

O SISTEMA DO PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO E A INTIMAÇÃO NO PROCESSO PENAL¹

As intimações podem ser feitas no sistema do Processo Judicial Eletrônico? Obviamente que não! É preciso que elas sejam publicadas no Diário da Justiça Eletrônico, sob pena de violar os princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa. Este foi o entendimento recente firmado pela 5ª. Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª. Região ao dar provimento a Agravo de Petição. Em seu voto, o Desembargador José Ruffolo, relator do caso, afirmou que *“o princípio da segurança jurídica não permite o procedimento discricionário dos juízes: uns publicando as intimações no Diário da Justiça Eletrônico, outros não. Até porque, como é sabido, a forma de contagem de prazo é diferente nas hipóteses. Sem publicação no diário o prazo ‘dispara’ depois de certo tempo, mesmo sem consulta da parte; havendo publicação, o prazo se inicia a partir dela.”*

Segundo ele, a não publicação dos atos no Diário da Justiça Eletrônico fere os princípios do devido processo legal e da ampla defesa. Os demais Juízes da 5ª. Turma seguiram o entendimento. (Processo 1000727-03.2014.5.02.0605 - Fonte: <http://www.conjur.com.br/2015-jun-18/intimacoes-nao-podem-publicadas-apenas-pje>).

Se o entendimento é válido para o processo trabalhista, com muito mais razão deverá ser observado em uma ação penal. A

¹ Rômulo de Andrade Moreira é Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador - UNIFACS, na graduação e na pós-graduação (Especialização em Direito Processual Penal e Penal e Direito Público). Pós-graduado, lato sensu, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela Universidade Salvador - UNIFACS (Curso então coordenado pelo Jurista J. J. Calmon de Passos). Membro da Association Internationale de Droit Penal, da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e Membro fundador do Instituto Baiano de Direito Processual Penal (atualmente exercendo a função de Secretário). Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Integrante, por quatro vezes, de bancas examinadoras de concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado da Bahia. Autor das obras “Curso Temático de Direito Processual Penal” e “Comentários à Lei Maria da Penha” (este em coautoria com Issac Guimarães), ambas editadas pela Editora Juruá, 2010 e 2014, respectivamente (Curitiba); “A Prisão Processual, a Fiança, a Liberdade Provisória e as demais Medidas Cautelares” (2011), “Juizados Especiais Criminais – O Procedimento Sumaríssimo” (2013), “Uma Crítica à Teoria Geral do Processo” e “A Nova Lei de Organização Criminosa”, publicadas pela Editora LexMagister, (Porto Alegre), “O Procedimento Comum: Ordinário, Sumário e Sumaríssimo”, Florianópolis, Editora Empório do Direito”, 2015, além de coordenador do livro “Leituras Complementares de Direito Processual Penal” (Editora JusPodivm, 2008). Participante em várias obras coletivas. Palestrante em diversos eventos realizados no Brasil.

propósito, Lenio Luiz Streck, observa que "a tecnologia pode ser um bem ou um mal: dependerá de como será utilizada. Neste sentido, veja-se como Hertz e Engelman diferenciam o processualismo tecnológico (se utiliza do atual estado da técnica — em especial, dos sistemas informatizados — para buscar efetividade do processo) do processualismo tecnocrático (conjunto de técnicas processuais ou de administração judiciária voltadas unicamente à obtenção de resultados numéricos: busca-se o máximo de resultados com um mínimo de esforço). Quero dizer que, se esse papo de tecnologia a serviço do Direito (e da humanidade) buscar transformar o magistrado em uma espécie futurista de "Juiz Dredd" — um juiz que acumule as funções de juiz, júri e executor[8] —, por favor, quero voltar ao século XIX; sim, prefiro, neste caso, voltar ao positivismo francês ou alemão. Porque pior que um juiz formalista (ou boca da lei) ou, ainda, pior do que um juiz solipsista (que "superou" — sic — o juiz boca-da-lei), é um juiz solipsista virtual! E ponto. Para ele não haverá limites; afinal, tudo está nas redes. Alguém já avisou que a Internet não tem contraditório? O mundo está no Google (mas sem contraditório!). No Instagram (mas sem contraditório!). No Facebook (pior ainda!). Se algo não está nas redes... não existe (socorro, Umberto Eco!). Clico, logo existo...! E o juiz e seus assessores poderão fazer buscar diárias. Uma varredura. E dali decidirão. E eu vou para as montanhas!" (Fonte: Revista Consultor Jurídico, 18 de junho de 2015, 8h00<http://www.conjur.com.br/2015-jun-18/senso-incomum-gracas-principio-conexao-encomendarei-kit-tecnoverdade>).

Como se sabe, a intimação é um ato de comunicação processual dirigido às partes ou a qualquer outra pessoa que deva, de alguma forma, intervir na relação processual. Aliás, doutrinariamente diferencia-se intimação de notificação, distinção não observada no Código de Processo Penal² e, exatamente por isso, desconhecida pela maioria dos operadores do Direito. Assim, diz-se intimação a comunicação de ato processual já efetuado, ao passo que a notificação serve para comunicar ato ainda a ser realizado. Desta forma, intima-se de algo já produzido e se notifica para ato a ser cumprido. A intimação volta-se ao passado, enquanto a notificação tende ao futuro. Exemplificando, intima-se de uma decisão judicial, enquanto que se notifica uma testemunha ou um perito para comparecer em juízo.

