

A INCOMPATIBILIDADE DA SÚMULA 330 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Karoline Perin da Costa ¹

Eduardo Fernandes Pinheiro ²

RESUMO

O presente estudo teve como objetivo estudar sobre a incompatibilidade da súmula 330 do STJ com a Constituição Federal de 1988. É inevitável em uma tentativa de estabelecerem-se as linhas mestras conceituais de qualquer ciência, que se descrevam suas fronteiras a modo de evitarem-se confusões com noções que lhes são correlatas. No caso do Direito – e de seus ramos que gozam de autonomia conceptual, os marcos definidores tangenciam, inescapavelmente, a (vasta e, até mesmo, infável) noção de Justiça. Afinal, é do senso comum pensar-se no Direito como um vetor de realização da Justiça, que nem sempre se cumpre, contudo, pela reta aplicação das regras legais, já que estas podem ser insuficientes ou lacunosas em relação à solução que se pretenda dar a um problema jurídico. Ao contrário do princípio do acusatório, que é apenas depreendido, a Constituição prevê de maneira expressa o princípio do devido processo legal no inc. LIV, do art. 5º, ao dispor que nenhuma pessoa será despojada da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Palavras-chave: Direito Penal. Princípios. Processo. Contraditório. Ampla Defesa. Súmula 330 – STJ.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade medieval era constituída por uma pluralidade de agrupamentos sociais, cada qual dispondo de um ordenamento jurídico próprio. O direito era considerado um fenômeno social, ainda não estatal, mas produzido pela própria sociedade. Com a formação do Estado moderno, este passa a concentrar em si todos os poderes, em primeiro lugar, de criação dos direitos, depois, de solucionar os conflitos advindos da violação destes direitos. ³

¹UNIVAG – Centro Universitário. Área do Conhecimento de Ciências Sociais Aplicadas. Curso de Direito. Aluna da disciplina TCC II, turma DIR 13/2 C. E-mail: karoline_perin@hotmail.com

²UNIVAG – Centro Universitário. Área do Conhecimento de Ciências Sociais Aplicadas. Curso de Direito. Especialista em Direito Processual Penal, Direito Penal e criminologia. Orientador. Email: efernandespinheiro@gmail.com

³PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. **Novo Processo Civil Brasileiro**. 2 ed. - Revista e Atualizada de Acordo com o Novo CPC e a Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista). Curitiba: Juruá, 2017, p. 29.

A discussão contraditória é elementar ao sistema de processo acusatório. E é pelo contraditório, abrigado no art. 5º, LV, da Constituição, que se observa a concretização da relação processual na forma de triangulação: as participações da acusação e do réu perfectibilizam-se mediante a ouvida sucessiva de ambos pelo Juiz. Desta forma, quando o Ministério Público endereçar um pedido ao magistrado, este ouvirá a defesa para, somente depois, proferir uma decisão no processo.⁴

O Direito – e, obviamente, o Direito Processual Penal –, carrega preceitos jurídicos de natureza positiva e normativa, social e geral, prescrevendo regras que visam a tornar o convívio e as relações entre os indivíduos da comunidade aceitáveis e o mais idealmente livres de conflitos. Por isso, também se diz que a regra (positiva) do Direito prefigura o dever-ser que vincula os membros da comunidade. Mas quando se nega, por meio da conduta diversa à prescrição legal, o dever-ser, ou seja, quando se desobedece à regra, o Direito já terá estabelecido fórmulas para a dissolução problemática, que são exigíveis, impositivas e coercivas.

A separação das normas jurídicas em regras e princípios, estes com as qualidades de força normativa e vinculatividade próprias das normas, é uma concepção central ao neoconstitucionalismo. Os princípios jurídicos já não mais admitem a aplicação como meras fontes normativas subsidiárias, dotados simplesmente daquelas funções marginais de completar os espaços deixados pelas regras ou contribuir na interpretação do significado e alcance das disposições normativas. Sua posição passa a ser central e fundamental à própria concepção de sistema jurídico.⁵

Os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa têm por escopo garantir aos indivíduos sua dignidade e seu direito de defesa em qualquer procedimento onde sua esfera jurídica possa ser ameaçada. A Súmula 330 do Superior Tribunal de Justiça aponta ser desnecessária a resposta antecedente examinado no artigo 514, do Código de Processo Penal, na tutela penal disciplinada através do inquérito policial. Usualmente como é de conhecimento o ordenamento penal pátrio não prediz a eventualidade da defesa preliminar que acontece anterior ao acolhimento ou recusa da peça acusatória.⁶

⁴GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Processo Penal**. 2 ed. Revista e Atualizada. Curitiba: Juruá, 2018, p. 98.

