de defesa apresentava-se através de vinganças privadas, concentrando-se no particular, onde as partes utilizavam a autotutela, representada pela força física, para solucionar seus conflitos.

Os atos anti-sociais existem desde o início da vida social humana, carecendo de soluções. Com o passar dos anos a sociedade foi evoluindo sua forma de defesa, com respaldo em normas e principalmente nos costumes.

Efetivamente, diz Manzini que “para compreender a natureza e o espírito de um sistema jurídico, não é indispensável indagar todo o seu passado, mas basta ter dele conhecimento a partir do momento em que começa a revestir os caracteres atuais, e a partir do qual, por conseguinte, decorre o seu verdadeiro desenvolvimento”

Assim, para que haja um aprimoramento dos conhecimentos suscitados, faz-se necessário para entendê-lo plenamente, analisar seus pontos de vista geral, com a evolução conjunta do direito penal humano.

1.2 Direito de Defesa na Grécia

Para os atenienses, havia uma distinção entre os crimes públicos e os privados. Os primeiros prejudicavam a coletividade, e por isso, sua repressão não era feita pelo ofendido, já no segundo caso, onde os crimes praticados eram de menor importância para o Estado, a iniciativa de defesa era da parte prejudicada.

Os delitos graves, que atentavam contra a própria cidade, eram denunciados ante Assembléia do Povo, a qual indicava o cidadão que devia proceder à acusação.

Após a acusação, provas e juramento o Arconte procedia à prelibação da acusação, designava o Tribunal competente, convocando as pessoas que deveriam constituí-lo.

No julgamento, ouvia-se primeiro o acusador e depois a Defesa. Havia oralidade e publicidade nesses atos, e os juízes eram árbitros, a decisão era tomada por maioria de votos, havendo empate, absolvía-se o acusado. Aqui, não havia nenhuma garantia para o acusado.

1.3 Direito de Defesa Romano

No direito romano, ficou reconhecido largamente o direito à defesa, que pode ser entendido tanto como “*naturalis ratio*” princípio de direito natural, ou ainda que é universalmente reconhecido.

Segundo Vincenzo La Medica, há dois critérios gerais para reconhecimento dos direitos de defesa, onde se inspira a legislação romana.

O primeiro é o da agressão injusta, apreciada independentemente da vontade delituosa do agressor. Já o outro critério, baseia-se na necessidade atual, sem perigo não haveria o direito de defesa, persistindo apenas o sentimento de vingança.

A defesa privada era admitida pelos romanos, havendo defesa à vida, integridade pessoal e à honra. Os romanos tinham o sentimento de honra elevadíssimo, protegendo em especial a honra da mulher. É conhecida a famosa *lex Lulia* “*de adulteriis coercendis*” dando ao pai o direito de matar a filha e o amante.

No tocante à defesa dos bens, havia um cerceamento de violência, diferentemente do que ocorria na defesa da pessoa. Por essa razão é que existia uma punição mais severa, que poderia culminar até na morte, para os ladrões que portavam arma de fogo.

1.4 Direito de Defesa Germânico

Entre os germânicos a condição jurídica do indivíduo baseia-se ainda na sua posição no grupo familiar, domina o direito penal privado com elementos de uma concepção publicística.

Em todas essas leis há elementos romanos e germânicos, e o direito de defesa ressentia-se da desordem e luta desses dois elementos.

Como provas, haviam os ordálios, juízos de Deus, e o juramento. A palavra divina influenciava os demais cidadãos, uma vez que caso o acusado jurava não ter praticado o crime de que era processado, e os juízes reforçassem essa tese, a prova do juramento basearia na crença de que Deus, conhecendo o passado, poderia castigar aquele que jura falsamente.

Estes juízos eram constituídos de provas árduas, e até mesmo de caráter mortal, às quais os acusados tinham que se submeter, sendo que, se fossem inocentes saíam vivos ou ilesos.

Ainda em inspiração de fundo eminentemente religioso, procurou-se fazer a repressão aos crimes, instituindo-se a oportunidade da palavra ao acusado e sendo este submetido a provas para a aferição da veracidade de suas asserções.

Os acusados eram submetidos a provas rudes, penosas e muitas de caráter mortal, das quais saíam com vida, incólumes no caso de serem inocentes por uma intervenção divina.

Como exemplos, existe a “ prova do arroz”, que ocorria na Pérsia, através da qual se fazia o acusado engolir um pouco de arroz cru, e caso não conseguisse, era porque não estava dizendo a verdade, ou ainda a prova do cadáver, pela qual o corpo da vítima era colocado perante o réu, e se dele começasse a correr sangue, era porque o acusado é quem havia sido o autor do crime.

O juiz detinha o monopólio das funções, o processo era secreto e unilateral, faziam uso da tortura não só para as testemunhas, não havendo imparcialidade.

Surgiu o sistema inquisitivo, no qual o réu era julgado pela Inquisição, e referia-se ao julgamento de todo tipo de crime. O juiz continuava com o monopólio das funções, mas ao réu permitia-se a cálida defesa, que ainda era cerceada. Os acusados não sabiam o que era a livre defesa, pois eram torturados a confessar.

Na época da Revolução Francesa repeliu-se totalmente o direito de defesa. Como advento do período humanitário, começou-se aos poucos a se considerar o direito de defesa do acusado. Nessa época, passou-se a utilizar os ensinamentos de Santo Agostinho, de que a punição tem que ser castigo juntamente com a defesa social.

Começou-se a apurar a verdade para que inocentes não fossem condenados. Reconheceu-se ao acusado o direito de defesa, passando a vigorar o sistema acusatório que fez surgir esse direito de defesa através do qual pode o réu provar sua inocência.

1.5 Direito Canônico

Esta época, até início do século XVIII, é desfavorável ao progresso do direito penal, Leis populares e capitulares caem no esquecimento, prevalece de novo o direito consuetudinário.

O cristianismo foi chamado a fundar a nova sociedade européia, exercendo uma larga ação moderadora sobre os critérios punitivos dos povos cristãos, combater as ordálias, e em nome da fraternidade, pregou paz entre os homens.

As máximas da caridade e do perdão, das quais a igreja se fez paladina contrapondo-se às da vingança e da força, deviam, necessariamente, limitar o instituto da defesa privada.

O direito canônico, entra como ponto de vista, disposições sobre a legítima defesa, preocupando-se mais com os limites a impor do que com os direitos a conferir ao agredido.

Há um limite para o agredido, que não deve fazer ao agressor uma violência maior do que aquela necessária a defesa.

Discutiu-se a questão de saber se era lícita a ofensa a pessoa alheia para defesa da própria honra. A maioria entende que não será lícito, matar um indivíduo que feriu apenas a representação ou a honra.

Esse direito, reproduz o direito romano quanto aos seus critérios objetivos.

1.6 Direito Brasileiro

Desde as primeiras contribuições em 1.824, já se verificava a presença do Princípio da ampla defesa, indicando o direito de defesa e simultaneamente a nota de culpa. Nos anos de 1.937, 1.946, a Constituição Federal trouxe juntamente com a ampla defesa, a referência à instrução criminal.

Conforme estudos, sabe-se que a ampla defesa existe desde a Constituição Federal do Império, quando referia-se ao contencioso administrativo.

A forma de defesa foi se aprimorando com o passar do tempo, um exemplo disso foi em 1.946 com a inovação da Constituição democrática, que trouxe a garantia da tutela jurisdicional pelo acesso aos tribunais através do Princípio da Inafastabilidade da proteção judiciária.

O Princípio da ampla defesa visa dar sustentáculo ao Estado de Direito Brasileiro, pois o Direito natural de defesa é um Direito puro, não podendo sofrer qualquer tipo de restrição.

Desse modo, com a contemplação do Direito ou efetiva defesa ao acusado, deixou este de ser simples objeto das investigações e de constituir-se em o destinatário certo de condenação também certa.

Então, não é preciso tomar como ponto de partida a presunção de que o réu é inocente, basta admitir que ele pode sê-lo ou possa ser menos culpado do que supõe o acusador e deve ser resguardado contra o excesso injusto.

A idéia de que seria necessária uma defesa preliminar, já estava intrinsicamente ligada aos antigos estudiosos, pois esta configura um procedimento importante para evitar processos infundados e morosos.

2 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS

2.1 Considerações preliminares

Os princípios são fontes que norteiam a criação das normas, pois representam postulados fundamentais na política processual penal de um Estado.

A finalidade do processo penal imediata, consiste na realização da pretensão punitiva do Estado, a qual deriva da prática de uma infração penal. Por outro lado, há a finalidade mediata, atuando na proteção da sociedade, paz social e na defesa dos interesses jurídicos.

Assim, os Princípios atuam inicialmente, auxiliando a finalidade imediata do processo penal, a qual se utilizará das normas punitivas para inibir a prática criminosa.

O sistema processual brasileiro adota o sistema acusatório, baseado na Constituição Federal, como a forma de exteriorização dos princípios que não são exclusivos desse sistema.

Existem outros dois sistemas processuais, chamados de inquisitivo e misto, analisando as três formas existentes, temos:

2.1.1 Sistema Inquisitivo:

Atua mais ostensivamente na auto defesa do que na apuração da verdade, possui respaldo no direito romano, vindo a declinar com a Revolução Francesa. Inclui regras de igualdade e liberdade processual, mas a procedimentalidade depende de impulso oficial.

Nesse sistema, a confissão é um elemento suficiente para a condenação, podendo ser utilizada inclusive a tortura, fatores que o levaram a não ser recepcionado pela constituição Brasileira.

2.1.2 Sistema Misto

É utilizado em alguns países Europeus e na Venezuela, atuando com uma instrução inquisitiva (investigação preliminar) e posteriormente com o juízo contraditório (julgamento).

2.1.3 Sistema acusatório

Estabelece uma relação processual, com fundamento na acusação oficial, podendo em casos excepcionais contar com a iniciativa da vítima, parentes próximos, ou qualquer um do povo.

Aqui, autor e réu estão em pé de igualdade, sobrepondo a eles o juiz como órgão imparcial na aplicação da lei.

Possui contraditório, partes acusadora e acusado, o processo é público, pode ser oral ou escrito, e a iniciativa cabe à parte acusadora, que poderá ser o ofendido ou seu representante legal.

2.2 Princípio do Estado de Inocência

Esse princípio tem respaldo no artigo 9º da Declaração, em que dispõe: toda pessoa se presume inocente até que tenha sido declarado culpado por uma sentença condenatória irrecorrível.

A presunção da inocência do acusado não pode ser absoluta, porque nesse caso, não seria admitida qualquer medida coativa contra o acusado. Mas, em se tratando de presunção relativa, esta poderia ser destruída pelas provas colhidas na instrução criminal, antes da decisão de mérito.

O Princípio da inocência, representa o coroamento do devido processo legal, constituindo um ato de fé no valor ético da pessoa. Trata-se do reconhecimento dos princípios do direito natural.

A Constituição brasileira, em seu artigo 5º, inciso LVII, dispõe sobre esse princípio, assim como na Itália, sua constituição respaldada numa corrente liberal, aprovou o artigo 27, § 2º, de sua constituição: “L'imputato non é considerato colpevole sino alla condanna definitiva”.

Dessa forma, deve ser questionado, se a presunção de inocência é absoluta ou relativa.

Com relação a defesa preliminar, a presunção de inocência deverá ser relativa, pois as provas trazidas aos autos durante a instrução probatória, poderão interferir no convencimento do juiz.

Assim, surge a necessidade do acusado de apresentar uma defesa processual, anterior à formação de uma relação processual, inibindo de plano uma possível acusação.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem diz que “toda pessoa acusada de um ato delituoso, presume-se inocente até que sua culpa venha a ser apurada no

curso do processo público, durante o qual se lhe assegurem todas as garantias necessárias à defesa.

Houve uma grande discussão acerca das prisões processuais cautelares, que são determinadas no curso do processo, em decorrência do Princípio da Inocência.

Mas, atualmente, é pacífico nos tribunais, que qualquer prisão processual procedida antes da sentença não fere o P. da Inocência, pois a Constituição em seu artigo 5º, também dispõe sobre essa possibilidade.

Portanto, o fator mais importante a ser analisado nesse princípio, consiste no fato de que essa presunção de inocência não é absoluta, mas sim relativa, protegendo o acusado, dando-lhe o Direito de não sofrer qualquer medida constitucional de liberdade, a não ser nos casos estritamente necessários, ditados por evidente cautela.

2.3 Princípio do Contraditório

Um dos mais importantes princípios está contido no artigo 5º, inciso LV, da C.F. Esse Princípio, visa a igualdade das partes, pois a verdade real buscada no processo não poderá ocorrer, sem que haja defesa do indiciado.

A garantia do contraditório compreende uma instrução lato sensu, na qual abrange todas as atividades das partes para convencer o juiz.

Não basta a existência de uma possibilidade de defesa para a parte contrária, mas sim que ela de fato conceda às partes, ocasião e possibilidade de intervirem no processo com alegações, provas e recursos.

A defesa preliminar, quando da sua elaboração, buscou um respaldo maior neste Princípio, pois logo que a parte é denunciada, poderá apresentar uma defesa processual, e impedir de plano a instauração de um processo.

A ampla defesa é princípio informador do processo penal e emana do *due process of law*, constituindo uma espécie deste, artigo 5º, LVI. Assegura ao réu o direito de contra- atacar seu adversário, contradizendo tudo o que lhe foi atacado e questionado.

O Princípio consubstancia-se numa igualdade, “*audiatur et altera pars*”, onde a parte contrária também deve ser ouvida. Acusação e defesa estão situadas num mesmo plano e acima delas o Órgão Jurisdicional.

Realçando o princípio do *audiatur et altera pars*, segundo o código de processo penal, ao receber a denúncia ou a queixa, deve o juiz determinar a citação do réu, para vir defender-se da acusação. Estando o réu fora da comarca, será citado por precatória, por rogatória e caso esteja em lugar incerto e não sabido, será citado por edital.

O ato da comunicação processual mais importante é a citação, pois garante verdadeiramente o direito a ampla defesa, onde havendo qualquer desobediência às regras, ocorrerá nulidade.

No tocante à defesa preliminar, se o juiz de acordo com os ritos a ela pertinentes não conceder o prazo à parte contrária para apresentá-la, também incidirá a nulidade.

Nos sistemas inquisitório e misto, não existe igualdade de condições entre as partes. No primeiro, o acusado não passa de um objeto de investigação, e no segundo tanto na fase de investigação policial como na fase de instrução o processo apresenta caracteres inquisitivos.

O Princípio da igualdade não se confunde com o contraditório, uma vez que eles apenas se relacionam entre si. Portanto, ao se garantir o contraditório, também estará sendo assegurado o tratamento igualitário das partes perante o Estado, e no processo perante o juiz.

O artigo 141, § 25, da C.F., assegura plena defesa ao acusado, com todos os meios e recursos essenciais a ele. Com esse procedimento contraditório, corolário da isonomia processual, toda a resolução processual de litígios poderá vir a ser atacada..

Para Carnelutti: “o processo adquire caráter verdadeiramente dialético, enquanto que a ação se desenvolve como contradição recíproca” (Sistema di Diritto Processuale Civile, 1.936, vol I., p. 397, nº 148).

