

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CRIMINAL DA
COMARCA DE EUNÁPOLIS- ESTADO DA BAHIA.

Ação Penal nº [NÚMERO]

[NOME COMPLETO DO(A) ASSISTIDO(A)], já qualificado nos autos do processo em epigrafe, por intermédio da Defensoria Pública do Estado da Bahia, apresentada pelo membro subscritor, em cumprimento às atribuições institucionais previstas no art. 134 da Constituição da República c/c Lei Complementar nº 80/94 e Lei Complementar Estadual 26/2006, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, com esteio no sistema de garantias estruturado na Constituição Federal e Códigos Penal e Processual Penal, apresentar **DEFESA PRÉVIA**, nos termos do artigo 55, da Lei 11.343/2006.

PRELIMINAR: DA NULIDADE DA NOTIFICAÇÃO:

Inicialmente, observa-se que a notificação do Acusado deu-se por meio do aplicativo whatsapp, muito embora não haja previsão legal para tal espécie de ato. Senão vejamos.

O artigo 55 da Lei 11.343/06 disciplina a notificação do réu no âmbito dos crimes abrangidos por aquele diploma legal:

Art. 55. Oferecida a denúncia, o juiz ordenará a notificação do acusado para oferecer defesa prévia, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

Como se vê, a Lei estabelece, de forma clara, que a notificação será pessoal, sem qualquer alusão à realização do ato via aplicativo de conversa telefônica ou qualquer outro meio tecnológico.

Portanto, a ausência de previsão legal de notificação que não seja realizada de forma pessoal (diga-se presencial), não é uma omissão, passível de suprimento, mas uma opção legislativa (silêncio eloquente).

A opção legislativa por priorizar a modalidade de notificação/citação pessoal decorre do fato deste ato de comunicação ser o de maior importância do rito processual, vez que efetiva o direito ao contraditório (no aspecto do direito de ser informado), além de garantir condições para o exercício da ampla defesa. Em suma, trata-se de ato que constitui verdadeira garantia para o réu.

Neste sentido, são os ensinamentos dos juristas Eugênio Pacelli e Aury Lopes Jr., respectivamente:

“A citação é, portanto, modalidade de ato processual cujo objetivo é o chamamento do acusado ao processo, para fins de conhecimento da demanda instaurada e oportunidade do exercício, desde logo, da ampla defesa e das demais garantias individuais.

A relevância da questão penal e, sobretudo, das consequências que poderão advir quando procedente a pretensão punitiva impõe **maior cautela no tratamento da citação, que, como regra, deverá ser pessoal, por mandado.**” Grifo nosso. (PACELLI, Eugênio. Curso de Direito processual penal. 24 ed. Atlas: 2020, pag. 760).

“A citação no processo penal é um ato da maior importância, pois dela depende diretamente a **eficácia do direito fundamental do contraditório e, posteriormente, da ampla defesa.**

Trata-se de comunicação ao réu da existência de uma acusação, dando-lhe assim a “informação” que caracteriza o primeiro momento do contraditório.

A partir dessa informação, cria-se a necessária condição de possibilidade para eficácia do direito de defesa pessoal e técnica. (...)

Daí por que é a citação uma garantia para o réu, solto ou preso, **acarretando a invalidade processual (art. 564, III, “e”, do CPP) qualquer violação à forma prescrita. Grifo nosso.** (LOPES JR. Aury. Direito processual penal. 17ª Ed. 2020, pag. 845)

Ademais, o legislador pátrio reiterou o posicionamento acima, ao vedar a modalidade de citação por meio eletrônico nos processos criminais, quando do advento da Lei de Informatização do processo (Lei 11.419/2006). Vejamos:

Art. 6º Observadas as formas e as cautelas do art. 5º desta Lei, as citações, inclusive da Fazenda Pública, **excetuadas as dos Direitos Processuais Criminal e Infractional**, poderão ser feitas por meio eletrônico, desde que a íntegra dos autos seja acessível ao citando.

Assim, a calamidade pública decorrente da pandemia, AINDA QUE EXCEPCIONAL, não altera as previsões constitucionais e legais.

Com efeito, a Constituição Federal, em seu art. 22, I, prevê que é competência privativa da União legislar sobre processo penal, sendo, inclusive, vedada a edição de medida provisória para disciplinar a matéria (art. 62, §1º, I, “b”). Dessa forma, apenas o Congresso Nacional possui atribuição constitucional para fixar procedimentos e atos processuais na área processual penal.

