



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Dispensabilidade da Resposta à Acusação no Rito do Júri

Carlos Augusto Silva Moreira Lima

Rio de Janeiro
2011

CARLOS AUGUSTO SILVA MOREIRA LIMA

A Dispensabilidade da Resposta à Acusação no Rito do Júri

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof. Guilherme Sandoval

Prof^a Katia Silva

Prof^a Mônica Areal

Prof^a Néli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

A DISPENSABILIDADE DA RESPOSTA À ACUSAÇÃO NO RITO DO JÚRI

Carlos Augusto Silva Moreira Lima

Graduado pela Universidade Candido Mendes. Técnico Superior Jurídico da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: O julgamento do réu perante o tribunal do júri está influenciado por diversos fatores, entre eles uma boa estratégia de apresentação das teses jurídicas. Além da grande influência das técnicas de argumentação que encontram supedâneo na íntima convicção dos jurados, para a defesa, importante é também o momento da exposição de suas teses, uma vez que essa sempre terá a última palavra antes da decisão, podendo se beneficiar o réu diante de uma alegação não rechaçada pela acusação, tendo em vista a existência do princípio do *in dubio pro reo*. A essência do trabalho é apresentar uma estratégia de defesa, sem, contudo, violar as garantias do devido processo legal, ou seja, sem que se configure nulidade por estar o réu indefeso.

Palavras-chave: Tribunal do Júri. Ausência de Resposta à Acusação. Inexistência de Nulidade. Peça Facultativa. Estratégia Defensiva.

Sumário: Introdução. 1. Breve Histórico sobre o Tribunal do Júri e seu Rito. 2. Os Sistemas de Apreciação da Prova. 3. A Inaplicabilidade do Art. 394, §4º, do Código de Processo Penal ao Rito do Júri. 4. Da Ausência da Resposta à Acusação. 5. Estratégia de Defesa: Da Releitura dos Art. 406 e 408 do Código de Processo Penal a Partir da Jurisprudência. Conclusão. Referências

INTRODUÇÃO

O trabalho, ora proposto, visa a abordar uma estratégia de defesa do acusado de crimes dolosos contra a vida, de forma a viabilizar a preservação de seu direito de defesa, que

se encontra submetido a inúmeros fatores, tais como o sistema de apreciação da prova pelos jurados – íntima convicção – e fatores extrajurídicos.

Considerando que as garantias relacionadas ao devido processo legal não têm por finalidade proteger o criminoso, mas sim impedir que um inocente seja condenado, nesse contexto, uma boa estratégia de defesa é fundamental ao propósito maior do Estado Democrático de Direito, ou seja, somente se deve imputar responsabilidade acerca de um fato a quem comprovadamente o deu causa, mesmo que os entraves para essa afirmação possibilitem que um culpado fique impune. Entretanto, não se trata de propor a impunidade; ao contrário, tem-se por escopo reafirmar o sistema, eliminando a possibilidade de injustiça com o maior bem que possui o ser humano enquanto vivo... a liberdade!

Pretende-se, com isso, através da análise jurisprudencial e doutrinária, demonstrar que o exercício do direito de defesa junto ao Tribunal do Júri não é simplesmente impugnar todas as alegações acusatórias. No caso concreto, é importante verificar se o fato de falar por último, antes da decisão, favoreceria o acusado. Deve-se ter em vista que, deixar de expor, de pronto, determinadas matérias que a acusação não teria adentrado ao mérito, evitaria que essas fossem utilizadas em desfavor do próprio acusado, garantindo o pleno exercício de seu direito de não produzir provas contra si mesmo – *nemo tenetur se detegere*, que se extrai do art. 5º, LXIII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) -, sem, contudo, restar o réu indefeso, pois ainda haverá oportunidade de atacar o mérito da acusação, em alegações orais da primeira fase, oportunidade imediatamente anterior à própria decisão, nos termos do art. 411, §4º, do Código de Processo Penal (CPP).

Nesse contexto, será demonstrada a inaplicabilidade do art. 394, §4º, do CPP, que determina que sejam empregadas as disposições do rito comum ordinário a todos os procedimentos penais de primeiro grau, que incluiria até mesmo o Tribunal do Júri, evidenciando-se, assim, a desnecessidade de a resposta à acusação adentrar ao mérito

precocemente. O supracitado dispositivo está em contradição com seus próprios §§ 2º e 3º, uma vez que há regramento específico no rito do júri, mostrando-se desnecessária e inviável a aplicação dos art. 396, 396-A e 397 do CPP, ante a necessidade de produção de prova oral, ou seja, de cognição mais aprofundada, a fim de que seja possível afastar, nas hipóteses previstas em lei – art. 415 do CPP –, a garantia constitucional do julgamento perante o Tribunal do Júri, sem violar o princípio constitucional.

Assim, afastada a aplicação das normas do rito comum ordinário ao procedimento dos crimes dolosos contra a vida, a partir da interpretação sistemática, se concluirá pela dispensabilidade da resposta à acusação no rito do Júri, a partir da releitura dos art. 406 e 408 do CPP, conforme a estratégia defensiva, de modo semelhante ao que consignava a jurisprudência no que tange à ausência da defesa prévia, sem que se torne o acusado indefeso. Deve-se ressaltar, em contrapartida, que a falta de alegações finais no procedimento comum gera nulidade absoluta, pois não terá o réu outra oportunidade de se defender, antes da decisão meritória.

No rito do júri, nem mesmo se poderá imputar ao réu a sanção de revelia em virtude da não apresentação da resposta à acusação permeada com todas as teses defensivas, conseqüência que já seria incorreta no rito comum ordinário, uma vez que, a teor do art. 367 do CPP, não pode ser prejudicado o acusado por inércia quanto ao ato privativo da defesa técnica, mas tão somente, quando intimado, o réu deixa de praticar ato privativo da autodefesa. Havendo advogado constituído nos autos, não vindo a resposta à acusação no prazo do art. 408 do CPP, no rito do Tribunal do Júri, não será possível a nomeação compulsória de defensor público ou advogado dativo para a realização da defesa de mérito, pois será faculdade para o réu a apresentação da resposta à acusação, de acordo com a estratégia da defesa técnica.

Por fim, reafirmar-se-á, a partir da interpretação sistemática e releitura dos art. 406 e 408 do CPP, que a resposta à acusação possui a mesma natureza da antiga defesa prévia, sendo, portanto, facultativa sua apresentação, de acordo com a estratégia, de modo a protelar a apresentação das teses defensivas para o momento imediatamente anterior a decisão de mérito.

1. BREVE HISTÓRICO SOBRE O TRIBUNAL DO JÚRI E SEU RITO.

Por falta de registros históricos, sempre se discute acerca da origem de determinado instituto.

Como cediço, os institutos jurídicos possuem, como regra, origem na antiga civilização grega e romana.

Embora faça registro de que nos heliastas gregos e nas *quaestiones perpetuae* romanas pode estar a origem do instituto do Júri, Mossin¹ sustenta que nesses não havia nenhum colegiado que pudesse ter, pelo menos, as características do atual tribunal.

O ambiente que possibilitou o surgimento do Júri foi a transição entre o período da prova religiosa, em que eram peculiares as ordálias² que se sustentavam no suposto juízo de Deus, e a prova tarifada, em que já se predefinia o valor de cada prova.

Nesse momento, final do século XII, intensificavam-se as relações comerciais e a formação dos primeiros Estados absolutistas, concentrando o poder nas mãos dos soberanos, que foram abandonando a antiga condição de porta-vozes da divindade para assumir funções de decisão dentro de suas fronteiras.