⁵CRISTOVAM, José Sérgio da Silva. **Princípios Constitucionais**. 2 ed. Revista e Atualizada. Curitiba: Juruá, 2016, p. 27.

⁶MACIEL, Silvío. **Súmula 330 do STJ**: violação dos princípios do devido processo criminal, do

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A Constituição consiste num complexo de normas estabelecedoras da estrutura e da organização do Estado, bem como das limitações de suas atividades, elaborada pelo parlamento investido do poder constituinte. De uma maneira geral, a constituição, como diploma de grau máximo do ordenamento jurídico-positivo, tem por objetivo tratar das normas sobre as funções e a organização dos três poderes, abordar o processo pelo qual as leis serão criadas, traçar os princípios básicos do ordenamento e as regras de racionalização do poder, instituir um Tribunal com competência para preservar a força da constituição e, *last but not least*, resguardar os direitos fundamentais da pessoa humana.⁷

Qualquer movimento jurídico, de uma autoridade pública ou de um particular, supõe a existência de uma pluralidade de normas muito diferentes. Sejam as normas de aplicação imediata, como é o caso das civis, administrativas ou penais, por exemplo; ou aquelas que regulam o próprio procedimento de aplicação e também aquelas que estabelecem quais as autoridades competentes para cada caso ou para resolver os conflitos de aplicação.⁸

Todas estas normas jurídicas só serão válidas se houverem sido aprovadas segundo os procedimentos regulados em normas jurídicas anteriormente criadas: o Código Civil ou o Código Penal são válidos porque foram aprovados pelo Poder Legislativo respectivo e, segundo o procedimento previsto no regimento interno daquela casa legislativa. “Continuando a cadeia normativa, os membros do Poder Legislativo foram eleitos de acordo com um conjunto de normas jurídicas que estabeleceram os critérios para o voto e a representação política”.⁹

O constitucionalismo pretendeu – e pretende – organizar e reformar o Estado e não, de modo algum, suprimi-lo. Por esta razão, os regulamentos que pretendeu introduzir para os Poderes Públicos referiam-se aos poderes do Estado,

contraditório e ampla defesa. Disponível em: <https://silviomaciel.jusbrasil.com.br/artigos/121819105/sumula-330-do-stj-violacao-dos-principios-do-devido-processo-criminal-do-contraditorio-e-ampla-defesa>. Acesso em: 07 jun. 2018.

⁷PINHEIRO NETO, Othoniel. **Curso de Direito Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 24.

⁸CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 21.

⁹Ibidem, p. 21.

herdados, em muitos casos, do Antigo Regime (Rei, Parlamentos, tribunais etc.), e a garantia almejada da liberdade dos cidadãos dentro e em relação a este mesmo Estado.¹⁰

As normas de Direito Constitucional, praticamente sem exceção, descrevem como Estado à forma de organização política da Sociedade. Inclusive quando, a partir do segundo quarto do século XX, surgiram constituições que ampliaram o raio de ação das normas constitucionais.¹¹

Da simples leitura da Constituição Federal vigente, pode-se notar que os denominados princípios fundamentais foram consignados já no Título I da Carta Magna pátria, antes mesmo da enumeração dos direitos e garantias fundamentais, cujo rol foi elencado no Título II do texto constitucional. Referido Título I, que trata dos princípios fundamentais albergados pela Lei Maior, é composto por quatro artigos.¹²

O termo “princípio” vem do latim *principium* ou *principii*, aludindo à ideia de início, base ou origem. Como já se pode perceber no atual estágio do direito constitucional, vive-se na era dos princípios. Princípio significa origem, início das coisas, operando também como condição de validade dos demais institutos que integram determinada ciência, incluindo a área jurídica.¹³

Cumprir destacar que os princípios do direito dão ao ordenamento jurídico estrutura e coesão, especialmente diante de lacunas deixadas pelas regras. Observe-se, ainda, que alguns princípios possuem maior abrangência do que outros. Os princípios constitucionais, por exemplo, possuem mais capilaridade e representam os valores mais expressivos da comunidade eleitos ao longo do tempo, podendo servir também de fundamentos para os princípios setoriais nos mais diversos ramos jurídicos. Eles estão espalhados por todo o texto constitucional e aparecem até no preâmbulo da Constituição Federal de 1988 – princípios da liberdade, da segurança, do bem-estar, do desenvolvimento, da igualdade e da justiça.¹⁴

¹⁰PINHEIRO NETO, Othoniel. Op. Cit., p. 24.