Embora, esse princípio tenha aplicabilidade no âmbito civil, administrativo e penal, ele atua mais precisamente no processo penal, para proteger o direito à liberdade, o qual é conferido a todo ser humano de forma exclusiva e primordial.

Há no nosso sistema duas defesas: a processual e a de mérito. A primeira, chamada de indireta, confere ao acusado oportunidade de se defender mediante oposição de exceções e arguição de nulidades, já a segunda ocorrerá quando o réu para se defender diretamente dos fatos que lhe são imputados, contrariar o direito material.

Na fase do inquérito policial, a Constituição não se referiu ao contraditório, em virtude do fato de que nenhuma pena pode ser imposta ao indiciado. Mas, como existe a possibilidade de serem aplicadas prisões cautelares ao indiciado, surge para este o Habeas Corpus, abrangendo a atuação da ampla defesa.

Assim, em tese, o contraditório não é permitido na fase informativa, que antecede a instauração do processo criminal, onde não há nenhuma acusação.

O Supremo Tribunal Federal adota o seguinte posicionamento:

A investigação policial, em razão de sua própria natureza, não se efetiva sob o crivo do contraditório, eis que é somente em juízo que se torna plenamente exigível o dever estatal de observância do postulado da bilateralidade dos atos processuais e da instrução criminal. A inaplicabilidade da garantia do contraditório ao inquérito policial tem sido reconhecida pela jurisprudência do STF. A prerrogativa inafastável da ampla defesa traduz elemento essencial e exclusivo da persecução penal em juízo. (STF – 1ª T. – HC nº 69372/SP – rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 7 maio 1.993, p. 8.328)

Porém existem algumas exceções à regra geral, que não admite o contraditório na fase inquisitiva, sendo uma delas o inquérito judicial, para apuração de crimes falimentares (art. 106 da L.F.) e a outra, o inquérito instaurado pela polícia federal, a pedido do Ministro da Justiça, visando a expulsão de estrangeiro (art. 120 da Lei nº 6.815/80). Para o último caso citado, a aplicação do contraditório é obrigatória.

2.4 Princípio do Devido Processo Legal.

Este Princípio possui respaldo no art 5º, inciso LVI “*Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*”. Interpretando-o, temos a liberdade do indivíduo e dos seus bens, diretamente ligada a instauração de um processo, onde o acusado poderá argumentar em sua defesa.

Há uma dupla proteção para o indivíduo, pois quando se fala em proteção de bens, esse princípio está atuando no campo material, protegendo o direito de propriedade juntamente com o de liberdade. Por outro lado, no âmbito subjetivo, estará assegurando a igualdade total de condições perante o Estado-persecutor, e a plenitude de defesa.

Para Antonio Scarance Fernandes (1999, p. 131):

O processo é o ponto de convergência e de irradiação. É nele e por meio dele que alguém pode pleitear a afirmação concreta de seu direito. É através do processo que o juiz como órgão soberano do Estado, exerce a sua atividade jurisdicional e busca, para o caso, a solução mais justa.

2.5 Princípio da Publicidade

Segundo este princípio, os atos processuais são públicos, pois estão fundamentalmente ligados à humanização do processo penal, artigo 5º, inciso LX, da magna carta: *“A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”*.

Quando há uma publicidade popular, conforme Pontes de Miranda, ou plena para Frederico Marques, quer dizer que os atos estão ao alcance do público em geral.

Podem ocorrer inconvenientes ao réu, em virtude de ser permitido ao público ter conhecimento do processo, tais como o sensacionalismo, forte impressão no público e o desprestígio do réu.

Qualquer pessoa tem acesso livre ao fórum, à audição de testemunhas, ao interrogatório do réu, aos debates, desde que porém, não sejam da competência do Tribunal do júri, pois nesse caso existem limitações, artigo 792 do Código de Processo Penal.

A publicidade não atinge os atos que se realizam durante a feitura do inquérito policial, que devido a sua natureza inquisitiva, deverá ser reservado, para assegurar a efetividade das provas colhidas nesse período, contribuindo para que haja eficácia na investigação.

Durante a fase inquisitiva no processo penal, existem apenas indícios de autoria, da prática delituosa e do crime. Então quanto menor for a exposição dos

fatos durante esse período haverá menor risco de serem produzidas notícias inverídicas e maior será a proteção do investigado, pois como trata-se apenas de investigação, esta ao final da fase inquisitiva poderá restar infundada.

3 O DIREITO DE DEFESA

3.1 Considerações Preliminares

A Constituição Federal, sustenta a defesa, onde está presente a figura do “acusado”, no processo penal.

É certo que numa ótica subjetiva, a defesa pode ser vista como um direito do acusado. Mas atualmente, adquiriu relevância o perfil objetivo da defesa, como ofício essencialmente social, sendo uma garantia de regularidade do procedimento, em virtude da existência do interesse público no contraditório, para legitimar a jurisdição.

Portanto, para que o processo penal se desenvolva com regularidade, é necessário a ampla defesa exercida de modo como manda a lei.

Para alguns autores, a defesa somente se efetivará através do contraditório, sendo considerado um instrumento para isso. Nesse sentido, pode ser definido o contraditório como “instrumento técnico para efetivação da ampla defesa, consistente em: poder contrariar a acusação, poder requerer a produção de provas que deve, se pertinente, obrigatoriamente ser produzidas”. (SCARANCE, 2003, p. 254).

O acusado, através de alguns atos processuais relacionados à defesa, pode contrariar a acusação, visando repelir o ataque do órgão acusatório, manifestar-se em todos os atos e termos do processo, em que é obrigatória a sua presença e recorrer da decisão que lhe for desfavorável.

3.2 Conceito

A defesa é uma decorrência do princípio constitucional do devido processo legal, e é imanente a todo o sistema processual, onde adota o procedimento contraditório.

Por outro lado, analisando um posicionamento diferente, o conceito de defesa é oposto e complementar ao da acusação, opondo-se à ação.

Assim, tem-se a ação como um instrumento para tutelar o direito da acusação e a defesa para tutelar o direito à liberdade do acusado.

Ação e defesa possuem as mesmas características, estando esta última diretamente relacionada com a primeira. Mas deve-se considerar a defesa como autônoma com relação ao acusado ou à situação concreta posta em julgamento.

Defesa e contraditório estão intimamente relacionados e ambos são derivações do devido processo legal. Sendo assim, a defesa e o contraditório, bem como a ação, tratam-se de manifestações simultâneas, ligadas entre si pelo processo, sem que um instituto derive do outro.

A defesa está consubstanciada num interesse de ordem pública primário, indubitavelmente, quando afirma que o réu não poderá renunciar à sua própria defesa, mesmo nos casos onde exista eventual confissão no processo, já que não lhe será negado o direito de defender-se.

Em sentido amplo, a defesa deriva dos princípios constitucionais, aparecendo como manifestação dos valores de liberdade individual e segurança jurídica. Num sentido estrito, entende-se como uma contestação da acusação, sendo contrária a

ação, consistindo na atividade exercida nas oportunidades processuais devidas em favor do acusado.

Para Fernando Almeida Pedrosa (2001, p. 33-36):

defesa consiste num direito público, subjetivo, autônomo e abstrato; público porque visa à prestação da tutela jurisdicional, afeta ao poder público; subjetivo porque não aparece como dever imposto ao acusado, mas como faculdade; autônomo, pois independe de possuir o acusado efetivo direito que o socorra e é abstrato em função exatamente da sua autonomia, pois não se tutela apenas o acusado inocente, dependendo portanto da existência do direito concreto em prol do réu e que efetivamente viesse a ensejar a prolação de um decreto absolutório em seu favor.

Assim sendo, a defesa preliminar, contém os mesmos requisitos da defesa comum, proporcionada na fase processual, sendo um direito autônomo, subjetivo, público e abstrato, eliminando desde logo os casos mais aberrantes (de acusação sem prova mínima que revele a sua seriedade). De outro lado, quando a prova é inequívoca sobre a legítima defesa , faculta-se desde logo a imediata absolvição, sem necessidade de submeter o acusado a um longo e moroso processo.

3.3 Natureza Jurídica

O Direito de defesa é estudado por todas as legislações processuais, e no nosso sistema possui grande respaldo na Constituição, pois esta assegura aos acusados o direito a ampla defesa.

A segurança constitucional visa uma defesa lato sensu, com os recursos a ela inerentes para efetividade do direito e uma instrução criminal contraditória, constituindo uma repulsa à acusação.

Como direito negativo ao de ação, a defesa possui natureza igual ao direito que se contrapõe, distinguindo-se apenas quanto às conseqüências que procura.

O cunho subjetivo da defesa, se apresenta em razão da facultatividade do acusado. Mas, é importante ressaltar que em nenhum processo admite-se ausência

de defesa, pois mesmo nos casos em que o imputado é revel, nomeia-se um defensor.

Entretanto, para que haja uma defesa plena, é necessário o empenho do acusado, para produzir provas favoráveis à sua absolvição, das quais eventualmente só ele possui conhecimento.

Portanto, dizer que a defesa é uma faculdade onerosa, consiste implicitamente em explicitar que a omissão do réu, mesmo na ausência de um defensor nomeado, não permite que o direito de que é titular se exteriorize com toda a sua força.

A autonomia da defesa não está relacionada ao fato de o imputado possuir ou não defensor, mas sim pelo nascimento de uma relação jurídica processual.

3.4 Espécies de Defesa

Num âmbito geral, há no processo penal, dois tipos de defesa: a defesa técnica e a autodefesa. A primeira pressupõe a defesa exercida por profissional legalmente habilitado, com capacidade postulatória, ou seja, deve ser realizada por advogado, e é imprescindível para a efetivação concreta do contraditório e ampla defesa. Já a segunda, é a defesa apresentada pelo próprio acusado.

Em decorrência da defesa técnica, deverá o juiz fiscalizar o processo, para proporcionar ao acusado plena e efetiva defesa, pois o desenvolvimento deste atributo é considerado de ordem pública, com o intuito de que o réu não fique indefeso.

3.4.1 Defesa Técnica

A Defesa técnica é aquela exercida por um advogado, com capacidade postulatória e habilitado profissionalmente.

Nela, será assegurado ao réu a nomeação de um defensor, para se defender de todas as formas possíveis e cabíveis. Caso ocorra cerceamento de defesa, haverá prejuízo e ofensa ao Princípio da ampla defesa.

Tanto a defesa quanto a acusação devem estar no mesmo plano, agindo em igualdade de condições, para o perfeito desenrolar do processo.

O advogado possui exerce uma função pública de administração e Justiça, classificando-se como órgão desta administração, conforme contido no dispositivo legal da Magna Carta em seus artigos 133 e 134.

Assim, sendo o réu pessoa pobre, na acepção jurídica do termo, sem condições de arcar com as custas e honorários processuais, é dever do Estado nomear um defensor dativo, pois não se admite o processo sem o exercício da defesa.

3.4.1.1 Defesa técnica necessária

Quando o Ministério Público, órgão da acusação atuar, o acusado se utilizará da defesa técnica, surgindo dessa forma a defesa técnica necessária, elemento essencial para garantir a igualdade entre as partes.

É a defesa técnica que irá possibilitar que o réu se defenda da imputação que lhe foi feita, bem como quando há possibilidade de apresentação da defesa preliminar, atualmente apenas em ritos especiais.

O artigo 261 do Código de Processo Penal diz: *“Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido será processado ou julgado sem defensor”*.

Mesmo nos casos onde houver revelia, o réu não estará sujeito a julgamento sem defesa.

Nesse sentido, vemos que a defesa possui demasiada importância ao acusado, então porque não lhe garantir uma defesa preliminar, baseando-se na igualdade entre os cidadãos, uma vez que a título de exemplo, a lei de imprensa e os crimes praticados por funcionários públicos, lhe concedem tal possibilidade.

Assegurar a aplicação dessa defesa, seria um grande avanço no âmbito processual, visto que poderá serem evitadas agressões injustas ao réu, principalmente no tocante à sua liberdade e integridade moral.

Então, como em nosso sistema processual penal, a defesa realizada por técnico profissionalmente habilitado é necessária, se um processo se desenvolver sem que o réu seja amparado por um advogado, constituído ou nomeado pelo juiz, o processo será tido como nulo. A presença do defensor é imprescindível.

3.4.1.2 Defesa técnica indeclinável

Indeclinável a defesa é o mesmo que dizer que o réu não poderá dispor-se dela, renunciando-a, já que se trata de um direito conferido e assegurado.

A irrenunciabilidade consiste no fato de que independente do fato do réu constituir um defensor, é dever do juiz lhe nomear um advogado. A jurisprudência tendência para tal fato, conforme a seguir: *“O direito de defesa, em processo penal, é irrenunciável. Se o réu não constituir advogado, cumpre ao juiz designar defensor dativo”* (STJ – 6ª T – RHC 7846 – Rel. Luiz Vicente Cernicchiaro – J. 29.10.98 – DJU 7.12.98, p. 113).

O interesse público da justiça na defesa do réu, como ocorre no ordenamento brasileiro, diferencia e engrandece o nosso direito. Em outros países, como a Itália, permite a possibilidade de renúncia a defesa técnica.

3.4.1.3 Defesa técnica plena

Quando se diz que uma defesa é plena, pretende-se lhe dar um caráter de contra-ataque à acusação durante todo o desenrolar do processo.

Essa defesa plena é realizada principalmente em pontos estratégicos, como as alegações finais, ou quando for produzida uma prova importante.

Na defesa preliminar, não haverá necessariamente uma defesa plena, pois não serão todas as matérias de mérito que poderão ser discutidas, mas apenas questões de ordem pública, que mesmo alegadas posteriormente poderiam ilidir imediatamente a acusação.

Há quem entenda, que a defesa técnica assegurada ao réu, ocorrerá também no Inquérito Policial, tendo em vista que a mesma consiste no direito que tem o advogado de tomar ciência das investigações, para poder se valer dos mecanismos existentes em benefício do réu, como por exemplo liberdade provisória, relaxamento de prisão, hábeas corpus, sendo que esta participação é entendida como nova tendência para o direito comparado.

3.4.1.4 Defesa técnica efetiva

Durante o decorrer do processo, o defensor constituído ou nomeado, terá a função de assistir o acusado de forma efetiva, arrolando testemunhas, fazendo reperguntas, apresentando alegações finais, entre outros atos que lhe foram atribuídos.

A atuação do advogado não pode ser falha ou deficiente, pois culminaria na nulidade do processo. *“Ampla Defesa – Defensor nomeado que desempenha atividade meramente formal – inobservância do princípio do contraditório em sua aceção material – Exigência de defesa efetiva no processo penal – Papel do magistrado na fiscalização do devido processo legal – Nulidade declarada – inteligência do art 5º, LIV e LV da Constituição Federal”* (RT 725-458 – março 1996 – Maurício Antonio Ribeiro Lopes).

Antes do advento da atualização processual nº 10.792/03, alguns doutrinadores sustentavam a posição de que o defensor deveria ser nomeado antes do interrogatório, para verificar se os atos se realizam de forma normal e regular.

Mas, com respaldo na importância, que é ter na prática o advogado acompanhando a fase de inquérito, e atendendo aos reclamos doutrinários, o legislador processual passou a admitir a presença obrigatória do advogado no interrogatório. Para dessa forma, contribuir, à redução dos erros que podem vir a ser cometidos nesse período, e que somente serão discutidos na fase de alegações finais, concedendo ao réu, maior respaldo.