¹ MOSSIN, Heráclito Antonio. *Júri: crimes e processo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.160.

² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p.1453.

Enquanto o marco histórico, segundo Mossin³, foi o Concílio de Latrão, para Choukr⁴, foi a “edificação do estado moderno”, ocasião em que ocorre o “renascimento da participação popular na administração da justiça”.

Embora diverjam quanto ao dado histórico, são firmes em dizer que o surgimento se deu perante o reinado de Henrique II, isto é, no final do século XIV, momento de criação do júri de julgamento, os quais em consonância com a prova colhida, diziam se o acusado era culpado ou inocente.

Imbuídos dos ventos da Revolução Francesa⁵, a instituição do Júri se espelhou por toda Europa, exceto Holanda e Dinamarca. Ocorre que não tiveram o mesmo prestígio da justiça inglesa e, com o passar do tempo, foram alterados, transformando-se em tribunal tipo escabino, ou extintos, como aconteceu na Alemanha em 1924.

No Brasil, a instituição do júri surgiu com a Lei de 18 de junho de 1922, época em que o país ainda era colônia de Portugal, criou juízes do fato – 24 cidadãos – para julgamento de abuso de liberdade de imprensa⁶.

Choukr⁷, ao contextualizar o nascimento do Júri, sustenta que:

O Sistema de Jurado foi a culminação lógica da participação popular aplicada à judicatura, num movimento liberal que havia sido iniciado com a adoção da fortíssima figura do Juiz de Paz, com os ideais de autonomia judicial e localismo e que veio a constituir um ataque frontal à elite judicial. O sistema do júri havia sido implantado três meses antes da independência, ainda sob o domínio português, apenas para crimes de imprensa, e com os jurados eleitos.

Embora indicado na Constituição Imperial de 1824, como órgão independente, os juízes eram nomeados pelo Imperador, na qualidade de chefe do Poder Executivo (Art. 102, III, da Constituição de 1824), para julgarem causas cíveis e criminais, nos casos previstos nos códigos. (art. 151 da Const./1824).

³ MOSSIM, *op. cit.*, p.170

⁴ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 670.

⁵ MOSSIN, *op. cit.*, p.170-171.

⁶ FRANCO *apud* MOSSIN, *Op. cit.*, p. 172.

⁷ CHOUKR, *op. cit.*, p. 670-671.

O Poder Judiciário era composto por jurados e juízes: aos primeiros cabia pronunciar sobre o fato; aos segundos, sobre a aplicação da lei. (art. 152 Const./1824). Ou seja, os magistrados, além da influência sofrida pelo Imperador, não tinham atribuição de julgar o fato em sua plenitude, mas meramente aplicar a pena.

Embora a esfera de atuação fosse maior, essa sistemática persiste até hoje no âmbito dos crimes dolosos contra a vida, constituindo-se o julgamento de um ato jurídico complexo, que soma a função do jurado de decidir acerca do fato, com a do juiz de aplicar a pena.

Fixadas as bases do surgimento do Júri, segue delineada a atual disciplina, prevista no art. 406 e 497 do Código de Processo Penal.

Segundo a legislação correlata, todo o procedimento deverá, em regra, ocorrer dentro do prazo de 90 dias. Tal prazo não prevalecerá caso o réu esteja solto, pois não haverá risco de constrangimento ilegal, até porque o prazo prescricional estará correndo, sem obste a liberdade do acusado.

Oferecida a peça acusatória, o juiz decidirá sobre o seu recebimento. Se recebê-la, determinará a citação do réu para responder a acusação, por escrito, em 10 dias.

Ato contínuo a apresentação da resposta à acusação o juiz ouvirá a acusação quanto às preliminares e documentos, não se referindo o legislador às teses de mérito que serão objeto da Audiência de Instrução e Julgamento da 1ª fase(AIJ).

Em seguida, o juiz deferirá a produção da prova oral e a realização das diligências requeridas pelas partes – se houver –, encerrando-se a 1ª fase depois da decisão que segue a AIJ, que é composta pelos seguintes atos, nessa ordem: oitiva das declarações do ofendido - caso não se trate de crime vago⁸ ou já não houver falecido-, inquirição das testemunhas arroladas pela acusação, das arroladas pela defesa – até o máximo de oito testemunhas para

⁸ Crimes que não possuem uma vítima específica e determinada. Típico de crimes contra a incolumidade pública, saúde pública, etc.

cada réu e cada fato em análise –, esclarecimentos do perito – caso haja prova pericial e os requisitos tenham sido feitos na oportunidade própria –, acareações, reconhecimento de pessoas, interrogatório do acusado, seguido dos debates orais, ou por memoriais.

Após os debates, poderá o juiz proferir a decisão em audiência ou ordenar que os autos vão conclusos para decisão.

O magistrado poderá dar as seguintes decisões no que se refere ao juízo de admissibilidade: pronúncia, impronúncia, e absolvição sumária ou desclassificação.

A decisão de impronúncia significa que o juiz se convenceu de que não restou provada a existência da materialidade⁹ e autoria delitiva, não sendo possível submeter o acusado ao risco do plenário, em que os jurados julgam por íntima convicção, sem fundamentar sua decisão, influenciada por fatos extrajurídicos.

A absolvição sumária é a fase própria de absolvição antecipada do réu, no rito do Júri, quando provada inexistência do fato, não ser o acusado o autor ou partícipe do fato; não constituir o fato infração penal ou demonstrada a causa de isenção ou exclusão do crime. Soma-se ainda a hipótese de extinção da punibilidade do art. 61 do CPP. Trata-se de um garantia individual que se conforma com o princípio da dignidade humana¹⁰ e da duração razoável do processo¹¹.

A desclassificação ocorre quando fica comprovado que o fato delitivo em análise não se trata de crime doloso contra vida, não sendo aquele juízo competente e, por consequência, também não o Conselho de Sentença.

Por fim, e a que interessa para prosseguimento do rito, a pronúncia. Essa diz respeito à decisão que demonstra a plausibilidade da acusação, ou seja, há indícios suficientes

⁹ Ou simplesmente “*existência*” quando não se tratar de crimes materiais, que não deixem vestígio.

¹⁰ O sentido da dignidade humana está resumido na Teoria de cinco-componentes: integridade física e espiritual; livre desenvolvimento da personalidade; libertação da angústia da existência; autonomia individual por vinculação dos poderes públicos a conteúdo, forma e procedimento; igualdade perante a lei. NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 26-28.

¹¹ É chamado também de *direito ao processo sem delações indevidas*, como corolário do devido processo legal. DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 11. ed. v.1. Salvador: Podivum, 2009, p. 53-55.

de autoria e está provada a materialidade do crime, de modo a autorizar a submissão ao julgamento por juízes leigos, que julgam pela íntima convicção.

Preclusa a decisão de pronúncia, os autos serão encaminhados ao juiz presidente do Tribunal do Júri, que determinará a intimação das partes para apresentarem novo rol de testemunhas - até o limite de cinco -, oportunidade em que poderão juntar documentos e requerer diligências. Após o juiz ordenará as diligências necessárias e elaborará relatório do caso, para então, finalmente, submeter o acusado a Plenário.

No plenário, será formado o conselho de sentença, de um universo de 25 (art. 447 CPP), com sete jurados, seguindo-se da declaração do ofendido – se puder ser realizada –, testemunhas de acusação, testemunhas de defesa – fazendo o defensor primeiramente as perguntas às testemunhas arroladas pela defesa –, serão realizados, se houver, a oitiva do perito, a acareação, o reconhecimento de pessoas e a leitura de peças, seguido do interrogatório do acusado. Após, haverá os debates orais, além de réplica e tréplica, e leitura dos quesitos, terminando com a votação na sala secreta, respondendo aos quesitos.