¹¹Ibidem, p. 25.

¹²DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. Revista e Atualizada. Curitiba: Juruá, 2017, p. 144.

¹³PINHEIRO NETO, Othoniel. Op. Cit., p. 82.

¹⁴Ibidem, p. 82.

Segundo Canotilho, a Constituição possui regras e princípios com diferentes graus de concretização e de densidade normativa, de modo que um princípio mais aberto é concretizado por um princípio mais restrito.¹⁵

Os princípios constitucionais fundamentais são aqueles que revelam a essência do Estado brasileiro e dos valores mais caros ao seu povo, fornecendo aos destinatários de suas normas as diretrizes para a produção e a interpretação de todas as demais normas (constitucionais e infraconstitucionais) que compõem o ordenamento jurídico, garantindo a unidade destas e também a manutenção do Estado Democrático de Direito.¹⁶

Ademais, todas as demais normas da Constituição Federal deverão ser interpretadas levando em conta os princípios fundamentais ali consignados, não podendo admitir-se, por exemplo, uma interpretação que desrespeite a separação funcional do poder, expressamente prevista no art. 2º, da Carta Magna. Na mesma toada, não poderão ser editadas emendas constitucionais, e também normas infraconstitucionais, que não respeitem o modelo de Estado Federal adotado pelo Brasil, notadamente seu caráter indissolúvel e as competências fixadas para cada uma das unidades federadas.¹⁷

A Constituição de 1988 ampliou consideravelmente o catálogo dos direitos e garantias fundamentais, desdobrando-se o art. 5º em 78 incisos, o último acrescentado ao texto constitucional pela EC 45/04, quando, pela Emenda Constitucional 1, de 1969, a matéria era tratada em 36 parágrafos, que integravam o art. 153.¹⁸

De fato, os direitos fundamentais têm como visto tem caráter universal, e deles serão destinatários todos os que se encontram sob a tutela da ordem jurídica brasileira, nos limites da soberania nacional, pouco importando se são nacionais ou estrangeiros.¹⁸

¹⁵CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7 ed., 16 reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.160.

¹⁶DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. Op. Cit., p. 145.

¹⁷Ibidem, p. 145.

¹⁸BRASIL, República Federativa do. **Código Civil, Código Processual Civil, Código Comercial, Constituição Federal, Legislação Civil e Empresarial**. 12 ed. Organização de texto por Youssef Said Cahali. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 231.

¹⁸DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. Op. Cit., p. 145.

Os princípios constitucionais, e dentre eles, como não poderia deixar de ser, o princípio do devido processo legal, são a expressão dos valores fundamentais da Sociedade criadora do Direito. Trata-se, portanto, de poderoso instrumento a serviço da ética e da justiça, enfim, dos escopos do processo jurisdicional, com destaque para os aspectos axiológicos que o permeiam.¹⁹

Decorrente lógica do reconhecimento constitucional do direito ao devido processo legal é a garantia ao contraditório e à ampla defesa.

3 DEVIDO PROCESSO LEGAL

Conforme leitura do art. 5º, LIV, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.²⁰

A importante garantia foi pela primeira vez introduzida na América Latina por meio das Constituições do Brasil, em 1824, da Argentina, em 1853, e do México, em 1857. Nesse mister, a Constituição de 1824, em seu art. 179, XI, prescreveu que “Ninguém será sentenciado, senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na forma por ela prescrita”.²¹

O processo moderno, este que é ambientado em um Estado democrático de Direito, incrementa a regra da legalidade, sistematizando uma série de normas legais que darão corpo a uma Magna Carta para todo cidadão submetido à persecução criminal. Ou seja, tornará claras as regras do jogo, definindo a atuação persecutória do Estado que pode culminar com a afetação de algum bem jurídico da pessoa submetida ao processo.²²

3.1 Princípio do devido processo legal

Isto implica reconhecer, em primeiro lugar, que o princípio do devido processo legal é convocado a intervir para potenciar direitos e garantias fundamentais da pessoa. Por meio do equacionamento de uma questão

¹⁹CRUZ, Paulo Márcio; GOMES, Rogério Zuel. **Princípios Constitucionais e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 72.

²⁰PINHEIRO NETO, Othoniel. Op. Cit., p. 469.

²¹Ibidem, p. 470.

