

A RESPOSTA PRELIMINAR NAS AÇÕES PENAIS ORIGINÁRIAS – A POSIÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA¹

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, julgando um Agravo Regimental interposto nos autos da Ação Penal Originária nº. 697, decidiu que não se aplicam os arts. 396 e 396-A do Código de Processo Penal (que tratam da resposta preliminar após o recebimento da denúncia ou da queixa) ao procedimento previsto na Lei nº. 8.038/90 (ações penais originárias). O então relator do caso, Ministro Teori Zavascki (hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal) havia decidido que a Lei nº. 8.038/1990 “já atende suficientemente o direito ao contraditório ao permitir que o acusado apresente seus argumentos em juízo antes mesmo que a denúncia seja aceita. Para ele, não pode haver sobreposição de leis processuais.” De acordo com a decisão agravada, “o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao realizar o juízo de admissibilidade da inicial acusatória, já enfrentou todas as teses defensivas que poderiam, em tese, acarretar a rejeição da denúncia ou a própria improcedência da acusação (preliminares e lastro probatório mínimo apto a tornar verossímil a acusação)”. Ressalte-se que a Ação Penal 697, que tramita no Superior Tribunal de Justiça, originou-se da Ação Penal nº. 552, que tramitava no Supremo Tribunal Federal e foi enviada ao Superior Tribunal de Justiça, pois um dos acusados (que era Ministro do Superior Tribunal de Justiça), foi aposentado pelo Conselho Nacional de Justiça e perdeu a prerrogativa da função. Nada obstante, outro acusado na mesma ação penal é um Procurador Regional da República, cujo foro é do Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, a, final, da Constituição Federal).

Entendemos acertada esta decisão do Superior Tribunal de Justiça, assentando que esta específica modificação quanto à necessidade da resposta preliminar após o recebimento da denúncia ou da queixa, não se aplica ao rito previsto para as ações penais originárias (arts. 1º. a 12 da Lei nº. 8.038/90).

¹ **Rômulo de Andrade Moreira** é Procurador-Geral de Justiça Adjunto para Assuntos Jurídicos na Bahia. Foi Assessor Especial da Procuradoria Geral de Justiça e Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais. Ex- Procurador da Fazenda Estadual. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador - UNIFACS, na graduação e na pós-graduação (Especialização em Direito Processual Penal e Penal e Direito Público). Pós-graduado, **lato sensu**, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela Universidade Salvador - UNIFACS (Curso então coordenado pelo Jurista J. J. Calmon de Passos). Membro da Association Internationale de Droit Penal, da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim. Integrante, por quatro vezes, de bancas examinadoras de concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor convidado dos cursos de pós-graduação dos Cursos JusPodivm (BA), Praetorium (MG), IELF (SP) e do Centro de Aperfeiçoamento e Atualização Funcional do Ministério Público da Bahia. Autor das obras “Curso Temático de Direito Processual Penal”, “Comentários à Lei Maria da Penha” (este em coautoria com Issac Sabbá Guimarães), ambas publicadas pela Editora Juruá, 2010 (Curitiba), “A Prisão Processual, a Fiança, a Liberdade Provisória e as demais Medidas Cautelares – Comentários à Lei nº. 12.403/11” e “Os Juizados Especiais Criminais – O Procedimento Sumaríssimo”, ambas publicadas pela Editora LexMagister: Porto Alegre, 2012, além de coordenador do livro “Leituras Complementares de Direito Processual Penal”, publicado pela Editora JusPodivm, 2008 (estando no prelo a 2ª. edição). Participante em várias obras coletivas. Palestrante em diversos eventos realizados no Brasil.

Preliminarmente, relembremos que a Lei nº. 11.719/2008 alterou alguns dispositivos do Código de Processo Penal relativos à suspensão do processo, **emendatio libelli**, **mutatio libelli** e aos procedimentos.²

Com a nova redação, o art. 396 passou a estabelecer que, “*nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de dez dias.*”³

Ou seja, caso o Juiz não rejeite desde logo a peça acusatória (ou não a receba, como preferem alguns), com fulcro em um dos incisos do art. 395 (em decisão interlocutória, a ser enfrentada com o art. 581, I), deverá recebê-la (em decisão que entendemos deva ser fundamentada, como toda decisão judicial⁴) e

² Sobre a reforma do Código de Processo Penal, veja-se o que comentamos na obra Curso Temático de Direito Processual Penal, Curitiba: Juruá, 2010.

