

DEFESA PRELIMINAR NO PROCESSO CRIMINAL

Carla Caroline Santana SILVA¹
Mário COIMBRA²

RESUMO: O presente artigo tem como plano de estudo uma abordagem sucinta das alterações trazidas com o advento da lei 11.719/08, especialmente no que diz respeito à introdução da defesa preliminar ao ordenamento processual penal, e os efeitos / alterações decorrentes da norma.

Palavras-chave: Lei 11.719/08. Norma Processual. Defesa Preliminar.

1. NORMAS PENAIS x NORMAS PROCESSUAIS PENAIS

Na data de 20 de junho de 2008, ocorreu a publicação da Lei 11.719/08, que posteriormente passou a ter vigência no ordenamento processual penal trazendo modificações a cerca da suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e aos procedimentos.

Ab Initio cabe informar que a Lei 11.719/08 dispôs sobre procedimento, e por ser uma norma processual penal, versa sobre a aplicação prática, ou seja, traz para os operadores do Direito, os atos que serão praticados para que essa norma seja aplicada nos casos concretos

Portanto, temos a divergência a cerca da existência entre norma penal (aquela que disciplina os limites de punir do Estado, criando novas agravantes ou atenuantes, por exemplo) e a norma processual penal (a que disciplina a persecução penal). Essa diferença se verifica uma vez que, a norma processual define o Direito Estatal (representado pelo Ministério Público em casos de ações públicas, bem como pelo ofendido, quando se tratar de ação penal privada) de perseguir o injusto, o crime cometido e aplicar a devida sanção.

¹Discente do 4º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. E-mail@: carlacaroline@unitoledo.br

²Mestre em Direito. Promotor de Justiça do Estado de São Paulo. Docente das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” Orientador do trabalho. E-mail mcoimbra@terra.com.br.

Entretanto é preciso ter em mente que a distinção entre norma penal e norma processual penal não está no Código Penal e no Código Processual Penal, ou seja, no local em que se encontram, pois o caractere utilizado para diferenciá-las é o seu conteúdo. Deste modo, há que surgir em nossas mentes a questão atinente a possibilidade da existência de uma norma processual penal no Código Penal, bem como a presença de uma norma penal no Código Processual Penal. Sendo afirmativa a possibilidade quanto a esta existência. É por exemplo o que nos mostra o artigo 100 do CP, que disciplina sobre a ação penal, mas encontra-se no Código Penal.

Ainda sobre a existência das normas, é preciso mencionar suas fontes de produção, ou de forma simplória, os mecanismos que criam o ordenamento jurídico e fazem com que o mesmo seja aplicado.

As normas são divididas em fontes **diretas e fontes indiretas**. As fontes diretas são aquelas cuja aplicação é principal, é o direito legislado, positivado, que por sua vez subdivide-se em fonte **material e formal**. A fonte **material** é a própria lei, e é dentro da lei que está a norma. Portanto, para conhecer uma determinada norma, é preciso conhecer a lei, ou seja, realizar uma interpretação jurídica. No mais, a **fonte formal** é a “linha de produção da norma”, em se tratando de norma processual penal, esta “linha de produção” pertence a União, conforme quis o constituinte, ao redigir o artigo 22, I, CF/88. Por último e não menos importante, a fonte indireta de produção da norma, estas são aplicadas para complementar a aplicação da norma, e são conhecidas por princípios gerais do direito, usos, costumes, jurisprudência e doutrina.

Apresentadas as devidas distinções, é possível a afirmativa de que a Lei 11.719/08, que trouxe as alterações quanto a procedimentos, é uma norma de fonte direta e formal.

2. IMEDIATIDADE DA APLICAÇÃO DA LEI 11.719/08

A lei 11.719/08, após a devida publicação, e respeitado o período da *vacatio legis*, passou a ter aplicabilidade imediata, ou seja, os processos que encontrou já em andamento devem continuar sem que sejam refeitos os

procedimentos trazidos pela lei. É importante informar desde já, que algumas dessas alterações ocorrem na fase preliminar do processo, quando no momento da resposta, o acusado poderá arguir tudo o que for de interesse à sua defesa, portanto, o juiz após receber a denúncia ou queixa e conceder o despacho citatório, não mais “chama” o acusado para o interrogatório e sim para apresentar a defesa preliminar por escrito.

Todavia, essa modificação será analisada em momento ulterior, pois na verdade, o que se pretende mostrar desde já é que, os processos penais que ainda sob a vigência da lei anterior já estivessem ultrapassado a primeira etapa, não propiciaria o desfazimento dos atos realizados, pois o processo continua da etapa em que a nova norma o encontra.