²²GUIMARÃES, Isaac Sabbá. Op. Cit., p. 82.

problemática, o devido processo legal otimizará, o direito à liberdade (se o ato determinado pelo Juiz não obedecer ao regramento processual, não haverá vez para supressão da liberdade), ou o direito ao patrimônio (que só será atingido, por meio de uma busca e apreensão, de sequestro, de perdimento, se os operadores jurídico que manejam o processo concretizarem os comandos legais).²³

Em segundo lugar, este princípio significará a limitação da atuação do Estado, de modo que os fins persecutórios não sejam obtidos por quaisquer meios. Isto significa que, num Estado democrático de Direito, os abusos sejam não só proibidos, como, também, punidos. Dessa forma, a demonstração de um fato com a utilização de meio de prova ilícito, em razão de dissimulação ou outro expediente que induza o réu a confessar aquilo que não pretendia, não pode ser admitida por colocar em causa o devido processo legal.²⁴

Como sintetiza Rangel, este princípio acaba por presidir os demais que estruturam o processo. Assim, entrelaçam-se com o princípio do devido processo legal o do contraditório, o da igualdade de partes, o da presunção de inocência etc. Mas, em boa verdade, um enfoque mais detido sobre o princípio, nos permitirá entendê-lo como étimo fundante material do processo, por isso não excluindo os aspectos axiológicos que dizem respeito aos direitos e garantias fundamentais (incluindo os que se referem à coletividade, destinatário último da realização do processo).²⁵

O devido processo legal potencializa a concretização de um processo material, em que certos valores ético-jurídicos devem ser observados pelos sujeitos ou intervenientes processuais, mantendo o equilíbrio entre estes. Assim, afetaria drasticamente o processo, uma atuação judicial parcial, ou tendente a favorecer a acusação.²⁶

3.2 Princípio do contraditório

A discussão contraditória é elementar ao sistema de processo acusatório. E é pelo contraditório, abrigado no art. 5º, LV, da Constituição, que se observa a concretização da relação processual na forma de triangulação: as participações da

²³GUIMARÃES, Isaac Sabbá. Op. Cit., p. 82 – 83.

²⁴Ibidem, p. 83.

²⁵RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 5.

²⁶GUIMARÃES, Isaac Sabbá. Op. Cit., p. 83.

acusação e do réu perfectibilizam-se mediante a ouvida sucessiva de ambos pelo Juiz. Desta forma, quando o Ministério Público endereçar um pedido ao magistrado, este ouvirá a defesa para, somente depois, proferir uma decisão no processo.²⁷

Na base do que se possa entender como processo está o princípio do contraditório. A sua compreensão decorreu do desenvolvimento da ciência do processo, mais especificamente quando se passa a visualizar a *ratio distinguendi* entre processo e procedimento e a estrutura dialética.²⁸

O contraditório é a possibilidade que a parte deve ter para se manifestar durante o processo, ou seja, apresentar sua contra-hipótese, mas não só, o direito de se manifestar durante todo o processo. Isso se dá com a distinção do contraditório em dois momentos: na informação e na reação. No primeiro, de caráter obrigatório, sob pena de violação ao contraditório; no segundo, de natureza facultativa, como parte da estratégia defensiva. Agir ou permanecer em silêncio pode corresponder à perda ou ao aproveitamento de uma chance, visando à possível captura psíquica do julgador, sendo que a mencionada reação depende da conveniência da parte, diferente do primeiro momento.²⁹

O tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decretou nulidade processual por violação ao contraditório, conforme observado no julgado abaixo:

Apelação crime. Preliminar acolhida. Defeito processual insanável. 1. O processo padece de defeito processual insanável, por não ter o acusado sido conduzido à audiência de instrução, embora preso, sendo-lhe decretada à revelia. Por isso, não foi interrogado ocasionando cerceamento da autodefesa negativa, (direito constitucional de silêncio) ou positiva (apresentação de sua versão para o fato). 2. Por estar recolhido ao cárcere (mesmo que por outro processo), não poderia o imputado comparecer à solenidade de instrução, de forma voluntária e espontânea, viciando o processo a partir desse ato processual. 3. Nessa esteira, a sentença e, antes dela, a própria produção da prova oral sem a presença do acusado (por não ter havido a devida condução) padecem de defeito processual insanável, por violação do contraditório e da ampla defesa, devendo, tais atos serem refeitos. 4. Parecer do Ministério Público, pela nulidade do processo. Preliminar acolhida.³⁰

Na Constituição Federal, o princípio do contraditório encontra respaldo no caput do artigo 5º e no seu inciso LV; o caput assegura o tratamento igualitário

²⁷GUIMARÃES, Isaac Sabbá. Op. Cit., p. 98.

²⁸SILVA, Edimar Carmo da; URANI, Marcelo Fernandez. **Direito Processual Penal Acusatório**. 2 Ed. Revista e Atualizada. Curitiba: Juruá, 2017, p. 30.

