ENTENDENDO O PROCEDIMENTO COMUM ORDINÁRIO DO PROCESSO PENAL

Mary Mansoldo[1]
Agosto/ 2011

Resumo

Trata-se de material didático sobre o Procedimento Comum Ordinário do Processo Penal. O estudo é enriquecido com as teorias defendidas pelo ilustre Professor *Eugênio Pacelli*, juntamente com a legislação pertinente. Apontamentos procedimentais são expostos de maneira simples e didática. Não há objetivo de esgotar o tema, mas, a finalidade de contribuir com os estudos da ciência jurídica processual penal.

Palavras-chave: Processo. Procedimento. Processo Penal. Procedimento Comum Ordinário. Audiência de Instrução e Julgamento.

Abstract

This is educational material on the Common Ordinary Procedure of Criminal Procedure. The study is enriched with the theories advocated by the illustrious Professor Eugenio Pacelli, together with the relevant legislation. Procedural notes are displayed in a simple and didactic. There is no goal to exhaust the subject, but in order to contribute to sduies of legal science of criminal procedure.

Keywords: Process. Procedure. Criminal Procedure. Ordinary Common Procedure. Hearing and trial.

Sumário

1 Processo e Procedimento. 2 Procedimento Comum. 3 Procedimento Comum Ordinário.

INTRODUÇÃO

1 PROCESSO E PROCEDIMENTO

As matérias processuais exigem especial atenção do advogado e dos demais operadores do direito com relação aos procedimentos aplicáveis, à forma adequada de elaborá-los e os prazos que devem ser observados. O menor deslize ou desencontro no desenvolvimento do processo pode implicar na perda de oportunidades únicas para o pleno exercício da defesa dos direitos e interesses das partes envolvidas no processo.

1.1 DISTINÇÃO ENTRE PROCESSO E PROCEDIMENTO

- ***Processo:*** é o instrumento pelo qual se manifesta a jurisdição, tendo sempre a finalidade de alcançar um provimento final, que solucionará a controvérsia e cumprirá os objetivos de concretização do Direito e pacificação social.

Observações sobre jurisdição (CF art. 5º, LIII):

- atividade e expressão do Poder Público.
- a jurisdição é una, no sentido de se tratar de intervenção do Estado junto aos jurisdicionados.
- todos os atos e decisões judiciais proferidos pelos órgãos investidos de jurisdição configuram a manifestação do poder estatal jurisdicional.
- o processo penal é um instrumento da jurisdição que viabiliza a aplicação da lei penal. A titularidade da pretensão punitiva é reservada ao próprio Estado, via Ministério Público (exceções ação penal privada e ação penal subsidiária da pública).

- ***Procedimento:*** rito processual. Mera sequência de atos processuais, ordenadamente encadeados, vistos da perspectiva externa, sem qualquer preocupação com o seu destino (PACELLI, 2011, p. 657).

Concluindo:

- o processo é entendido como o conteúdo e o procedimento como sua embalagem.
- ao procedimento é reservado o papel de operacionalização. É a exteriorização do processo, que é variável em função da natureza e a gravidade da infração penal.
- o processo pode ser considerado um gênero e os diversos e diferentes procedimentos as espécies.

Pela teoria de *Elio Fazzalari*, defendida por *Aroldo Plínio Gonçalves* em seu livro Técnica Processual e Teoria do Processo de 1992 – somente existe processo se a espécie de procedimento for realizada em contraditório. Ou seja, os procedimentos não podem perder a perspectiva do Devido Processo Legal, objetivando a realização da justiça penal.

> O processo é o procedimento que se desenvolve em contraditório entre os interessados, na fase de preparação do ato final e entre o ato inicial do procedimento de execução até o ato final, aquele provimento pelo qual ela é julgada extinta, está presente o contraditório, como possiblidade de participação simetricamente igual dos destinatários do ato de caráter imperativo que esgota o procedimento. (Gonçalves, 1992, p. 96).

1.2 TIPOS DE PROCEDIMENTOS

- O <u>procedimento comum</u>, previsto no CPP, será aplicado de modo residual, ou seja, sempre que não houver nenhum procedimento especial previsto no CPP ou lei extravagante.
- O <u>procedimento especial</u> é todo aquele previsto, tanto no CPP quanto em leis extravagantes, para hipóteses legais específicas, que, pela natureza ou gravidade, merecem diversa tramitação processual. É utilizado para determinados tipos penais:
  - Crimes dolosos contra a vida (procedimento do júri);
  - Crimes contra a honra;
  - Crimes praticados pelo funcionalismo público;
  - Crimes falimentares;
  - Crimes contra a Propriedade Imaterial.

2 PROCEDIMENTO COMUM

A Lei 11.719/08 fez alterações relevantes no CPP. Vejamos alguns apontamentos iniciais:

a) critério de determinação de ritos. Ou seja, a partir da nova lei o rito é definido pela pena máxima do crime (art. 394, § 1º, CPP).

b) defesa escrita. Em todos os procedimentos, comuns e especiais, ressalvados o procedimento do Júri e o dos juizados especiais, haverá resposta escrita da defesa, após a citação do réu. O réu terá o prazo de 10 dias para apresentar a defesa escrita (art. 396, CPP).

c) audiência una. Os atos instrutórios são concentrados em apenas uma audiência, na qual também será proferida a sentença, salvo quando houver a necessidade probatória complexa que demande exame mais cuidadoso, quando, então, será permitida a apresentação de memoriais pelas partes e se fixará novo prazo para a sentença (art. 403, § 3º, CPP).

