



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

JORDÂNIA CARLOS DE MEDEIROS

**A VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EM FACE DA INOBSERVÂNCIA
DA DEFESA PRELIMINAR PREVISTA NO ARTIGO 55 DA LEI DE DROGAS – N.º
11.343 DE 2006**

SOUSA/PB
2020

JORDÂNIA CARLOS DE MEDEIROS

**A VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EM FACE DA INOBSERVÂNCIA
DA DEFESA PRELIMINAR PREVISTA NO ARTIGO 55 DA LEI DE DROGAS – N.º
11.343 DE 2006**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito à obtenção do título de Bacharelado em Direito.

Orientador: Prof. Msc. Ozael da Costa Fernandes

SOUSA/PB
2020

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA NA FONTE
Biblioteca Setorial de Sousa UFCG/CCJS
Bibliotecária – Documentalista: MARLY FELIX DA SILVA – CRB 15/855

M488v

Medeiros, Jordânia Carlos de.

A violação de princípios constitucionais em face da inobservância da defesa preliminar prevista no artigo 55 da lei de drogas – nº 11.343 de 2006. / Jordânia Carlos de Medeiros. - Sousa: [s.n], 2020.

51fl.

Monografia (Curso de Graduação em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais - CCJS/UFCG, 2020.

Orientador: Prof. MSc. Ozael da Costa Fernandes.

1. Defesa preliminar. 2. Princípios constitucionais. 3. Nulidade absoluta e relativa. 4. Contraditório e ampla defesa. I. Título.

Biblioteca do CCJS - UFCG

CDU 342(043.1)

**A VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EM FACE DA INOBSERVÂNCIA
DA DEFESA PRELIMINAR PREVISTA NO ARTIGO 55 DA LEI DE DROGAS – N.º
11.343 DE 2006**

Monografia apresentada dia 25 de Novembro de 2020, à Coordenação do Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande como requisito para a obtenção do título de Bacharela em Direito, sendo aprovada pela seguinte banca examinadora:

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Msc. Ozael da Costa Fernandes

Prof. Msc. Lourdemário Ramos de Araújo

Prof. Esp. Epifânio Vieira Damasceno

Agradeço a Deus por mais uma realização. A minha mãe, que foi minha fortaleza e sempre me apoiou em tudo. A UFCG e ao meu orientador por todos os ensinamentos repassados.

Dedico aos meus familiares e amigos que contribuíram para tornar meus dias mais leves durante toda a minha jornada.

RESUMO

A Lei de Drogas, n.º 11.343/2006, no artigo 55 prevê que quando o Ministério Público oferecer denúncia, o sujeito passivo poderá desde logo apresentar a defesa preliminar, arguir preliminares, apresentar provas, arrolar testemunhas e apresentar exceções, se necessário. A problemática acontece quando o magistrado inobserva este ato processual expressamente previsto e os tribunais e a jurisprudência decidem por validar essa atipicidade processual. O fato do próprio judiciário validar a violação de normas as quais estão vinculados a cumprir causa diversos problemas não somente no campo processual penal do ordenamento jurídico como a violação de direitos e garantias constitucionalmente previstas como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, mas também provoca a abertura de processos criminais que não deveriam ter sido formados e prisões que não deviam ter sido realizadas, acarretando o superencarceramento. Quando ocorre violações constitucionais no campo procedimental faz-se necessário a aplicação de sanções numa espécie de sistema de autorregulação judicial, executado por meio do instituto das nulidades, que visa sanar atos defeituosos que geram prejuízos e são atípicos, ocorridos durante a persecução penal.

Palavras-Chaves: defesa preliminar, princípios constitucionais, nulidades.

ABSTRACT

The Drug Law, N.º 11.343/2006, in Article 55 provides that when the Public Ministry offers a complaint, the taxpayer can immediately present the preliminary defense, argue preliminaries, present evidence, list witnesses and present exceptions, if necessary. The problem occurs when the magistrate fails to observe this procedural act expressly provided for and the courts and jurisprudence decide to validate this procedural unusuality. The fact that the judiciary itself validates the violation of rules which they are bound to comply with causes several problems not only in the criminal procedural field of the legal system, such as the violation of constitutional rights and guarantees, such as due process, contradictory and broad defense but it also generates the opening of criminal cases that should not have been formed and arrests that should not have been carried out, encouraging over-incarceration. When constitutional violations occur in the procedural field, it is necessary to apply sanctions in a kind of system of judicial self-regulation, implemented through the nullities institute, which aims to remedy defective acts that generate losses and are atypical, occurred during criminal prosecution.