3.4.2 Autodefesa

É cediço que no processo penal deverá existir tanto a autodefesa como a defesa técnica.

Na autodefesa o acusado terá direito a participar de todos os atos processuais pessoalmente, contribuindo para sua função defensiva, tendo direito à audiência, sobre prova produzida e a comparecer em todos os atos instrutórios.

No Código de Processo Criminal de Primeira Instância, de 1.832, no seu artigo 262, não somente o advogado, mas também ao próprio era permitido inquirir testemunhas de acusação.

O acusado tentará demonstrar sua inocência, através de provas que irá produzir para sua própria defesa. A autodefesa é um direito renunciável, e o réu não está obrigado a exercê-la.

Essa garantia se consubstancia na “atuação pessoal” do acusado durante todo o desenvolvimento do procedimento, com maior ênfase no momento do interrogatório, constituindo numa defesa privada, que concorre para a função defensiva.

A defesa técnica será equilibrada com a autodefesa para satisfação total da tutela garantida constitucionalmente.

Exterioriza-se a autodefesa, primeiramente com o direito de audiência, onde o réu se apresentará pessoalmente ao magistrado e também, quando manifestar seu direito de presença, comparecendo aos atos processuais juntamente com o seu advogado, completando o sistema da ampla defesa.

Esse direito à audiência, representa um importante momento para o acusado, uma vez que perante o juiz, poderá demonstrar a sua versão dos fatos. Será no interrogatório esse contato direto com o juiz, logo após a citação do acusado.

Já na manifestação da autodefesa com o “direito de presença”, o acusado poderá auxiliar seu defensor, quando presente a todos os atos do processo, contribuindo para sua própria defesa.

É muito importante que esse direito à autotutela esteja resguardado ao acusado, fazendo com que dessa forma haja uma fiscalização sobre o trabalho exercido pelo advogado, reforçando e assegurando a ampla defesa.

4 DA PERSECUÇÃO PENAL

No Brasil a persecução penal comporta duas fases distintas, uma chamada de pré-processual e a outra processual. A primeira é realizada pela polícia Judiciária na forma de inquérito policial, onde será investigado o indiciado, a outra fase é realizada pelo Poder Judiciário, iniciando-se com a Denúncia oferecida pelo Ministério Público, ou mediante queixa-crime nas ações privadas.

4.1 Inquérito Policial

4.1.1 Conceito

Consiste num ato preparatório e informativo, com o objetivo de instruir a ação penal com os elementos necessários para deduzir a pretensão punitiva em juízo. Mas, por outro lado, parece mais correto dizer que o inquérito policial se destina à formação da *opinio delicti* do titular da ação penal (Ministério Público ou ofendido), considerando-se que muitas vezes o inquérito termina com o seu arquivamento, sem a instauração de nenhum processo.

Nesse sentido, alguns doutrinadores entendem que o inquérito possui uma função não apenas de persecução e investigação, mas também de seleção, quando somente submete ao juízo penal os atos típicos, com indícios de autoria, com o intuito de não submeter os cidadãos a constrangimentos indevidos.

Porém, infelizmente não é o que ocorre na prática. Muitas vezes, iniciam-se ações penais infundadas, e que somente poderão vir a ser extintas em fases avançadas do processo. Portanto, a defesa preliminar que ocorre após o término da fase inquisitiva, antes do juiz receber a Denúncia, pode atuar como uma forma de reforço, garantindo a correta apuração das infrações penais e de sua autoria.

Exemplificando o inquérito, se “A” cometeu tentativa de homicídio contra “B”, a Autoridade Policial sabendo do fato, determina a abertura de inquérito policial, para que sejam feitas as investigações necessárias a respeito daquele fato e acerca da autoria. Tomam-se, então, as declarações da vítima, depoimentos das testemunhas que assistiram o fato ou que dele tomaram ciência; submete-se a vítima a exame de corpo de delito, ouve-se o pretense autor do crime e procura-se apreender o instrumento do crime.

Conforme classificação de Manoel Pedro Pimentel, no inquérito policial deverão ser efetuadas as seguintes diligências:

- a) o levantamento do local do crime;
- b) apreensão dos instrumentos e de todos os objetos que guardarem relação com o crime;
- c) colheita de provas para o esclarecimento do fato delituoso e suas circunstâncias;
- d) o interrogatório do acusado, bem como a tomada da declaração das vítimas, quando possível e das testemunhas;
- e) reconhecimento de pessoas e coisas, bem como acareações necessárias;
- f) realização do exame de corpo de delito e de outras perícias que se fizerem necessárias;
- g) identificação do acusado, bem como a elaboração de um boletim de vida pregressa, para que se forme uma idéia a respeito de sua personalidade.

(PIMENTEL, 1965, p. 16-17).

Alguns desses elementos probatórios serão refeitos em juízo, tais como o interrogatório do indiciado, as declarações da vítima e a oitiva das testemunhas, e por outro lado, algumas provas colhidas nesse período guardam um caráter definitivo, como por exemplo o exame de corpo de delito e outras provas periciais.

O inquérito policial poderá se iniciado de ofício (com o Auto de Prisão em Flagrante), mediante requisição do Ministério Público ou da autoridade Judiciária, e através de requerimento do ofendido ou seu representante legal (artigo 5º, inciso II e §§ 4º e 5º do CPP).

4.1.2 Da Colheita de Provas no Inquérito Policial.

Segundo entendimento jurisprudencial, o inquérito policial nunca será nulo, não estando sujeito às sanções que o código prevê, já que qualquer vício ocorrido durante esse período não mais subsistirá após instaurada a ação penal.

“Vícios do inquérito policial não têm a consequência de contaminar a ação penal, que se desenrolou com as garantias do contraditório e da ampla defesa” (STF 2ª T, rel. Min. Néri da Silveira, HC 72.864/SP, j. 05.09.1995, DJU 18.08.2000).

As provas periciais apenas poderão ser contraditas em juízo, salvo se eventualmente, tiverem sido feitas de maneira equivocadas, já que nesse caso não estarão aptas a embasar um decreto condenatório. Seu valor probatório é idêntico ao das provas produzidas em juízo .

Com relação à prova testemunhal, esta deverá ser repetida em juízo, mas não poderá o advogado permitir a simples ratificação pela testemunha, do seu depoimento colhido na fase policial, senão vejamos o entendimento acerca desse fato:

A simples leitura do depoimento prestado na fase de inquérito policial e a sua mera ratificação pela testemunha não é recomendável. No caso, entretanto, o defensor do paciente não apresentou objeção, nem formulou qualquer pergunta à testemunha, conforme lhe facultava o artigo 211 do

CPP, além de nada ter argüido a esse respeito nas alegações finais. Por se tratar de nulidade relativa, ficou sanada, por não ter sido suscitada em tempo oportuno(STF, 2ª T, rel. Min. Carlos Velloso, HC 75.652/MG, j. 04.11.1997, DJU 19.12.1997).

Durante essa fase de inquérito policial, onde haverá coleta de elementos importantes na formação da *opinio delicti*, não vigora o princípio do contraditório, sendo desnecessária a participação do advogado, sob pena de fracassarem as investigações policiais, num caso de difícil elucidação.

A maior parte da doutrina entende que o princípio do contraditório somente será aplicado na fase processual, pois o inquérito nada mais é do que um procedimento administrativo, onde não existe acusado ou réu, mas apenas o indiciado, que tem por fim a colheita de provas para que o titular da ação penal possa ingressar em juízo.

Como titular do direito de punir, quando alguém infringe a norma penal, deverá o Estado, para fazer valer o seu direito, procurar os elementos comprobatórios do fato infringente da norma e os de quem tenha sido o seu autor, entregando-os a seguir, para o Ministério Público promover a ação penal.

Assim, a principal finalidade do inquérito, consiste na apuração da existência da infração penal e respectiva autoria, para que o titular da ação penal disponha de elementos que o autorizem a promovê-la.

4.1.3 As Provas obtidas no Inquérito Policial podem autorizar uma Sentença Condenatória?

Primeiramente, a persecução penal possui duas fases distintas, quais sejam: investigatória, quase sempre representada pelo inquérito policial e a fase da ação penal, onde há contraditório e a garantia da ampla defesa.

A elaboração do inquérito policial se preocupa em reunir elementos acerca da infração penal e sua autoria. Tais elementos são diversos daqueles ocorridos durante o curso da ação penal, não havendo oportunidade para a defesa impugnar os indícios trazidos aos autos.

Posteriormente, proposta a ação penal, além de existir a possibilidade de defesa, as características da ação penal são totalmente distintas daquelas presentes na fase inquisitiva. Os atos praticados na ação serão sempre discutidos, como por exemplo, o fato das testemunhas serem alvo de reperguntas da parte contrária.

Em resumo, as provas obtidas no curso da instrução criminal é que irão fornecer subsídios para a prolação da sentença. Quase sempre são as mesmas provas do inquérito policial, renovadas e esmiuçadas em juízo.

Para o Supremo Tribunal Federal: “[...] os atos de investigação não se acham abrangidos pela regra do artigo 153, §212, da CF, segundo o qual só a autoridade competente pode julgar o réu .” (RTJ, 82:118)

É ainda consistente a orientação do STF, onde a decisão apoiada exclusivamente no inquérito policial, fere o princípio constitucional do contraditório.

Porém, não obstante entendimento do Supremo, os elementos colhidos no inquérito policial não possuem valor simplesmente passageiro, deixando de existir na instrução criminal caso não sejam renovados. Adotar tal orientação, seria admitir que certos atos próprios do inquérito, desapareceriam dada a impossibilidade de renovação em juízo.

No tocante aos delitos que deixam vestígios, a legislação processual penal impõe a necessidade de exame pericial (corpo de delito para lesões corporais, conjunção carnal para sedução, etc), para perpetuar uma situação existente após o delito e que pode sofrer alterações com o tempo, podendo até mesmo desaparecer.

O que é importante ressaltar é que a condenação não deve ter por base elementos do inquérito e apenas tais elementos. Daí a advertência da jurisprudência quando fala em decisão condenatória apoiada *exclusivamente* no inquérito policial.

É importante saber quais os elementos colhidos pela polícia, pois eles não serão esquecidos durante a instrução criminal, pelo contrário, serviram de alicerce para direcionar o regular andamento do processo.

Nesse mesmo entendimento, com relação à defesa preliminar, surge uma dúvida no tocante às provas trazidas aos autos do inquérito policial, pois caso o juiz acate a defesa preliminar, estará julgando de acordo com as provas apenas da fase inquisitiva, sem aguardar portanto a fase processual instrutória.

Assim, deve ser notado, que haverá defesa do indiciado e conseqüentemente este apresentará provas que contrariarão aquelas colhidas pela polícia para instruir a Denúncia. Dessa forma, a decisão proferida pelo juiz, não estará calcada exclusivamente na prova policial, mas sim, por elementos trazidos pela defesa, os quais levarão a rejeição ou não da peça acusatória.

5 DA CONSTITUIÇÃO DA RELAÇÃO PROCESSUAL

5.1 Fase Postulatória

O início do processo penal condenatório ocorre com a fase postulatória, pois todos os atos precedentes ao início da tutela jurisdicional, não fazem parte integrante da instância penal.

Existem dois momentos que caracterizam a fase postulatória, sendo um deles a constituição da relação processual e, em decorrência deste, a defesa do réu.

A defesa prévia, ou o decurso do prazo para sua apresentação, encerram essa fase, uma vez que esses atos são sucedidos pela fase instrutória.

Para José Frederico Marques (1997, p. 143): “Do que interfere das normas contidas para disciplinamento da ação penal, terá início esta pela apresentação da denúncia”.

Segundo o autor é o que se deduz de um confronto do artigo 104 do CP, com o artigo 25 do CPP. Este dispõe sobre a irretratabilidade da representação depois de oferecida a denúncia, já aquele alude ao mesmo fenômeno depois de iniciada a ação, seguindo dessa forma o entendimento de que o início da ação penal pública coincide com o oferecimento da denúncia.

Mas a denúncia precisa ser recebida pelo juiz, mediante despacho, para que o acusado seja devidamente citado, ocorrendo o que se denomina de *ajuizamento da ação penal*.

Os procedimentos incidentais, tais como insanidade mental, extinção da punibilidade, podem surgir na fase postulatória, com a peculiaridade de, alguns deles, poderem ser pleiteados em qualquer fase do processo. E dependendo do

procedimento incidental solicitado, se for acolhido, poderá culminar na extinção do processo.

Com isso, fica evidente nesses casos, que a parte poderia assim como nos procedimentos incidentais, vir a ser poupada de todo o constrangimento que um processo penal acarreta na vida de um indivíduo, na oportunidade da defesa preliminar, antes da denúncia.

A importância de evitar constrangimentos já possui respaldo atualmente, pois há ritos especiais que autorizam essa possibilidade, mas que porém, não estão ao alcance de todos os cidadãos.

5.1.2 Da Denúncia

A denúncia é o ato inaugural e formal da *actio poenalis*, e está para ação penal pública, assim como a petição inicial para a ação civil. Ambos os procedimentos, ora suscitados, precisarão da citação do réu, para instaurar a instância ou a relação processual, dando início à ação.

Por ser um ato instrumental da ação penal pública, a denúncia deverá conter todos os elementos desta. A pretensão punitiva deverá ser exposta com clareza, uma vez que devem ser atendidos todos os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal.

A clareza da pretensão punitiva, será demonstrada quando for indicado o seu objeto (*petitum*), os seus fundamentos (*causa petendi*) e, ainda, os dados subjetivos, tais como, o sujeito ativo que acusa (o órgão do Ministério Público) e o sujeito passivo que é o acusado (o réu).

O artigo 41 do CPP dispõe que a denúncia conterá: “a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias”, e também, “a classificação do crime”,

fazendo menção apenas aos elementos causais da acusação, que correspondem no processo civil aos fatos e fundamentos jurídicos do pedido.

Ocorre que, faz-se necessário o pedido para concluir os argumentos expostos na denúncia. Assim, o promotor ao acusar, pedirá a aplicação de uma pena e indicará quais são as sanções cabíveis: penas principais e acessórias, bem como as sanções preventivas consistentes na medida de segurança, constituindo estes, os fundamentos do pedido (*causa petendi*).

Mas, o que realmente identificará a ação penal, será a imputação de fato delituoso ao acusado.

5.1.3 Da Acusação

Como já foi dito logo acima, a imputação de fato delituoso ao acusado, que contribui para ser identificada a ação penal, nada mais é do que a acusação.

Segundo o ilustre doutrinador José Frederico Marques (1997, p. 161): “Acusar é deduzir a pretensão punitiva em juízo, mediante o pedido de condenação do réu por fato delituoso que lhe é atribuído”.

Com a acusação, será delimitada a área que deve incidir a prestação jurisdicional, pois o fato delituoso onde se baseou a pretensão é que fixará o objeto da decisão do órgão judiciário.

Como o Estado Soberano, titular do direito de punir, autolimitou o direito, é claro que, quando alguém transgredir a norma penal incriminadora, sua punição somente se efetivará por meio do processo. E, para que isto ocorra, é preciso que seja levada a notícia do fato delituoso ao conhecimento do Estado-juiz (indicando a

autoria), a fim de que seja declarada procedente ou improcedente a pretensão estatal.