O procedimento comum pode ser dividido em três, a depender da quantidade da pena cominada em abstrato para o delito (art. 394, § 1º, CPP):

- Ordinário – aplicável para os crimes com pena máxima igual ou superior a 04 anos.

- Sumário – aplicável para os crimes com pena máxima inferior a 04 anos.

- Sumaríssimo – aplicável para os crimes de menor potencial ofensivo da Lei 9.099/95 (pena máxima não superior a 02 anos) ou contravenções penais.

3 PROCEDIMENTO COMUM ORDINÁRIO

O procedimento comum ordinário é o rito padrão utilizado no Processo Penal. Possui as seguintes fases:

1) oferecimento da denúncia ou queixa. Recebimento ou rejeição pelo juiz;
2) citação do réu;
3) resposta à acusação;
4) absolvição sumária (art. 397, CPP);
5) audiência de instrução e julgamento.

3.1 DENÚNCIA. QUEIXA. REJEIÇÃO LIMINAR.

3.1.1 POSSIBILIDADES DE REJEIÇÃO LIMINAR

a) Petição inepta

> CPP - Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

A seguir, exemplo de inépcia da inicial.

Em todo o caso, havendo justa causa para a ação penal – indícios de participação na prática do crime -, poderá ser a inicial acusatória recebida, mesmo sem o oferecimento de rol de testemunhas.

Não apresentado, todavia, o rol quando do oferecimento da denúncia ou queixa, caracteriza-se a preclusão consumativa da oportunidade para tal fim, não podendo haver indicação de testemunhas em aditamento à inicial ou em outra oportunidade processual.

A não observância dos requisitos citados implica a *inépcia* da inicial acusatória e tem por consequência a sua *rejeição*, nos termos da nova redação do art. 396, parágrafo único, inciso I, do Código de Processo Penal.

b) Pressupostos processuais

Enquanto as condições da ação se referem ao exercício da ação penal (direito de exigir o pronunciamento jurisdicional no campo penal), e que, inexistentes, levam à carência do direito da ação, existem outras condições, denominadas de pressupostos processuais, que dizem respeito à existência do processo e à validade da relação processual. A teoria dos pressupostos processuais nasceu com o reconhecimento do processo como relação jurídica pública, autônoma da relação de direito material.

Inexistindo diferença de natureza entre a ação penal e ação civil, os pressupostos para a constituição e regular desenvolvimento do processo devem ser os mesmos em ambas.

b.1) Pressupostos de existência (requisitos para a formação da relação jurídica processual)

Subjetivos:

- sujeitos do processo – autor, réu e juiz (capacidade de ser parte).
- jurisdição – Juiz/ órgão investido de jurisdição.

Objetivos:

- pedido – diz respeito ao ato inicial de introduzir um pedido, uma demanda ao Poder Judiciário.

b.2) Pressupostos de validade (requisitos do desenvolvimento regular do processo)

Subjetivos:

- capacidade processual – capacidade de estar em juízo.
- capacidade postulatória - aptidão para requerer, exigir, perante os órgãos investidos da jurisdição alguma providência.
- competência e imparcialidade do juiz:

- ✓ competência é uma parcela da jurisdição, ditada por lei, que define a jurisdição, a autoridade de cada órgão judicante; ela determina os limites dentro dos quais pode o juiz legalmente julgar.
- ✓ imparcialidade está ligada a impedimentos e a casos em que o juiz é suspeito, por ser amigo ou inimigo de uma das partes. (art. 564, I, CPP)

Objetivos:

- intrínsecos - relacionam-se ao próprio processo, ao formalismo processual, aos vários atos a serem praticados no desenvolver da relação jurídica, aos deveres e faculdades das partes, à coordenação de suas atividades. Exemplos: a petição apta, a citação válida, o respeito ao principio do contraditório, etc.
- extrínsecos - são condições que estão fora do processo, mas que tem o poder de impedir o seu normal prosseguimento, subordinando sua validade e a eficácia da sua constituição, bem como sua extinção. Assim, em principio são vícios insanáveis, que extinguem o processo. Exemplos: a litispendência, a coisa julgada, a perempção e a convenção de arbitragem.

c) Condições da ação

As condições da ação foram apresentadas pelo teórico *Enrico Túlio Liebman* ilustre processualista italiano. Distinguem o direito de petição (constitucionalmente assegurado aos cidadãos) e o direito de ação (abstratamente assegurado a todos), como uma necessária mitigação do direito à provocação da jurisdição. Para o ilustre processualista *Afrânio Silva Jardim*, tais limitações são fundamentais, pois, *só o ajuizamento da ação penal condenatória já é suficiente para atingir o estado de dignidade do acusado.*

- ➢ **Interesse de agir – interesse/ utilidade**

EXEMPLO: quando no inquérito policial for verificada a impossibilidade fática de imposição, ou seja, que no final do processo a pena não atingiria o mínimo legal, é possível, desde logo, concluir pela inviabilidade da ação

penal a ser proposta, assim, sendo inútil a atividade processual – portanto, não sendo atendido o elemento da condição de ação – interesse de agir.

Obs. Trata-se de um entendimento diverso do Processo Civil – onde a via jurisdicional, para ser acionada, exigiria o esgotamento prévio e anterior de todas as possibilidades possíveis de autocomposição.

- **Legitimidade**

Legitimidade ativa - A titularidade da pretensão punitiva é reservada ao próprio Estado, via Ministério Público (exceções ação penal privada e ação penal subsidiária da pública). Assim, é imposta ao Processo Penal a exigência de legitimidade ativa para a promoção e o desenvolvimento de atividade persecutória (com exceção do *habeas corpus* e da revisão criminal).