Ora V. Excelência, a defesa não ignora os prejuízos decorrentes da suspensão dos atos processuais, tampouco a importância de se buscar alternativas tecnológicas para o período de exceção. Ocorre que é dever da Defensoria Pública a defesa dos Direitos Humanos e a observância às garantias constitucionais e processuais, **não podendo deixar de agir quando um ato implique em risco de lesão ou lesão aos direitos de assistido(a)s.**

Assim, ainda que o Ato Conjunto nº 007 de 2020, o Decreto Judiciário nº 276/2020 do Tribunal de Justiça da Bahia e a Resolução nº 329/2020 do CNJ, tenham por escopo garantir a razoável duração dos processos, finalidade também colimada pela nossa instituição, o referido ato ofende garantias processuais de acusado(a)(s) e as normas constitucionais de definição de competências, razão pela qual deve ser rechaçado.

Outrossim, importa pontuar que **o art. 16, §1º do Decreto Judiciário nº 276/2020 do Tribunal de Justiça da Bahia, limita-se a admitir a via eletrônica apenas para a intimação da audiência de instrução**. Algo que se explica, por óbvio, dada a notória distinção entre os dois atos de comunicação, em razão do momento, finalidade e repercussões processuais.

Logo, o referido ato de notificação/citação é ilegal por total ausência de previsão legal e violação ao art. 6º da Lei 11.419/2006, bem como padece de inconstitucionalidade, visto que extrapola a mera regulamentação infralegal de procedimentos e atos previstos no Código de Processo Penal.

Destarte, a notificação de fls. 55 deve ser reconhecida como NULA por falta de fórmula essencial (art. 564, III, “e” do CPP), e equivale àquela não realizada. Nesse sentido:

Como destaca Espínola Filho, “considera-se perfeitamente equivalente à falta de citação, notificação ou intimação, a feita por forma diversa da prevista em lei”. A citação é ato formal, cuja subsistência depende da perfeição dos requisitos estabelecidos para a sua execução. A citação é premissa para o exercício da ampla defesa e do contraditório, e requisito necessário para que se tenha um devido processo legal”. (BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 378).

Nota-se que a essência do ato de notificação é o da PESSOALIDADE, ou seja, aquele que vai se tornar réu no processo penal deve

ter ciência INEQUÍVOCA da acusação que lhe é imputada, a fim de que possa exercer seu direito à ampla defesa e ao contraditório.

O sistema de justiça deve lidar com a certeza ABSOLUTA que o réu foi informado das acusações que lhe recaem. No caso em tela, a certidão de fl. 55 não traz elementos que informam ter havido confirmação dos dados pessoais de quem respondeu às mensagens de whatsapp, muito menos foi colhida foto do rosto, no formato “selfie”, segurando o documento de identificação (RG ou CNH), o que impede certificar ter sido o réu, e não outra pessoa, que efetivamente foi comunicado da notificação.

Desta feita, a ausência de quaisquer diligências confirmatórias da identificação do acusado e do acesso efetivo ao conteúdo do ato notificatório, constitui, por si só, prejuízo concreto às garantias do contraditório e da ampla defesa, suficientes para nulificarem, em caráter absoluto, a presente notificação.

Ante o exposto, pugna a defesa que seja invalidade a notificação já realizada, sendo refeita nos termos da lei, sob pena de nulidade de todos os atos que lhe sejam posteriores.

DO MÉRITO:

O Defensor Público não tangenciará o mérito, resguardando-se para o momento das alegações finais.

Com efeito, ainda que, em tese, seja interessante a apresentação de conteúdo defensivo propriamente dito em sede de defesa preliminar, considerando a possibilidade de rejeição da denúncia de plano, entende respeitável parcela da doutrina, em corrente com franca ascensão, que, taticamente, para a Defesa, esta não é a melhor opção. Veja o entendimento do festado Jorge Vicente Silva:

“A utilização da defesa tática, como já vimos, não quer dizer que, neste momento, a defesa tenha que debater todas as matérias de fato e de direito que sejam desfavoráveis ao acusado. Para não alertar a acusação, pode utilizar-se da tática de omitir-se de argüir uma ou algumas, para no momento próprio e oportuno apresentá-las. Isto não representa vício ou deslealdade processual, mas sim, esperteza do defensor, o que, além de permitido, é também elogiável. Assim, basta que apresente a defesa por negativa geral, e expressamente afirme que deixará para oportunidade posterior discutir essas matérias (...).” (Comentários à Nova Lei Antidrogas – Manual Prático: Direito Material e Processual Penal. Jorge Vicente Silva. Curitiba, Ed. Juruá, 2006, p. 249).

Assim, não havendo qualquer matéria sujeita à preclusão a ser alegada neste momento, e podendo a Defesa resguardar-se para somente apresentar suas razões de mérito ao final do procedimento, por estratégia processual e para que o conteúdo defensivo seja elaborado com mais vigor ante as provas que virão aos autos durante a instrução processual, deixa de deduzir, por hora, considerações acerca do mérito, limitando-se a registrar que os fatos não se deram da forma como narrados pelo Ministério Público, o que restará demonstrado ao final. Por fim, a Defesa arrola as mesmas testemunhas da acusação.

Termos em que pede deferimento.

Eunápolis, 16 de novembro de 2020.

Victor Rego
Defensor Público