Acusar, significa dar início a ação penal e levar ao conhecimento do juiz, através desse ato, o fato que foi praticado por um indivíduo, contrário às normas de direito.

Uma das características da peça acusatória é a imputação, a qual atribui à pessoa do réu a prática de determinados atos que a ordem jurídica considera delituosos, sendo portanto, imprescindível, que a conduta do réu seja descrita de maneira precisa e individualizada, para o juiz aplicar corretamente a lei penal.

5.1.4 Ajuizamento da Acusação

Segundo José Frederico Marques, o meio utilizado pelo juiz para receber a denúncia, por despacho, onde dará início a ação penal, chama-se ajuizamento da acusação. Já para outros autores, tais como Fernando Tourinho, a classificação onde consta a acusação e o recebimento pelo juiz, chama-se início da ação penal.

É importante saber sobre as fases na constituição da relação processual, para auferir qual é o momento em que realmente ocorre a chamada triangularização da relação processual, cujo conteúdo será demonstrado posteriormente.

Como o objeto de estudo é sobre a defesa preliminar, faz-se necessário saber também sobre a ação penal, e quando ela será iniciada, uma vez que o contraditório não incide na fase inquisitiva, mas sim na processual.

Após realizada a acusação, esta será encaminhada ao juiz, que poderá receber ou não a denúncia.

No momento de receber a denúncia, o juiz analisará as condições de procedibilidade, que caso estejam presentes, levarão o juiz por despacho a citar o réu, para se manifestar sobre o conteúdo da peça acusatória.

Entretanto, insta salientar, que caso o juiz receba a denúncia e designe dia e hora para o acusado ser submetido ao interrogatório, sem que tenha havido a citação para o réu apresentar defesa preliminar (que ocorre antes do recebimento da denúncia), estará sendo postergado o direito de defesa do réu para as alegações finais, ato onde haverá a defesa propriamente dita, visto que a defesa prévia é utilizada apenas para arrolar as testemunhas de defesa, sob pena de preclusão.

Durante o deslinde do processo, o acusado é submetido a vários percalços, coação moral e psicológica, pelo fato de existir uma acusação a seu respeito, sob pena de ter sua liberdade restringida por sentença condenatória.

Há possibilidade da acusação ser infundada, ou até mesmo as provas colhidas serem insuficientes para sustentar a instauração de um processo, e para esses casos, visando princípios importantes do nosso ordenamento, tais como o da celeridade processual, concede-se ao denunciado uma possibilidade de ser valer de uma defesa técnica, antes do juiz receber a denúncia e mandar citá-lo para o interrogatório.

O interrogatório é um ato onde o acusado se utilizará da autodefesa, já que o advogado é dispensável. Embora haja portanto, natureza de defesa nessa fase, o acusado está destituído da técnica jurídica para lhe representar, estando momentaneamente hipossuficiente em relação ao juiz.

Alguns operadores da área do direito, entendem que a defesa preliminar poderia ser suprida pelo interrogatório do acusado, momento no qual poderá ser alegado matéria de fato em sua defesa, mas esquecem de que se trata da já mencionada autodefesa.

5.1.4.1 Recebimento ou rejeição da denúncia

Apresentada a peça acusatória, será designada dia e hora para o interrogatório do réu ou querelado, mas em alguns casos, exige a lei que o despacho de recebimento seja precedido de outra providência, que normalmente é a resposta do réu. Isso ocorre em alguns procedimentos, como por exemplo nos crimes de responsabilidade de funcionário público (art. 514 do CPP); nos crimes de competência originária do STF e do STJ (art. 1º da Lei nº 8.038/90).

Existe um controle sobre a denúncia, no despacho liminar, onde será feito o juízo de admissibilidade, conforme preceitua o artigo 43 do CPP. Quanto ao aspecto formal deverá o juiz, em conformidade com o artigo 251 do CPP *“prover à regularidade do processo”*, para evitar que exista uma acusação contra quem não foi proposta a ação.

O artigo 41 do CPP diz sobre a qualificação do acusado, bem como do crime praticado, para que o réu possa se defender amplamente do fato que lhe é imputado. Porém, caso esteja errado o dispositivo legal violado, o juiz poderá lhe dar a exata definição jurídica na fase da sentença (art. 383 CPP), sem que haja prejuízo à parte.

Além da descrição do fato ter que se apresentar corretamente,deverá existir uma correlação dessas informações com o sujeito que praticou o crime, pois é preciso que se descreva o fato e se o atribua a alguém.

Os casos de rejeição da denúncia ou queixa, serão aqueles estabelecidos no art. 43 do Pergaminho Processual Penal, estendendo-se também aos casos previstos no artigo 41 do CPP.

Para o recebimento da denúncia, o juiz observará se estão presentes as condições genéricas, chamadas de condições da ação, bem como as condições específicas, juízo de admissibilidade.

Segundo o parágrafo único do artigo 43 do CPP : “ *a rejeição ... não obstará ao exercício da ação penal ... desde que promovida por parte legítima ou satisfeita a condição*” .

Mas, caso alguma condição não tenha sido satisfeita no momento do recebimento da denúncia, culminando na rejeição desta, poderá a parte interessada posteriormente oferecer nova denúncia ou queixa.

Com a rejeição da denúncia, o Código de Processo Penal, determina que o juiz declare inadmissível e inviável o direito de ação. Trata-se de rejeição quando não são verificados as condições do direito de agir, devendo o juiz, impedir, com despacho liminar de caráter negativo, a formação da instância.

5.1.4.2 Do arquivamento do inquérito

A autoridade policial não poderá mandar arquivar os autos de inquérito, segundo disposição expressa do artigo 17 do CPP, mas apenas demonstrar sutilmente sua opinião sobre a falta de base para a ação penal, para obrigatoriamente remeter os autos ao juiz competente, que poderá determinar o arquivamento a pedido do Ministério Público.

O trabalho do Promotor não é restrito apenas a denunciar e acusar o réu, poderá requerer, antes, o arquivamento dos autos caso entenda ser necessário, atuando em busca da Justiça.

Com o arquivamento do inquérito, as investigações serão encerradas, e desse modo também será finalizado o procedimento preparatório da ação penal. No entanto, caso a autoridade policial saiba de novos fatos, poderá proceder a novas pesquisas (art. 18 do CPP).

6 DA FORMAÇÃO DA INSTÂNCIA

No processo penal, com a citação válida do acusado, estará estabelecida a angularidade da relação processual, formando a instância, com vinculações e deveres para as partes.

6.1 Triangularização Processual

6.1.1 Conceito de Instância

Segundo José Frederico Marques (1999), Instância é sinônimo de relação processual.

Antigamente alguns autores, de processo civil, conceituavam a instância, se referindo a algo de que se possuía conhecimento imperfeito e incipiente, cuja existência era percebida quando examinavam a estrutura do Juízo.

Mas esse conceito continha uma dupla acepção, pois podia ser identificado como procedimento num certo momento, e posteriormente como Juízo ou relação processual.

Assim, após a evolução do processo penal, houve um consenso a respeito do conceito de Instância. A instauração desta somente ocorrerá com a citação válida do acusado, para que o processo se desenvolva progressivamente.

6.1.2 A instância no Processo Penal

O pergaminho processual penal, não disciplinou a instância, apenas se refere a ela de maneira acidental no artigo 36, cuja redação é: *“Se comparecer mais de uma pessoa com direito de queixa, terá preferência o cônjuge, e, em seguida, o*

parente mais próximo na ordem de enumeração constante do artigo 31, podendo, entretanto, qualquer delas prosseguir na ação, caso o querelante desista da instância ou a abandone”.

Existem outros dispositivos expressos e implícitos no CPP sobre a relação processual penal, mas estão dispersos nos vários textos do Código.

Assim, independente do fato da instância constar expressamente no código, ela é reconhecida pelo legislador em alguns momentos processuais, como ocorreu com o artigo 36 do CPP.

6.1.3 Início da Instância Penal

A ação penal pública inicia-se com a denúncia, e com a citação válida do réu estará proposta, mas é preciso saber em qual momento realmente estará instaurada a instância penal.

Como o CPP não faz menção ao momento da instauração da instância, os doutrinadores se utilizam do Código de Processo Civil, o qual dispõe claramente que o início da instância ocorrerá com a citação válida.

Nesse momento também ocorrerá a propositura da ação, onde ficará estabelecida uma relação linear entre o Estado-Administração e o juiz penal. Com relação aos atos da *persecutio criminis* a relação linear será entre Estado e indiciado, e após a citação válida do acusado fixa-se a angularidade da relação processual para posteriormente tornar-se uma relação triangular.

É importante salientar que o início da ação penal não contribui ao início da instância, uma vez que o réu precisa estar devidamente citado, caso contrário não estará vinculado aos liames processuais da instância.

Portanto no tocante à defesa preliminar, esta quando apresentada, já está dentro da chamada triangularização processual, uma vez que o réu precisa ser citado para apresentar a defesa, além de tomar conhecimento que existe contra ele uma acusação.

6.1.4 Fim da Instância Penal

Após estar constituída a instância no processo penal, esta somente será encerrada quando satisfeita a pretensão jurisdicional pedida na acusação, ou seja, quando o direito de punir for declarado inexistente ou considerado extinto, na prolação da sentença.

No entanto, se houver a interposição de recurso de apelação contra a sentença proferida pelo juiz de primeira instância, a instância não estará terminada, uma vez que as partes continuam atuando no processo.

O processo passa por duas fases, que são a cognitiva, onde as partes apresentam suas razões ao juiz, o qual irá apreciá-las, e a outra que é a de execução, onde executa-se a pena imposta na sentença. Assim, terminada a fase cognitiva do processo para início da execução, não será instaurada uma nova instância, mas sim continuará existindo a mesma instância iniciada com a citação válida do acusado no início da ação penal.

Um exemplo claro ocorre no artigo 386, parágrafo único, nº III, do CPP, onde o juiz absolve mas impõe medida de segurança. Nesse caso a mesma instância persistirá na fase da execução da medida de segurança.

Conforme contido na obra do doutrinador José Frederico Marques (1997, p. 188):

De tudo se conclui que a relação processual, que se inicia com a citação válida, só se encerra com a declaração da inexistência do direito de punir, ou com a extinção dele por ter havido satisfação completa das sanções cabíveis ao fato penalmente lícito imputado ao réu.

7 DA IMPERIOSIDADE DA DEFESA PRELIMINAR

Em diversas propostas de alteração da legislação processual penal que ultimamente vêm sendo divulgadas, muito se tem cogitado de instituir-se previsão de um procedimento que propicie defesa prévia do acusado em momento ainda anterior ao recebimento da denúncia.

Também se tem cogitado de estabelecer previsão de que a decisão de recebimento da denúncia venha a ser fundamentada, considerando não apenas o teor do pedido acusatório, mas também as razões que desde logo já venham a ser colhidas de uma defesa preliminar do réu.

Essas inovações prestigiam a ampla defesa, pois em muitos casos, tem ocorrido o recebimento de denúncias infundadas, as quais impõe constrangimento indevido a vários réus que, em verdade, nem deveriam estar sendo processados.

Dessa forma, é relevante transcrever o artigo abaixo, redigido pelo Juiz Federal Substituto Moser Vhoss (2004):

Com efeito, não se desconhece que, em alguns casos, tem havido recebimento indevido de denúncias. Entretanto, o número de casos onde há recebimento indevido da exordial acustória é, sem sombra de dúvida, infinitamente inferior ao número dos casos onde o recebimento é devido. Para aferir isso, basta comparar, estatisticamente, o número de casos onde ordens de *habeas corpus* para trancamento de ações penais têm sido concedidas, com o número de casos onde tais ordens têm sido denegadas; e isso sem nem contar o número bem maior ainda de casos onde o trancamento da ação penal sequer é buscado através de *habeas corpus*.

A inovações legislativas preconizadas atenuariam um problema que, portanto, tem ocorrido apenas em situações excepcionais; para a maioria dos procedimentos criminais as referidas inovações representariam, em verdade, medida que não traria qualquer ganho prático à defesa do réu.

A análise que se deve fazer então, é a da relação custo-benefício.

Se as inovações implicassem no favorecimento da ampla defesa do acusado sem acarretar qualquer custo ou ônus para a efetividade prática da Justiça Criminal, seria recomendável que viessem a ser adotadas, ainda que diminuto o número de casos onde realmente se revelariam úteis.

Sucedem, que não é pequeno o ônus e o custo que as inovações propostas impõem para a efetividade prática da Justiça Criminal.

De fato, nos tempos atuais, onde o volume de feitos é cada vez maior, necessitando o processo de economizar medidas que imponham maior demora na formação da relação processual, a instituição de procedimento de defesa preliminar em favor do réu importa maiores dificuldades para que ocorra o recebimento da denúncia, propiciando novo gargalo para acúmulo de processos aguardando a suplantação dessa fase procedimental.

A oportunização da defesa prévia anterior ao recebimento da denúncia certamente implicará, na prática, em propiciar que rios de tinta sejam gastos com a argüição infundável de preliminares e questões acessórias cuja apreciação, por evidência, requererá alguma análise judicial. E essa análise judicial, embora em muitos casos possivelmente nem tenha que se mostrar muito profunda, não é raro que as questões argüidas estejam limitadas a matérias pouco controversas ou já consideradas dirimidas pela doutrina ou jurisprudência, sempre demandará tempo do magistrado, seja para assimilação do conteúdo alegado, seja para posterior confecção de decisão minimamente fundamentada.

Considerando, pois, que seria bem pequeno o número de processos nos quais as inovações legislativas preconizadas produziram aquele benefício desejado de prestigiar a defesa do réu injustamente acusado, e que para a grande maioria dos processos ter-se-ia apenas a criação de nova dificuldade para a fluência processual desenvolva, parece afigurar-se recomendável a manutenção da fórmula atual, pela qual, havendo recebimento indevido de denúncia, pode a defesa técnica aponta-lo através da impetração de *habeas corpus* visando ao trancamento da ação penal.

De fato, pela fórmula atual, racionaliza-se o processo, fazendo com que haja atuação das partes e pronunciamento judicial mais fundamentado acerca do recebimento da denúncia somente naqueles casos onde, na ótica da defesa, haja potencialidade efetiva de que a decisão de recebimento da denúncia mereça de fato ser invalidada. Ou seja, se o recebimento da denúncia é realmente indevido, poderá a defesa impetrar *habeas corpus*, e então se terá decisão reparadora do erro ocorrido. Se, ao contrário, o recebimento da denúncia é devido, é de se esperar que sequer haja impetração de *habeas corpus* e, nessa hipótese, não se perderá mais tempo no processo com discussões e com a prolação de uma decisão abordando questão sobre a qual então já não mais penderá controvérsia entre as partes.

Verdade que, pela fórmula atual, a reparação de um recebimento indevido de denúncia demanda a atuação de jurisdição de grau superior. Entretanto, estando assegurada defesa técnica ao réu, não se vê maior dificuldade em que o defensor venha a impetrar *habeas corpus* nos casos onde o mesmo efetivamente se mostrar necessário, mormente nos tempos atuais, quando a adoção de rotinas de protocolo unificado e de peticionamento eletrônico favorece aos advogados sediados nas mais longínquas regiões geográficas.