Mas, existem atribuições ao *parquet* conforme a matéria, ou seja:

- instauração de ação penal perante a justiça federal – Ministério Público federal;
- propositura de ação perante a justiça estadual – promotor de justiça.

Legitimidade passiva, por sua vez, trata-se da pessoa a quem se imputa a prática do comportamento ilícito-típico, sujeito à imposição de uma *pena*.

- **Possibilidade jurídica do pedido**

Para entender a possibilidade jurídica do pedido no processo penal pela teoria desenvolvida pelo processo civil há que ser feita uma adaptação na interpretação conceitual.

Pela teoria civilista: a possibilidade jurídica do pedido ocorre quando há previsão, no ordenamento jurídico, da providência que se quer ver atendida. Ausente ela, o caso seria de carência da ação, por falta de condição de ação.

Exemplo penalista: pedido de pena de morte ao acusado (ou seja, ausência da previsibilidade da providência requerida).

No entanto, neste exemplo, não seria caso de extinção do processo, pois, o processo poderia se desenvolver regularmente, porque ao juiz permite-se a correta adequação do fato à norma penal correspondente, com a plicação da sanção efetivamente cominada, por força da *emendatio libelli* (art. 383, CPP). Porém, outros exemplos podem ser formulados:

- a denúncia ou queixa que atribua ao denunciado a prática de um crime de furto, mas que descreva a subtração, pelo denunciado, de *coisa própria*, que não estava em poder legítimo de terceiro, por estar fundada em fato atípico, merece ser rejeitada por ausência de possibilidade jurídica.

- de igual forma, a imputação fundada em legislação revogada – por exemplo, o crime de adultério -, ou que não se encontrava em vigor quando da prática da conduta, se afigura impossível de tutela penal.

Condições de procedibilidade - Condições específicas do processo penal (para casos de crimes específicos). Exemplos de condições de procedibilidade:

- a entrada do agente no território nacional no caso de crime praticado no exterior (art. 7°, § 2°, "a" do CP);
- a requisição do Ministro da Justiça nos crimes contra a honra previstos no Código Penal contra o Presidente da República, ou contra chefe de governo estrangeiro (art. 145, parágrafo único, do CP);
- a representação do ofendido em determinados crimes (arts. 130, 140, c.c. 141, II, 147, 151 etc., do CP);
- o trânsito em julgado da sentença que anula o casamento, no crime definido no artigo 236 etc.

d) Falta de justa causa

Compreendida pelos teóricos (antes mesmo da inclusão feita pela Lei 11.719/08) como a quarta condição da ação. Ou, também, como legítimo interesse – ou seja, interesse de agir. Também a jurisprudência já vinha admitindo a justa causa como condição da ação. Exemplo: *habeas corpus* para o trancamento de investigação ou de ação penal sob o fundamento de ausência de justa causa - art. 648, I, CPP. (STF – HC nº 81.324/SP, 2º TURMA, REL. MINISTRO NELSON JOBIM, DJ 23.08.2002).

Obs. A justa causa é representada por um lastro mínimo de prova que justifique a viabilidade da pretensão punitiva.

3.2 CITAÇÃO DO RÉU

> Não ocorrendo a rejeição liminar, o juiz recebe a denúncia ou queixa e determina a citação do acusado para, em 10 dias, responder por escrito à acusação (art. 396, CPP).
>
> Com a citação do acusado, o processo completa a sua formação (art. 363, CPP).

Conceito

A citação é o ato processual por meio do qual é oferecido ao acusado conhecimento oficial acerca do teor da acusação, abrindo-se oportunidade para que ele produza sua defesa, triangularizando-se, assim, a relação jurídico-processual.

A falta de citação no processo penal causa nulidade absoluta do processo (art. 564, III e IV, do CPP), pois contraria os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Exceção: o art. 570 do Código de Processo Penal dispõe que se o réu comparece em juízo antes de consumado o ato, ainda que para arguir a ausência de citação, sana a sua falta ou a nulidade. Nesse caso, o juiz ordenará a suspensão ou o adiamento do ato.

O Código de Processo Penal tratou da citação em capítulo próprio, compreendendo os arts. 351 ao 369.

A citação pode ser de duas espécies:

- citação real (pessoal);
- citação ficta (por edital).

3.2.1 DIFERENÇA ENTRE CPC e CPP

Ao contrário do que ocorre no Processo Civil, no Processo Penal a citação não previne a jurisdição, que ocorre com a distribuição, e nem interrompe a prescrição, o que ocorre com o recebimento da denúncia ou queixa e, depois disso, com a pronúncia ou sentença condenatória recorrível.

3.2.2 FORMAS DE CITAÇÃO

a) Por mandado (regra) – oficial de justiça (art. 351)

- Classificada como citação real.
- A citação pessoal far-se-á quando o réu estiver na jurisdição do juiz que a determinar.
- A citação deve ser feita pelo menos 24 horas antes do momento em que o acusado deverá ser interrogado, não se tem admitido à citação no mesmo dia em que o acusado deva ser interrogado.
- O oficial deverá fazer a leitura do mandado e entregar a contrafé.

b) Por hora certa (art. 362)

A Lei 11.719/08 introduziu a citação por hora certa no processo penal. Adotando-se o mesmo procedimento do processo civil (arts. 227 a 229 do CPC).

> Art. 227. Quando, por três vezes, o oficial de justiça houver procurado o réu em seu domicílio ou residência, sem o encontrar, deverá, havendo suspeita de ocultação, intimar a qualquer pessoa da família, ou em sua falta a qualquer vizinho, que, no dia imediato, voltará, a fim de efetuar a citação, na hora que designar.
> Art. 228. No dia e hora designados, o oficial de justiça, independentemente de novo despacho, comparecerá ao domicílio ou residência do citando, a fim de realizar a diligência.