²⁹Ibidem, p. 30.

³⁰Ibidem, p. 30.

(equality of arms), o que só existe na razão do contraditório, um não tem existência sem o outro. É a paridade de armas, de modo que as chances de uma parte correspondem ao contra-direito da parte adversa, sob pena de um tratamento desequilibrado, pendendo a balança processual em favor de uma das partes.³¹

O contraditório como essencial à configuração do processo é um dos componentes democráticos do processo, ele propicia que as partes não fiquem excluídas do poder de fala, na qual a controvérsia complete a ideia do contraditório. Apesar de aparentemente pacífica, a ideia do contraditório, na prática, não se apresenta assim, especialmente quando se aborda a investigação preliminar, sendo certo que o aprofundamento do tema exigiria um trabalho específico, porém, não se pode deixar de fazer algumas considerações.³²

A doutrina brasileira, guiada por vezes pelo senso comum teórico, discorre que não há contraditório na investigação preliminar, e muito se justificaria sob o motivo que não se trataria de processo e sim de procedimento, o que até é possível concordar, e nada mais. Contudo, quando se trata de investigação e há nela alguém como investigado, é porque há uma imputação.³³

Conseqüentemente, aparece a Constituição Federal de 1988 no artigo 5º, inciso LV, dispondo que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.³⁴

De onde se pode retirar duas considerações que impõem o contraditório na fase preliminar. Primeiro que o inciso LV não faz distinção entre processo ou procedimento; num segundo momento, cita os acusados, e mais claramente fala aos acusados em geral. Segundo, não há margens a dúvidas de que no inquérito policial deva ser efetivado o contraditório, por expressa disposição constitucional, não há interpretação que possa ser feita que restrinja o contraditório na fase preliminar, até

³¹SILVA, Edimar Carmo da; URANI, Marcelo Fernandez. Op. Cit., p. 31.

³²FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução de Elaine Nassif. 8 ed. Campinas: Bookseller, 2006, p. 119.

³³SILVA, Edimar Carmo da; URANI, Marcelo Fernandez. Op. Cit., p. 31.

³⁴PAULINO, Sílvia Campos. Os pressupostos constitucionais do contraditório e da ampla defesa nos processos administrativos fiscais. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10512&revista_caderno=26>. Acesso em: 07 jun. 2018.

porque em tema de direitos e garantias fundamentais a interpretação é a favor da liberdade.³⁵

Cumprido destacar que o procedimento nos ritos ordinário e sumário, após oferecida a denúncia pelo Ministério Público ao magistrado, este terá apenas duas alternativas, receber a denúncia ou rejeitá-la. Caso este a receba, será citado o acusado para no prazo de 10 dias apresentar a resposta à acusação. Após apresentada a resposta à acusação, poderá o magistrado acatar, onde se encerrará o processo, como também poderá o magistrado não aceitar a resposta à acusação e proceder com a denúncia. Nesse caso será marcada a audiência de instrução e julgamento, onde ouvem-se as testemunhas, ouvem-se também as partes envolvidas no processo, nos termos do artigo 400 do Código de Processo Penal. E, ao final partirá para as alegações finais. A outra alternativa que tem o magistrado é rejeitar a denúncia, a denúncia será rejeitada com base nos termos do artigo 395 incisos I, II e III do Código de Processo Penal. Quando a denúncia ou queixa for inepta, não respeitando o artigo 41 do Código de Processo Penal. Onde não descreve o fato em todas as suas circunstâncias e não permite ao réu se defender, pois não tem conhecimento total da acusação. Outra hipótese que poderá o magistrado rejeitar a denúncia será quando faltar justa causa para o exercício da ação penal, que é quando não há indícios de materialidade e de autoria e, também deverá o magistrado rejeitar a denúncia quando faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal.

Em divergência ao trâmite que se dá ao crime afiançável cometido por servidor público no exercício de sua função é que entre o oferecimento da denúncia, dada pelo Ministério Público ao magistrado e o recebimento dela, poderá o servidor apresentar uma resposta preliminar, no prazo de 15 dias. No entanto, a súmula 330 do Superior Tribunal de Justiça dispensa essa resposta preliminar quando o oferecimento da denúncia estiver embasado em inquérito policial. Se fazendo então incompatível com o entendimento da Constituição Federal de 1988, onde diz que a resposta é necessária, pois o não cumprimento do devido processo legal entrará em desrespeito com o princípio do contraditório e da ampla defesa, garantidos pela Carta Magna. Ao se referir ao princípio do contraditório e da ampla defesa no

³⁵SILVA, Edimar Carmo da; URANI, Marcelo Fernandez. Op. Cit., p. 31.

inquérito policial percebe-se que esse princípio tem a finalidade de dar acesso à resposta e a utilização de todos os meios de defesa em direito admitidos.