Poderá haver as seguintes decisões: condenação, absolvição e desclassificação. A peculiaridade existirá quando da decisão de desclassificação, que fará com que o crime, e seu conexo¹², se houver, seja julgado pelo juiz presidente do tribunal do Júri, salvo na hipótese de o fato ser da competência do da Justiça Militar.

Havendo absolvição¹³, o réu será posto automaticamente em liberdade, caso esteja preso, ainda que haja recurso por parte da acusação.

¹² Por força do art. 78, I do CPP, os crimes conexos aos dolosos contra a vida – condição para a conexão – sempre serão atraídos para um julgamento unitário, razão pela qual, sempre que mencionarmos estes, devem ser compreendidos também aqueles, quando houver. BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 06 junho 2011.

¹³ Não fora aborada a hipótese de absolvição impópria em virtude da inimputabilidade nos termos do art. 26 e 97 do Código Penal, por não ser o objeto de análise deste trabalho.

Considerando os limites do veredito proferido pelos jurados, por maioria de votos, o juiz fixará à pena do acusado, lendo-se, em seguida, a sentença antes de encerrada a sessão de instrução e julgamento.

2. OS SISTEMAS DE APRECIÇÃO DA PROVA

Nesse estudo, cabe delimitar o tema ao âmbito estritamente jurídico-processual, de onde se extraem três sistemas de apreciação da prova: 1) sistema da íntima convicção, com embasamento moral ou religiosa; 2) sistema das provas legais; 3) moderno sistema do livre convencimento, já na fase científica.

O sistema da íntima convicção caracteriza-se pela apreciação da prova pelo juiz com liberdade absoluta, estando limitado apenas pela sua consciência. Esta fase foi marcada pelo despotismo e pelas arbitrariedades dos julgadores, que, em geral, estavam associadas ao processo inquisitório, no qual o órgão julgante confundia-se com as partes, ocorrendo uma investigação unilateral da verdade, o que gerava parcialidade no julgamento. Entretanto, e por isso, foi nessa fase que despontou o princípio da busca da verdade real.

Já o sistema das provas legais, embora tenha avançado em relação ao sistema do convencimento íntimo, retrocedeu ao restringir a busca da verdade real pelo juiz¹⁴, que teve seu papel reduzido a contagem de provas, esperando a descoberta de tais provas. O processo passou, portanto, de inquisitório a acusatório.

Em seguida, o sistema da íntima convicção voltou a fortalecer-se, sob outros fundamentos morais e políticos, na instituição do júri, como um tribunal de leigos que decide

¹⁴ LACERDA, Dennis Otte. *Breve Perspectiva da prova indiciária no processo penal*. 21.ed. Curitiba: JM Livraria, 2006, p. 22-23.

de acordo com a íntima convicção, sem a necessidade fundamentar suas decisões. À época foi um avanço desvinculando as decisões judiciais dos desmandos dos soberanos¹⁵.

Por fim, quanto ao sistema do livre convencimento motivado, deve ficar claro que nesse há também convicção íntima, porém não arbitrária; o magistrado não tem a liberdade de impor um raciocínio que leve a uma verdade puramente subjetiva e sem esteio no mundo dos fatos.

O princípio da livre apreciação da prova é característico do direito processual contemporâneo. Na área penal, o livre convencimento e a busca da verdade real são postulados imperativos, o que obriga o juiz penal a tomar uma postura ativa e dinâmica no que concerne a coleta de provas. Tal sistema propicia a livre apreciação da prova pelo juiz, que deve explicar, porém, o caminho que o levou à certeza, pois no moderno processo penal brasileiro é nula a sentença imotivada. Por isso que se afirma que o convencimento é livre, e não a prova. Entretanto o julgamento dos crimes dolosos contra a vida é o atual exemplo de julgamento por íntima convicção, que traz consigo os riscos e zelos que lhe são peculiares.

3. DA INAPLICABILIDADE DO ART. 394, §4º DO CPP

A reforma do código de processo penal, trazida pelas Leis nº 11.689/08 e 11.719/08, incluiu o art. 394, §4º, do CPP. Tal parágrafo prevê a aplicação dos art. 395 a 398 a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados pelo código.

Aqui, o legislador já cometeu dois equívocos. O primeiro é a remissão a um artigo revogado¹⁶ pela própria lei que criou o art. 394, §4º, do CPP. O segundo é que o dispositivo

¹⁵ *Ibid*, p. 23.

em foco nesse capítulo está em contradição com os parágrafos §2º e 3º do mesmo artigo, e todos esses entraram em vigência ao mesmo tempo, pela mesma Lei nº 11.719/08.

O §2º determina que o procedimento comum seja aplicado a todos os processos, salvo disposições em contrário do CPP ou em lei especial. O §3º estabelece que, nos processos de competência do Tribunal do Júri, o procedimento observará as disposições dos art. 406 a 497.

Pelas próprias características do rito do Tribunal do Júri, quais sejam duas fases, duas audiências de instrução e julgamento, duas decisões meritórias, participação de juízes leigos, não há dúvidas de que se trata de um procedimento peculiar. No sentido de afirmar que o Júri é um procedimento especial^{17 18} quando relacionado ao rito comum, Nucci¹⁹ dispõe que:

O procedimento do júri é trifásico e especial. No Código de Processo Penal, no Livro II, Título I, foi inserido, por equívoco, como parte do “processo” (na realidade, o correto seria a denominação de procedimento) comum. Possivelmente, sob o enfoque anterior à Lei 11.689/2008, o início do procedimento tinha aspectos do comum (art. 394 a 405, CPP) e, somente na sequência, alterava-se completamente, adquirindo uma estrutura procedimental própria (art. 406 a 497, CPP), nitidamente especial.

Em sendo o procedimento do Júri especial²⁰, está imune à aplicação das disposições do procedimento comum, previstas nos art. 396, 396-A e 397 do CPP; somente sendo aplicável, de maneira suplementar, o art. 395 do CPP, que dispõe sobre a rejeição da denúncia ou queixa, em virtude da ausência de regramento específico no capítulo que

¹⁶ Rangel menciona que a reforma “reformou revogando” o art. 398 do CPP. RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 486.

¹⁷ RANGEL, *Op. cit.*, p. 532.

¹⁸ BONFIM, Edilson Mougnot. *Código de processo penal anotado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 689.

¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 46.

²⁰ O Prof. Marcellus Polastri entende que, com a reforma processual, apesar de ter sido mantida a divisão entre procedimento comum e especial, não se insere em nenhum deles o procedimento do Júri. POLASTRI, Marcellus. *Manual de Processo Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 721.

disciplina o procedimento do Júri, atendendo a natureza de disposição geral, que possui cunho supletivo, em caso de suposta²¹ lacuna.

Em que pese à evidente inaplicabilidade do art. 394, §4º do CPP, será demonstrada a desnecessidade dos art. 396, 396-A e 397 do CPP, haja vista a existência de disposição específica dentro do rito do Júri.

Primeiramente, é possível observar que os art. 396 e o art. 406 do CPP têm disposições muito semelhantes, apresentando inclusive o mesmo prazo para a resposta à acusação, consistindo a diferença entre eles apenas quanto à menção feita no primeiro dispositivo quanto à existência de um procedimento comum, que se divide em duas espécies de rito: ordinário e sumário.