> § 1º Se o citando não estiver presente, o oficial de justiça procurará informar-se das razões da ausência, dando por feita a citação, ainda que o citando se tenha ocultado em outra comarca.
> § 2º Da certidão da ocorrência, o oficial de justiça deixará contrafé com pessoa da família ou com qualquer vizinho, conforme o caso, declarando-lhe o nome.
> Art. 229. Feita a citação com hora certa, o escrivão enviará ao réu carta, telegrama ou radiograma, dando-lhe de tudo ciência.

No Processo Penal, completada a citação com hora certa, se o acusado não comparecer, ser-lhe-á nomeado defensor dativo. (art. 362, parágrafo único, CPP).

Caso o réu compareça antes da audiência de instrução, nada impede que o juiz renove o prazo de defesa escrita – garantindo o constitucional princípio da ampla defesa e adotando o mesmo procedimento previsto para a citação editalícia (art. 363, § 4º, CPP).

Citado por hora certa, o prazo para o oferecimento da resposta inicia-se na data do ato citatório e **não das providências do art. 229, CPC** (Súmula 710 – STF).

> CPC - Art. 229. Feita à citação com hora certa, o escrivão enviará ao réu carta, telegrama ou radiograma, dando-lhe de tudo ciência.
>
> Súmula 710 – STF - 24/09/2003:
> No processo penal, contam-se os prazos da data da intimação, e não da juntada aos autos do mandado ou da carta precatória ou de ordem.

c) Por edital (art. 361)

> Art. 361. Se o réu não for encontrado, será citado por edital, com o prazo de 15 (quinze) dias.

- Classificada como citação ficta, ou seja, presumida.
- Após o término do prazo de 15 dias (prazo do edital), inicia-se o prazo de 10 dias para a apresentação da resposta à acusação.

Em se tratando de citação por edital, se o acusado não comparecer nem constituir advogado, o processo ficará suspenso, suspendendo-se, também, o prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar a prisão preventiva nos

termos do disposto no art. 312 (art. 366, CPP - redação dada pela Lei nº 9.271, de 17.4.1996).

- ✓ **Prazo da suspensão do prazo prescricional**

Conforme a súmula nº 415 do STJ, o período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada.

STJ Súmula nº 415 - 09/12/2009 - DJe 16/12/2009
Período de Suspensão do Prazo Prescricional - Pena Cominada

- ✓ **Produção antecipada de provas**

Deverão estar presentes o representante do MP e um defensor dativo (como a designação é para a prática de ato certo e determinado o mais adequado seria falar em defensor *ad hoc*).

Observações:

1) pela redação anterior, o não-comparecimento do réu ao interrogatório, quando citado por edital, autorizava o prosseguimento do processo à sua revelia, bastando apenas à nomeação de um defensor dativo para o acompanhamento da ação.

2) observando que, no Processo Penal a revelia, verificada a partir da ausência injustificada do acusado por ocasião da realização de qualquer ato relevante do processo, tem como única consequência a não-intimação dele para a prática dos atos subsequentes, exceção feita à intimação da sentença, que deverá ser realizada sob quaisquer circunstâncias (art. 367, CPP).

c.1) O acusado - comparecendo a qualquer tempo

Comparecendo o réu, a qualquer tempo, deverá o juiz dar prosseguimento ao processo, cumprindo o quanto disposto nos artigos 394 e seguintes do CPP (art.

363, § 4º, CPP). Lembrando que o prazo para a defesa do réu citado por edital somente começa a fluir a partir do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído (art. 396, parágrafo único, CPP).

> Art. 363. O processo terá completada a sua formação quando realizada a citação do acusado. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).
> (...)
>
> § 4º Comparecendo o acusado citado por edital, em qualquer tempo, o processo observará o disposto nos arts. 394 e seguintes deste Código.
>
> Art. 396. 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 10 (dez) dias. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).
>
> Parágrafo único. No caso de citação por edital, o prazo para a defesa começará a fluir a partir do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

Por fim, como a citação é uma das mais importantes garantias processuais, porque é através dela que o acusado toma conhecimento da imputação que lhe é feita, deve ser realizada por edital apenas quando baldados todos os esforços e esgotados os meios para a efetivação do chamamento pessoal do imputado. A modalidade mais comum é a citação fundada no desconhecimento quanto ao local em que se encontra o réu. Ou seja, local incerto ou não sabido.

d) Por precatória (art. 353)

Quando o réu residir fora do território em que o juiz exerce a jurisdição, a citação será feita por meio de carta precatória, via da qual o juiz deprecante (o da causa) pede ao juiz deprecado (aquele da jurisdição onde reside o réu) o cumprimento do ato processual citatório (Pacelli, 2011, p. 596).

e) Por rogatória (arts. 780, 783 e seguintes)

Faz-se a citação por rogatória se o acusado é residente no exterior, estando o acusado em lugar sabido, será citado por rogatória, suspendendo-se o curso do prazo de prescrição até o seu cumprimento (art. 368).

O pedido de citação deve ser encaminhado pelo juiz ou tribunal ao Ministro da Justiça, para envio, por via diplomática, às autoridades estrangeiras competentes.

A parte requerente arca com os custos de envio (art. 222-A, CPP).

f) Por carta de ordem

Determinação, por parte do tribunal, superior ou não, de cumprimento de ato ou de diligência processual a serem realizados por órgãos da jurisdição da instância inferior, no curso de procedimento da competência originária daqueles (Pacelli, 2011, p. 603).