Entre nós faziam a distinção juristas como Pontes de Miranda, Câmara Leal, Gabriel de Rezende Filho, Basileu Garcia, Galdino Siqueira e Frederico Marques. Hoje, Tourinho Filho e Mirabete também o fazem. Frederico, por exemplo, escreveu que a "notificação projeta-se no futuro, visto que leva ao conhecimento do sujeito processual, ou de outra pessoa que intervenha no processo, pronunciamento jurisdicional que determine um *facere* ou um *non facere*. A intimação, ao revés, se relaciona com atos pretéritos".³ Tourinho Filho também diferencia: "A intimação é, pois, a ciência que se dá a alguém de um ato já praticado, já consumado, seja um despacho, seja uma sentença, ou, como diz Pontes de Miranda, é a comunicação de ato praticado. Assim, intima-se o réu de uma sentença (note-se que o réu está sendo cientificado de um ato já consumado, já praticado, isto é, a sentença). A notificação, por outro lado, é a cientificação que se faz a alguém (réu, partes, testemunhas, peritos etc) de um despacho ou decisão que ordena fazer ou deixar de

² Ao que parece, e salvo engano, apenas no seu art. 570, distingue-se, ao menos formalmente, os dois termos.

³ José Frederico Marques, Elementos de Direito Processual Penal, Campinas: Bookseller, vol. II, 1998, p. 208.

*fazer alguma coisa, sob certa cominação. Assim, a testemunha é notificada, porque se lhe dá ciência de um pronunciamento do Juiz, a fim de comparecer à sede do juízo em dia e hora designados, sob as cominações legais. Se não comparecer, estará ela sujeita àquelas sanções a que se referem os arts. 218 e 219 do CPP”.*⁴

A intimação é dirigida às partes, vítimas, testemunhas, peritos, intérpretes, tradutores, defensores e assistentes e tantos quantos precisem ser chamados ao processo, seja para fazer ou não fazer, seja para tomar conhecimento de algum ato já realizado. Realiza-se, em regra, por meio da expedição de mandado (se o destinatário residir na comarca do Juízo processante), de carta de ordem (se for o caso) e de ofício ao chefe do respectivo serviço (no caso da pessoa intimada ser militar); se estiver presa deve ser intimada pessoalmente, à vista do art. 360 c/c art. 370, CPP. Caso resida fora do país, expedir-se-á carta rogatória, devendo ficar “*demonstrada previamente a sua imprescindibilidade, arcando a parte requerente com os custos de envio*” (art. 222-A, CPP). Neste caso, “*o cumprimento só pode ser recusado nas hipóteses previstas no art. 209 do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente às normas processuais penais.*”⁵

Aplicando este novo dispositivo e sob o argumento de que apenas a tradução das cartas rogatórias, incluindo-se os autos da Ação Penal (AP) 470, custaria R\$ 19,187 milhões às defesas dos réus, que teriam de adiantar esse valor para viabilizar a realização de diligências, o Ministro Joaquim Barbosa determinou a dez réus demonstrem a “*imprescindibilidade*” dos depoimentos de testemunhas arroladas que residem no exterior – mais especificamente nos Estados Unidos, Bahamas, Argentina e Portugal. O acesso aos autos para os juízes que estão no Brasil vem sendo feito em meio magnético, disse o Ministro. “*Já para os juízes rogados (estrangeiros), este simples envio dos CD-Roms com cópia dos autos não seria suficiente, diante da necessidade de tradução*”, explicou Joaquim Barbosa. Tendo em vista exatamente o “*custo astronômico*” do processamento de cartas rogatórias em um processo da dimensão da Ação Penal 470, o despacho deu cinco dias para que os réus digam se querem manter o depoimento dessas testemunhas que moram no exterior. Se a resposta for positiva, o Ministro pede que seja demonstrado qual o conhecimento que essas testemunhas têm dos fatos e a colaboração que podem prestar para o processo. O Ministro pede, por fim, que os réus se manifestem sobre alternativas legais para que essas testemunhas sejam ouvidas, “*por via menos dispendiosa como, por exemplo, optando por sua oitiva no Brasil, através do pagamento de passagens de ida e volta para as mesmas*”. Nesta mesma ação penal, o Plenário do Supremo Tribunal Federal rejeitou a alegação de inconstitucionalidade do artigo 222-A e, ao deferir a oitiva, por carta rogatória, de testemunhas arroladas por alguns deles no processo, impôs-lhes o ônus pelo pagamento das custas pela prestação desse serviço jurisdicional. A decisão foi tomada no julgamento de questão de ordem levantada por diversos réus no processo, que reclamavam o custeio, pelo Poder Público, das custas advindas da remessa de cartas rogatórias para ouvir testemunhas no estrangeiro, sobretudo dos gastos de tradução do processo. A maioria dos membros da Corte Suprema ratificou decisão do relator do processo, Ministro Joaquim Barbosa, que rejeitou a maioria dos pedidos de oitiva de testemunhas no exterior, por considerar que eles não satisfaziam aos requisitos do artigo 222-A do CPP, já que não provaram a imprescindibilidade dos depoimentos dessas

⁴ Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo Penal*, 20ª. ed., São Paulo: Saraiva, vol. 3, 1998, p. 213.