O art. 406 do CPP é especial com relação ao art. 396 CPP, devendo prevalecer às disposições daquele. Por isso, é que, caso não houvesse o primeiro dispositivo, a aplicação suplementar do segundo seria imediata, como norma geral, sendo certo que tal providência não geraria qualquer alteração no procedimento do Tribunal do Júri.

Quanto à dispensabilidade do art. 397 do CPP, o critério da especialidade não é o bastante, uma vez que o art. 415 do CPP é realmente distinto do art. 397 do CPP, devendo a análise recair sobre a semântica da nomenclatura, o conteúdo do dispositivo e as peculiaridades do rito.

Da leitura dos art. 397 e 415 do CCP, verifica-se o primeiro problema: ambos os institutos são identificados pelo o mesmo nome, qual seja, absolvição sumária. O próprio Código de Processo Penal induz à homonímia ao utilizar no primeiro dispositivo a expressão “absolver sumariamente” e ao se referir ao segundo dispositivo, no art. 416 do CPP, como

²¹ Suposta lacuna, pois são características do Ordenamento Jurídico: a ausência de antinomias, a inexistência de lacunas e a existência de uma norma jurídica fundamental, lugar do qual derivam todas as demais.

sendo absolvição sumária²², quando dispõe sobre o recurso cabível contra tal decisão no Rito do Júri.

O vocábulo sumária²³ remete a uma idéia de abreviamento, e tal expressão não se coaduna com a previsão de duas oportunidades de absolvição prematura.

O legislador não utiliza expressões inúteis²⁴, todo vocábulo possui um sentido adequado, e, assim, se reafirma, mais uma vez, a inaplicabilidade do art. 394, §4º, pois, se num rito houvesse duas absolvições antecipadas, uma delas não poderia ser entendida como sumária.

Nessa linha, fica evidente que os dispositivos possuem a mesma função de antecipar um julgamento sobre o mérito, sendo os dispositivos excludentes, cada um atendendo as características de seu procedimento.

A característica procedimental que determina a aplicação da absolvição sumária do art. 415 do CPP é extraída da própria constituição, do art. 5º, incisos LIII, e XXXVIII, alíneas *d* e *c*. O primeiro dispõe sobre a garantia do juiz natural; o segundo, sobre a competência do júri pra o julgamento de crimes dolosos contra a vida; e o terceiro, sobre a soberania dos vereditos.

A garantia do juiz natural é preservada quando se delimita previamente ao fato o órgão competente para o julgamento do processo, vindo, nesse sentido, a competência constitucional do júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, ou seja, a decisão do Júri é soberana para essa espécie de crime.

²² Art. 416. Contra a sentença de impronúncia ou de absolvição sumária caberá apelação. (Alterado pela L-011.689-2008). BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 06 junho 2011.

²³ FERREIRA, *Op. cit.*, 1999, p.1902.

²⁴ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 250-251: “*Verba cum effectu, sunt accipienda*. Não se presumem, na lei, palavras inúteis. Literalmente: devem-se compreender as palavras como tendo alguma eficácia. As expressões do Direito interpretam-se de modo que não resultem frases sem significação real, vocábulos supérfluos, ociosos, inúteis. [...] Dá-se valor a todos os vocábulos e, principalmente, a todas as frases, para achar o verdadeiro sentido de um texto; porque este deve ser entendido de modo que tenham efeito todas as suas previsões, nenhuma parte resulte inoperativa ou supérflua, nula ou sem significação alguma.”

A Soberania do Júri já foi conceituada com "a impossibilidade de os juízes togados se substituírem aos jurados na decisão da causa" ²⁵.

Com efeito, sob pena de também violar o juízo natural, a legislação deve garantir que os crimes não dolosos contra a vida não sejam apreciados pelo Conselho de Sentença, pois formado por julgadores leigos, bem como assegurar que hipóteses que gozem de provas indubitáveis de inexistência do fato, não ser o acusado seu autor, ou não haver crime, não sejam submetidas aos riscos do julgamento por íntima convicção.

Vale ressaltar que, no Estado Democrático de Direito, mais vale um culpado solto do que um inocente preso. A referida conclusão pode ser extraída seguinte passagem²⁶:

De tal perspectiva, o nosso Direito reserva ao Judiciário, e mais especificamente ao juiz encarregado da instrução preliminar, a apreciação prévia de algumas questões ligadas à efetiva existência de crime doloso contra vida. É claro que semelhante providência não deixa de ser, em certa medida, uma subtração da competência do Tribunal do Júri, tendo em vista que a última palavra acerca da matéria (sobre ser ou não crime doloso contra a vida) deveria ser sempre daquele tribunal.

Ocorre que as peculiaridades da jurisdição do Júri popular- integrado por leigos, sem conhecimento do Direito e das leis, e no qual, em regra, a formação do convencimento dos jurados pode ocorrer mais pelos insondáveis caminhos da dramaticidade e da emoção com que se desenvolve a atuação das partes em plenário do que pela atuação do Direito – estão a recomendar adoção de algumas cautelas.

(...). Os riscos de uma condenação obtida mais pela excelência da *performance* pessoal do responsável pela acusação que pelo exame sereno e cuidadoso dos fatos não valem a preservação, a qualquer custo, da competência do Tribunal do Júri.

Assim, suprimir a competência do Júri somente é possível nas hipóteses legais, que não compreende, entretanto, o art. 397 CPP, em que a instrução é demais prematura, mas somente com o art. 415 do CPP, após a instrução probatória.

Neste sentido, Mirabete²⁷ ensina:

Para a absolvição sumária nos crimes de competência do Júri é necessário que haja prova segura, incontroversa, plena, límpida cumpridamente demonstrada e escoimada de qualquer dúvida pertinente à justificativa ou dirimente, de tal modo que a formulação de um Juízo de admissibilidade da acusação representaria uma manifesta injustiça.

²⁵ MARQUES, José Frederico. *A Instituição do Júri*. São Paulo: Bookseller, 1997, p. 262.

²⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 593.

²⁷ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. São Paulo: Atlas, 1995, p. 490.

Por tal razão, inclusive é que, comparativamente, a absolvição sumária ocorre em momento posterior ao do rito comum. Não pode o juízo monocrático suprimir a competência constitucional do Júri sem certa dose de instrução probatória, que somente ocorrerá após a Audiência de Instrução Julgamento da 1ª fase do procedimento.

Além disso, analisando-se cada uma das hipóteses do art. 415 do CPP, constata-se que esse dispositivo engloba o art. 397 do CPP, sendo, portanto, prescindível o último.

A hipótese de absolvição em razão da manifesta causa excludente de ilicitude do fato encontra-se prevista na parte final do art. 415, IV, do CPP; a absolvição com fundamento na causa excludente da culpabilidade do agente está prevista na parte inicial do art. 415, IV, do CPP; o fundamento atinente ao fato narrado evidentemente não constituir crime encontra-se previsto no art. 415, III, do CPP; e a extinção da punibilidade, que seria desnecessário figurar em qualquer dos dois dispositivos, tendo em vista a disposição genérica do reconhecimento da extinção de punibilidade, tem previsão no art. 61 do CPP.

Dessa forma, incontestemente que o art. 415 CPP exige uma prova mais robusta para absolvição sumária, mas nem por isso deixa de ser sumária, pois, nesse momento, o rito ainda está apenas na metade, uma vez que o juiz natural do feito é o Conselho de Sentença.