É o que ocorre, por exemplo, relativamente à citação (e também às intimações), quando quem houver de ser citado não residir no local da sede da jurisdição do tribunal.

g) Citação do réu preso (art. 360)

O réu preso deverá ser citado pessoalmente, e, depois, requisitado junto à autoridade policial, para o acompanhamento da audiência de instrução e interrogatório (art. 399, § 1º, CPP).

Não é mais possível a citação por edital, independente de onde estiver o preso.

Será por mandado quando o réu estiver na sede da jurisdição da ação penal em curso. E será por precatória quando em outra jurisdição.

h) Citação do militar (art. 358)

A citação do militar deve ser feita mediante requisição de sua apresentação para interrogatório ao superior hierárquico, ainda que o militar esteja fora da comarca.

f) Citação do funcionário público (art. 359)

No caso do funcionário público a citação será feita pessoalmente, devendo ser notificado, também, o chefe da repartição.

f) Citação do incapaz

A citação do réu incapaz é feita pessoalmente, até mesmo porque pode-se não ter notícia ainda da incapacidade. Se, porém, a incapacidade já for conhecida (art. 149, CPP), a citação deverá ser feita na pessoa do curador designado pelo juízo criminal ou que estiver no exercício legal da curatela.

Sendo a incapacidade comprovada após a instauração da ação penal, deverão ser anulados quaisquer efeitos resultantes do não-atendimento oportuno ao ato de citação.

3.3 RESPOSTA À ACUSAÇÃO

A defesa escrita constitui a primeira intervenção da chamada defesa técnica, isto é, aquela produzida por profissional do Direito. Início do processo realizado em contraditório.

O acusado poderá arguir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa. Poderá oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas. (Art. 396-A, CPP).

A defesa escrita cumpre as seguintes funções (Pacelli,2011, p. 667):

- fixação do prazo para o oferecimento do rol de testemunhas;
- especificação de prova pericial;
- apresentação das exceções (art. 95, CPP).

Ultrapassado tal prazo, o acusado não poderá requerer validamente a produção de prova testemunhal, a não ser para o fim de substituir testemunhas, devidamente arroladas, que não tenham sido encontradas.

3.3.1 Defesa preliminar em outros procedimentos e leis

- Código de Processo Penal - crimes afiançáveis de responsabilidade do funcionário público, art. 514, CPP: *Nos crimes afiançáveis, estando à denúncia ou queixa em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do acusado, para responder por escrito, dentro do prazo de quinze dias.*
- As leis nº. 8.038/90 e 8.658/93 trazem a defesa preliminar nos casos de crimes de competência originária do Tribunal. Notifica-se o acusado, que é detentor de foro especial por prerrogativa de função, para responder à acusação em 15 dias, e somente depois desse momento é que o Tribunal irá analisar sobre o recebimento ou rejeição da peça acusatória.
- Lei n. 9.099/95 e na Lei 11.343/06 (Lei de Drogas) também há previsões da defesa preliminar.

3.3.2 Obrigatoriedade da resposta da acusação

Percebe-se, em relação à obrigatoriedade da resposta da acusação, a enorme diferença entre a defesa prévia e a atual resposta escrita: enquanto aquela era facultativa se contasse o acusado com defensor constituído, acarretando, como única consequência, o prosseguimento do feito sem a possibilidade de a defesa arrolar testemunhas, esta impõe, sob pena de nulidade, que o magistrado nomeie defensor público ou defensor dativo (nas comarcas onde não houver Defensoria Pública), os quais deverão apresentá-la, tornando-a, pois uma peça obrigatória.

3.3.3 Preclusão da produção das provas

À exceção da prova documental, que poderá ser produzida a qualquer tempo (art. 231, CPP), com as ressalvas temporais do Tribunal do Júri (art. 479, CPP), as demais provas (testemunhal, pericial, etc) se submetem à preclusão, devendo o acusado requerê-las na defesa escrita.

3.3.4 Exceções na defesa escrita

Importante lembrar que as exceções, art. 95, CPP, devem ser apresentadas no prazo para resposta do réu e devem ser autuadas em apartado, de acordo com o art. 111, CPP. Alguns esclarecimentos são salutares em relação às exceções e suas preclusões. Vejamos.

- Exceções dilatórias. Quanto à exceção de suspeição ou de incompetência do juízo a exceção deve ser feita na mesma oportunidade da apresentação da resposta à acusação sob pena de preclusão.

Obs. No Processo Penal, diferente do Processo Civil (art. 112, CPC e súmula 33 do STJ – com a devida ressalva do parágrafo único do art. 112), o juiz pode, de ofício, reconhecer a sua incompetência relativa (art. 109, CPP), por este motivo a preclusão ocorre somente em relação à defesa. Porém, o juiz deve proferir tal decisão até antes do início da fase de instrução, a fim de se preservar o princípio da identidade física do juiz, segundo o qual o juiz que presidir a instrução deverá sentenciar a causa (Pacelli, 2011, p. 672).

- Questão que leve ao surgimento da parcialidade do juiz em momento posterior ao da resposta não causará preclusão.

- Exceções peremptórias. E quanto às exceções que tratem de ilegitimidade de parte, litispendência e coisa julgada, também devem ser opostas no prazo da defesa escrita, porém, é necessário lembrar que não há preclusão porque são matérias de ordem pública e podem ser reconhecidas a qualquer tempo. (arts. 108, 110 c/c art. 396, CPP).