Parece, enfim, ser mais racional e, por isso, recomendável que o recebimento da denúncia venha a demandar um pronunciamento judicial mais detido e fundamentado apenas em alguns casos submetidos à jurisdição de grau superior, a que venha a demandar pronunciamento judicial detido e fundamentado em todos os casos trazidos à jurisdição de primeiro grau.

E, enfim, se alguma reformulação quanto às previsões legais concernentes ao recebimento da denúncia hoje vigentes merecer ser feita, parece ser ela aquela que opte por contemplar a possibilidade de que o próprio juízo de primeiro grau, no mesmo rito procedimental atualmente adotado pelo CPP, em vindo depois das alegações preliminares a reconhecer que foi equivocado o recebimento da denúncia havido ao início da ação, culmine por remedia-lo com decisão imediata que aponte o equívoco ocorrido e ponha fim à ação penal em julgamento antecipado, com possibilidade de recurso de apelação pelas partes inconformadas com tal decisão”.

O tema defesa preliminar causa uma grande divergência entre os juristas e estudiosos do Direito, por apresentar argumentos que tanto pode convencer, quanto desmerecer a possibilidade de incluí-la, após a reforma do CPP, em todos os ritos.

7.1 Do cabimento da Defesa Preliminar

Os argumentos que são contrários à inclusão da defesa preliminar, buscam respaldo em algum dos argumentos descritos abaixo:

a - A defesa preliminar retarda o regular andamento do processo pela necessidade da citação do acusado, pois em muitas vezes é necessário a emissão de carta precatória.

b – Outro ponto desfavorável, apontado por alguns membros do Ministério Público é o argumento de que a defesa preliminar poderá ser suprida pelo interrogatório.

c – E, conforme apresentado no artigo citado anteriormente, o número de denúncias infundadas é muito inferior ao número de denúncias fundadas, tornando-se desnecessária a defesa preliminar, fato que simplesmente levaria o juiz a perder tempo julgando-as.

Mas, o que o legislador precisa ter em mente, é que nenhuma mudança de rito procedimental, será de imediato aceita pelos intérpretes da norma processual penal,

sem que haja clara demonstração dos pontos favoráveis e contrários à sua aplicabilidade.

Com a defesa preliminar não é diferente, há atualmente uma grande discussão sobre seus pontos favoráveis e contrários.

Assim, devem ser melhor questionadas, as razões contrárias apresentadas, senão vejamos:

a – A defesa preliminar deve ser incluída em todos os ritos do processo penal, em virtude do princípio da igualdade ou isonomia das partes, onde não somente determinados acusados poderão se beneficiar de suas virtudes, mas sim qualquer cidadão que pratique algum ato contrário ao ordenamento jurídico legal.

b – Em razão do princípio do contraditório e da ampla defesa, todos os acusados devem ter essa garantia, da defesa preliminar, assegurada de forma plena.

c – A defesa preliminar não retarda o andamento processual, pois ele já é lento. Atualmente, infelizmente, a justiça se apresenta como um órgão moroso, onde os cidadãos não recebem uma prestação jurídica célere. Tal fato é comprovado.

A morosidade é tão latente, que no projeto da reforma do procedimento penal, existe uma tendência de concentração dos atos.

No que concerne aos procedimentos, os quais definem a seqüência dos atos processuais, suas formas e seus prazos, atualmente o Código de Processo penal divide-os da seguinte forma: comum (para os crimes punidos com reclusão), e especiais (júri, sumário, crimes contra funcionários, etc.).

As sugestões apresentadas, pela Comissão que pretende reformular o Código de Processo Penal, visam a celeridade e concentração dos atos, sem porém, menosprezar as garantias de defesa.

Para tanto, buscou-se novidades, que são: a previsão da defesa preliminar em todos os casos (defesa antes do recebimento da denúncia), possibilidade de absolvição sumária logo no princípio da ação e uma só audiência, onde serão produzidas as provas, feitos os debates e preferida a sentença.

A defesa preliminar tem a vantagem de eliminar desde logo os casos mais aberrantes, de acusação sem prova mínima que revele a sua seriedade. E, de outro lado, quando a prova é inequívoca sobre a legítima defesa, por exemplo, faculta-se a imediata absolvição, sem necessidade de submeter o acusado a um longo e moroso processo.

Na atualidade, também existem outras propostas de mudança para os ritos. Dessa forma o procedimento comum passa a ser ordinário (crimes com pena superior a quatro anos), sumário (para os crimes com pena até quatro anos) e sumaríssimo (infrações de menor potencial ofensivo).

As diferenças entre ordinário e sumário são as seguintes: número de testemunhas (8 e 5, respectivamente), não se permite adiantamento da audiência no sumário e podem as alegações finais serem escritas no ordinário.

Rapidez procedimental e concentração dos atos instrutórios, assegurando o direito defesa, é que conduzirão as modificações sugeridas pela Comissão de Reforma do Código de Processo Penal.

d – Com relação ao interrogatório, mesmo o advogado estando presente, ele não suprirá a defesa técnica apresentada no processo, uma vez que o acusado

estará sob respaldo da autodefesa para responder aos fatos exigidos pelo juiz e pelas reperguntas das partes presentes.

e – No caso de fundamentar a impossibilidade da defesa preliminar, por existir um número maior de denúncias fundadas do que infundadas também não guarda respaldo.

Quando a denúncia é oferecida pelo ilustre membro do Ministério Público, e abre o prazo para a parte contrária apresentar a defesa preliminar, o juiz ainda não apreciou as razões das partes para decidir se a denúncia é ou não infundada.

Então, pelo fato de no momento da apresentação da defesa preliminar, ser desconhecida a decisão do juiz, não merece ser acolhido esse argumento, pois não se sabe ainda se a denúncia será julgada infundada, caso contrário, deveriam ser retirados outros atos processuais, uma vez que não se pode ter certeza, se ao final do processo o juiz acolherá ou não a acusação do promotor.

Todas essas propostas têm a preocupação de conciliar dois valores fundamentais do moderno processo penal, que são o garantismo, visto tanto no prisma subjetivo das partes, e sobretudo na defesa, como enfoque objetivo da tutela do justo processo e do correto exercício da função jurisdicional, e a efetividade, a serviço dos escopos jurídicos, sociais e políticos da jurisdição, que são a atuação concreta da lei penal, de pacificação com a justiça.]

A defesa preliminar também é chamada de defesa processual ou indireta, e pode ser:

- a) Peremptória: que leva o processo à extinção, igualmente nos casos onde o juiz acolhe as razões apresentadas pela defesa, e julga inépcia a inicial por ilegitimidade da parte, litispendência, coisa julgada, perempção, entre outros casos.
- b) Dilatória: apenas dilata o curso do processo para o saneamento de vários vícios apontados, como ocorre na nulidade da citação, incompetência do juízo, existência de conexão, entre outros.

7.2 Acolhimento da Defesa Preliminar nos Procedimentos Especiais.

Atualmente, existe previsão para a defesa preliminar, apenas em situações especiais, quais sejam: crime de imprensa, funcionais, tóxicos e outros, restringindo essa possibilidade aos outros cidadãos, cuja infração não esteja prevista nessas determinadas leis.

7.2.1 Crimes de Imprensa (Lei nº 5.250/67)

Essa lei foi editada durante o regime militar, para regular a “liberdade de manifestação do pensamento e de informação”, tipificando determinados comportamentos e estabelecendo o seu procedimento para apuração e responsabilização.

O Princípio da liberdade de comunicação, de informação e expressão, foi consagrado pela Constituição de 1.988, em vários artigos, como por exemplo art. 220, “caput”; art. 5º, incisos IV, XIV e IX; art. 220, § 2º.

A censura que se quis proibir foi a administrativa, efetuada pelo Poder Executivo, podendo o Judiciário, quando necessário, proibir a exibição de determinada programação, atentatória a moralidade média.

Assim, o Princípio da liberdade de expressão não é absoluto, deve existir um equilíbrio entre os valores de índole constitucional e a atuação prática da imprensa na sociedade.

Com efeito, o artigo 220, caput, da CF, concedeu o direito, mas ao mesmo tempo determinou limites para a sua aplicação, pois se de um lado há o direito de fornecer e receber as informações, de outro há o direito à inviolabilidade da honra e da vida privada de quem for objeto da notícia.

A lei de imprensa, enquadra-se nos preceitos constitucionais, segundo descreve seu artigo 1º, que embora “seja livre a manifestação do pensamento e a procura, o recebimento e a difusão de informações ou idéias, por qualquer meio, e sem dependência de censura”, cada um responderá, “nos termos da lei, pelos abusos que cometer”. Do mesmo modo o artigo 12 diz que “aqueles que, através dos meios de informação e divulgação, praticarem abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação ficarão sujeitos às penas dessa Lei e responderão pelos prejuízos que causarem”.

Processam-se pelo rito dessa lei, somente os crimes de imprensa tipificados nos artigos 14/22, diferente dos crimes praticados através da imprensa.

Exemplificando, temos o caso, onde uma pessoa publica um texto no jornal como sendo seu, ofendendo os direitos autorais de outrem. Aqui, tem-se o crime do artigo 184 CP, cujo fato típico não se enquadra na lei de imprensa.

Do artigo 14 ao 19, a ação penal será Pública Incondicionada. Já dos artigos 20 ao 22 a ação penal será Pública Condicionada ou mediante queixa. Nesses crimes, caso o sujeito ativo seja prefeito, o Ministro da Justiça é que requisitará a ação penal.

Qualquer pessoa pode praticar o crime da lei de imprensa, se tipificado nos artigos 14/22, pois caso contrário estará sujeito ao rito comum do Código Penal.

O rito procedimental dessa Lei, ocorre da seguinte forma:

- a) Oferecimento da denúncia ou queixa, observando o artigo 41 do CPP, devidamente instruída com o documento competente (exemplar do jornal ou periódico).

- b) Citação do réu ou querelado para apresentar defesa preliminar, artigo 531 a 369 do CPP, artigo 43, § 1º da Lei.

- Essa defesa, tem prazo de 05 (cinco) dias e antecede o recebimento da denúncia, e tem como termo inicial a data da citação, e não a juntada do mandado cumprido aos autos. Na defesa o réu pode invocar qualquer matéria processual ou de mérito e também arrolar testemunhas (artigos 43 e 44 da lei).

- Caso o réu não seja encontrado, será citado por edital, não decorra o prazo sem que o acusado se manifeste, dispõe o artigo 43, §2º, que “o juiz o declarará revel e lhe nomeará defensor dativo, a quem se dará vista dos autos para oferecer defesa prévia”. Esse dispositivo conflita com o artigo 366 do CPP, segundo o qual todas as vezes em que o acusado vier a ser citado por edital, não comparecendo para responder aos termos da ação, nem constituindo advogado para fazê-lo, o processo e o prazo prescricional ficarão suspensos até que ele seja localizado para receber a citação pessoal. Então o juiz não poderá presumi-lo citado, nem o declará-lo revel, tampouco nomeá-lo um defensor dativo para apresentação da defesa preliminar, devendo simplesmente suspender o processo até que o réu seja localizado e receba a citação.

- É o único momento para o réu argüir exceção processual (artigo 95 do CPP) e também oferecer a exceção da verdade (crimes de calúnia e difamação, art. 43 §3º da lei). OBS. As exceções poderão ser argüidas em preliminar ou em petição apartada.

- Essa defesa é obrigatória, art. 45, parágrafo único.

Segundo descreve o ilustre doutrinador Freitas Nobre, lembrada por Fernando Capez (2004, p.):

A defesa preliminar não é uma simples petição em que o réu ou querelado se defende das acusações que lhe são feitas, arrolando suas testemunhas, mas um meio de exercício de defesa, através do qual ele deve argüir as preliminares cabíveis, a exceção da verdade, e indicar as provas que deseja produzir, requerendo, inclusive, as certidões e documentos oficiais. É essa ocasião própria à defesa para requerer a transferência da responsabilidade, juntando os originais ou a declaração do responsável por escrito, ou para alegar qualquer excludente de criminalidade, bem como para protestar pela *exceptio veritatis*, nas hipóteses previstas em lei.

- c) Oitiva do Ministério Público, se a ação for privada (iniciada por queixa). Na ação pública, após a defesa preliminar, dependendo das matérias argüidas, o juiz deve ouvir o MP, em obediência ao Princípio do contraditório.
- d) Rejeição ou recebimento da denúncia ou queixa (art. 44 da lei). Nesse momento o juiz pode inclusive apreciar o mérito da causa, ao rejeitar a inicial. Entretanto há entendimentos de que ele apenas pode apreciar questões processuais, tais como inépcia da queixa, prescrição, decadência.
- e) Audiência de instrução e julgamento. Recebendo a inicial, o juiz designará audiência para apresentação do réu e das testemunhas, ocorrendo os seguintes atos:

- Interrogatório do acusado, somente se foi requerido (art. 45, incisos. I e III).

- Oitiva das testemunhas, primeiro as de acusação e depois as de defesa. Encerra-se a instrução. (artigo 45, inciso II).

f) Alegações finais escritas, no prazo de 03 dias para cada parte (art. 45, inc. IV).

g) Diligências, conforme artigo 46, determinadas pelo juiz, se houver necessidade, de ofício ou a requerimento das partes.

h) Sentença.

7.2.2 Crimes Funcionais (artigos 513/518 do CPP e 312/327 do CP)

Assim como nos outros ritos especiais, o crime praticado por funcionário público, também possui a peculiaridade de notificar o acusado antes do juiz receber a denúncia, conforme o artigo 514 do CPP, o qual dispõe sobre a defesa preliminar.

A justificativa para utilização desse rito especial, segundo o legislador, é a de proteger a administração pública, bem como do funcionário que poderia responder a uma ação penal temerária, com prejuízos para o serviço público e para o bom conceito que a administração deve ter perante a coletividade, em face dos princípios que a informam, arrolados no artigo 37 da C.F.

Os crimes funcionais, são apenas aqueles tipificados nos artigos 312/327 do CP, podendo ser próprios, quando o delito apenas é cometido por quem ostenta a qualidade de funcionário (Ex. arts. 316, 317, 319, 320 e 323). Já os impróprios, ocorrem quando o delito pode ser praticado por um particular em co-autoria com um funcionário público (Ex. arts. 312 e 325).

Deve existir uma atenção maior com esses crimes, pois existem no Código Penal outros crimes que são praticados por funcionário público, mas por não se tratar de crimes funcionais, não se aplica o rito especial, como por exemplo: arts. 150, §2º, 151, §3º, 295, 297, §2º, 300 e etc.

Os artigos 316, §1º (excesso de exação) e 318 (facilitação de contrabando ou descaminho), se consumados excluem a possibilidade do pagamento de fiança, bem como não haverá a defesa preliminar, salvo se os crimes forem tentados.

A Súmula 81 do STJ (art. 514 do CPP), preceitua que quando houver concurso material de crimes, e as penas forem somadas, perde-se a possibilidade da concessão de fiança, o que certamente elimina o procedimento que contém a defesa preliminar.