Por todo o exposto, no rito do Júri, diante de tais peculiaridades, só há espaço para a absolvição sumária referente ao art. 415 do CPP. A competência delimitada constitucionalmente no art. 5º, XXXVIII, *d*, propugna que somente cabe ao Tribunal do Júri o julgamento de mérito dos fatos delituosos consistentes em crimes dolosos contra a vida, não sendo admissível a um juiz togado se imiscuir quanto à definição da materialidade e a autoria desses crimes, salvo em situações excepcionalíssimas, que dependem de instrução probatória, sob pena de descumprimento de mandamento constitucional.

Resta, de uma vez por todas, espancada a necessidade de aplicação do art. 397 do CPP ao Rito do Júri.

No que tange à impertinência do art. 396-A do CPP e seus dois parágrafos, nota-se que os dispositivos possuem correlatos específicos no rito do Júri. Embora a redação seja substancialmente a mesma com relação a cada correlato, a interpretação e diferenças surgem diante das peculiaridades de cada rito.

Mais uma vez vem à baila o princípio do juiz natural e a competência constitucional do Tribunal do Júri apenas²⁸ para os crimes dolosos contra vida.

Diferentemente do rito do júri, nos ritos ordinário e sumário, após a resposta à acusação há necessariamente uma decisão de mérito relativa à aplicação do art. 397 do CPP, que trata da absolvição sumária do rito comum.

No júri, antes da absolvição sumária que lhe é própria, referente ao art. 415 do CCP, há instrução criminal, de modo a não haver risco de subtrair do Conselho de Sentença a competência constitucional dos crimes dolosos contra vida.

Deve-se deixar claro, entretanto, que, no rito do Júri, não será subtraída a oportunidade da defesa técnica se manifestar antes da decisão de mérito do art. 415 do CPP, pois, nos termos do art. 411,§4º, do CCP, após a instrução probatória e eventual fase de diligências, a acusação e a defesa oferecerão alegações orais, ou por memoriais.

Verifica-se, portanto, que, no rito dos crimes dolosos contra a vida, a manifestação imprescindível, sob pena de o réu restar indefeso, é a alegação final oral. Tal regime se diferencia do regime comum, pois neste a não atuação do réu em resposta à acusação subtrai do defendente a possibilidade de absolvição sumária, gerando prejuízo capaz de configurar nulidade por estar o réu indefeso.

Assim, a bem da melhor estratégia defensiva, não deve o defensor do réu no rito do júri antecipar as teses meritórias, até porque as teses, em prol da ampla defesa, não

²⁸ Vide nota nº 12 deste artigo. BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 06 junho 2011.

precluem. É evidente que a melhor defesa é se manifestar na ocasião apropriada. Comungando dessa opinião Távora²⁹ e Greco Filho³⁰, respectivamente:

b) Conteúdo: a extensão e a profundidade da peça devem ser definidas pelo advogado. Antecipar as teses defensivas ainda no início do processo pode não ser a melhor estratégia, cabendo ao advogado tal análise. Somos céticos quanto à utilização da resposta preliminar do réu ao mérito principal da acusação e mesmo quanto à questão preliminares que no processo penal, quase unanimidade, não precluem, de modo que na estratégia pode não convir antecipá-las para discussão imediata. O que ocorrerá na prática é que o defensor, na grande maioria dos casos, reservar-se-á para alegar a matéria de defesa depois de encerrada a colheita das provas.

Muito embora os autores concordem que a estratégia defensiva definirá a antecipação ou não das teses meritórias, ambos entendem que a resposta à acusação é peça obrigatória.

Entretanto deve-se discordar da obrigatoriedade, sobretudo quando fundamentada em uma interpretação literal da lei do rito do Tribunal do Júri. Esse será o próximo ponto de reflexão.

4. DA AUSÊNCIA DA RESPOSTA À ACUSAÇÃO

Segundo o art. 396-A, §2º, do Código de Processo Penal, que trata dos ritos comum ordinário e sumário, não apresentada a resposta à acusação no prazo legal, o juiz nomeará defensor para oferecê-la em 10 dias. A lei objetivou a aplicação de uma sanção, porém esse desiderato não é possível.

No processo penal, por estar em debate o direito indisponível, consistente na liberdade do acusado, exige-se um rigor maior para que se garanta a efetividade do princípio

²⁹ TÁVORA, Nestor; ARAÚJO, Fabio Roque; SILVA, Davi Castro. *Código de processo penal: para concursos*. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 503.

³⁰ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010, p. 375-376.

da ampla defesa. Para estar em juízo se defendendo, o acusado necessita de capacidade postulatória exercida por um advogado ou por um defensor público, de modo a salvaguardar sua ampla defesa.

Em juízo, a defesa consiste na realização de atos pessoais do acusado e atos processuais próprios de defesa técnica, que são a maioria. São exemplos do primeiro: assinatura do termo de compromisso de comparecimento aos atos processuais, o interrogatório, a aceitação da suspensão condicional do processo, a interposição de recurso de recurso; e dos últimos, o pedido de liberdade provisória, a resposta à acusação, a interposição de recurso, o oferecimento de razões recursais.

O descumprimento de algum desses terá uma consequência para os destinatários daquele ato, ou seja, somente, aquele que possuía o dever será sancionado (sanção em sentido amplo, ou seja, incluem-se aqui sanções, ônus da não realização de um encargo, etc.). Algumas das sanções para o não comparecimento do acusado aos atos processuais poderão ser, a depender do caso concreto, a quebra da fiança, o julgamento à revelia do acusado, a decretação de prisão preventiva, a revogação do benefício da suspensão condicional do processo; se deixar de interpor recurso abrirá mão, salvo atuação da defesa técnica, de buscar uma melhora em sua situação de sucumbência, o que não significa que o acusado poderá oferecer as razões, porquanto seja ato restrito à defesa técnica.

Na linha da garantia de que a pena não pode passar da pessoa do condenado, a sanção direcionada a quem tinha o dever não pode transcender àquele que não o tinha, ou seja, a atuação desidiosa do defensor do acusado não lhe poderá resultar sanções, nem vice-versa, pois não poderá, por exemplo, ser decretada prisão preventiva do advogado se o acusado deixar de comparecer.

Com efeito, a não realização de atos processuais próprios da defesa técnica somente implicará sanção ao defensor do acusado, que será destituído; não podendo importar em sanção para o acusado que não poderá suprir a atuação do defensor.

Em observância do devido processo legal, em que pese à literalidade do art. 408 do CPP, não pode ser imposto ao acusado um defensor qualquer. É direito do réu a escolha de seu defensor. Isso resulta em dever do magistrado quando não for possível ao defensor constituído assumir ou prosseguir na ação penal, ordenar a intimação do réu para que esse, querendo, escolha outro advogado. Antes de ser realizada a intimação ou enquanto não exaurido o prazo expresso, o juiz não pode nomear defensor dativo sem a expressa vontade do réu.

Ocorre que, no rito ordinário, a supressão da atuação de um defensor viola o direito do réu a ampla defesa, pois não restaria outro momento para manifestação da defesa técnica antes de uma decisão de mérito. Por tal razão, a garantia de escolha de um defensor para o acusado deve ser mitigada em prol do devido processo legal, até porque nunca uma garantia poderia ser concebida em prejuízo do acusado.