⁵ STJ – 3ª S. – CC 86.016/SP – rel. Maria Thereza de Assis Moura – j. 08.08.2007 – DJU 20.08.2007, p. 237

testemunhas, seu conhecimento sobre os fatos em julgamento e a pertinência deles com a causa. Barbosa considerou, também, que se tratava de manobra procrastinatória, ou seja, que elas tinham por objetivo retardar o julgamento. Por sugestão do Ministro Celso de Mello, a corte decidiu dar prazo de 180 dias para cumprimento das cartas rogatórias que vierem a ser expedidas. A maioria endossou a decisão do Ministro Joaquim Barbosa de expedir carta rogatória para oitiva de apenas três testemunhas residentes em Portugal. O Ministro relatou que diversos réus desistiram da oitiva de testemunhas no exterior, quando confrontados com a obrigatoriedade de pagar custas. Isso o levou a concluir que, na verdade, tais pedidos não eram imprescindíveis e tinham apenas finalidade procrastinatória. Na votação, ficaram vencidos os ministros Celso de Mello, Eros Grau e Cezar Peluso, que queriam abrir a possibilidade de oitiva de maior número de testemunhas, dentro do número máximo permitido em lei e no prazo estabelecimento para cumprimento das diligências. O Ministro Celso de Mello lembrou que o STF tem decidido no sentido de dar aos réus todas as possibilidades de apresentação de provas permitidas em lei. Prevaleceu, entretanto, a decisão de atribuir ao relator do processo a responsabilidade pela seleção daqueles pedidos que preencherem os requisitos do artigo 222-A do CPP. E, como a maioria entendeu que Barbosa já havia feito um julgamento seletivo dos pedidos, ratificou a decisão dele.

Quanto à primeira parte do dispositivo, a princípio nada a opor, mesmo porque procura evitar procrastinações indevidas; evidentemente que não estamos defendendo, por óbvio, que passe a ser praxe no processo penal brasileiro o indeferimento de cartas rogatórias, sem a devida fundamentação.

Porém, no que diz respeito ao pagamento dos custos do envio, especialmente quando requerida a expedição da carta rogatória pela parte acusada, entendemos que se trata de exigência flagrantemente inconstitucional, por contrariar o disposto no art. 5º., LIV e LV da Constituição Federal, que garantem a todos os acusados o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório; ademais, fere-se o art. 8º., 2, alíneas “c” e “f” do Pacto de São José da Costa Rica.

Em caso de intimação por carta precatória exige o Código (art. 222, caput), sob pena de nulidade relativa (Súmula 155, STF), que as partes sejam intimadas da expedição do documento, não sendo exigível que se lhes dê ciência da data marcada pelo Juízo deprecado para a realização do ato, o que não deixa de dificultar a defesa, pois a parte acusada não terá conhecimento do dia da audiência. Atento a esta falha, Tourinho Filho disse esperar “*que o direito pretoriano passe a exigir, também, seja ele (o defensor) intimado do despacho que designa data para a audiência, pois de nada valerá ser informado da simples expedição de precatória, a teor do art. 222, caput*”.⁶ Infelizmente a jurisprudência até o momento tem decidido pacificamente que não há nulidade pela não cientificação da defesa da data da audiência no juízo deprecado (RT 569/289, 541/368, 525/352, 493/347, etc.). Relembremos que “*não se pode interpretar a Constituição conforme a lei ordinária (gesetzeskonformen Verfassunsinterpretation). O contrário é que se faz.*”⁷

⁶ Código de Processo Penal comentado, São Paulo: Saraiva, vol. I, 1996, p. 379.

⁷ STJ, Rel. Min. ADEMAR MACIEL, DJU 3.4.95, p.8.149.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça editou o Enunciado 273, in verbis: *“Intimada a defesa da expedição da carta precatória, torna-se desnecessária intimação da data da audiência no juízo deprecado.”*

Em determinado julgamento, o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, do Supremo Tribunal Federal, determinou o arquivamento do Habeas Corpus (HC 95764), por meio do qual um dos réus pretendia ser intimado pelo Ministro Joaquim Barbosa, relator da Ação Penal (AP) 470, para presenciar as audiências em que estão sendo ouvidas as testemunhas de acusação. Menezes Direito lembrou, em sua decisão, que a questão levantada pela defesa já foi analisada pelo Plenário do STF durante o julgamento de recurso contra o relator da ação. Na ocasião, os ministros ressaltaram que o *“Tribunal possui jurisprudência reiterada no sentido da desnecessidade da intimação dos defensores do réu pelo juízo deprecado, quando da oitiva de testemunhas por carta precatória, bastando que a defesa seja intimada da expedição da carta”*. Fonte: STF.

Em sentido contrário, e conforme o nosso entendimento, veja-se esta decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“TJ/RS – AP Nº 70019453349 – 5ª CÂM. CRIM. - REL. DES. AMILTON BUENO DE CARVALHO – J. 30.05.2007 - APELAÇÃO CRIME: Nº 70019453349 – “(...) em precedente de minha relatoria, entendeu esta câmara que se faz necessária a intimação do réu e de seu defensor da data designada pelo juízo deprecado para a realização de audiências instrutórias. tudo com vista a proteger o direito à ampla defesa, já que a presença do réu na coleta da prova é de suma importância – de regra, a defesa técnica não tem o domínio da situação fática imputada ao réu –, além do que não é razoável exigir do acusado e de seu procurador verdadeira investigação acerca da data designada pelo juízo deprecado para a realização das audiências. naquela ocasião, assim me manifestei: “na honrosa companhia do procurador parecerista, dr. lenio luiz streck, estou a acolher a preliminar defensiva de nulidade do processo, ante a não-intimação do réu quer da expedição das cartas precatórias, quer da data designada para a realização das audiências de inquirição das vítimas no juízo deprecado. inicio destacando a precisa abordagem de lenio, a qual transcrevo como razões de decidir: “tenho que razão assiste à defesa quando pugna pelo reconhecimento da nulidade do processo por ausência de intimação do acusado da expedição da precatória para a oitiva das vítimas dos delitos de furto. com efeito, a garantia constitucional do contraditório impõe que seja conferida ao acusado a possibilidade de participação na formação da prova, não lhe podendo ser sonogado tal direito. nesse sentido a lição de antônio magalhães gomes filho: “inequívoca a grave violação do contraditório, pois a ampla defesa, assegurada pela constituição, exige não somente que os atos instrutórios sejam praticados na presença e com a participação do defensor técnico, mas também que seja assegurado ao acusado o direito de participar pessoalmente dos mesmos; aliás, é ele, acusado, quem presumivelmente teve contacto direito com os fatos e possui melhores condições para fornecer ao advogado as informações necessárias para a definição da linha de perguntas e reperguntas à testemunha; se está custodiado, não pode ter esse direito cerceado e a irregularidade, no caso, diz respeito à infringência de normas constitucionais (garantias da ampla defesa e do contraditório) e a disposição da convenção americana sobre direitos humanos (art. 8, 2, letra f), que assegura o direito de inquirir as testemunhas, devendo dar lugar ao reconhecimento da nulidade absoluta.”además, a lei processual penal