Lembrando:

- **EXCEÇÕES PROCESSUAIS DILATÓRIAS**

Não extinguem o processo, acarretando apenas a dilação de seu procedimento. Exemplo: exceções de incompetência.

- **EXCEÇÕES PROCESSUAIS PEREMPTÓRIAS**

Implicam o encerramento do feito. Exemplo: coisa julgada.

3.4 ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA

A inserção da defesa escrita logo no início do processo abriu a possibilidade para a consagração do julgamento antecipado da lide com a absolvição sumária, porque no regime anterior mesmo que o magistrado verificasse fatores para encerrar o processo de modo prematuro somente poderia fazê-lo na sentença e não em outro momento processual.

Oferecida à resposta escrita, o juiz poderá absolver sumariamente o réu quando verificar (art. 397 e incisos, CPP):

- excludente da ilicitude (I);
- excludente da culpabilidade (II);
- excludente da tipicidade (III);
- extinção da punibilidade (IV).

EXCLUDENTE DA ILICITUDE

- Acusado agiu de acordo com o Princípio da adequação social ou em legítima defesa (art. 25);
- Estado de necessidade (art. 24);
- Estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de um direito (art. 23).

EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE

- Erro de proibição (art. 21);
- Descriminantes putativas (art. 20, §1º);
- Coação moral irresistível (art. 22);
- Obediência hierárquica (art.22).

EXCLUDENTE DA TIPICIDADE

- Erro de tipo (art. 20);
- Desistência voluntária (art. 15);
- Bagatela;
- Arrependimento eficaz (art. 15);
- Crime impossível (art. 17).

EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

Artigo 107, incisos I a IX do Código Penal Brasileiro:

- morte do agente;
- anistia, graça ou indulto;
- *abolitio criminis*;
- prescrição, decadência e perempção e perdão judicial.

INIMPUTABILIDADE

A lei processual penal veda a possibilidade de absolvição sumária para os casos de inimputabilidade do agente, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (art. 26, caput). A proibição tem sentido porque a argüição de inimputabilidade, nessa fase processual, demandaria incidente de insanidade mental, cuja prova pericial precisa ser realizada. Além disso, seria indicada a aplicação de medida de segurança, o que configuraria absolvição imprópria.

Há de se ponderar sobre a questão da inimputabilidade que ela poderia ser alegada para efeitos de absolvição sumária, na hipótese de embriaguez decorrente de caso fortuito ou força maior (art. 28, §1º), já que nessa situação não se trata de absolvição imprópria, nada obstando ao juiz o reconhecimento.

3.4.1 RECURSOS POSSÍVEIS PARA A ACUSAÇÃO

APELAÇÃO nos casos em que o juiz decide o mérito, portanto:

- Excludente de ilicitude;
- Excludente de culpabilidade;
- Excludente de tipicidade.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO nos casos em que o juiz não decide o mérito (terminativa), portanto:

- Extinção da punibilidade.

3.5 AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO

Não sendo caso de absolvição sumária, o juiz irá designar dia e hora para a audiência no prazo de 60 dias. Irá ordenar a intimação das partes, do defensor e, se for o caso, do querelante e do assistente (arts. 399 e 400 do CPP).

O ofendido também deverá ser intimado para a audiência, em conformidade com o art. 201, CPP – alterado pela Lei 11.690/08 – comunicação dos atos processuais ao ofendido.

Procedimentos da Audiência de Instrução e Julgamento:

1. declarações da vítima;
2. oitiva de testemunhas (máximo de 8 testemunhas para cada parte);
3. esclarecimento de peritos, reconhecimentos ou acareações (fase facultativa);
4. interrogatório do acusado;
5. diligências (art. 402 a 404);
6. alegações finais orais (20 minutos, podendo ser prorrogado por mais 10 minutos);
7. sentença oral.

➢ **TESTEMUNHAS**

- No procedimento ordinário podem ser arroladas até 8 testemunhas. (No procedimento sumário são 5 testemunhas e no procedimento do Tribunal do Júri são 8 na primeira fase e 5 em plenário).

- Não se incluem no rol de testemunhas as pessoas:
  - ✓ que não prestam compromissos (art. 208, CPP);
  - ✓ as que nada souberem sobre os fatos (art. 209, § 2º, CPP);
  - ✓ as chamadas testemunhas referidas.

- As partes podem desistir de depoimentos e não será necessária a concordância da parte adversa. Por isso, havendo interesse no depoimento, a defesa deverá sempre arrolar a testemunha, ainda que também arrolada pela acusação, porque esta poderá daquela desistir.

- As testemunhas serão inquiridas diretamente pelas partes (art. 212 e parágrafo único, CPP – alterado pela lei 11.690/08).

- Com os depoimentos das testemunhas podem surgir "novos nomes" que são as chamadas testemunhas referidas, assim, as partes poderão requerer os respectivos depoimentos (art. 401, § 1º, CPP);

➢ **INTERROGATÓRIO DO ACUSADO**

- A Lei 11.900/09 prevê o interrogatório por meio de videoconferência em determinadas hipóteses, além da realização do aludido ato processual (interrogatório) em sala própria no estabelecimento prisional.

- A presença do acusado em interrogatório – e também em audiência -, como regra, não é obrigatória, ressalvadas as hipóteses em que seja necessária a sua identificação física.

- O acusado será interrogado diretamente pelo juiz e, no final, será permitida a intervenção das partes (art. 188, CPP);

- Havendo mais de um acusado, o tempo previsto para as alegações orais das defesas serão considerados individualmente (art. 403, § 1º, CPP);

➢ **ASSISTENTES TÉCNICOS PARA APRECIAÇÃO DA PERÍCIA OFICIAL**

- O Ministério Público, o assistente de acusação, o ofendido, o querelante e o acusado poderão indicar assistente técnico.