Diferente ocorre no rito do júri, que prevê dois pronunciamentos da defesa técnica antes da decisão quanto à absolvição sumária: no art. 406 e no art. 411, §4º, do CPP. Em assim sendo, constituído nos autos um defensor, que inclusive possui procuração nos autos, deixando o mesmo de apresentar resposta à acusação, deverá ser intimado o acusado, para que seja informado do não oferecimento de resposta. Contudo, se optar em ser assistido pelo mesmo defensor, ou quedar-se inerte, não poderá ser nomeado outro defensor, em prol da garantia de livre escolha do patrono, que, nesse caso, não afetará a ampla defesa, pois, após a instrução probatória, haverá, antes ainda da decisão quanto à absolvição sumária, a oportunidade de oferecimento de alegações orais pela defesa, sustentando o que for de direito.

Importante ressaltar, contudo, que a imposição da atuação de um defensor, que no rito comum surge no art. 396-A, §2º, do CPP, diante da iminência da decisão de mérito, somente será levada à tona no art. 411, §4º, CPP se também se quedou inerte o defensor constituído na ocasião do oferecimento da resposta à acusação, prevista no art. 408 do CPP. Em outras palavras, a garantia do devido processo legal e da ampla defesa somente será suscitada para mitigar a garantia da escolha do patrono, se houver, em tese, dupla falta de manifestação da defesa técnica na 1ª fase do júri, pois estará evidente que o réu está em indefeso, uma vez que não houve defesa antes da decisão da primeira decisão de mérito (art. 415 do CPP).

No Júri, a preclusão da oportunidade de arrolar testemunhas na 1ª fase, não importa em preclusão na 2ª fase, nos termos do art. 422 do CPP, que sequer condiciona o arrolamento das testemunhas que serão levadas ao plenário ao arrolamento, ou apenas àquelas presentes que foram indicadas na oportunidade do art. 406, §3º, do CPP.

Por tudo que foi exposto até então nesse capítulo, aquilo que outrora denominou-se de desídia, dentro do rito do júri, desde que não reste o réu indefeso, poderá ser concebida como estratégia de defesa.

Em uma situação meramente hipotética em que, em um estado com defensoria pública instalada, o acusado constituiu advogado nos autos, citado acusado, após 10 dias, o patrono deixa de oferecer a resposta à acusação. Ato contínuo, o acusado é intimado e queda-se inerte quanto à nomeação de novo patrono, tendo o magistrado nomeado defensor público para oferecer a resposta. Ocorre que a instituição Defensoria Pública desse estado tenha entendido que não é hipótese de atuação e igualmente não oferecendo resposta. Por essa razão, o magistrado, tendo em vista a desídia, resolva nomear defensor dativo e a OAB também entende ser dispensável essa atuação.

Em nenhuma dessas hipóteses, poderá haver sanção para acusado, não poderá ser julgado a revelia ou punido, em atenção ao princípio do devido processo legal e da ampla defesa. Imagino que nessa situação sequer os órgãos representativos dos profissionais lhes imporiam quaisquer sanções, pois seriam atos contraditórios.

Claro que esse exemplo é meramente hipotético, mas por que seria razoável apenas no rito do Tribunal do Júri? Porque após esse ato não haverá a prolação de uma decisão de mérito.

Dessa forma, o que se busca é que se conceba a atual resposta à acusação no Tribunal do Júri, como a antiga defesa prévia³¹, existente antes da reforma do Código de Processo Penal. Segundo a doutrina³² e jurisprudência³³ contemporânea, a defesa prévia era dispensável para o réu³⁴, mesmo que não se pudesse mais arrolar qualquer testemunha em outra oportunidade, pois antes da sentença ou decisão de mérito havia ainda a fase de alegações finais, em que seriam expostas as teses de defesa. Nessa época, não havia o instituto da absolvição sumária, e, portanto, não havia oportunidade de encerrar o processo discutindo-se o mérito antes da sentença.

Pelo exposto, não restam dúvidas de que a dispensabilidade de manifestação está intimamente ligada à iminência de uma decisão sobre o mérito, cabendo à defesa o exercício ou não da faculdade de se manifestar, de acordo com sua estratégia defensiva.

³¹ Redação original do art 395 do CPP: O réu ou seu defensor poderá, logo após o interrogatório ou no prazo de três dias, oferecer alegações escritas e arrolar testemunhas. ANGHER, Anne Joyce. *Vade mecum acadêmico de direito*. 4. ed. São Paulo: Rideel, 2007, p. 531.

³² OLIVEIRA, 2007, *Op. cit.*, p. 517.

³³ BRASIL. *Habeas Corpus nº 124429*. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Maria Thereza De Assis Moura. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1018798&sReg=200802816680&sData=2010112>. Acesso em: 06 junho 2011.

³⁴ Dispensável para o réu, entretanto era obrigatória sua intimação para oferecer a peça de defesa. Era uma faculdade sua atuação, tendo como único ônus a preclusão da oportunidade de arrolar testemunhas.

5. ESTRATÉGIA DE DEFESA: DA RELEITURA DOS ART. 406 E 408 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA

A doutrina não explora dedicadamente os efeitos da não apresentação de peças processuais como estratégia de defesa do acusado. Tal preocupação, de ordem essencialmente prática, ficou a cargo da jurisprudência, como se verá mais adiante. A opção tem por finalidade não adiantar as teses defensivas de mérito, de modo a viabilizar que apenas um enfoque – em alguns casos, uma inovação - seja levado ao conhecimento do julgador, já que é apresentada a tese imediatamente antes da decisão meritória.

Hoje, muito embora, na prática, os defensores dos réus (advogados, defensores públicos ou dativos) se limitem na resposta à acusação a requerer a impronúncia (Júri) ou absolvição (no Rito Comum), sem, contudo declinar, de pronto, os fundamentos – ressalvando-se³⁵ o rito da Lei de Drogas e o rito da Lei nº 9.099/95 –, a literalidade, sobretudo, do art. 408 CPP, impede o surgimento de jurisprudência recente que analise se no Júri é imprescindível à referida peça de resposta.

Antes da alteração processual, era dominante que, no rito do Júri, a ausência isolada de peça de defesa – seja a defesa prévia, as alegações finais, as contrarrazões ou a contrariedade ao libelo – quando da regular intimação, não implicava em quaisquer nulidades,

³⁵ As ressalvas da Lei de Drogas e do Rito da Lei 9.099/95 dizem respeito ao fato de o recebimento da denúncia somente ocorrer após a oportunidade de apresentação de resposta do acusado. Mesmo que a jurisprudência trate o ato de recebimento como mero despacho liminar positivo, que prescindiria até mesmo de fundamentação, a possibilidade de haver o não recebimento da denúncia com fundamento no art. 395 do CPP, depõe a favor do risco de antecipação das teses defensivas, uma vez que seria possível afastar o “constrangimento” de ter um processo criminal em curso em face do acusado. Quanto à desnecessidade fundamentação, ver: BRASIL. *Habeas Corpus nº 179134/SP*. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Haroldo Rodrigues. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1035632&sReg=201001280580&sData=20110309&formato=PDF>. Acesso em: 06 junho 2011.

e era concebida como estratégia defensiva. Tal orientação segue exemplificada pelo voto da Ministra Maria Thereza de Assis Moura³⁶:

[...]

2. CERCEAMENTO DE DEFESA

Em relação ao tema da ausência de apresentação de alegações finais no sumário de culpa, é possível colher uma certa divergência de entendimento entre as duas Turmas que compõe a colenda Terceira Seção desta Corte.