determina que sejam intimadas as partes (o que, por certo, incluiu o acusado, o qual figura no polo passivo do processo, além de sua defesa técnica). não basta a simples intimação da defesa pública, em especial porque, via de regra, o acusado somente tem com ela contanto no momento das audiências. não quero com isso dizer que toda a vez que o acusado não comparecer à audiência haverá nulidade. no caso, tivesse o acusado (como foi sua defesa) sido intimado da expedição da precatória a possibilidade de realização do contraditório estaria satisfeita. porém, isso não aconteceu no caso dos autos. diante disso, vislumbrando a ocorrência de agressão à garantia constitucional do acusado, não tenho outra alternativa senão a decretação da nulidade do processo, a partir da expedição das referidas precatórias.” o mestre tourinho filho, com a propriedade que lhe é costumeira, já havia anotado a deficiência do tratamento processual costumeiramente empregado nas unidades jurisdicionais do país quando da expedição de cartas precatórias: “quando se expede carta precatória, o juiz deprecante tem-se limitado a intimar a defesa da expedição. segundo entendimento jurisprudencial deverá esta diligenciar, junto ao juízo deprecado, para dele saber dia e hora para a realização do ato. data venia, trata-se de entendimento injusto e arbitrário, porquanto obriga o advogado, muitas vezes com dificuldade e prejuízo para suas outras atividades, a pesquisar onde e quando a testemunha vai depor. e afronta, outrossim, a ampla defesa. o advogado não é obrigado a dirigir-se à comarca deprecada e procurar ver, primeiramente no distribuidor, se a carta precatória chegou e, em caso positivo, a que vara foi distribuída, para, a seguir, dirigir-se ao juízo competente e indagar sobre o dia e hora para a realização da audiência. e se a precatória ainda não houver chegado? e se, não obstante tenha chegado, os autos estiverem com o juiz para a designação da audiência? em ambas as hipóteses, ou o advogado permanece na comarca, indo diariamente ao cartório para ter notícias, em verdadeira vigília, ou volta à sua cidade para mais tarde retomar à comarca deprecada. o absurdo é manifesto. o zelo do advogado não pode chegar às raias desses absurdos. poder-se-á dizer que o mesmo ocorre com os promotores. não é verdade. quando o juízo deprecado designa data para ouvida de testemunhas, de imediato faz, por ofício, comunicação ao juízo deprecante, e normalmente o promotor toma conhecimento. se houver alguma complexidade no processo, o órgão da acusação pode comunicar-se com o seu colega do juízo deprecado e sugerir reperguntas ou mesmo contradita... o defensor, por seu turno, não tem ciência da data da audiência; nem sequer tem condições de se comunicar com um colega... dir-se-á que, em se tratando de defensor dativo, a intimação deve ser pessoal e isso poderia causar embaraço à administração da justiça. pondere-se que o defensor dativo não tem nenhum interesse em se deslocar a comarcas distantes para assistir a depoimentos... mesmo não fosse assim, que embaraço haveria à administração da justiça determinar a intimação do dativo por mandado? por acaso, o prazo para as denúncias são sempre observados? as sentenças são prolatadas sempre naquele prazo de dez dias de que trata o art. 800, i, do cpp? a procuradoria de justiça emite seus pareceres dentro naqueles prazos referidos nos arts. 610 e 612, ii, ambos do cpp? e os acórdãos? desse modo, datissima maxima venia, o argumento de que a intimação da defesa causaria transtorno à administração da justiça não pode vingar. ademais, que sacrifício faria o juízo deprecado em noticiar a data e hora da audiência, seja com a publicação no jornal, seja por qualquer dos meios indicados pelo § 2º do art. 370? mais fácil ainda: tão logo o juízo deprecante receba o ofício do deprecado comunicando-lhe data e hora da audiência (o que normalmente acontece), que sacrifício haveria em providenciar a publicação do despacho: “j. int.”? os promotores encontram-se sempre em seu gabinete, não havendo dificuldade para a sua intimação; quanto aos defensores dativos, todos eles residem na comarca... qual, então, a