Isto se dá em decorrência do princípio da aplicabilidade imediata da norma processual penal, uma vez que todos os requisitos constitucionais que versam sobre o devido processo legal serão respeitados, portanto, mesmo a norma sendo mais incisiva, ela não vai ser mais punitiva. No mais desde seu berço, a norma é obrigada a respeitar a supremacia da Constituição (é o chamado neo constitucionalismo), sob pena de inconstitucionalidade, e estando de acordo com o que prevê a Lei Maior, não se pode falar em restrição de direitos fundamentais.

Por fim, a lei 11.719/08 para os futuros acusados, pode ser considerada como benéfica, e para os acusados que já possuem seu trâmite processual, em determinados momentos, poderão considerá-las malélicas, entretanto, são apenas considerações.

3. DIVISÃO DE PROCEDIMENTOS SEGUNDO O ARTIGO 394 CPP

A nova lei trouxe a divisão dos **procedimentos** em comum e especial. Essas subdivisões são encontradas no artigo 394 e §§, do CPP. O procedimento comum abrange o procedimento ordinário, sumário e sumaríssimo, de modo que o procedimento especial se verifica na presença do procedimento do Júri, dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos, dos crimes contra a honra, dentre outros, bem como se aplica em procedimentos especiais fora do CPP, como por exemplo, o procedimento da Lei 11.343/06 (Antidrogas).

3.1. PROCEDIMENTO ORDINÁRIO

Conforme dispõe o professor Damásio de Jesus (2009, p.322), em análise do artigo 394, § 1º “este procedimento será aplicado para se atingir a punição estatal, para crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos de privação de liberdade”. Não é preciso que seja levado em conta se a pena é de reclusão ou detenção (espécie de pena), mas somente a pena privativa de liberdade cominada ao delito (quantidade). Discorre ainda o professor Damásio de Jesus, que deve-se observar todas as circunstâncias capazes de influenciar no máximo em abstrato da pena, leia-se qualificadoras, privilégios, causas de aumento e diminuição de pena.

A título de exemplo, cita o professor que o furto simples (155, *caput* CP) consumado deverá ser a punição aplicada através do procedimento ordinário, enquanto na modalidade tentada, seguirá o procedimento sumário. No mais, em havendo concurso de crimes, há de prevalecer a pena total, considerando-se eventual soma ou exasperação.

3.2. PROCEDIMENTO SUMÁRIO

Será aplicado quando a pena máxima cominada seja inferior a 4 (quatro) anos de privação de liberdade. Devendo ser observadas se o fato não for abrangido por outra lei. Aqui se encaixa a mesma explanação realizada a cerca da não necessidade da espécie de pena, mas sim, a cerca da quantidade de pena.

3.3. PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO

Reza o inciso III do § 1º, artigo 394 CPP, que “deverá ser aplicado o procedimento sumaríssimo para sancionar o autor das” ações penais de menor potencial ofensivo, na forma da lei”, ou seja, a aplicação deste procedimento ocorrerá quando verificado a prática de ilícito determinado por delito de menor potencial ofensivo, em conformidade com a disposição do artigo 61 da Lei 9.099/95 (Juizados Especiais Cíveis e Criminais), que abrange os delitos considerados como

anão (contravenções penais) e crimes que a pena em abstrato cominada seja igual ou inferior a um ano.

3.4. RITO ORDINÁRIO E SUMÁRIO

O rito ordinário (comum) por sua própria natureza tem uma maior quantidade de atos durante o trâmite processual, até que se alcance o momento da sentença, diferente do rito sumário, que foi instituído no ordenamento para acelerar o andamento processual, pois tem como princípios originários a imediatidade e a concentração de atos.

Portanto, no rito ordinário a quantidade de atos a serem praticados é de abrangência maior, se comparado com os atos do procedimento sumário, que preza sempre pela celeridade, obviamente, respeitados os direitos e garantias fundamentais do indivíduo no que concerne à sua defesa.

No mais, os dois ritos se assemelham desde o oferecimento da denúncia ou queixa (artigo 394 CPP), passando pelo recebimento, citação, apresentação da resposta escrita, absolvição sumária (conforme disposição do artigo 397 CPP), ou quando não for possível, a designação da audiência de instrução e julgamento (artigo 399 CPP). Avançado até este momento, os ritos se distinguem na quantidade de testemunhas a serem a serem arroladas pela acusação, pois em se tratando de rito ordinário, essa quantidade fica restrita à apresentação de 8 (oito) testemunhas, e no rito sumário, se restringe a 5 (cinco) testemunhas.

Por fim, cumpre acrescentar que uma nova diferença existente entre os ritos, se verifica quando o Código de Processo Penal, não traz em seu corpo textual a possibilidade de que o magistrado realize a conversão das alegações finais orais em memoriais escritos, no rito sumário, conforme ocorre no rito ordinário. Entretanto, quando for manifestamente necessário e cabível, pode o magistrado interpretar a norma por analogia e aplicar a regra disposta no artigo 403, § 3º do CPP.