Podem ocorrer hipóteses de dispensa do rito, tais como crimes inafiançáveis, conforme artigos 323/324 do CPP e quando a denúncia ou a queixa estiverem baseadas no inquérito policial. Para Heráclito Mossin, mesmo com a existência do inquérito policial, poderá ser concedido o rito especial, com os argumentos seguintes:

- O artigo 514 do CPP, não diz que só deve notificar o funcionário se a inicial estiver baseada em documentos ou em justificação, isto é, tal artigo não faz distinção.
- Não existe mais no processo penal a Justificação, referida no artigo 513 do CPP

- O rito especial leva em conta a proteção da Administração Pública e do funcionário público.

Assim no rito dos crimes funcionais, devem ser analisadas as hipóteses do não cabimento do mesmo, quais sejam:

- Quando o crime funcional é apurado juntamente com outro delito comum.
- No caso do funcionário ter sido demitido, uma vez que, não haverá mais prejuízo para o serviço público, e dessa forma não haverá perigo de o processo ser temerário contra o funcionário.

Com relação ao último argumento, há autores e julgados que entendem, que mesmo demitido o funcionário deve ser notificado, pois continuarão presentes os motivos que levaram o legislador a instituir esse rito, para proteger a administração.

No caso da denúncia baseada em inquérito, não há necessidade da defesa preliminar.

Se o funcionário público, pratica crime junto com o particular, somente o funcionário terá a possibilidade de apresentar defesa preliminar, ficando o particular no aguardo dessa resposta. E, se o particular e o funcionário estiverem presos, ou somente o particular, o processo deve ser desmembrado para não haver prejuízo ao particular, de acordo com o artigo 80 do CPP.

O artigo 514, prevê a possibilidade de uma defesa preliminar, para praticamente todos os crimes funcionais afiançáveis, pois são afiançáveis quase

todos os crimes previstos nos arts. 312/326 do CP, já que em pouco deles a pena mínima supera dois anos de reclusão.

Assim, a notificação prévia é indispensável em praticamente qualquer ação penal movida em face do funcionário público, sob pena de nulidade (tópico 10.1 adiante).

A análise da defesa preliminar é feita da seguinte forma:

Antes de o juiz receber formalmente a denúncia, se ela estiver revestida das formalidades legais, deve mandar autuá-la e notificar o acusado para responder por escrito, em quinze dias.

Para Júlio Fabbrini Mirabete (2003), a lei não faz distinção entre a denúncia que estiver fundada em documentos, com a que tenha havido o inquérito policial para apuração dos fatos, ambas deverão necessariamente conter a defesa preliminar. No entanto para o Supremo Tribunal Federal, tem-se admitida apenas a primeira hipótese.

Nesse entendimento TJRS:

Hábeas corpus. Funcionário Público. Concussão. Denúncia. Inquérito policial. Notificação para resposta prévia. Art. 514 do CPP. É de ser oportunizada a intimação da acusada para oferecer resposta prévia, mesmo que a denúncia tenha sido precedida de inquérito policial, segundo interpretação feita aos arts. 513 e 514 do CPP. Embora não se configurando, em princípio, qualquer ofensa aos direitos constitucionais da ampla defesa e do contraditório, o delito do art. 316 do CP é considerado crime funcional típico, e a alegada nulidade é relativa, tendo a medida sido requerida em momento oportuno. Concedida a ordem (RJTJERGS 199/82).

STF:

Não vicia o processo o fato de o réu, apesar de intimado pessoalmente, deixar de apresentar a resposta prévia prevista no art. 514 do CPP. Se a denúncia é apresentada com base em inquérito policial, dispensa-se a formalidade do art. 514 do CPP.

A notificação também ocorrerá, nos casos onde o funcionário público tiver sido exonerado ou deixado de exercer o cargo, emprego ou função após a prática do ilícito, pois essa medida visa resguardar também a Administração Pública.

Com relação ao que foi descrito anteriormente. STJ:

O procedimento inscrito no art. 514 do CPP somente assegura o direito á defesa preliminar ao denunciado nos crimes funcionais, não se aplicando na hipótese em que o réu não mais exerce o cargo público, por força da exoneração(RT 763/527).

O co-réu que não ostenta a condição de funcionário público, não terá a possibilidade de se defender preliminarmente.

TJSP:

Cerceamento de defesa – não caracterização – defesa prévia – Funcionário público – Prática de crime de extorsão – Inaplicabilidade do art. 514 do CPP – Necessidade, para tanto, de que a infração constitua crime de responsabilidade, ou seja, funcional típico – Constrangimento ilegal incorrente – Ordem denegada (JTJ 232/355). No mesmo sentido, TACRSP: RJDACRIM 21/357.

Aqui, segundo a Jurisprudência, não sendo o crime funcional típico, não se concede o prazo de defesa preliminar, sendo assim, o co-réu que não ostenta a condição de funcionário público, também não poderá se beneficiar dessa prerrogativa de defesa.

Assim, STF: *“O disposto em tal regra (art. 514 do CPP) é aplicável tão-só ao denunciado que seja funcionário público”* (RTJ 66/63).

Caso não seja possível a intimação do acusado no foro do delito, por não ser conhecido o seu paradeiro, ou por se encontrar fora da Jurisdição, ser-lhe-á nomeado defensor dativo, para apresentar a resposta preliminar.

O artigo 514 parágrafo único dispõe como regra geral, a nomeação de defensor dativo, não sendo admitida a emissão de carta precatória, mas tal ato constitui grave ofensa ao Princípio constitucional da ampla defesa. (GRECO, 1998, p. 383)

O TJSP, entende que:

A notificação para a apresentação de resposta escrita preliminar, a que alude o art. 514 do CPP, nos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos, através de precatória, é desconhecida em nosso Direito Processual, não se justificando, de forma alguma, sua utilização, em face da expressa e taxativa imposição da lei no sentido de que aquela defesa será sempre apresentada por defensor designado pela autoridade judiciária sempre que desconhecida a residência do notificando ou, mesmo conhecida, estiver ela localizada fora da jurisdição do juiz processante. Diz a lei, com o verbo no imperativo, que, em casos tais, ser-lhe-á nomeado defensor, a quem caberá apresentar a resposta preliminar. (RT 609/295)

7.2.3 Crimes de Responsabilidade de Prefeitos e Vereadores (art. 2º, inc. I, do Dec – Lei nº 201/67)

Os crimes de responsabilidade dos prefeitos e vereadores, está tipificado no Dec.-Lei nº 201/67, o qual dispõe acerca do procedimento utilizado.

Assim como nos outros ritos especiais, esses crimes também gozam da apresentação da defesa preliminar.

Durante a fase postulatória, a denúncia é ofertada pelo ilustre representante do Ministério público, na pessoa do Procurador-Geral de Justiça ou do Procurador-Geral da República.

O artigo 2º, inciso I, da Lei abordada, preceitua:

antes de receber a denúncia, o juiz ordenará a notificação do acusado para apresentar defesa prévia, no prazo de cinco dias. Se o acusado não for encontrado para a notificação, ser-lhe-á nomeado defensor, a quem caberá apresentar a defesa dentro do mesmo prazo.

Nessa defesa, o denunciado, querendo, poderá alegar matéria de mérito, para de plano, afastar a acusação. O princípio da ampla defesa, nesse caso, garante ao acusado, quando ausente, a nomeação de defensor *ad hoc* para apresentação da defesa preliminar.

Após, com ou sem a defesa preliminar, os autos são encaminhados ao juiz para receber ou rejeitar a denúncia. Esta deve conter os requisitos processuais pertinentes, sob pena de indeferimento.

O momento para propor a ação penal para esse crimes, segundo antiga posição adotada pelo Supremo, era somente enquanto o prefeito estivesse ocupando o cargo público, para o qual foi eleito. A responsabilidade criminal, após o mandato, seria verificada pelo Código Penal.

Atualmente, esse entendimento mudou radicalmente, admitindo a instauração da ação penal, mesmo estando extinto o mandato do prefeito municipal.

A consequência para a prática de qualquer crime, durante o mandato eleitoral, consiste na perda do cargo, bem como a inabilitação para o mesmo ou outra função pública, eletivo ou de nomeação, durante cinco anos. Apesar de todos esses percalços, quando sobrevier a condenação, haverá sanção penal consistente em reclusão ou detenção.

Uma observação a ser feita para esse crimes, é que o não exercício definitivo do cargo não pode funcionar como causa extintiva da punibilidade relativamente aos crimes de responsabilidade definidos naquela lei especial.

7.2.4 Crimes de Competência Originária dos Tribunais (Lei nº 8.038/90)

Nos crimes de competência originária dos tribunais, a denúncia ou a queixa será dirigida diretamente ao Tribunal competente, conforme artigo 556 do CPP.

Nesse caso, o ilustre membro do Ministério Público, é representado pelo Procurador-Geral, o qual através das leis orgânicas federais e estaduais, pode delegar sua função a um outro membro.

Em se tratando de queixa, esta será oferecida pelo ofendido ou seu representante legal, estando presente o mesmo órgão do Ministério Público que oficia em segunda ou terceira instância.

O relator, que fará as vezes do juiz singular, assim que receber a denúncia/queixa, deverá notificar o acusado, para no prazo improrrogável de quinze dias, apresentar resposta escrita, art. 4º da Lei 6.038/90.

Após o oferecimento do prazo para apresentação da defesa preliminar, o acusado deverá ser notificado. Porém há casos em que o réu não é encontrado, surgindo dúvidas com relação à aplicabilidade do artigo 558, inciso I do CPP, o qual dispõe que: no caso da defesa preliminar “se o acusado estiver fora do território sujeito à jurisdição de outro Tribunal, ou em lugar desconhecido ou incerto”, não haverá defesa preliminar.

Tal dispositivo encontra-se revogado, e portanto, sem aplicabilidade em virtude da Lei nº 8.038/90: “Se desconhecido o paradeiro do acusado, ou se este criar dificuldades para que o oficial cumpra a diligência, proceder-se-á sua notificação por edital, contendo o teor resumido da acusação, para que compareça ao Tribunal, em cinco dias, onde terá vista dos autos pelo prazo de quinze dias”.

Assim, o artigo do código de Processo Penal, foi revogado pois feria o Princípio do contraditório.

Com relação aos crimes inafiançáveis, o entendimento do ilustre doutrinador Júlio Fabbrini Mirabete (2003), entende que o artigo 558, inciso II, foi revogado tacitamente pela Lei 8.038/90, que não limita a defesa preliminar.

A finalidade da notificação, é possibilitar ao acusado a defesa preliminar, onde suas alegações e elementos probatórios, podem levar ao arquivamento da denúncia/queixa, ou até ao julgamento da improcedência da acusação.

Apresentada a resposta preliminar, os autos serão encaminhados ao relator, que pedirá ao Tribunal que julgue os elementos trazidos, acolhendo ou não a defesa.

7.2.5 Tóxicos (Lei nº 10.409/02)

A nova Lei de Tóxicos, que veio disciplinar os crimes atinentes a ela, dispõe de um novo procedimento, o qual causa certo desentendimento pelos juristas, no tocante à aplicabilidade da defesa preliminar e sua consequência jurídica, no que se refere às nulidades.

Trata-se de um rito célere, onde apresentada a acusação formal, o juiz tem o prazo de 24 horas para despachar, determinando prazo de 10 (dez) dias para o para o denunciado responder às acusações.

O artigo 38 da Lei acima, possui na sua disposição legal a palavra “citação”, para o acusado complementar a relação processual. Porém, como a denúncia ainda não foi recebida, o termo correto a ser utilizado seria a notificação, pois a parte além de ter conhecimento do ato ou fato de seu interesse, também poderia usar as medidas legais e prerrogativas asseguradas por Lei.

O prazo para apresentação da resposta, inicia-se a partir da juntada nos autos do mandado devidamente cumprido. Na hipótese do acusado que estiver em lugar incerto e na sabido, desde o inquérito, o prazo será iniciado a partir da primeira publicação por edital.

Assim, feita a notificação, o acusado terá 10 (dez) dias para apresentar defesa preliminar, através de uma defesa técnica constituída.

Nessa resposta preliminar, o acusado poderá se utilizar da mais ampla defesa, co base nos fatos colhidos durante a fase inquisitiva, bem como a análise da peça e as questões processuais. Juntamente com a defesa, poderão ser comentadas as exceções, e devem ser indicadas as provas que se pretende produzir, sendo que a testemunhal já estará representada pelo rol descrito junto com a defesa.

Essa defesa técnica é uma exigência constitucional do exercício da ampla defesa, sendo a resposta preliminar um deles.

Após apresentação da defesa, os autos serão encaminhados ao ilustre membro do Ministério Público, o qual poderá manifestar-se acerca de defesa, podendo até mesmo optar pelo arquivamento dos autos, conforme art. 32, §2º, da Lei, ou ainda, desclassificar o tipo penal e encaminhar os autos ao Jecrim.

A manifestação do MP, é discutível, mas os defensores dessa possibilidade buscam respaldo no Princípio da Isonomia das partes.

Quando não ocorre a concessão do prazo para apresentação da defesa preliminar, poderá ocorrer nulidade. Mas a discussão é com relação ao tipo de nulidade existente, se relativa ou absoluta.

Atualmente há uma forte tendência a se admitir a nulidade absoluta, no entanto ainda a maioria das decisões que reconhecem a nulidade, dispõe tratar-se de nulidade relativa.

7.2.6 Jecrim

Uma das finalidades do rito do jecrim, onde o procedimento é sumaríssimo, consiste na celeridade procedimental, na oralidade, informalidade e economia processual, conforme dispõe a Lei nº 9.099/95.

Esse procedimento sumaríssimo, tem aplicação tanto nas ações penais públicas quanto nas privadas, visando a concentração dos atos, de acordo com os artigos 77/82 da lei supra citada.

Inicia-se o procedimento com o oferecimento oral da denúncia ou queixa, o qual deverá ser reduzido a termo na audiência, com observância aos requisitos do art. 41 do CPP, sob pena da exordial tornar-se inepta.

Caso o acusado/querelado encontra-se na audiência, onde a acusação foi reduzida a termo, será entregue a cópia da peça acusatória, dando-se por citado (art. 78, CPP). Na ausência do acusado/querelado, a citação será feita pessoalmente (art. 78, §1º c.c. 66, caput da Lei nº 9.099/95).

Em virtude da oralidade, bastante presente nesse procedimento, o defensor verbalmente responderá à acusação feita pelo Ministério público/querelante (art. 81 da Lei). Essa defesa não deverá ser fundamentada no mérito da causa, uma vez que não foi produzida a prova pertinente, mas sim argumentar alguma exceção processual, nulidade, falta de justa causa para a ação penal, ou outros requisitos da peça postulatória.

Diferentemente da defesa prévia do procedimento comum, aqui ela não tem a finalidade de arrolar testemunhas, pois o acusado pode trazê-las à audiência ou indicar o rol em até cinco dias antes de sua realização (art. 78, §1º). Ainda na defesa preliminar, podem ser juntados documentos.

A defesa preliminar realmente veio beneficiar o acusado, dando-lhe maior garantia de defesa, tanto é verdade tal fato que o doutrinador Heráclito Antônio Mossin (2001) assim dispôs:

Contrariamente ao que acontece nos outros procedimentos, o magistrado somente receberá a denúncia ou queixa após a defesa preambular. Houve aqui, sem dúvida, avanço de ordem legislativa, uma vez que fica permitido à defesa trazer à balha argumentos capazes de afastar a acusação quando indevida, ou seja, quando não tiver lastro legal, principalmente em termos de falta de justa causa.