dificuldade em intimá-los? sem embargo, o stj, na súmula 273, estabeleceu: “intimada a defesa da expedição da carta precatória, desnecessária toma-se a intimação da data da audiência no juízo deprecado”. tudo uma questão de bom senso. a intimação a que se refere o art. 222 do cpp objetiva dar ciência às partes de que a precatória foi expedida. haverá necessidade de outra intimação: a pertinente à designação de dia e hora para o seu cumprimento. é verdade que não comparecendo o advogado constituído pelo réu no juízo deprecado, nomeia-se advogado ad hoc. o réu tem o direito de ser defendido pelo advogado que escolheu. este é que tem, ou deve ter, uma noção bem clara das reperguntas que irão interessar à defesa do seu cliente; ele é que sabe se deve ou não contraditar a testemunha... não é justo, pois, omitir-se a sua intimação. mesmo que se trate de advogado dativo, a intimação é de rigor, sob pena de se ferir o princípio constitucional da ampla defesa.” (tourinho filho, fernando da costa. código de processo penal comentado. 9ª ed. são paulo: saraiva, 2005, pp. 576/578). não sem razão as observações de lenio e tourinho, pois quer me parecer que o comando constitucional da ampla defesa está a exigir a intimação do réu e da sua defesa, não só da expedição da carta precatória, como também da data e hora da realização da audiência no juízo deprecado. o bom senso já diz que o acusado que não é revel deveria ter o direito de ser cientificado para acompanhar todos os atos processuais, pois é ele quem terá de amargar o cumprimento de uma condenação, caso seja julgada procedente a pretensão acusatória. como permitir que o réu seja levado ao cárcere através de um processo que lhe foi ocultado, mesmo em parte? a prática demonstra que uma única audiência já é o suficiente para reverter o resultado final de um julgamento. como admitir a não intimação do acusado para tal ato? não fosse pela boa lógica, a própria legislação processual assim deixa claro ao prever, em seu artigo 367, que o processo só seguirá sem o acusado se, uma vez intimado, deixar de comparecer ao ato processual sem plausível justificativa, o que está a impor, contrario sensu, que em assim não sendo só pode o processo correr com a sua participação, inclusive no tocante a coleta de depoimentos por precatória. veja-se, por oportuna, a lição de ada grinover, scarance fernandes e gomes filho: “quando a testemunha deva ser ouvida por precatória, a regularidade de sua inquirição está condicionada à anterior e regular intimação do réu e defensor a respeito da expedição da carta (art. 222 do cpp). apesar de não ser exigência legal, melhor atende ao direito de defesa que o réu e defensor sejam cientificados sobre a data designada para a audiência na comarca deprecada” [grifei] (grinover, ada pellegrini; scarance fernandes, antonio; gomes filho, antonio magalhães. as nulidades no processo penal. 8ª ed. são paulo: rt, 2004, p. 189). não se argumente estar travando o processo por puro formalismo. esta câmara tem afirmado, em julgamentos anteriores, que ao lado da defesa técnica, exercida por profissional habilitado, concorre a chamada autodefesa, pois que somente o acusado tem o domínio da situação de fato, sendo vazia qualquer defesa exercida com base exclusivamente em pormenores da técnica jurídica. somente o réu pode indicar ao seu defensor eventual interesse espúrio por parte de uma testemunha; somente o réu pode alertar seu defensor, que de regra não esteve presente na cena do crime, a respeito da falsidade ou incorreção das informações prestadas por alguma testemunha; por fim, dificilmente poderá o defensor, sem a ajuda do acusado, fazer reperguntas com a desejada pertinência. penso não ser de bom grado fazer concessões em matéria de garantias processuais, ainda mais no âmbito do processo penal, onde está em jogo a liberdade de um cidadão. talvez pior do que condenar alguém ao cumprimento de penas cruéis ou desumanas é condená-la sem lhe dar chances de defesa. aliás, gize-se bem, a única razão de ser da não aplicação de sanções diretas e impensadas – arbitrárias – é a necessidade de possibilitar ao réu a sua defesa. processo sem defesa pode ser tudo,

menos processo. ou teatro, na rigorosa avaliação de kafka, em o processo. daí por que, ao entender violado o direito de defesa em sua forma mais ampla, acolho a preliminar defensiva e anulo o processo nº 001/2.05.0014028-7 a partir da expedição da carta precatória de inquirição da vítima josiane borges (fl. 83), devendo ser reaberta a instrução a partir de então, observando-se a necessidade de intimação do réu e de sua defesa tanto da expedição da carta precatória como da data designada pelo juízo deprecado para a realização da audiência.” (apelação-crime nº 70013749619, 5ª câmara criminal, tjrs, rel. des. amilton bueno de carvalho, j. em 22/02/2006) aliás, decidiu o e. stf, recentemente, que o réu tem o direito de acompanhar todos os atos processuais, ainda quando detido em outro estado da federação, prerrogativa decorrente da própria garantia do devido processo legal: o acusado, embora preso, tem o direito de comparecer, de assistir e de presenciar, sob pena de nulidade absoluta, os atos processuais, notadamente aqueles que se produzem na fase de instrução do processo penal, que se realiza, sempre, sob a égide do contraditório. são irrelevantes, para esse efeito, as alegações do poder público concernentes à dificuldade ou inconveniência de proceder à remoção de acusados presos a outros pontos do estado ou do país, eis que razões de mera conveniência administrativa não têm – nem podem ter – precedência sobre as inafastáveis exigências de cumprimento e respeito ao que determina a constituição. doutrina. jurisprudência.- o direito de audiência, de um lado, e o direito de presença do réu, de outro, esteja ele preso ou não, traduzem prerrogativas jurídicas essenciais que derivam da garantia constitucional do “due process of law” e que asseguram, por isso mesmo, ao acusado, o direito de comparecer aos atos processuais a serem realizados perante o juízo processante, ainda que situado este em local diverso daquele em que esteja custodiado o réu. pacto internacional sobre direitos civis e políticos/onu (artigo 14, n. 3, “d”) e convenção americana de direitos humanos/oea (artigo 8º, § 2º, “d” e “f”).- essa prerrogativa processual reveste-se de caráter fundamental, pois compõe o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, enquanto complexo de princípios e de normas que amparam qualquer acusado em sede de persecução criminal, mesmo que se trate de réu processado por suposta prática de crimes hediondos ou de delitos a estes equiparados. precedentes.” (hc 86.634-4/rj, 2ª turma do stf, rel. min. celso de mello, j. em 18/12/2006) – não obstante tal precedente um pouco se distancie do caso ora em exame – lá não estavam em questão as audiências realizadas por precatória, mas tão somente aquelas realizadas no juízo processante, quando detido o acusado em local diverso –, serve ele de inspiração. ora, se o direito de presença do réu nos atos instrutórios decorre da garantia do devido processo legal (e da ampla defesa), não vejo como privá-lo da intimação da data e hora na qual será realizada a audiência no juízo deprecado, ou, caso ele esteja preso, da respectiva condução ao ato.”