³ Para o Professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, a redação dada ao art. 396 (referindo-se à citação e não notificação, bem como determinando desde logo o recebimento da peça acusatória) acabou “*com o contraditório prévio e se prestou um desserviço à nação, usurpando a democracia processual embora, no discurso de justificação, a retórica fácil tenha induzido em erro algumas pessoas.*” Para ele, “*a salvação, destarte, pode vir por uma interpretação conforme à CR, entendendo-se que onde se disse citação (e diante dos postulados constitucionais) só se pode tomar por sentido a notificação, sob pena de inconstitucionalidade. (...) Por elementar, todos os juízes e tribunais podem fazer a interpretação conforme à Constituição e, se for o caso, usar a técnica da nulidade parcial sem redução de texto, não sendo necessário esperar pela decisão do STF em controle concentrado. Só assim podem resolver, desde logo, os problemas que vieram com o novo texto legal do art. 396. A matéria é de importância transcendental e, por elementar, atinge a todo cidadão comprometido com a defesa da CR e da cidadania, razão por que a questão deve ser discutida e solucionada com urgência.*” (www.paranaonline.com.br, 21/09/08). No mesmo sentido, Lênio Luiz Streck, “*A jurisdição constitucional e o duplo juízo de admissibilidade do artigo 396 do CPP: uma solução hermenêutica*”, in www.leniostreck.com.br. A propósito veja-se esta notícia da Agência Câmara do dia 26 de Março de 2010: “*Biscaia afirma que a lei está correta e agiliza o processo penal. A Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania rejeitou nesta quarta-feira (24) o Projeto de Lei 4947/09, do deputado Paes de Lira (PTC-SP), que propõe corrigir um erro na redação do Código de Processo Penal, trocando o termo "receber" por "autuar" no artigo 396. O projeto, que tramita em caráter conclusivo Rito de tramitação pelo qual o projeto não precisa ser votado pelo Plenário, apenas pelas comissões designadas para analisá-lo. O projeto perderá esse caráter em duas situações: - se houver parecer divergente entre as comissões (rejeição por uma, aprovação por outra); - se, depois de aprovado pelas comissões, houver recurso contra esse rito assinado por 51 deputados (10% do total). Nos dois casos, o projeto precisará ser votado pelo Plenário., será arquivado, a menos que seja apresentado recurso para sua análise pelo Plenário. O artigo 396, que está no capítulo da instrução criminal, estabelece que o juiz deverá receber a denúncia ou queixa no prazo de dez dias, caso não a rejeite preliminarmente. O recebimento significa, na prática, dar início ao processo. A partir dessa fase, o denunciado se transforma em réu e é citado para apresentar sua defesa. Para o autor da proposta, o artigo trata da fase preliminar do processo, então o correto seria o juiz autuar a denúncia. Nesse caso, o magistrado ouve a versão do denunciado antes de decidir se recebe ou não a queixa. O relator, deputado Antonio Carlos Biscaia (PT-RJ), foi contra a proposta porque, para ele, não houve falha na redação da lei. O objetivo do texto, diz Biscaia, é tornar mais ágil o processo penal brasileiro. Houve a intenção clara e indiscutível do legislador de não ampliar o instituto da defesa preliminar a todos os processos, afirma*”.

⁴ A propósito, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello indeferiu pedido de liminar formulado por um Deputado Federal no Habeas Corpus (HC) 100660, no qual ele pede o trancamento da Ação Penal (AP) 497, em curso no STF por crime contra a administração pública. O Ministro se reportou a jurisprudência firmada pelo STF no julgamento dos HCs 82242, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, HC 87005, relatado pelo Ministro Joaquim Barbosa, e HC 93056, de relatoria do próprio Ministro Celso de Mello, para afastar alegação da defesa de que não teria havido fundamentação do recebimento da denúncia. Segundo Celso de Mello, nos julgamentos mencionados, a Suprema Corte decidiu que não é necessária, embora desejável e conveniente, a fundamentação do ato que recebe a denúncia. No entender dele, “*salvo disposição legal em contrário, não se estende ao recebimento da denúncia a norma inscrita*

determinar a citação do acusado para oferecimento de uma resposta preliminar, cujo prazo será de dez dias. Dispõe o parágrafo único que tendo sido o réu citado por edital este prazo de dez dias “começará a fluir a partir do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído.”

Nesta defesa prévia (que, na verdade, deveria ser anterior ao recebimento e à citação do réu, garantindo-se um verdadeiro contraditório prévio), “o acusado poderá argüir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário.” (ART. 396-a). É importante que o patrono do acusado saiba que, apesar do recebimento da peça acusatória, a sua resposta, se convincente, poderá levar desde logo à absolvição sumária, evitando os demais termos do processo, inclusive o interrogatório.

Caso não seja “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.” Onde houver Defensoria Pública instalada, os autos ao seu representante serão enviados. Em nenhuma hipótese os autos serão conclusos para a decisão sem esta resposta prévia. Esta resposta é obrigatória e deverá ser necessariamente subscrita por um advogado (constituído ou nomeado, ou pelo Defensor Público⁵), sob pena de nulidade absoluta.

Nada obstante, o certo é que a Lei nº. 8.038/90, no art. 4º., já estabelece que “apresentada a denúncia ou a queixa ao Tribunal, far-se-á a notificação do acusado para oferecer resposta no prazo de quinze dias.” Após esta resposta preliminar (esta sim um verdadeiro e efetivo contraditório prévio) e, se for o caso, depois da réplica prevista no art. 5º. (“se, com a resposta, forem apresentados novos documentos, será intimada a parte contrária para sobre eles se manifestar, no prazo de cinco dias”), “o relator pedirá dia para que o Tribunal delibere sobre o recebimento, a rejeição da denúncia ou da queixa, ou a improcedência da acusação, se a decisão não depender de outras provas.” (grifo nosso).