De forma sucinta, foram apresentadas as principais distinções existentes entre os ritos existentes na norma processual penal.

4. DEFESA PRELIMINAR NAS LEIS ESPECIAIS

Muito se tem dito a respeito da “nova defesa preliminar”, entretanto, há que se fazer ao menos uma breve ponderação sobre o assunto, haja vista, a defesa preliminar não deve ser vista como uma novidade em sentido linguístico, dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

A presente observação procede, uma vez que, a defesa preliminar já era membro pertencente ao ordenamento jurídico pátrio, estando inserida, v.g., no artigo 55 da Lei 11.343/06 (Lei Antidrogas) e no artigo 81 da Lei 9.099/95, conforme nos mostra sua redação:

Art.81 - “**Aberta a audiência, será dada a palavra ao defensor para responder à acusação, após o que o juiz receberá, ou não, a denúncia ou queixa;** havendo recebimento, serão ouvidas a vítima e as testemunhas de acusação e defesa,interrogando-se a seguir o acusado, se presente, passando-se imediatamente aos debates orais e à prolação da sentença”. (Grifo Nosso).

Deste modo, seria imperioso não acrescentar que o instituto da defesa preliminar já estava em nosso ordenamento jurídico, conforme supra demonstrado, de forma que sua real novidade se apresenta pelo fato de através da Lei 11.719/08, ter sido inserida no Código de Processo Penal.

No mais o artigo 81 da Lei 9.099/95 nos mostra que a **defesa preliminar ocorria antes do recebimento da denúncia ou queixa**, fato diverso do prescrito no artigo 396, CPP, onde prevê a defesa preliminar somente **após** recebida a denúncia ou queixa.

Há, entretanto o entendimento do professor Tourinho Filho, onde traz para nosso conhecimento a idéia de que, os artigos 396 e 399 CPP, dão margem há dois momentos para o recebimento da denúncia ou queixa. Um primeiro momento em que o juiz receberia a peça seria quando o mesmo expedir a ordem de citação, e outro momento, nos dizeres do professor estaria configurado quando:

“(…) E parece que, na hipótese de não haver rejeição liminar da denúncia ou queixa, o Juiz simplesmente determinar a notificação do réu para responder, e depois de feita a resposta é que o Juiz vai receber ou rejeitar a peça acusatória”. (2009. p.174).

Segundo o entendimento preconizado pelo professor Tourinho Filho, haveria dois momentos para o recebimento da denúncia ou queixa, conforme os artigos 396 e 399 CPP, entretanto, podendo prosperar apenas um, o professor toma para si o entendimento do recebimento da peça, após a apresentação da defesa preliminar.

5. DA OBRIGATORIEDADE DA NOVA DEFESA PRELIMINAR NO RITO ORDINÁRIO DO CPP

Anteriormente, era facultado ao acusado a apresentação da defesa prévia, que ocorria de forma não detalhada, era a simples afirmação de produção de provas em momento oportuno e oferecimento do rol de testemunhas.

O novato artigo 396- A do Código de Processo Penal instituiu a chamada defesa preliminar, que retira da celeuma da primariedade de atos o interrogatório, este não mais é realizado como primeiro ato da instrução criminal, pois foi substituído pela apresentação da defesa preliminar por escrito.

A partir de então, uma vez recebida a denúncia ou queixa pelo magistrado e este após despachar a favor da citação, não mais “chama” o acusado para o interrogatório, mas sim para oferecer a defesa preliminar escrita.

5.1. MATÉRIAS A SEREM ABORDADAS NA DEFESA

Após a constituição da defesa, a mesma tem a obrigação de trazer ao mundo dos autos, de forma tempestiva, todos os argumentos lícitos e necessários para que se obtenha caso seja possível a absolvição sumária. Uma vez cumpridas as exigências trazidas pelo artigo 396-A e parágrafos, o juiz deverá proferir a absolvição sumária quando verificar: (I) a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; (II) a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimizabilidade; (III) que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou (IV) extinta a punibilidade do agente.

Com o advento do artigo 396-A, tudo o que for necessário alegar, a defesa o deverá fazer, é possível tomar como exemplo a alegação de incompetência, litispendência, ou mesmo o reforço de uma tese defensiva que já havia sido levantada de forma prévia, durante a fase pré-processual.

De acordo com Tourinho Filho (2009, p.173), é plenamente possível invocar:

“eventuais irregularidade do inquérito, por exemplo, a perícia ter sido feita por perito não oficial, havendo na comarca um corpo de peritos oficiais; (...); se já ocorreu a prescrição; se ainda não se findou o procedimento administrativo nos crimes tributários; se o crime foi impossível, nos termos do art. 17 do CP; no peculato culposo se já houve reparação do dano”. Pois este momento da resposta do réu: “ é de suma importância. É a oportunidade que dispões de lograr, se for o caso, um julgamento antecipado. E sua defesa que pode voltar-se contra a ação e contra o processo”.