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal concedeu o Habeas Corpus 91501, anulando, desde a fase de oitiva de testemunhas, o processo por crime contra a administração pública em curso contra o ex-presidente do Conselho Federal de Enfermagem, na 6ª Vara da Justiça Federal no Rio de Janeiro, por crime contra a administração pública. No processo, que deu entrada no STF em maio de 2007, o paciente teve negada liminar em agosto daquele mesmo ano, pelo então relator, Ministro Gilmar Mendes. Ele se insurgia contra decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) de negar HC contendo pedido semelhante. Posteriormente, a relatoria foi assumida pelo ministro Eros Grau que, em junho do ano passado, negou o pedido, em julgamento na Segunda Turma, sendo acompanhado pelo ministro Joaquim Barbosa. Entretanto, pediu vista do processo o ministro Cezar Peluso. O Ministro manifestou-se

pelo deferimento do HC, no sentido de que sejam anuladas todas as fases do processo, desde, inclusive, a inquirição de uma testemunha ouvida por carta precatória, em Belém (PA). Peluso lembrou que o juízo de origem do processo – a 6ª Vara da Justiça Federal no Rio de Janeiro – expediu, em 22 de abril de 2005, carta precatória à Justiça Federal no Pará para que fosse ouvida a testemunha de defesa Maria Lúcia Martins Tavares. Entretanto, argumentou, entre a data de intimação do defensor de Linhares Teixeira, constituído no Rio de Janeiro, e a oitiva, em Belém do Pará, “da principal testemunha de defesa”, foi concedido prazo de apenas 10 dias corridos, ou sete dias úteis. E isso, segundo ele, inviabilizou o comparecimento do advogado do réu. Diante disso, foi nomeado um defensor *ad hoc* “para atuar no momento culminante da instrução do processo, cuja inicial continha mais de 400 páginas”. “Em tais condições, a nomeação do defensor dativo satisfaz apenas formalmente à exigência de defesa técnica no processo”, sustentou Peluso. “Mas é inconcebível que o advogado não tenha tido condições de atuar de maneira eficiente e efetiva em benefício do acusado. Por essa razão, estou concedendo a ordem para anular o processo desde a oitiva, por carta precatória, da testemunha Maria Lúcia Martins Tavares, inclusive”. Além dessas modalidades há regras especiais atinentes ao tema, como veremos a seguir.

Com efeito, o advogado constituído, seja pelo réu, seja pelo querelante ou pelo assistente, será intimado pelo órgão incumbido da publicidade dos atos judiciais da comarca, quando se deve incluir, sob pena de nulidade, o nome do acusado, além do número do processo, do nome do advogado e o teor do despacho do Juiz: “TRF 4ª Região - ACR 2001.71.00.027746-8 – 8ª TURMA – REL. DES. FED. LUIZ FERNANDO WOWK PENTEADO – Não há falar em nulidade quando a decisão sobre conflito de competência for devidamente publicada do DJU e a parte tiver defensor constituído, restando caracterizada a regular intimação da defesa, nos termos do § 1º do art. 370 do CPP.”

Se não houver tal órgão, a intimação far-se-á diretamente pelo escrivão, por mandado, pelo correio (com aviso de recebimento) ou através de qualquer outro meio idôneo, tudo em conformidade com o art. 370, §§ 1º, 2º, 3º, CPP. “É possível, pois, seja a cientificação realizada por telegrama, telex, fax, computador, radiograma ou telefone, meios não aceitos pela jurisprudência quanto à legislação anterior”.⁸

Quando se tratar de intimação de funcionários públicos, a expedição do respectivo mandado deve ser imediatamente comunicada ao chefe da repartição em que servirem, com a indicação do dia e da hora marcados (art. 221, § 3º, CPP). A intenção do legislador, certamente, foi evitar que o serviço público sofresse solução de continuidade, pois, sendo necessário, o chefe da repartição certamente providenciará a substituição do funcionário faltante. Imagine-se o único médico plantonista em um hospital público notificado para depor... Quanto aos jurados, conferir o art. 434.

Os membros do Ministério Público, os Defensores Públicos e os defensores dativos serão intimados sempre pessoalmente na forma do art. 370, § 4º. Observa-se que já decidiu o Supremo Tribunal Federal que “a teor do disposto no § 5º do art. 5º da Lei nº. 1.060/50, acrescido por força da Lei nº. 7.871/89,

⁸ Julio Fabbrini Mirabete, *Processo Penal*, 7ª. ed., São Paulo: Atlas, 1996, p. 433.