Não há, portanto, qualquer necessidade de nova resposta preliminar, caso admitida a acusação pelo Tribunal, pois qualquer matéria de fato ou de direito relativa aos interesses da defesa já foi esgrimada pela defesa e analisada na sessão de julgamento, quando se deliberou sobre a admissibilidade da peça acusatória ou sobre a procedência ou não da ação penal, em um verdadeiro julgamento antecipado do processo.

no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal (CF)”. Esse dispositivo exige a fundamentação das decisões judiciais. Entretanto, segundo Celso de Mello, esse preceito “somente alcança os atos revestidos de conteúdo decisório”. Grifo nosso.

⁵ “Juiz de primeiro grau determinou a intimação pessoal do réu acusado de homicídio culposo, nos termos do artigo 396 do CPP. Intimação pessoal não configurada. Nomeação de advogado dativo pela Ordem dos Advogados, que apresentou resposta à acusação. Cerceamento de defesa evidente, vez que o acusado não pôde escolher seu defensor de confiança. Violação à ampla defesa, bem como ao artigo 396 do CPP. Nulidade absoluta. Anulação da ação penal desde o oferecimento de resposta pelo dativo. Ordem concedida para que o acusado seja intimado pessoalmente nos termos da nova Lei processual” (TJSP – 5ª C. HC 990.09.164868-0 – rel. Pinheiro Franco – j.17.09.2009).

Não há falar-se em prejuízo algum para o réu, pois ele teve já teve a oportunidade de se manifestar após o oferecimento da denúncia ou queixa (e antes mesmo do seu recebimento), enfrentando todas as questões juridicamente relevantes, dando ao Tribunal a possibilidade de, inclusive e desde logo, absolvê-lo sumariamente.

Aliás, é importante ressaltar que o Supremo Tribunal Federal decidiu que o momento de realização do interrogatório dos acusados com prerrogativa de foro deverá ser realizado por último. O Ministro relatou da Ação Penal nº. 528, Ricardo Lewandowski decidiu no sentido de que os réus sejam interrogados ao final do processo, considerando a nova sistemática mais favorável a defesa. *“Não se pode negar que se trata de um tema de altíssima relevância dado o reflexo que a referida inovação legal exerce sobre o direito constitucional, a ampla defesa, embora não tenha tido ainda o Supremo Tribunal Federal a oportunidade de posicionar-se definitivamente a respeito dele, nem mesmo em sede de questão de ordem”*, avaliou o Ministro Ricardo Lewandowski. Ele lembrou que o tema chegou a ser debatido pelos Ministros anteriormente, em uma questão de ordem suscitada na AP 470, contudo, como naquela ação penal o interrogatório já havia sido realizado, a discussão não prosseguiu. Para o relator, *“parece-me relevante constatar que se a nova redação do artigo 400, do CPP, possibilita ao réu exercer de modo mais eficaz a sua defesa, tal dispositivo legal deve suplantar o estatuído no artigo 7º, da Lei 8038, em homenagem aos princípios constitucionais que são aplicáveis à espécie”*, afirmou. Segundo ele, é mais benéfico à defesa possibilitar que o réu seja interrogado ao final da instrução, depois de ouvidas as testemunhas arroladas, bem como após a produção de outras provas como eventuais perícias. Nesse caso, conforme o relator, o acusado terá a oportunidade de esclarecer divergências *“que não raramente afloram durante a edificação do conjunto probatório”*. Quanto à discussão sobre o aspecto formal, o Ministro entendeu que o fato de a Lei nº. 8038/90 ser norma especial em relação ao CPP, *“em nada influencia o que até aqui se assentou”*. *“É que, a meu sentir, a norma especial prevalece sobre a geral apenas nas hipóteses em que estiver presente alguma incompatibilidade manifesta insuperável entre elas, nos demais casos, considerando a sempre necessária aplicação sistemática do direito, cumpre cuidar para que essas normas aparentemente antagônicas convivam harmonicamente”*. Dessa forma, o relator negou provimento ao agravo regimental, entendendo que o interrogatório deve ocorrer no final do processo.

É bem verdade que o art. 8º. a lei especial prevê uma “defesa prévia” no prazo de cinco dias, *“contado do interrogatório ou da intimação do defensor dativo”*. Obviamente, como o interrogatório não mais será realizado após a citação, este prazo de cinco dias para a defesa prévia deverá ser contado a partir da citação do réu e, na prática, servirá apenas para que a defesa arrole as suas testemunhas, pois a matéria defensiva (processual, de fato ou de mérito) já foi alegada na resposta preliminar (antes do recebimento da denúncia ou da queixa) e enfrentada pelo Tribunal quando do juízo de admissibilidade e de procedência da acusação (repetimos).