Após o oferecimento da defesa o juiz irá analisar os argumentos e decidir se irá recebe-la ou não. Nesse momento, mesmo em se tratando de rito célere, a decisão deverá estar bem fundamentada, sob pena de nulidade, com respaldo no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Caso a defesa seja rejeitada, caberá à parte prejudicada interpor recurso de Apelação, em dez dias, por petição escrita, constando a motivação, razões jurídicas de reforma da decisão impugnada (art. 82 da Lei).

7.3 Tendência de Extensão ao Procedimento Comum

Atualmente, existe uma tendência doutrinária, que visa incluir a defesa preliminar em todos os procedimentos, por causa de um projeto de lei que está tramitando na câmara desde 2.001.

O fundamento dessa inclusão possui respaldo no Princípio da ampla defesa e do contraditório, onde o acusado terá uma possibilidade maior de defesa, e também

no Princípio da isonomia das partes, buscando que todos os cidadãos, não apenas aqueles tipificados nos ritos especiais, se utilizem da defesa preliminar.

Mas dentre esses Princípios, o mais importante é o da dignidade da pessoa humana, que visa resguardar a integridade física e psíquica do homem, e não apenas lhe conceder direitos.

Haverá, com a reforma do CPP, apenas três ritos procedimentais, quais sejam: ordinário, sumário e sumaríssimo, nos quais se fará presente a defesa preliminar.

A principal causa dessas mudanças na área do processo penal, se dá naturalmente, pela grande evolução ocorrida na sociedade, desde a elaboração do código.

7.4 Do Ante-projeto

O projeto de lei, que está em trâmite na Câmara, cujo nº é 4.207/2001, não dispõe somente acerca da defesa preliminar, disciplina outras mudanças para o Código de Processo Penal.

Independente do fato, do enfoque desse trabalho estar voltado à defesa preliminar, o projeto de Lei será apresentado integralmente, após a bibliografia, uma vez que essa defesa não será incluída simplesmente no CPP, ela depende também da mudança dos ritos procedimentais, onde os atos ficarão concentrados apenas em três formas de procedimento: Ordinário, Sumário e Sumaríssimo.

O projeto traz claramente a evolução social, e a necessidade por mudanças nos procedimentos penais. Atualmente, busca-se a garantia dos direitos humanos, um exemplo claro, é a presença constante do Princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento de Justiça.

Assim, tal projeto de lei merece respaldo, em virtude de estar em conformidade com os princípios constitucionais norteadores dos cidadãos.

7.5 Evolução do Processo

É importante, neste trabalho, demonstrar que há efetivamente uma evolução do processo, através de outros exemplos que podem ser visualizados na prática, os quais demonstram uma melhora na aplicação das normas jurídicas, como é o caso do artigo 366 do Código de Processo Penal.

7.5.1 O artigo 366, é uma evolução?

O artigo 366 do Código de Processo Penal, se manifesta sobre a suspensão condicional do processo, bem como sobre a suspensão do prazo prescricional.

A redação antiga desse artigo, dispunha da seguinte forma: *“O processo seguirá à revelia do acusado que, citado inicialmente ou intimado para qualquer ato do processo, deixar de comparecer sem motivo justificado”*.

Portanto, conforme descrito acima, o acusado seria julgado, pois o processo continuaria a tramitar normalmente, independente da citação ou intimação do mesmo.

Porém, houve uma evolução com relação à aplicabilidade desse artigo, no sentido de que a legislação brasileira adotou as disposições normativas do Pacto de San José da Costa Rica, no tocante aos direitos humanos.

O Pacto, do qual o Brasil é signatário, na condição de tratado internacional contendo normas protecionistas de direitos humanos, passou a integrar o

ordenamento jurídico pátrio com *status* de norma constitucional, por força do artigo 5º, § 2º da Magna Carta.

Dentre os direitos e garantias judiciais da pessoa acusada de delito, que foram assegurados pelo mencionado Pacto, destaca-se o direito à informação sobre a acusação contra si imputada. Este direito passou a complementar o princípio do devido processo legal e culminou na edição da Lei nº 9.271/96, que alterou o artigo 366 do CPP.

Essas modificações afetaram a sistemática jurídica anteriormente adotada pelo Decreto-lei nº 3.689/41, com relação ao instituto da suspensão do processo e do curso prescricional.

Sendo assim, conforme entendimento defendido por Ada Pellegrini Grinover:

...a partir de 06.11.92, com a promulgação do Decreto nº 678, a convenção Americana sobre Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil, passou a integrar o ordenamento jurídico pátrio. E as normas de garantia da Convenção guardam, no plano interno, o mesmo nível hierárquico das regras do artigo 5º da Constituição(1996, p.1)

Assim, deve ser observado que a constitucionalização de normas protecionistas de direitos humanos, provindas de tratados internacionais, pois são formas pelas quais, manifesta-se a tendência mundial de internacionalização do direito processual penal.

7.5.2 Jus libertatis do Cidadão relativo ao Constrangimento e à Dignidade da Pessoa Humana.

Importante salientar, que atualmente, muito se tem falado a respeito da dignidade humana, um princípio extremamente importante no nosso ordenamento jurídico, e que concede respaldo ao principal interesse desse trabalho de pesquisa, que é demonstrar o quanto a ampla defesa valoriza a pessoa humana do imputado.

A expressão “dignidade da pessoa humana” no mundo do direito é fato histórico recente. Evidentemente, muitas civilizações, graças especialmente a seus heróis e santos, respeitaram a dignidade da pessoa humana, mas juridicamente a tomada de consciência, com a verbalização da expressão, foi um passo notável nos tempos mais próximos.

Parece que a expressão surgiu pela primeira vez, de acordo com a forma que está sendo utilizada atualmente, em 1.945, no “Preâmbulo” da Carta das Nações Unidas (dignidade e valor do ser humano). Mas, a palavra dignidade era utilizada num contexto ético, não jurídico, para o ser humano e segundo Kant, somente o homem está inserido nesse contexto.

Assim, a expressão dignidade da pessoa humana é um conceito jurídico indeterminado, exceto quando utilizada em norma brasileira, especialmente constitucional, onde será um princípio jurídico. É sob essa última caracterização que a Constituição a assegura entre seus princípios fundamentais (art. 1º, III).

Independente do fato de tencionar o estudo do princípio da dignidade da pessoa humana para o direito brasileiro, faz-se necessário, primeiramente, informar o seu nascimento, e quais foram as normas que lhe deram respaldo jurídico até a sua inserção no ordenamento jurídico nacional.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem (1.948), reconhece em seu primeiro artigo, considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; artigo 1º: *“Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”*.

A Constituição da República Italiana (1.947) dispõe que: “Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei sem distinção de sexo, raça, língua, religião, opinião política e condições pessoais e sociais”.

Para os alemães, segundo consta na sua “Lei Fundamental” (1.949): “*A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o Poder Público*” (art. 1.1).

Já na Constituição da República Portuguesa: “Portugal é uma República soberana, baseada, entre outros valores, na *dignidade da pessoa humana* e na vontade popular empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 1º). E todos os cidadãos tem a mesma dignidade social e são iguais perante a lei”(art. 13º, 1ª alínea).

Atualmente, existem duas concepções diversas acerca da pessoa humana, no que tange à dignidade. De um lado está a concepção insular, ainda dominante, tendo o homem como razão e vontade, segundo uns, e como autoconsciência, segundo outros; de outro, está a concepção própria de uma nova ética, fundada no homem como um ser integrado à natureza, cuja nota específica não está na razão, na vontade ou mesmo na autoconsciência, como qualidade do ser vivo capaz de dialogar.

Do ponto de vista ontológico (de visão da realidade), a concepção insular da pessoa humana é dualista, homem e natureza não se encontram. Aqui o homem é diferente de todos os demais seres, pois é racional e capaz de querer, diferente da natureza que é um fato bruto, sem valor em si. Em contrapartida essa concepção também pode ser monista, quando se diz que o homem faz parte da natureza e não é o único ser inteligente e capaz de querer. A natureza como um todo é um bem, e a vida o seu valor.

Para o ponto de vista antropológico, o homem não é uma mente, que tem um corpo, sendo todo corpo. A cabeça e as mãos significam razão mais ação, o resto do corpo é considerada um “mecanismo” tido pela mente, mas a mente também é corpo.

O desconhecimento acerca da natureza do homem, possui caráter fechado e subjetivista. Quer como razão e vontade, quer como autoconsciência, a concepção insular age com redução da *plenitude hominis*, retirando do ser humano justamente o que ele tem de realmente específico: seu reconhecimento do próximo, com a capacidade de dialogar. Apesar dos desvios, rumos dispersos, a evolução dos seres vivos a longo prazo, revela aumento progressivo de complexidade.

Deve ser observado, que entre o mais remoto e o mais recente dos seres, há mudanças de nível com a emergência de novas faculdades, sem quebra da continuidade: à simples vida, foram se acrescentando a mobilidade a sensibilidade, a inteligência, a vontade e finalmente a capacidade de dialogar.

Quando se tenta especificar o homem, a concepção insular para na inteligência e na vontade, que são faculdades comuns aos homens e animais. O que, de fato é específico do homem é emitido, então, com graves conseqüências jurídicas, tais como o lento deslizar intelectual no entendimento da dignidade da pessoa humana, de “autonomia individual”, para “qualidade de vida”.

Assim, é visível a insuficiência teórica da concepção da pessoa humana como ser autoconsciente, racional e capaz de querer, pois fundamentar toda a nossa dignidade numa “autonomia” individual, que, além de duvidosa, não é evidentemente absoluta, estará apenas tratando-a como “qualidade de vida” a ser decidida subjetivamente, o que não basta.

Se as concepções jurídicas da dignidade são muitas vezes idênticas, em pontos fundamentais, divergem radicalmente. Há incoerências jurídicas, quando o

mesmo texto normativo constitucional, é usado para fundamentar tanto a permissão quanto a proibição, com por exemplos: a eutanásia, pena de morte, proibição de visitar os filhos, etc.

É preciso aprofundar o conceito de dignidade da pessoa humana, sabendo-se que a pessoa é um bem, e a dignidade, seu valor.

A enormidade dos avanços da tecnologia chegou a um ponto que não só põe em perigo a vida do planeta, como, permite a plena manipulação da natureza humana, por meio da biomedicina, sendo assim, a velha ética não resolve mais essas novas situações.

O princípio jurídico da dignidade fundamenta-se na pessoa humana e a pessoa humana pressupõe, antes de mais nada, uma condição objetiva, a vida. Portanto, há inicialmente um primeiro dever, um dever básico, o de reconhecer a intangibilidade da vida humana, tal pressuposto é um preceito jurídico absoluto, um imperativo jurídico categórico.

Seguindo uma ordem lógica, como conseqüência do direito à vida, a dignidade dá base jurídica à exigência do respeito à integridade física e psíquica (condições naturais) e aos meios mínimos para o exercício da vida (condições materiais). Finalmente, a mesma dignidade prescreve, agora como conseqüência da especificidade do homem, isto é, de ser apto ao diálogo com o próximo, o respeito aos pressupostos mínimos de liberdade e convivência igualitária (condições culturais).

Os três últimos preceitos (respeito à integridade física e psíquica, às condições mínimas de vida e aos pressupostos mínimos de liberdade e igualdade), como é próprio dos preceitos deduzidos dos princípios jurídicos, não são imperativos categóricos, embora fundamentais, na sua qualidade de requisitos mínimos para o desenvolvimento da personalidade e procura da felicidade, não são imperativos

radicais, são imperativos jurídicos relativos. Apesar disso, em princípio, devem ser obedecidos segundo sua hierarquia.

A vida humana precisa de maior atenção dos juristas, pois o princípio jurídico da dignidade, como fundamento da República, exige como pressuposto a intangibilidade da vida humana. Sem vida, não há pessoa, e sem pessoa, não há dignidade.

Os pressupostos não são consequência dos princípios. Um princípio jurídico exige sempre um trabalho de modelação para se adaptar ao concreto, e até mesmo um princípio fundamental, como o da dignidade da pessoa humana, impõe o trabalho de modelação, para compatibilizar a dignidade de uma pessoa com a de outra. Sendo assim, alguma coisa da dignidade de uma pessoa, poderá ficar prejudicada pelas exigências da dignidade de outra.

Diferente do que acontece com os outros pressupostos, nesse princípio fundamental, deve ser imposta uma concretização radical, sem atenuação.

Os crimes, quando praticados, ferem a concretização da intangibilidade da vida humana, como por exemplo no caso da eutanásia, a qual não é legal. Caso seja legalizada essa prática, algumas vidas simplesmente ficarão sem valor, em virtude do resultado de um juízo de valor auferido à qualidade de vida, onde o titular não é soberano absoluto de sua vida, que mediatamente a todos interessa.

Após ser analisada a intangibilidade da vida humana, a primeira consequência direta que se pode tirar do princípio da dignidade é o respeito à integridade física e psíquica da pessoa humana.

Ponto fundamental do respeito à integridade física e psíquica de qualquer cidadão possui respaldo no princípio do contraditório e da ampla defesa, seja como decorrência do princípio da dignidade, seja por força do artigo 5º, LV da CF. A

obrigação de se conceder o direito de defesa ao cidadão existe sempre, uma vez que sua ausência causa tumulto ao processo.

Além da vida em si, e da integridade física e psíquica, a concretização da dignidade humana exige também o respeito às condições mínimas de vida, que é a segunda consequência direta do princípio.

Portanto, independente do fato da lei prever possibilidades de defesa a todos os cidadãos, é importante salientar o porquê isso acontece. Assim, conforme dispõe o fundamento do princípio da dignidade humana, tais possibilidades são colocadas à disposição, por respeito às condições mínimas de vida.

Exemplificando melhor, o direito à liberdade é garantido constitucionalmente a todas as pessoas. Porém quando esse direito é retirado, pela prática de algum ato contrário à vida em sociedade, analisando individualmente as condições sociais que cada caso requer, poderá ser concedida uma ordem que permitirá ao indivíduo retornar ao convívio social.

A liberdade é o maior bem da vida, por isso mesmo se sobrepõe ao interesse pecuniário e também a outros interesses que ferem o desenvolvimento da pessoa humana no seu meio social.

O princípio da dignidade humana está presente em todos os ilícitos penais e civis, respeitando as condições mínimas de vida de cada cidadão individualmente.

Da mesma forma, o direito à igualdade merece respaldo, quando houver a prática de qualquer ato discriminatório que quebre a igualdade profunda dos seres humanos.

Assim, sintetizando as informações descritas anteriormente, conclui-se que diante da “confusão” criada por gregos e troianos na utilização do princípio jurídico

da dignidade da pessoa humana, impõe-se ao jurista brasileiro, evitando uma axiologia meramente formal, dar indicações do conteúdo material da expressão.

