

## JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

### SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

**Direito Processual Penal. Calúnia. Crimes de responsabilidade de funcionários públicos. Recebimento da denúncia. Inversão dos atos do processo. Defesa prévia/ Defesa preliminar. Falta de fundamentação do recebimento da denúncia. Nulidade insanável.**

“(...) Quando a inversão implica nulidade absoluta, descabe transportar para a fase prevista no art. 396 do Código de Processo Penal

a ordem alusiva às alegações finais. Apresentada defesa prévia em que são articuladas, até mesmo, preliminares, é cabível a audição do Estado-acusador, para haver definição quanto à sequência, ou não, da ação penal. (...)” (STF – 1.ª T. – HC 105.739 – rel. Marco Aurélio – j. 07.02.2012 – public. 28.02.2012 – Cadastro IBCCRIM 2750)

**Pesquisadores: Leandro Ayres França e Michelangelo Corsetti**

**Anotação:** Ofertada a denúncia e apresentada a resposta contestatória à acusação (arts. 396 e 396-A do CPP), o Juízo da 33.ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro determinou que o Ministério Público se manifestasse novamente, para rebater as alegações preliminares da defesa. Em seguida, sem cientificar o acusado do conteúdo da manifestação ministerial, o magistrado recebeu a denúncia designando data para a audiência de instrução. Sob o fundamento de ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa pela inversão da ordem processual, foram sequencialmente impetrados *habeas corpus* perante o Tribunal estadual e o STJ, os quais não foram acolhidos (a defesa também alegou, alternativamente, falta de justa causa para a ação penal). Desse não acolhimento, formalizou-se novo *habeas* à Corte Suprema.

Antes do advento da Lei 11.719/2008, o juiz, após o recebimento da exordial, abria prazo para a defesa prévia, a qual se destinava, preponderantemente, à arguição de exceções, à negativa de autoria e ao arrolamento das testemunhas da defesa. Com as modificações introduzidas pela nova lei, estabeleceu-se um momento processual para a defesa reagir à acusação, possibilitando àquela rebater a denúncia, atacando seus elementos formais e evidenciando eventuais nulidades. Conforme a redação legal, passo seguinte, deve o magistrado se manifestar quanto à rejeição (art. 397 do CPP) ou recebimento (art. 399) da exordial. Com a reforma processual, o legislador pretendeu assegurar à dinâmica judicial a igualdade das partes, prevista expressamente nas garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Nos moldes da previsão constitucional e da Lei Processual Penal, o processo caracteriza-se como um conflito disciplinado e dialeticamente ritualizado. Para sanar a desigualdade substancial entre os sujeitos nele envolvidos – desigualdade potencializada no âmbito penal, em que, de um lado, tem-se o aparelho estatal de persecução penal (Polícia e Ministério Público) e, de outro, o indivíduo que arrisca ser submetido a uma pena pública, a quem cabe reagir à imputação proposta, nos limites de sua hipossuficiência –, são garantidos, pois, o direito de se informar quanto ao conteúdo da acusação (contraditório) e o direito de contradizer a imputação (exercício de defesa). A fixação de uma ordem procedimental acusação-defesa visa a proteger exatamente a essencial contradição dialética do processo, tão necessária para o magistrado construir sua decisão como, nas palavras de **Francesco Carnelutti**, o oxigênio no ar que respiramos (*Principi del Processo Penale*. Milão: Morano, 1960.p. 139).

A hipótese de o parecer ministerial extrapolar, de qualquer forma, os limites de seus requerimentos iniciais, sem que seja oportunizado acesso e espaço de manifestação para a defesa, configura uma imperfeição processual que gera evidente prejuízo: a decisão do magistrado será deficitária por não ter esgotado todos os argumentos e refutações das partes.

Em recente escrito sobre esta questão, **Luiz Guilherme Rorato Decaro** (Pode o Ministério Público manifestar-se sobre a resposta à acusação antes de o juiz a apreciar? *Boletim IBCCRIM*, n. 229, dez. 2011.) foi além e apontou também o desrespeito ao devido processo legal. De fato, o Código de Processo Penal não prevê, em nenhuma hipótese, que, após a apresentação da defesa preliminar pelo acusado, o Juízo de primeiro grau remeta os autos novamente ao Ministério Público para sua manifestação acerca das alegações defensivas. Na verdade, em assim procedendo, o magistrado oportuniza uma espécie de réplica para o Ministério Público (sem a devida tréplica), criando um novo modelo de ampla acusação – e não mais de ampla defesa.

Na decisão em apreço, o Ministro relator afastou o reconhecimento da nulidade apontada na antítese defensiva. Quando da análise do mérito, assinalou o Ministro que, tendo a peça da defesa trazido ao processo “razões diversificadas” – alegações de ausência de justa causa (pela inexistência de suporte probatório mínimo), de incompetência do Juízo, de ilegitimidade ativa, de configuração de cláusula de excludente de ilicitude (direito de informação) e de culpabilidade (ausência de dolo), de atipicidade da conduta imputada –, descaberia o transporte da ordem processual acusação-defesa (inquestionável em fase das alegações finais) para o momento anterior à designação de audiência. A audição do Ministério Público, nos dizeres do seu voto, dera-se em “momento peculiar”. A liminar anteriormente concedida foi cassada e a ordem de *habeas corpus*, denegada.

A interpretação do STF ratifica procedimento que tem se tornado corriqueiro nos Juízos de primeira instância e que fere, com único ato, os princípios do contraditório (reserva de informação), da ampla defesa (ausência de oportunidade para a contradição) e do devido processo legal (atipicidade formal). Trata-se, pois, de ato processual que dá causa a nulidade absoluta porque viola princípios fundamentais do processo penal. De acordo com **Eugênio Pacelli** (*Curso de Processo Penal*, 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 696), esses vícios processuais que decorrem de nulidade absoluta referem-se ao processo penal como função jurisdicional, pondo em risco a própria função judicante, com reflexos irreparáveis na qualidade da jurisdição prestada.

Ofertada a denúncia e apresentada a defesa, não cabe a qualquer parte a definição quanto à sequência, ou não, da ação penal. Cabe ao magistrado sintetizá-la. Nesse caso, a inversão da ordem dos fatores prejudica o produto.

**Leandro Ayres França**

Mestrando em Ciências Criminais (PUC-RS).  
Advogado.

**Michelangelo Corsetti**

Mestre e especialista em Ciências Criminais (PUC-RS).  
Professor de Direito Penal da Universidade de Caxias do Sul – RS.  
Advogado.