4 A INCOMPATIBILIDADE DA SÚMULA 330 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A sobrevivência de uma sociedade pressupõe a necessidade de organização e estabelecimento de regras necessárias para regular o comportamento dos seus membros. O sistema persecutório, como sabido, é entendido como a *ultima ratio* do corpo jurídico. Trata-se do meio mais aflitivo de controle dos desvios, colocando em causa bens jurídico-constitucionais de pessoas a ele sujeitas.³⁶

O princípio do contraditório, também denominado audiência bilateral, é aquele que faculta à parte, em um processo judicial ou mesmo administrativo, e aos acusados em geral, a chance de se manifestarem sobre todas as alegações e documentos produzidos pela parte contrária. O princípio da ampla defesa, ao seu turno, é aquele que confere à parte, em um processo, a possibilidade de trazer aos autos todas as suas alegações e provas que considerar úteis a sua plena defesa, à garantia de seus direitos.³⁷

Diferentemente do que se dava com as constituições anteriores, as quais, quando tratavam da garantia do contraditório e da ampla defesa, referiam-se apenas à instrução criminal, a Carta Magna de 1988, em consonância com o sentido mais amplo que a doutrina sempre atribuiu aos princípios ora em estudo, faz menção expressa também à aplicação dos mesmos no âmbito dos processos administrativos.³⁸

Todo e qualquer processo instaurado no âmbito da Administração Pública, para apuração de infração e aplicação de sanção ao administrado, deverá assegurar a este o contraditório e a ampla defesa. É o que deve ocorrer, por exemplo, nos processos administrativos de infração de trânsito, que só podem culminar com a aplicação de multa após ser conferido ao condutor o pleno direito de defesa.³⁹

³⁶GUIMARÃES, Isaac Sabbá. Op. Cit., p. 98.

³⁷DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. Op. Cit., p. 404.

³⁸Ibidem, p. 404.

³⁹DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. Op. Cit., p. 404.

O mesmo se diga em relação aos processos administrativos, para apuração de infração e aplicação de sanção aos servidores públicos, no exercício de suas funções. Antes de eventual imposição de qualquer sanção, condicionada à efetiva comprovação da ocorrência dos fatos imputados ao servidor, este último deverá ter assegurado o contraditório e a ampla defesa.⁴⁰

Os artigos 513 a 518 do Código de Processo Penal, que versam sobre o procedimento especial cabíveis nos crimes afiançáveis cometidos por agentes públicos contra a administração em geral, descritos nos artigos 312 a 326, do Código de Processo Penal, têm por escopo, exatamente, escapar dessa regra geral e viabilizar a defesa nos crimes citados.⁴¹

Ocorre que com o entendimento da Súmula 330 do STJ, ao compreender não ser necessária a defesa preliminar quando a ação penal vem disciplinada com inquérito policial está outorgando como vencida e cumprida uma fase do devido processo criminal vaticinada na lei exatamente para possibilitar a discussão do regular exercício da ação penal. Apontando de outra forma, a interpretação do STJ impressa na Súmula 330 é completamente contrária a lei, está “invalidando” o Código de Processo Penal, afronta incontestavelmente o devido processo criminal e ainda infringe princípios elementares como o do contraditório e da ampla defesa.⁴²

A aplicação dos princípios em questão é marca registrada da persecução criminal, e não do processo penal estrito, como normalmente sustenta a doutrina. Essa a tônica de sua postura a respeito, sempre reforçada em todas as suas manifestações e que, ao longo do tempo, foi se concretizando como a doutrina da contraditoriedade indispositiva, característica essencial de todo o arco da persecução penal. Embasa essa concepção não apenas no inciso LIV, do art. 5º da Constituição Federal, mas também, e especialmente, no inciso LV, do mesmo artigo.⁴³

O direito de defesa do acusado compreende a capacidade de ele interferir no processo, após ser citado, para levar a cabo todas as atividades necessárias para esvaziar a resposta penal ou atenuar a consequência jurídico-penal. Jorge de

⁴⁰MACIEL, Silvio. Op. Cit., p. 03.

⁴¹Iidem, p. 03.

⁴²Ibidem, p. 03.

⁴³TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 120.