Há grandes falhas científicas na concepção filosófica da pessoa humana como ser dotado de razão e vontade, ou auto-consciente. A pessoa humana, na verdade, se caracteriza por participar da magnífico fluxo vital da natureza, distinguindo de todos os demais seres vivos pela sua capacidade de reconhecimento do próximo, de dialogar, e, principalmente, pela sua capacidade de amar e sua abertura potencial para o absoluto.

Com esse fundamento, a dignidade humana dá origem aos preceitos: respeito à integridade física e psíquica das pessoas, consideração pelos pressupostos materiais mínimos para o exercício da vida e respeito às condições mínimas de liberdade e convivência social igualitária.

7.6.2.1 A dignidade da pessoa humana, como Princípio fundamental, na Constituição de 1.988.

Importante observar que a palavra dignidade, que tem como significados a “consideração”, “respeitabilidade”, “excelência”, expressa uma qualidade ou atributo de determinado sujeito, que é o ser humano.

Assim, reconhece-se que o ser humano é dotado de dignidade constitutiva, que lhe eleva a um nível ontológico de uma determinada espécie, superior às demais, por sua condição original ou inata, independente do comportamento individual ou social de cada pessoa.

Já a palavra pessoa serve para designar cada um dos seres da espécie humana, como um elemento individual na natureza, e não como uma simples porção de matéria.

Atualmente, a descoberta do eu, enquanto pessoa, dotada de razão é muito recente. Antigamente preponderava o indivíduo “funcional”, o qual se expressava, de acordo com o lugar social que ocupava.

Hoje, a moral do homem foi reconhecida, necessariamente tornando-o diferente do mundo da Natureza, através da inclusão do cristianismo, que trouxe a idéia do amor fraterno e da igualdade perante Deus. (Entendimento segundo Campos, Diogo Leite de Ob. Cit. P. 134)

Analisando o aspecto funcional da pessoa, o qual era divulgado primitivamente, a defesa preliminar não pode continuar a ser permitida apenas em ritos especiais caso contrário, a atual visão moralista da pessoa, que evoluiu e foi inserida pela Constituição de 1.988, simplesmente não existirá.

No século XVIII, a importância da pessoa humana em todas as suas dimensões, tornou-se parte do constitucionalismo, mas ainda esse era considerado apenas como matéria restrita ao campo do direito público, uma vez que o enfoque estava centrado no cidadão burguês.

Conforme ressalta ALVES (2001, p. 116).

Como a proteção da personalidade humana é um dos temas fundamentais do consórcio civil e uma das razões de ser do Estado, é natural que todas as ofensas aos direitos da personalidade apareçam à consciência do legislador como atos ilícitos penais. Quer dizer como atos que justificam uma reação, não apenas por parte do ofendido, mas por parte da tutela da sociedade e, por essa razão, o direito penal é particularmente enérgico na reparação das ofensas aos direitos da personalidade.

O século XX, na esfera privada, trouxe uma compreensão “personalista” e não mais “individualista” para o ser humano, com um estágio mais efetivo de igualdade. Dessa forma, inclui-se a “dignidade da pessoa humana” no Direito Constitucional, elevado à condição de princípio fundamental.

Então, como um princípio fundamental, é a dignidade da pessoa humana, erigida como fundamento do Estado Democrático de Direito, instituído pela Carta Política de 1.988, um valor ou um princípio jurídico?

É comum atribuir o mesmo significado às noções de valor e princípio, mas podem ser diferenciados. Os princípios possuem caráter deontológico “dever ser”, já os valores situam-se na dimensão do que “efetivamente é”.

Faz-se importante distingui-los, uma vez que a Constituição das sociedades democráticas contemporâneas, está fundada em valores “objetivos”.

Com relação às normas e princípios do direito, estes devem ser interpretados como comandos obrigatórios ou como valores que expressam preferências compartilhadas?

Há divergência, onde os liberais entendem que a prestação deve ter uma compreensão deontológica, e por outro lado, os comunitários que pensam numa prestação orientada por valores.

O Direito brasileiro, compartilha com as idéias da jurisprudência, e com o comunitarismo norte-americano quando a Constituição traduz uma “ordem concreta de valores”.

Enfim, com base no que foi descrito anteriormente, parece correto dizer que a designação de valores ou princípios quase sempre é feita em sentido unívoco.

A dignidade da pessoa humana foi inserida no direito brasileiro, no início do século XX, através do constitucionalismo social, onde se consagrou definitivamente em 1.934, em seu artigo 115, o qual dispunha que a ordem econômica deveria ser organizada de modo a possibilitar “a todos existência digna”.

8 RECURSOS

8.1 Aspectos Gerais

O homem, por sua natureza, não admite decisões desfavoráveis a sua pretensão. O inconformismo perante o órgão julgador, quando este decide de forma contrária ao que foi pedido no processo, está fundado no princípio do duplo grau de jurisdição.

Os recursos têm respaldo nessa necessidade psicológica, inerente ao homem de não se conformar perante uma única decisão, que pode de uma forma ou outra, trazer algum gravame ou prejuízo à parte, uma vez que as decisões são proferidas por seres humanos, os quais são passíveis de erro.

Segundo disposto na doutrina de Processo Penal do ilustre mestre Júlio Fabbrini Mirabete (2002, p. 605):

Um segundo exame da relação jurídica posta em litígio é necessário para uma justa composição do conflito de interesses. O que se busca, em verdade, outra coisa não é senão a efetiva garantia da proteção jurisdicional. Se não houver recursos, a incerteza cessará com a decisão única, mas haverá o risco de consagrar-se uma injustiça

Mas, independente do fato da lei reconhecer e facultar a possibilidade da parte interpor recursos, devem ser observados dois princípios fundamentais e importantes do nosso ordenamento jurídico que são: o Princípio da Justiça, que traz a idéia de que quanto mais uma decisão for examinada, melhor será distribuída a Justiça e o Princípio da Certeza Jurídica, onde a brevidade dos reexames contribui à segurança jurídica das partes, pois evita procrastinações inúteis.

Assim, modernamente os doutrinadores e operadores do direito estão buscando um ponto de equilíbrio entre esses dois princípios, para garantir o direito

da parte ao reexame, mas sem deixar infinitamente aberta a possibilidade de revisão das decisões.

O duplo grau de jurisdição traz benefícios não apenas às partes, mas sim aos nobres julgadores, os quais estarão compelidos a julgar melhor, quando sabem que sua decisão será passível de revisão por outro órgão jurisdicional. No entanto, não se pode admitir que a decisão proferida pelo órgão colegiado seja mais justa do que a do juiz a quo.

Como exceção à regra, nota-se que o mesmo sistema constitucional que estabelece a garantia do duplo grau de jurisdição, pode excluí-la em determinados casos, como ocorre nos crimes de competência originária dos tribunais, os quais impedem recursos para os órgãos da denominada jurisdição superior.

Há limites para os tribunais revisarem a decisão, em virtude da súmula 453 do STF, que o impede de dar nova definição jurídica ao fato delituoso, em virtude de alguma circunstância elementar não contida explícita ou implicitamente na denúncia ou queixa.

8.2 Da Decisão que Rejeita a Denúncia, Acolhendo a Defesa Preliminar.

O artigo 581, inciso I do Código de Processo Penal, dispõe sobre a possibilidade de ser interposto recurso em sentido estrito, da decisão que rejeitou a denúncia ou a queixa.

A doutrina atual não dispõe especificamente sobre os casos de acolhimento da defesa preliminar, uma vez que esta possibilidade é recente, mas descreve sobre o recurso em sentido estrito para as decisões terminativas, quando não for recebida a denúncia ou a queixa, em virtude do fato da peça acusatória não conter os aspectos formais.

As conseqüências jurídicas são idênticas para ambos os casos, mesmo que a doutrina se ausente em mencionar sobre a defesa preliminar. Portanto, quando a lei confere a possibilidade de se recorrer de uma decisão que não recebe a denúncia.

Há uma exceção à regra geral, que é o caso dos crimes da lei de imprensa, onde o juiz pode por qualquer causa, inclusive as do artigo 43 do CPP, rejeitar a denúncia, cabendo recurso de apelação, conforme dispõe o artigo 44, § 2º, da Lei nº 5.250/67.

8.3 Da Decisão que Recebe a Denúncia.

Em tese, da decisão que recebe a denúncia não cabe nenhum recurso. Mas na lei de imprensa, quando o juiz receber a inicial acusatória, contra tal decisão poderá ser interposto recurso em sentido estrito (art. 44 § 2º da lei), sem efeito suspensivo, o qual não impedirá o prosseguimento da ação penal.

9 NULIDADES COMO CONSEQUÊNCIA DA DEFESA PRELIMINAR

Podem ocorrer dois tipos de nulidade, quais sejam: nulidade relativa e nulidade absoluta.

É importante observar qual dessas nulidades se aplica ao caso, uma vez que possuem conseqüências distintas no processo.

9.1 Rito dos Crimes Funcionais

A única peculiaridade desse rito é a defesa preliminar, art. 514 do CPP, quando o crime é praticado por funcionário público, no exercício da sua função, pois se deixou o cargo, poderá perder a possibilidade de recorrer a essa possibilidade.

Caso haja possibilidade de aplicação dessa benesse ao acusado, o rito deve ser observado, sob pena de nulidade. Porém há uma questão a ser analisada, que é saber, qual o tipo de nulidade: absoluta ou relativa.

Nesse caso há divergência.

Para que seja nulidade relativa, o funcionário deverá demonstrar que sofreu prejuízo e, além disso, deverá argüir a nulidade por ocasião das alegações finais, sob pena de preclusão do seu direito (arts. 563, 571 e 572 do CPP).

No entanto, para outros doutrinadores, ocorrerá nulidade absoluta, porque a lei fixou o procedimento, e a não observância do rito acarreta tal nulidade, a qual pode ser argüida a qualquer momento, inclusive em grau de recurso, sem necessidade de comprovar prejuízo, podendo ser reconhecida inclusive de ofício pelo juiz ou tribunal.

Então, a ausência de notificação pode implicar em nulidade relativa, devendo ser alegada no momento oportuno, ficando sanada com a preclusão. Deve ser argüida nas alegações finais e não pode ser reconhecida pelo tribunal em recurso exclusivo da acusação, atualmente tem sido exigido também, a prova de prejuízo.

Há, ponderável corrente jurisprudencial, no sentido de que a falta de notificação prévia é causa de nulidade absoluta, insanável por se tratar de formalidade essencial que não pode ser dispensada.

Portanto, há divergência no tocante à aplicabilidade de nulidade, pela ausência de notificação ao acusado, senão vejamos o entendimento dos tribunais acerca desse assunto.

Nulidade relativa:

STF: “Concussão – Audiência prévia – Ato não realizado – Nulidade relativa que deve ser alegada em tempo oportuno, com a efetiva demonstração de prejuízo para a defesa, sob pena de preclusão – Inteligência dos arts. 500 e 514 do CPP (...) Em sede de crime de concussão, a não realização da audiência prévia, prevista no art. 514 do CPP, constitui nulidade relativa que deve ser alegada em tempo oportuno, com a efetiva demonstração do prejuízo sofrido pela defesa, sob pena de preclusão se não argüida no prazo previsto no art. 500, também do CPP” (RT 766/545)

TJSC: “A inobservância do art. 514 do CPP gera nulidade relativa do processo, nulidade que, por não ser argüida em tempo oportuno e também por não ter influído na apuração da verdade ou na decisão da causa, é rejeitada”. (RT 611/392)

Nulidade absoluta:

STF: “Art. 514 do CPP. Falta de notificação do acusado para responder, por escrito, em caso de crime afiançável, apresentada a denúncia. Relevância da falta, importando nulidade do processo, porque atinge o princípio fundamental da ampla defesa. Evidência do prejuízo” (RT 572/412).

TJSP: “A nulidade por inobservância do art. 514 do CPP é insanável, por importar violação ao direito de defesa assegurado pela Constituição Federa. Tão importante é a diligência em apreço que a lei determina o condicionamento do recebimento da denúncia à resposta do acusado, que poderá ser instruída

com documentos e Justificação, de forma a poder até elidir o processo” (RT 613/290).

CONCLUSÃO

O intuito desse trabalho foi o de demonstrar a necessidade e a possibilidade de se incluir a defesa preliminar, não apenas nos procedimentos especiais, mas em todos os ritos, uma vez que o projeto de lei, que trata da mudança do código de Processo Penal, também dispõe acerca da mudança dos ritos procedimentais, limitando-os a três procedimentos, facilitando a sistemática processual.

Há, a disposição dos princípios constitucionais norteadores das normas processuais, porém a finalidade era ressaltar os princípios da ampla defesa e da dignidade da pessoa humana.

Outro fato importante a ser analisado, consiste em salientar que a defesa preliminar tem o condão de ilidir as acusações infundadas, preservando os acusados, antes da decisão do juiz no momento do recebimento da denúncia.

Dessa forma, fica calramente demonstrado uma evolução no Processo Penal, principalmente quando se analisa o projeto de Lei nº 4.207/2001, já que este prioriza o princípio da dignidade do imputado.

Portanto, a defesa preliminar deve ser incluída em todos os ritos do processo penal, onde não somente determinados acusados poderão se beneficiar de suas virtudes, mas sim qualquer cidadão que pratique algum ato contrário ao ordenamento jurídico legal, com fundamento na ampla defesa.

Essa defesa não retarda o andamento processual, mas sim contribui para uma prestação jurídica plena ao acusado.

BIBLIOGRAFIA

ALVES, Cleber Francisco. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: o enfoque da doutrina social da Igreja. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BIZZOTTO, Alexandre. **Tóxicos**: aspectos processuais: Lei 10.409/11.01.2002. 2. ed. Goiânia: AB, 2002.

CAPEZ, Fernando. **Legislação penal especial**: lei de imprensa, crimes hediondos, abuso de autoridade, sonegação fiscal, tortura, terrorismo. 3ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2004. v. 1.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GIANELLA, Berenice Maria. **Assistência jurídica no processo penal**: garantia para a efetividade do direito de defesa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Vicente. **Manual de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Fundamentos políticos do novo tratamento da revelia. **Boletim do IBCCrim**. São Paulo, n. 42, p.1, jun. 1.996.

_____. et al. **Juizados especiais criminais**: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 4 ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____.; MAGALHÃES FILHO, Antonio; SCARANCE, Fernandes Antonio. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Recursos no processo penal**: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LA MEDICA, Vincenzo. **O direito de defesa**. São Paulo: Saraiva, 1942.

_____. _____. São Paulo: Bookseller, 1996.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípios políticos no direito penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 4.

MESSIAS, Irajá Pereira. **Da prova penal**. Campinas, Bookseller, 2001.

MOSSIN, Heráclito Antonio. **Curso de processo penal**. São Paulo, Atlas, 1998. v. 3.

_____. **Recursos em matéria criminal**: doutrina, jurisprudência, modelos de petição. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo penal**: o direito de defesa: repercussão, amplitude e limites. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Crimes funcionais de prefeitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. **Inquérito policial e ação penal**: indagações, doutrina, jurisprudência, prática. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

VHOSS, Moser. A reforma do código de processo penal e a instituição de procedimento de defesa preliminar do réu em momento precedente ao recebimento da denúncia. **Revista de Doutrina 4ª Região**. Porto Alegre, 30 jun. 2004. Disponível em:

<http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/proc_penal/moser_vhoss.htm>. Acesso em: 15 jul. 2004.