- Não se exige que as partes indiquem assistentes periciais e requeiram os esclarecimentos técnicos em audiência por ocasião da defesa escrita. Ao contrário, a lei determina que tais providências devem ser requeridas com pelo menos 10 dias de antecedência da audiência (art. 159, §§ 4º e 5º, CPP).

➢ INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ

- A Lei 11.719/08 reitera a aplicação do art. 209, CPP, que autoriza a inquirição de testemunhas ex officio, pelo juiz (art. 401, § 2º, CPP).

- O juiz poderá indeferir as provas consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias (art. 400, § 1º, CPP).

➢ PROVAS ILÍCITAS

- O desentranhamento da prova ilícita, que, nos termos do art. 157, § 3º, CPP, estará sujeita a preclusão. Se produzida durante a audiência deve ser impugnada com o recurso de apelação. Porém, se produzida antes da da audiência de instrução e julgamento será cabível o recurso em sentido estrito (art. 581, CPP).

- O art. 157 reitera a garantia constitucional de que são inadmissíveis as provas ilícitas, conceituando-as como as obtidas em violação à norma constitucional ou legal. O referido dispositivo aplica-se apenas às provas ilícitas, pois estas podem violar tanto preceito constitucional quanto norma de direito material, como as que tipificam condutas criminosas por exemplo.

➢ PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ

- O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença (art. 399, § 2º, CPP).

Observação: Antes da Lei nº. 11.719/2008, não havia previsão legal do princípio da identidade física do juiz, sendo este um diferencial do Processo Penal em relação ao Processo Civil.

- **NOVAS DILIGÊNCIAS**

- As partes poderão requerer novas diligências, quando fundadas nas provas produzidas em audiência (art. 402, CPP);

- **ALEGAÇÕES ORAIS**

- As alegações finais orais ocorrerão da seguinte forma: 20 minutos para a acusação e 20 minutos para a defesa, prorrogáveis, para ambos, por mais 10 minutos. Caso haja assistente de acusação este terá 10 minutos para alegações finais após o representante do Ministério Público, tempo este que será aumentado no prazo da defesa (art. 403, § 2º, CPP).

- Quando houver a necessidade probatória complexa que demande exame mais cuidadoso, as partes não farão as alegações orais e será permitida a apresentação de memoriais no prazo de 5 dias e se fixará novo prazo para a sentença (art. 403, § 3º, CPP).

- **POSSIBILIDADE DE FRACIONAMENTO DOS ATOS DA AUDIÊNCIA**

Existem duas situações que possibilitam o fracionamento dos atos da audiência:

- **1ª** No caso da realização de diligências imprescindíveis requeridas e admitidas com fundamento no art. 402, CPP (ART. 404, CPP);
- **2ª** Quando o juiz reconhecer a complexidade da causa (questões de fato e de direito) ou o excessivo número de acusados (art. 403, § 3º, CPP).

Nas duas situações, será concedido o prazo de 5 dias às partes para a apresentação de memoriais de alegações finais escritas, sentenciando o juiz no prazo de 10 dias (art. 403, § 3º, art. 404, parágrafo único, CPP).

➢ EMENDATIO LIBELLI

- O *emendatio libelli* (emenda da acusação) é a correção da inicial para o fim de adequar o fato narrado é efetivamente provado ao tipo penal previsto na lei. Ou seja, o juiz poderá atribuir definição jurídica diversa da contida na denúncia ou queixa, mesmo que tenha que aplicar pena mais grave (art. 383, CPP). Entende-se por definição jurídica precisamente a capitulação ou classificação feita pelo autor na inicial, em cumprimento da exigência prevista no art. 41 do CPP. Ou seja, o fato continua o mesmo.

- O *emendatio* será possível, também, em segundo grau, porém, com limitações em função da proibição da reformatio in pejus, ou reforma para pior, segundo o qual o julgamento do recurso não poderá ser mais desfavorável que a decisão de primeira instância, em relação à impugnação aviada exclusivamente pelo recorrente. Não havendo recurso do Ministério Público, o Tribunal não poderá piorar a situação do acusado com base no recurso por ele interposto (Pacelli, 2011, p. 632).

- Se a modificação do enquadramento jurídico do fato resultar crime para o qual seja prevista a suspensão condicional do processo (art. 89, Lei nº. 90.099/95), deverá o juiz abrir vista ao Ministério Público (art. 383, § 1º, CPP).

- Se da alteração na classificação houver modificação da competência do juízo, os autos deverão ser encaminhados à estes (art. 383, § 2º, CPP).

➢ MUTATIO LIBELLI

- Quando for cabível a *mutatio libelli* (mudança da acusação), ou seja, for cabível nova definição jurídica do fato que não está contida na acusação, obrigatoriamente deverá o MP aditar a denúncia no prazo de 5 dias (art. 384, CPP), em seguida, o defensor do acusado será ouvido no prazo de 5 dias e admitido o aditamento, o juiz, a requerimento de qualquer das partes, designará dia e hora para continuação da audiência, com

inquirição de testemunhas (até três testemunhas poderão ser arroladas pelas partes), novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento (art. 384, § 2º, CPP).

- Não recebido o aditamento, o processo prosseguirá (art. 384, § 5º, CPP).

- No caso do *mutatio libelli* não ocorrerá apenas à alteração da classificação como ocorre no *emendatio libelli*, mas, ocorrerá a alteração da própria imputação do fato.