*‘nos Estados onde a Assistência Judiciária seja organizada e por eles mantida, o Defensor Público, ou quem exerça cargo equivalente, será intimado pessoalmente de todos os atos do processo, em ambas as instâncias, contando-se-lhes em dobro todos os prazos’. A Lei n.º. 8.701/93, no que conferiu nova redação à norma geral do artigo 370 do Código de Processo Penal, não teve o condão de revogar o citado preceito porque de natureza especial”.*⁹

Atentar, porém, que “o prazo assinado pelo artigo 5.º, § 5.º, da Lei n.º 1.060, de 1950 aproveita apenas às partes patrocinadas pelo serviço estatal de assistência judiciária, não se estendendo àquelas beneficiadas pela justiça gratuita.” (STJ - AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 705.507-RJ - Rel.: Min. Ari Pargendler/3.ª Turma - DJU de 12/3/07, pág. 221).

O Superior Tribunal de Justiça entende que “a falta de intimação pessoal do defensor público dos réus para o julgamento do recurso de apelação configura cerceamento de defesa, importando em nulidade do acórdão do tribunal a quo.” (Resp. n.º. 442.894/RS, 6ª. T., Rel. Min. Vicente Leal, j. 18/03/03, v.u., DJU 07/04/03, p. 355). Neste sentido, conferir no Superior Tribunal de Justiça recente julgamento proferido no Habeas Corpus n.º. 29818-SP (Registro 2003/0143432-5), tendo como impetrada a 10ª. Câmara Criminal do TACrim/SP e relator o Ministro Paulo Gallotti (6ª. Turma). No mesmo sentido:

“HABEAS CORPUS N.º 50.006-SP - Rel.: Min. Laurita Vaz/5.ª Turma - EMENTA - Habeas corpus. Processual penal. Crimes de homicídio triplamente qualificado e ocultação de cadáver. Recurso de apelação criminal. Réu assistido por defensor dativo nomeado pelo juízo processante. Ausência de intimação pessoal da inclusão do apelo na pauta de julgamento. Nulidade evidenciada. Mitigação indevida ao princípio da ampla defesa. Extensão do benefício ao co-réu que se encontra em idêntica situação processual. Precedentes do STJ. 1. A falta de intimação pessoal do defensor dativo, que assistiu o paciente durante a ação penal, da data do julgamento do recurso de apelação criminal, consubstancia-se em nulidade processual que mitiga o exercício do direito de ampla defesa do réu, pelo que se faz necessária a anulação do julgamento do apelo.” (STJ/DJU de 12/2/07, pág. 277).

A lei orgânica do Ministério Público, Lei n.º. 8.625/93, também estabelece no art. 41, IV constituir prerrogativa do membro da Instituição receber intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição, através da entrega dos autos em vista, ou seja, “necessário e imprescindível é que o escrevente ou o próprio escrivão dê ao interessado ciência do ato processual que deve conhecer (...), não se exigindo, “porém, a averbação do ‘ciente’ do Ministério Público quando intimado seu representante, bastando que se certifique nos autos a sua cientificação”¹⁰.

Quanto ao Ministério Público, observa-se que segundo consta do informativo do Supremo Tribunal Federal, “na sessão plenária do dia 05 de novembro do ano de 2003, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o prazo de intimação pessoal do Ministério Público, para interposição de recurso, é contado a partir da entrada do processo nas dependências do Ministério Público. A decisão da maioria plenária acompanhou o voto do relator, ministro Marco Aurélio, – vencidos os ministros Joaquim Barbosa e Celso de Mello - deferindo o Habeas Corpus n.º. 83.255.

⁹ HC 70.520-1-RS, DJU 04/02/94, p. 911.

¹⁰ Julio Fabbrini Mirabete, ob. cit., p. 433.