Figueiredo Dias, acentua a moderna tendência de conceber o princípio como direito de audiência, ou seja, “oportunidade conferida a todo participante processual de influir através da sua audição pelo Tribunal, no decurso do processo”.⁴⁴

O contraditório entendido como o direito a ser ouvido, em decorrência de se defender, apreende-se como uma acusação de fato concreto, propriamente claro, precisa e delimitada, o conhecimento desse fato é através de ato formal, com a presença do acusado em todos os atos do processo, em igualdade de posição com a acusação.⁴⁵

O exercício pleno do contraditório e da ampla defesa nos procedimentos administrativos, judiciais e quaisquer outros em que seja alguém acusado de alguma forma, deve ser rigorosamente aplicado sob pena de se tornarem nulos os atos praticados. Ressalta Rangel: “O devido processo legal exige a presença do contraditório após a colheita do material probatório necessário à elucidação do fato, contraditório este, sem o qual o processo será manifestamente nulo”.⁴⁶

Fernando Capez diz que “o contraditório é um princípio típico do processo acusatório, inexistindo no inquisitivo”.⁴⁷

Ademais, no ordenamento jurídico brasileiro, assegura-se aos litigantes, seja em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (CRFB, art. 5º, LV). Vale dizer, não basta à obediência às regras processuais previamente definidas. É preciso que os litigantes, concretamente, tenham a oportunidade de contraditar as argumentações da parte contrária e os acusados em geral possam se defender amplamente, devendo o Estado assegurar os meios e recursos que, efetivamente, possibilitem a ampla defesa.⁴⁸

Dos julgados que compõem os antecedentes da Súmula 330 pode-se, assim sendo, extrair o seguinte entendimento: a defesa preliminar do art. 514 do Código de Processo Penal não é necessária quando possuir inquérito policial instruindo a inicial acusatória, assim passa a ser necessária somente quando a denúncia fundamentar-se tão unicamente em documentos ou justificação

⁴⁴DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 2004, p.153.

⁴⁵CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 65.

⁴⁶RANGEL, Paulo. Op. Cit., p. 17.

⁴⁷CAPEZ, Fernando. Op. Cit., p. 66.

⁴⁸HAMMERSCHMIDT, Denise; LIMA, Larissa Pinho de Alencar. **Ciências Penais e Juízes Criminais**. Curitiba: Juruá, 2017, p. 80.

art. 513 do Código de Processo Penal, providos juntamente com uma representação ao Ministério Público.⁴⁹

E ainda nos casos em que não exista inquérito policial instruindo a ação penal, mas somente essa representação com documentos ou justificação, acontecerá tão somente à nulidade relativa se o juiz não comunicar o querelado para ofertar a defesa preliminar, cuja expedição, assim sendo, dependerá de arguição apropriada pela defesa bem como da demonstração de real prejuízo ao acusado.⁵⁰

Essa é a análise do presente estudo para referida Súmula 330.

Deve-se ressaltar ainda que o Superior Tribunal Federal, semelhante ao Superior Tribunal de Justiça, igualmente entende dispensável a defesa introdutória ou preliminar do art. 514 do Código de Processo Penal, quando a denúncia estiver instruída com inquérito policial, e que a ausência dela causar tão somente nulidade relativa.⁵¹

Está previsto no artigo 514 do Código de Processo Penal que ocorrendo a imputação do agente público que comete de crime funcional, o magistrado determinará lavrar a denúncia e ordenará a notificação do arguido, para que possa responder por escrito, dentro do período de quinze dias. Pela redação se percebe que será concedido ao indiciado que se defenda, antes de tornar réu no processo criminal. Trata-se da denominada defesa preliminar.⁵²

No Brasil, a doutrina é majoritária em apoiar que no inquérito policial não atuam as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, afirmação esta que, na maioria das vezes, está comprovada por considerações genéricas, sobre a ausência de acusado na fase da investigatória e sobre o caráter inquisitivo do inquérito policial, que, nestas circunstâncias, não permitiria a ação da defesa.⁵³

Conclui-se que, como apontado o entendimento do Superior Tribunal de Justiça descumpre os princípios do devido processo criminal, do contraditório e da ampla defesa.

⁴⁹MACIEL, Silvio. Op. Cit., p. 03.

⁵⁰Ibidem, p. 04.

⁵¹Ibidem, p. 04.

⁵²CARLOS, José. **Jurisprudência Comentada: Sobre o procedimento especial dos crimes funcionais e a súmula nº 330 do STJ.** Disponível em: <https://oab.grancursosonline.com.br/jurisprudencia-comentada-sobre-o-procedimento-especial-dos-crimes-funcionais-e-a-sumula-no-330-do-stj/>. Acesso em: 07 jun. 2018.