Observação: a redação anterior, previa apenas o aditamento na hipótese de aplicação de pena mais grave, ou seja, se a alteração fosse para a aplicação de pena menor ou igual àquela do delito imputado inicialmente ao réu, cabia ao próprio juiz a referida alteração, sem a necessidade do aditamento pelo Ministério Público. Com a alteração, independente da pena a ser aplicada, igual, mais branda ou mais grave, obrigatoriamente deverá ser feito o aditamento, para que o contraditório e a ampla defesa possam ser exercidos em sua plenitude, a partir da ciência exata de qual é o teor da acusação.

- A *mutatio* não se aplica as ações penais privadas, a não ser à subsidiária da pública, instaurada em razão de inércia do *parquet* (art. 29, CPP).

- Na *mutatio* não há ação nova, mas aproveitamento daquela já instaurada, em razão de provas surgidas apenas na fase de instrução. Como exemplo, no caso de furto, ao qual acrescida a violência como fato novo a nova definição passará a ser de roubo. O núcleo da ação, subtração da coisa, continuará o mesmo (Pacelli, 2011, p. 636).

- **SENTENÇA**

- A sentença conterá: relatório (a exposição sucinta da acusação e da defesa), motivação (a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão com a indicação dos artigos de lei aplicados) e o dispositivo (sentença) - art. 381.

- Embargos de Declaração. Qualquer das partes poderá, no prazo de 2 dias, pedir ao juiz que declare a sentença, sempre que nela houver obscuridade, ambiguidade, contradição ou omissão (art. 382).

- Conforme o art. 386, CPP, o juiz absolverá o réu, nos seguintes casos:
  - ✓ inexistência do fato ou por falta de prova da existência do fato;
  - ✓ não constituir o fato infração penal;
  - ✓ o réu não concorreu para a infração penal ou por não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;
  - ✓ existência de circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;
  - ✓ não existir prova suficiente para a condenação.

- Na sentença absolutória o juiz tomara as seguintes medidas (art. 386, parágrafo único e incisos):
  - ✓ caso o réu esteja preso, o juiz determinará a soltura imediata do acusado, tão logo seja proferida a decisão absolutória (inciso I e 596).
  - ✓ ordenará a cessação das medidas cautelares e provisoriamente aplicadas (inciso II).
  - ✓ aplicará medida de segurança, se cabível (inciso III).

- Sendo a sentença condenatória o juiz aplicará a pena considerando a dosimetria (cálculo) da pena, momento em que o Estado – detentor do direito de punir (*jus puniendi*) – através do Poder Judiciário, comina ao indivíduo que delinque a sanção que reflete a reprovação estatal do crime cometido. O Código Penal Brasileiro, em sua parte especial, estabelece a chamada pena em abstrato, que nada mais é do que um limite mínimo e um limite máximo para a pena de um crime (Exemplo: Artigo 121. Matar Alguém: Pena: Reclusão de seis a vinte anos). A dosimetria da pena se dá somente mediante sentença condenatória.

- A dosimetria atende ao sistema trifásico estabelecido no artigo 68 do Código Penal, ou seja, atendendo a três fases:
    1) fixação da Pena Base;
    2) análise das circunstâncias atenuantes e agravantes;
    3) análise das causas de diminuição e de aumento.

- Por mais que o Ministério Público requeira a absolvição do acusado em alegações finais, o juiz poderá proferir sentença condenatória, bem como, reconhecer agravantes ou atenuantes (art. 387, I), embora nenhuma tenha sido alegada (art. 385).

- O art. 387 dispõe sobre a obrigatoriedade do juiz, ao proferir sentença condenatória, fixar valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido. Esta previsão legal tem escopo na necessidade de agilizar a indenização da vítima de um ilícito penal.

Observação: esta previsão legal não impede que a vítima mova ação civil indenizatória, nos termos do art.64 do CPP. A inovação decorre do fato da sentença penal condenatória, que já era um título executivo judicial após o trânsito em julgado, também fixar o valor mínimo indenizatório o que facilitará sua execução, pois não será necessário liquidar a sentença. Caso uma das partes não fique satisfeita com o *quantum* fixado, poderá recorrer ou, no caso do ofendido, promover a liquidação no cível.

- Na sentença condenatória o juiz determinará a publicação da sentença (art. 387, inciso VI). Se for o caso, fundamentará sobre a manutenção ou a imposição da prisão preventiva ou de outra medida cautelar (art. 387, inciso VI, parágrafo único). O réu preso será intimado pessoalmente da sentença e o réu solto será intimado pessoalmente ou por seu procurador (art. 392, incisos I e II).
- O prazo para impugnação recursal da sentença, incluindo os embargos de declaração, terá início a partir da última intimação realizada (do acusado ou do defensor).

Notas

1 Advogada. Graduada pelo Curso de Direito da Universidade José do Rosário Vellano - UNIFENAS. Pós-graduada em Direito Processual pela Universidade Gama Filho. Pós-graduanda em Ciências Penais pela PUC/MINAS. Mestranda em Direito Processual pela PUC/MINAS. Professora universitária em Direito Processual. Integrante da equipe do Escritório Junqueira Sampaio Advogados.

Referências Bibliográficas

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo***.* Rio de Janeiro: AIDE, 1992. 220p.

Oliveira, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 15ª ed., rev. e atual.Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011. 974p.

Legislação consultada

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>.

_____. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Rio de Janeiro: 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2848.htm>.

_____. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Institui o Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Senado, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del3689.htm>.

_____. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro De 1973. Institui o Código de Processo Civil. Brasília: Senado, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>.

_____. **Lei n. 10406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília: Senado 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>.