O ministro Marco Aurélio considerou intempestivo (apresentado fora do prazo) Recurso Especial do Ministério Público Federal ao Superior Tribunal de Justiça para cassar decisão do Tribunal de Alçada de São Paulo. O Supremo reformou o entendimento do STJ - que julgara tempestivo o recurso – restabelecendo, em consequência, a decisão do Tribunal de Alçada de São Paulo. O relator assentou que o papel do Ministério Público na Ação Penal é o de parte autora, e não de fiscal da lei. Observou que na rotina forense é procedimento comum a remessa de processos criminais ao Ministério Público, onde são recebidos por um funcionário. Explicou que a prática visa facilitar a atuação do Ministério Público, isentando o representante do Ministério Público de ter que retirar os processos no cartório e evitando, ainda, que um oficial de Justiça tenha que localizar o representante do MP para intimá-lo pessoalmente. Para o ministro Marco Aurélio, a prerrogativa legal de intimação pessoal do Ministério Público (Lei 8625/93, artigo 41, IV) não deve ser levada ao pé da letra, podendo ser considerada devidamente atendida com a chegada do processo devidamente formalizada às dependências do Ministério Público, mediante recibo do servidor e consequente encaminhamento devido. Em seu voto, ele defendeu isonomia entre acusação e defesa. Descabe tratamento desigual, assentando-se que os processos, após a entrada no setor próprio do Ministério Público, podem permanecer na prateleira, aguardando que o titular da Ação Penal delibere, quando melhor lhe aprouver, sobre a fixação do termo inicial do prazo para desincumbir-se de certo ônus processual. (...) Esse entendimento não se coaduna com a ordem natural das coisas, com a natureza do prazo recursal, com a paridade de armas que deve ser observada no trato da acusação e da defesa. Assentado o direito de o próprio titular da Ação Penal dispor do prazo – e a isso equivale a definição do termo inicial, fator que retarda a marcha do processo – ter-se-á de caminhar no mesmo sentido no tocante à Defensoria Pública, a pessoa ou a órgão que atue no papel a si reservado. E porque não dizer, relativamente à defesa, de um modo geral, asseverou o ministro Marco Aurélio. O ministro-relator classificou como ‘desvio de conduta’ a atuação do Ministério Público que, ao valer-se da prerrogativa de intimação pessoal, recebe o processo e o armazena para exame futuro enquanto a defesa, ao passar pelo cartório, é informada de que o processo está com vista ao Ministério Público, ‘sem que isso se faça limitado no tempo’. O ministro Marco Aurélio também citou decisões precedentes divergentes do STF sobre a matéria. Votos vencidos, os ministros Joaquim Barbosa e Celso de Mello consideraram que a intimação pessoal somente se dá a partir do ciente expresso pelo Ministério Público nos autos do processo. Segundo o ministro Celso de Mello, no início da década de 80, o STF firmou entendimento de que ‘o termo inicial da fluência do prazo recursal para o Ministério Público, em casos como o presente, há de situar-se na data em que o representante do parquet apõe o seu ciente nos autos, e não naquela em que esses ingressam fisicamente no edifício em que se situa a Procuradoria Geral de Justiça. Para o ministro Celso de Mello, a questão foi resolvida pelo Supremo no julgamento da Segunda Turma sobre o Habeas Corpus 77147, em que se decidiu que ‘o prazo para recurso do Ministério Público começa a fluir da data em que o referido órgão teve inequívoca ciência da decisão recorrida. Em caso de dúvida deve-se decidir em favor de sua admissibilidade. Não havendo prova de que o representante do Ministério Público fora intimado da decisão em data anterior, há que prevalecer a data em que ele apôs o seu ciente’. O ministro também citou outra decisão no mesmo sentido.”

A intimação pessoal do membro do Ministério Público, nada obstante, é de rigor. Neste sentido, o Ministro Luís Roberto Barroso, do

Supremo Tribunal Federal, cassou decisão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça que entendeu válida a intimação do Ministério Público Federal por meio de mandado (oficial de justiça), e não de forma pessoal e com vista dos autos, sob alegação de que qualquer distinção ofenderia o princípio da isonomia. A decisão foi tomada em Reclamação nº. 17694) apresentada pelo Procurador-Geral da República, na qual alegou violação da Súmula Vinculante 10. Este Enunciado prevê que viola a cláusula de reserva de plenário (prevista no artigo 97 da Constituição Federal) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte. No caso em questão, o colegiado do Superior Tribunal de Justiça afastou a incidência do artigo 18, inciso II, alínea “h”, da Lei Complementar nº. 75/93, bem como do artigo 41, inciso IV, da Lei 8.625/1993, que garantem a intimação do Ministério Público de forma pessoal e com vista dos autos. De acordo com essas normas, no ato de intimação, os autos do processo devem ser entregues ao parquet para vista. *“Há, em relação ao Ministério Público, uma prerrogativa de ser intimado pessoalmente e com vista dos autos, para qualquer finalidade. Ou seja, não basta a intimação pessoal. Ademais, a LC 75/93 e a Lei 8.625/93 são leis especiais e não preveem formas diferenciadas de intimação, de modo que não é aplicável a intimação pessoal (por meio de mandado) prevista na lei geral. Com efeito, não há nessa interpretação nenhuma violação ao princípio da isonomia, uma vez que a intimação, de todo modo, não deve ficar à discrição do membro do Ministério Público”*, afirmou o Ministro Barroso em sua decisão. A reclamação foi julgada procedente para cassar o acórdão da Quinta Turma no STJ e determinar que seja devolvido o prazo ao Ministério Público, com intimação pessoal e mediante remessa dos autos.

Ainda sobre a matéria, a Lei nº. 10.910/04, estabeleceu no seu art. 17 que *“nos processos em que atuem em razão das atribuições de seus cargos, os ocupantes dos cargos das carreiras de Procurador Federal e de Procurador do Banco Central do Brasil serão intimados e notificados pessoalmente.”*

O Supremo Tribunal Federal, na Ação Penal (AP 458), decidiu pela desnecessidade de se entregar, em mãos, a intimação de autoridades que têm a prerrogativa de agendar a data, hora e local da audiência, como o é o caso de um Deputado Estadual. O Ministro Cezar Peluso pediu que esse posicionamento constasse da decisão, o que foi acolhido pelos Ministros. *“Não se exige que o ofício lhe seja entregue em mãos, basta que chegue ao gabinete. E, desde que isso seja certificado pelo oficial [de justiça], é suficiente para dar por recebido o ofício do juiz”*, afirmou. O Ministro Gilmar Mendes lembrou que já está em funcionamento no Supremo o Núcleo de Apoio ao Processamento de Ações Penais Originárias, que tem entre suas atribuições garantir a celeridade e a efetividade das ordens expedidas pela Corte no âmbito criminal.

Atente-se, por fim, que *“se o réu, quando da intimação da sentença, estando preso, manifesta ao oficial de justiça o desejo de recorrer, não se cogita mais intempestivamente da apelação, que, rigorosamente, interposta já estará.”* (TJRS – 7ª C. – AP 70026881300 – rel. Marcelo Bandeira Pereira – j. 15.01.2008 – DOE 03.02.2009).