No mais as provas a serem produzidas deverão ser especificadas a partir de agora, não cabe mais o simples protesto por provas.

Para que seja possível prosseguir com o raciocínio, é preciso fazer a seguinte afirmação: uma vez reconhecida à inépcia da inicial ou a justa causa, por exemplo, passa a existir a possibilidade da impetração de *Habeas Corpus*.

Deste modo, ao ser recebida a queixa ou a denúncia pelo juiz, este ordenará a expedição do mandado citatório.

Pois bem, ao ser feita a interpretação do artigo 396-A do CPP, o que salta aos nossos olhos é a possibilidade de na resposta, ser arguida preliminares e alegadas todas as matéria de defesa, portanto, como deveria o magistrado se comportar, ao ser alegada, por exemplo, a inépcia da inicial?

Uma vez que o mesmo ao reconhecê-la, o magistrado não pode impetrar o *Habeas Corpus*, contra decisão proferida por ele mesmo, bem como não lhe é permitido rejeitar a denúncia a partir de então. A solução para esta questão é trazida pelo instituto da absolvição sumária, nos moldes do artigo 397 do CCP.

5.2. DESÍDIA / RECUSA DO ADVOGADO

É direito fundamental de todo acusado o contraditório e a ampla defesa, sendo assegurados pela Constituição Federal em seu artigo 5º, LV. Nesta diapasão, a recém-nascida defesa preliminar em âmbito processual penal, ao adentrar o ordenamento jurídico sob o rótulo dos artigos 396 e 396-A do CPP, vem amparada pelo Princípio Constitucional da Ampla Defesa e não pode ser mitigada.

Outrossim, o CPP em seu artigo 261 trabalha em complementação com a CF/88, impedindo que o acusado seja processado e julgado sem defensor, ainda que o acusado esteja ausente.

No mais, caso o acusado não tenha defensor, o artigo 263 em conjunto com o artigo 564, III, “c”, do Código de Processo Penal, autorizam o juiz a lhe nomear um sob pena de nulidade.

Outrossim, cumpre acrescentar que a segunda parte do artigo 396-A, onde se refere ao “acusado que citado, não constituir defensor”, deve ser aplicada apenas a citação feita pessoalmente, pois caso ela ocorra por edital, aplica-se o disposto no artigo 366 do mesmo Codex, que suspende o processo e a prescrição até que o réu seja encontrado.

A obrigatoriedade da nova modalidade de defesa no rito comum se exterioriza através do artigo 396-A, § 2º, CPP, onde dispõe que:

Art. 396 - A, § 2º - “Não apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias”.

Por fim, se faz necessário que haja atenção para a devida apresentação da defesa preliminar, pois em não a fazendo cabe ao magistrado desconstituir o defensor e nomear outro para fazê-la. E em não a oferecendo o defensor estará rompendo com o princípio de caráter constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

JESUS, Damásio E. de. Código de processo penal anotado – 23 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. Páginas 321/334.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Processo Penal: parte geral. 3.ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2000. Página 63,145/149.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, Processo Penal, volume I – 31 ed.,rev., e atual. - São Paulo: Saraiva, 2009. Página 324.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, Processo Penal, volume 3 – 31 ed.,rev., e atual. - São Paulo: Saraiva, 2009. Página 173-174.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, Processo Penal, volume 4 – 31 ed.,rev., e atual. - São Paulo: Saraiva, 2009. Página 292/294.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, Código de Processo Penal Comentado, volume 2– 13 ed.,rev., e atual. - São Paulo: Saraiva, 2010. Página 21/38.

DISPONÍVEL EM:

<http://blog.oabperuipe.org.br/2008/11/27/a-nova-e-obrigatoria-defesa-preliminar-do-rito-comum-do-codigo-de-processo-penal-%E2%80%93-art-396-a/>

Acessado em 20 de abril de 2010, às 16:03 hs.

DISPONÍVEL EM:

http://www.nplyriana.adv.br/link_geral2.php item=artigos1_3&titulo=Da+Defesa+Preliminar

Acessado em 20 de abril de 2010, às 16:07 hs.

DISPONÍVEL EM:

<http://www1.jus.com.br/DOCTRINA/texto.asp?id=13714>

Acessado em 22 de Abril de 2010, às 15:35 hs.

DISPONÍVEL EM:

http://www.mp.pe.gov.br/uploads/IATd-FsMmFwoxmfsNIBnWA/6DjBm_OpJuAQpfE0L1XKKQ/A_reforma_do_Codigo_de_Processo_Penal_-_Procedimento_-_RBCCrim.pdf

Acessado em 28 de Abril de 2010, às 12:57 hs.