No seio da Sexta Turma, tem-se compreendido que a ausência de apresentação de alegações finais, uma vez intimado o defensor, não configura nulidade, *verbis*:

[...] 1. *A ausência das alegações finais nos processos de competência do tribunal do júri não enseja a declaração de nulidade, pois, na sentença de pronúncia, não há julgamento de mérito, e sim mero juízo de admissibilidade, positivo ou negativo, da acusação formulada. Precedentes.* 2. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 757.464/PE, Rel. Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 29/09/2009, DJe 14/12/2009).

[...] 2) A falta de alegações finais, nos processos de competência do Tribunal do Júri, não acarreta nulidade. No caso em exame, o defensor constituído fora devidamente intimado para manifestação, deixando, no entanto de fazê-lo. [...] 5. Impetração conhecida em parte. Ordem de denegada. (HC 143.474/SP, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 06/05/2010, DJe 24/05/2010).

A julgadora apontou também, no mesmo voto³⁷, o entendimento em sentido contrário, proferido pela Quinta Turma do STJ, no que se refere apenas às alegações finais:

Já no âmbito Superior Tribunal de Justiça Quinta Turma, *recentemente*, sobreveio o seguinte julgado:

[...] 2. *Embora haja entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em sentido contrário, a falta de apresentação de alegações finais, ainda que se trate do procedimento do Tribunal do Júri, certamente não se coaduna com a aludida garantia constitucional, já que esta é a oportunidade colocada à disposição da defesa para que possa arguir teses defensivas capazes de, inclusive, evitar a submissão do acusado a julgamento pelos seus pares, exurgindo, daí, a sua imprescindibilidade.* [...] 4. *Ordem concedida para anular o processo desde a fase das alegações finais, inclusive, devendo os atos processuais serem renovados de acordo com as alterações feitas com o advento da Lei n. 11.689/2008, conservando-se a situação prisional do paciente.* (HC 101.635/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2009, DJe 13/10/2009).

Na passagem que se segue, a Ministra do STF³⁸ deixa cristalina a sua posição quanto à ausência de alegações finais, bem como da antiga contrariedade ao libelo e as contrarrazões, por conta da estratégia de defesa, expondo distintos fundamentos utilizados pelas decisões:

³⁶ BRASIL. *Habeas Corpus nº 179134/SP*. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Haroldo Rodrigues. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=979619&sReg=200702443730&sData=20100701&formato=PDF>. Acesso em: 06 junho 2011.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*

Todavia, no meu sentir, é de se manter a posição firmada por este Colegiado. (...). Segundo penso, não há falar em nulidade quando foi dada oportunidade para a defesa apresentar suas alegações finais, na forma do que previa a antiga redação do artigo 406 do Código de Processo Penal, e esta quedou-se inerte. Confira-se, nesse sentido:

[...]. Este Superior Tribunal consolidou o entendimento de que a apresentação de alegações finais é facultativa nos processos de competência do Tribunal do Júri, uma vez que não há julgamento do mérito com a sentença de pronúncia, mas mero juízo de admissibilidade da acusação formulada. Também possui entendimento pacífico de que, se a defesa fora intimada da sentença de pronúncia e não manifestou a pretensão de recorrer, é aplicável a regra processual da voluntariedade dos recursos, (art. 574, caput, do CPP). Igualmente, a não apresentação de contrariedade ao libelo, de acordo com a jurisprudência do STJ, não implica, por si só, nulidade, sendo mera faculdade processual da defesa. Todavia, embora a jurisprudência desta Corte indique que a não apresentação pelo advogado de uma das peças processuais citadas não acarreta, por si só, a declaração de nulidade do ato judicial, cabe ao magistrado verificar a eventual ocorrência de prejuízo ao réu diante de cada caso concreto, de modo que os automatismos devem ser evitados em se tratando de processo penal. (...). (RHC 22.919-RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 18.6.2009).

*[...] Constatado que após corretamente intimada para apresentar as alegações do art. 406 do CPP, deixou a defesa técnica transcorrer *in albis* o prazo ofertado, não pode ela, posteriormente, requerer nulidade processual a qual ensejou a ocorrência. Não se pode declarar nulidade decorrente da ausência das razões do recurso em sentido estrito manifestado pelo acusado, principalmente quando se verifica que sua falta não impediu o Tribunal a quo de apreciar de forma detalhada e completa a irresignação do paciente. No processo penal, não se declara nulidade de ato, se dele não resultar prejuízo comprovado para o réu. Incidência do art. 563 do Código de Processo Penal e da Súmula n.º 523 da Suprema Corte. [...] Precedentes do STJ. Ordem denegada. (HC 50.255/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 20/04/2006, DJ 15/05/2006 p. 255).*

[...] 1. Não se comprova, nos autos, qualquer nulidade do processo criminal por deficiência na defesa do Paciente, especialmente porque teria ela feito a opção por deixar para o momento do julgamento no Tribunal do Júri a apresentação e a discussão das teses defensivas. [...] 3. Habeas corpus denegado. (HC 92207/AC, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/10/2007, DJe 25/10/2007, DJ 26/10/2007 p. 63).

[...] 3. As alegações finais em processo da competência do Júri não são indispensáveis. Precedentes. [...] 6. Habeas corpus indeferido. (HC 74631, Rel. Ministro MAURÍCIO CORRÊA, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/05/1997, DJ 20/06/1997 p. 28471).

[...] NÃO IMPORTA NULIDADE, POR CERCEAMENTO DE DEFESA, A NÃO APRESENTAÇÃO DE ALEGAÇÕES (ART. 406 DO CPP) PELO ADVOGADO CONSTITUÍDO, NOTIFICADO E COM VISTA DO PROCESSO, NÃO DEMONSTRADO O ABANDONO DA CAUSA. HABEAS CORPUS INDEFERIDO. (HC 60393, Rel. Ministro RAFAEL MAYER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/11/1982, DJ 03/12/1982 p. 12487).

O mencionado voto se reporta à doutrina de Antonio Scarance Fernandes³⁹ que sintetiza o expediente defensivo:

Não se olvide, ainda, o entendimento da melhor doutrina: Tratamento especial deve merecer, contudo, a falta ou deficiência de alegações quando do encerramento da instrução preparatória nos processos de competência do

³⁹ FERNANDES *apud* BRASIL, *ibid.*

Tribunal do Júri (art. 406 do CPP). *É que nessa oportunidade não se discute ainda o mérito da causa, mas tão-somente a admissibilidade da acusação* a ser submetida à apreciação dos jurados, sendo suficientes, para tanto, a prova de materialidade do crime e a existência de indícios suficientes de autoria (art. 408, caput, do CPP); assim, *constitui adequada tática da acusação e da defesa deixarem os argumentos de que dispõem para apresentação no plenário, ocasião em que poderão surtir melhor efeito, por não serem previamente conhecidos pela parte adversária*. (As nulidades no processo penal. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 243).

O extenso voto colacionado acima, em suma, apresenta a divergência jurisprudencial da época, acerca da decretação de nulidade quando da não apresentação de alegações finais no júri, das contra-razões e contrariedade ao libelo, pois se encontrava a opção no âmbito da estratégia defesa, até porque a deficiência de defesa apenas geraria uma deficiência relativa, que exigiria a comprovação do prejuízo (art. 563 CPP) e pela característica da voluntariedade recursal. Assim, adverte o voto que, por si só, não há nulidade na falta de peça defensiva, entretanto, pode restar evidenciada aquela, quando realmente, no caso concreto, restar o réu indefeso e prejudicado.