⁵³TUCCI, Rogério Lauria. Op. Cit., p. 131.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio do contraditório e da ampla defesa encontra fundamento legal em dispositivos relacionados ao direito de ação e de defesa, que legitima o direito de solicitar a atividade jurisdicional, como direito público subjetivo. Pode ser invocado seja por quem recorre a jurisdição como por aquele contra quem foi demandado.

No mesmo diapasão do devido processo legal e com vistas à busca correta da verdade real, o princípio do contraditório se apresenta como sendo aquela necessidade obrigatória que tem o Estado de permitir e possibilitar ao acusado que, de todas as formas lícitas, compareça ao processo para apresentar sua versão sobre o fato e construir sua defesa.

O princípio do contraditório deve ser observado desde o momento da citação, com a confirmação da citação válida, passando pelas formalidades do interrogatório, da defesa prévia e de todos os demais atos processuais que interessem à defesa, valendo destacar aqui a necessidade de se garantir ao acusado um defensor teoricamente habilitado.

A cláusula que outorga aos indivíduos o direito inviolável de se defender não se refere exclusivamente ao processo penal, compreendendo o civil, trabalhista e administrativo. Em virtude da supremacia dos bens e valores jurídicos (liberdade pessoal) que estão em jogo no sistema penal, ganha aqui maior relevância o princípio do contraditório.

Não se pode esquecer também que as garantias individuais nasceram, historicamente, como resposta ao arbítrio penal.

Pode-se dizer que a defesa preliminar do art. 514 do Código de Processo Penal foi fundada pelo membro do órgão legislativo com essas intenções pontuadas no presente estudo, ela é, em verdade, fase obrigatória e substancial do procedimento das infrações funcionais que cabe fiança, categoricamente estabelecida pela lei processual de regência.

O não cumprimento da fase do art. 514 do Código de Processo Penal, evidencia, assim sendo, inconcebível violação ao constitucional principio do devido processo criminal.

Assim finaliza-se o presente estudo, apontando que a defesa preliminar do art. 514 do Código de Processo Penal, independente de seu objetivo, é o ato

inicial relativo ao procedimento do direito de ampla defesa do agente público denunciado de um crime funcional.

REFERÊNCIAS

BRASIL, República Federativa do. **Código Civil, Código Processual Civil, Código Comercial, Constituição Federal, Legislação Civil e Empresarial**. 12 ed. Organização de texto por Youssef Said Cahali. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7 ed., 16 reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARLOS, José. **Jurisprudência Comentada: Sobre o procedimento especial dos crimes funcionais e a súmula nº 330 do STJ**. Disponível em: <https://oab.grancursosonline.com.br/jurisprudencia-comentada-sobre-o-procedimento-especial-dos-crimes-funcionais-e-a-sumula-no-330-do-stj/>. Acesso em: 07 jun. 2018.

CRISTOVAM, José Sérgio da Silva. **Princípios Constitucionais**. 2 ed. Revista e Atualizada. Curitiba: Juruá, 2016.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2003.

CRUZ, Paulo Márcio; GOMES, Rogério Zuel. **Princípios Constitucionais e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2006.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. Revista e Atualizada. Curitiba: Juruá, 2017.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 2004.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução de Elaine Nassif. 8 ed. Campinas: Bookseller, 2006.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Processo Penal**. 2 ed. Revista e Atualizada. Curitiba: Juruá, 2018.

HAMMERSCHMIDT, Denise; LIMA, Larissa Pinho de Alencar. **Ciências Penais e Juízes Criminais**. Curitiba: Juruá, 2017.

MACIEL, Silvio. **Súmula 330 do STJ**: violação dos princípios do devido processo criminal, do contraditório e ampla defesa. Disponível em: <https://silviomaciel.jusbrasil.com.br/artigos/121819105/sumula-330-do-stj-violacao-dos-principios-do-devido-processo-criminal-do-contraditorio-e-ampla-defesa>. Acesso em: 07 jun. 2018.

PAULINO, Silvia Campos. Os pressupostos constitucionais do contraditório e da ampla defesa nos processos administrativos fiscais. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10512&revista_caderno=26>. Acesso em: 07 jun. 2018.

PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. **Novo Processo Civil Brasileiro**. 2 ed. - Revista e Atualizada de Acordo com o Novo CPC e a Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista). Curitiba: Juruá, 2017.

PINHEIRO NETO, Othoniel. **Curso de Direito Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2016.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, Edimar Carmo da; URANI, Marcelo Fernandez. **Direito Processual Penal Acusatório**. 2 ed. Revista e Atualizada. Curitiba: Juruá, 2017.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.