Importante consignar que, no rito comum^{40 41}, à luz das disposições anteriores a Reforma do CPP de 2008^{42 43}, as reiteradas decisões a favor da nulidade por falta de alegações finais têm como fundamento a inexistência de sustentação de teses surgidas diante da fase instrutória do processo, sendo proferida decisão sobre o mérito sem qualquer intervenção da defesa técnica, ou seja, quando o réu era condenado sem a defesa levantar qualquer tese. Evidente, nesse caso, que não foi assegurado ao réu o exercício da ampla defesa

⁴⁰ BRASIL. *Habeas Corpus nº 92.680-1/SP*. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=523367>>. Acesso em: 06 junho 2011.

⁴¹ BRASIL. *Habeas Corpus nº 95.667*. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612773>>. Acesso em: 06 junho 2011.

⁴² BRASIL. *Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11689.htm>. Acesso em: 06 junho 2011.

⁴³ BRASIL. *Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm>. Acesso em: 06 junho 2011.

constitucional, não restando outra saída senão declarar a nulidade do processo, pois o réu estava indefeso⁴⁴.

Antonio Scarance Fernandes⁴⁵ assevera, para que a defesa seja ampla como exige o texto constitucional, que:

[...] não se deve prescindir da defesa nos momentos culminantes do processo, como sucede nas alegações finais e nas razões de recurso ou quando se produza prova relevante.

Assim, se de alguma forma o defensor de confiança do acusado não realizar algum desses atos relevantíssimos, incumbe ao juiz nomear substituto, ainda que provisoriamente ou só para o ato, tendo inteira aplicação o art. 265, parágrafo único, do CPP. (...) Não deve ser aplicado apenas aos atos instrutórios, mas também aos atos em que o defensor se pronuncia sobre a prova (alegações finais) ou sobre a sentença final (razões ou contra-razões de recurso).

(...) O fato de ter o réu defensor constituído, ou de ter sido nomeado advogado para sua defesa, não é suficiente. *É preciso que se perceba, no processo, atividade efetiva do advogado no sentido de assistir o acusado.*

De acordo com o doutrinador, as alegações finais no Júri – hoje, alegações orais do art. 411, §4º, do CPP, também seriam imprescindíveis, pois ocorre em momento culminante, na iminência de uma decisão meritória, uma vez que comporta, além da análise da admissibilidade da acusação, a desclassificação, por não se tratar o fato de crime doloso contra a vida ou a absolvição sumária do art. 415 do CPP.

A obrigatoriedade das alegações orais, portanto, repercute na dispensabilidade da resposta à acusação, tendo em vista que, sendo essa apresentada ou não, na forma do art. 406, *caput* e §3º, do CPP, haverá necessariamente o enfrentamento de teses defensivas, o que deixa claro que a resposta à acusação seria dispensável, ficando a cargo da estratégia de defesa seu aforamento ou não. Assim, é inconteste que a regra do art. 408 do CPP não está em consonância com a sistemática atual apresentada pelo código, mais especificamente no que diz respeito aos art. 394, §2º e §3º, do mesmo diploma.

⁴⁴ Enunciado nº 523 da Súmula do Supremo tribunal Federal: No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu. BRASIL. *Enunciado nº523 da Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal*. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_501_600>. Acesso em: 06 junho 2011.

⁴⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 298- 299.

Por todo o exposto, a resposta à acusação do Júri deve ser concebida como a antiga defesa prévia, peça opcional, que tem por finalidade precípua o arrolamento de testemunhas, atividade que não restará preclusa, diante da nova oportunidade prevista no art. 422 do CPP. Não é por outra razão que propomos uma releitura dos art. 406 e 408 CPP.

CONCLUSÃO

Nestas breves linhas, cuidou-se de delinear o histórico a partir do qual surgiu o que hoje conhecemos como Tribunal do Júri, apontando o dissenso no que tange a sua origem. No Brasil, a Lei de 18 de junho de 1922 instituiu o Júri, que permanece até a vigente Constituição, restrita, atualmente, aos crimes dolosos contra vida e a esses conexos, encontrando-se a disciplina infraconstitucional traçada nos art. 406 a 497 do Código de Processo Penal.

Em seguida, foram apresentados os sistemas de apreciação de provas, declinando que o ordenamento jurídico brasileiro lida com dois deles: o da persuasão racional, e excepcionalmente, o da íntima convicção..

Como pressuposto de todo trabalho, justificou-se a inaplicabilidade do art. 394, §4º do CPP, afastando a incidência das normas do rito comum, relativas aos art. 396, 396-A, 397 e 398 do CPP, do rito dos crimes dolosos contra a vida, para então concluir pela dispensabilidade da peça privativa da defesa técnica chamada de resposta à acusação, que teria natureza de ato processual facultativa de defesa técnica, conforme a estratégia adotada pelo defensor do acusado.

No mesmo contexto, foi destacada a impropriedade da aplicação de qualquer sanção para o acusado que não tem a peça apresentada por seu defensor, e tampouco da nomeação compulsória de defensor público ou defensor dativo para seu oferecimento.

Por fim, lançou-se mão da jurisprudência anterior a Reforma do Processo Penal – Leis nº 11.689/08 e nº 11.719/08 – e a partir dos fundamentos das decisões propomos a releitura dos art. 406 e 408 do CPP, no sentido de afastar a interpretação meramente literal, de modo a sedimentar a natureza de ato processual facultativo e privativo de defesa técnica, idêntico a antiga defesa prévia.

Ante a tudo que já foi exposto, não dúvidas que a decisão sobre o oferecimento da resposta à acusação, no rito do Júri, fica a cargo da estratégia adotada pela defesa técnica acerca da valia ou não de se antecipar as teses defensiva naquele caso concreto.

REFERÊNCIAS

ANGHER, Anne Joyce. *Vade mecum acadêmico de direito*. 4. ed. São Paulo: Rideel, 2007.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Código de processo penal anotado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 06 junho 2011.

BRASIL. *Enunciado nº523 da Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal*. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_501_600>. Acesso em: 06 junho 2011.

BRASIL. *Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11689.htm>. Acesso em: 06 junho 2011.

BRASIL. *Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm>. Acesso em: 06 junho 2011.

BRASIL. *Habeas Corpus nº 124429*. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1018798&sReg=200802816680&sData=2010112>. Acesso em: 06 junho 2011.

BRASIL. *Habeas Corpus nº 179134/SP*. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Haroldo Rodrigues. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1035632&sReg=201001280580&sData=20110309&formato=PDF>. Acesso em: 06 junho 2011.

BRASIL. *Habeas Corpus nº 179134/SP*. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Haroldo Rodrigues. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=979619&sReg=200702443730&sData=20100701&formato=PDF>. Acesso em: 06 junho 2011.

BRASIL. *Habeas Corpus nº 92.680-1/SP*. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC &docID=523367>>. Acesso em: 06 junho 2011.

BRASIL. *Habeas Corpus nº 95.667*. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612773>>. Acesso em: 06 junho 2011.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 11. ed. Salvador: Podivum, 2009. v.1.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FRANCO *apud* MOSSIN, Heráclito Antônio. *Júri: crimes e processo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010.

LACERDA, Dennis Otte. *Breve Perspectiva da prova indiciária no processo penal*. 21. ed. Curitiba: JM Livraria, 2006.

MARQUES, José Frederico. *A Instituição do Júri*. São Paulo: Bookseller, 1997.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. São Paulo: Atlas, 1995.

MOSSIN, Heráclito Antonio. *Júri: crimes e processo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

POLASTRI, Marcellus. *Manual de Processo Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TÁVORA, Nestor; ARAÚJO, Fabio Roque; SILVA, Davi Castro. *Código de processo penal: para concursos*. Salvador: JusPodivm, 2010.