Keywords: preliminary defense, constitutional principles, nullities.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	7
2 DEFESA PRELIMINAR DO ARTIGO 55 DA LEI DE DROGAS (11.343/2006).....	9
2.1 Aspectos Relevantes e Finalidade da Defesa Preliminar.....	11
2.2 Inobservância da Defesa Preliminar no Processo.....	17
3 VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COROLÁRIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	25
3.1 Contraditório e Ampla Defesa.....	27
3.2 Consequências Jurídicas da Violação de Princípios Constitucionais em face da inobservância da Defesa Preliminar.....	33
4 NULIDADES E DEFESA PRELIMINAR.....	37
4.1 Apontamentos sobre Nulidade Absoluta e Relativa.....	38
4.2 Nulidade Processual em face da Inobservância da Defesa Preliminar.....	44
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	46
REFERÊNCIAS.....	48

1 INTRODUÇÃO

A Lei de Drogas, n.º 11.343/2006 prevê rito processual especial para os crimes previstos nesta Lei. Há dois procedimentos distintos, um para o indivíduo que é flagrado cometendo crime de tráfico, e outro para o indivíduo que é flagrado com drogas para uso pessoal ou uso compartilhado sem fins lucrativos, que ao Poder Judiciário, detentor da pretensão punitiva, está, evidentemente, vinculado a cumprir.

A partir disso, decorre alguns problemas, primeiro, porque não há objetividade quando se trata de distinguir quem é traficante de drogas e deve ser punido com todo o rigor da lei, e quem é o usuário de drogas, que para estes, sequer é previsto pena privativa de liberdade.

O segundo problema observado é que desde a vigência da Lei n.º 11.343/2006 até os dias atuais, o que tem se observado, através de dados do Sistema Penitenciário Nacional é que as prisões por crimes da Lei de Drogas aumentaram exponencialmente, e parte disso, que será discutido no decorrer do trabalho, está ocorrendo porque o usuário de drogas está sendo preso como se traficante fosse.

No que tange ao artigo 55 da Lei de Drogas que prevê a notificação pelo juiz ao denunciado antes que ocorra a decisão de receber ou não a denúncia realizada pelo Ministério Público, está sendo visto, e basta ler as decisões dos tribunais e as jurisprudências nesse sentido para perceber, que para esta fase procedimental não está sendo dada a devida importância.

Inobservar o cumprimento do devido processo legal é por si só uma afronta não apenas ao rito especial expressamente previsto, mas traduz-se em uma expressa violação à Constituição Federal, o que é um cenário muito grave, porque ocorre no âmbito processual penal, que tutela a liberdade.

Ao Estado está reservado o direito de punir, é um fato, mas que para o Estado puna é necessário que atue, antes de tudo, como garantidor dos direitos fundamentais previstos na Carta Magna, em observância aos princípios do devido

processo legal, da ampla defesa e do contraditório, fundamental para a manutenção do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, insta dizer que o Estado para punir precisa garantir um processo penal em observância com a Constituição Federal de 1988 e com os ritos processuais penais previstos em lei, para que se faça cumprir o dever de garantir um processo penal justo e pleno.

Assim, quando ocorre a inobservância dos atos procedimentais expressamente previstos, é necessário que esses atos defeituosos sejam, não só pela parte que sofreu o prejuízo, mas também pelo próprio judiciário, apontados e declarados nulos, como sanção à violação cometida.

O objetivo desse trabalho foi analisar de forma pormenorizada a inobservância da defesa preliminar prevista do artigo 55 da Lei de Drogas, e o que se desencadeia em decorrência desse vício, como a violação de princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, e suas consequências jurídicas sob a perspectiva do instituto das nulidades.

A justificativa se dá pela necessidade de aprofundamento no campo da inobservância da apresentação da defesa preliminar do artigo 55 da Lei de Drogas, e o dissenso que está posto no campo teórico e prático, em termos da (in) aplicabilidade do rito especial expressamente previsto, e como os tribunais e a jurisprudência vem tratando esse descumprimento, que têm resultado em problemas de superencarceramento e ilegalidades.

Em relação aos aspectos metodológicos, essa pesquisa é delineada como sendo bibliográfica, com fins descritivos e de caráter qualitativo, sendo realizada através de livros e artigos públicos.

O trabalho está organizado em três capítulos. O primeiro trata sobre os aspectos relevantes da defesa preliminar da Lei de Drogas e sua inobservância no rito processual especial; o segundo capítulo faz análise da inobservância da defesa preliminar sob a perspectiva da violação dos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa e; o terceiro capítulo aborda o instituto nas nulidades frente a defesa preliminar, suas espécies, entendimento dos tribunais e consequências jurídicas.

2 DEFESA PRELIMINAR DO ARTIGO 55 DA LEI DE DROGAS

A Lei de Drogas, n.º 11.343/2006, prevê no Capítulo III, Seção II. Da Instrução Criminal, nos artigos 54 a 59, procedimento penal especial em relação ao Código de Processo Penal. Em seu artigo 48 dispõe que, subsidiariamente, poderá ser aplicada as disposições do Código de Processo Penal, o que demonstra dar prioridade ao procedimento previsto nesta lei especial.

Nessa conjuntura, em breve comparação entre o procedimento comum, previsto no Código de Processo Penal e o procedimento especial da Lei de Drogas, uma das principais diferenças entre estes procedimentos é o momento da apresentação da defesa escrita.

No procedimento especial da Lei de Drogas, a apresentação da defesa escrita é disposta no artigo 55, e prevê ser o oferecimento da defesa preliminar ato anterior ao recebimento da denúncia realizada pelo *parquet* da ação penal, diferentemente do procedimento comum, que dispõe em seu artigo 396 do Código de Processo Penal que a apresentação da defesa escrita se dará após o recebimento da denúncia ou queixa, e posteriormente, será realizada a citação do acusado para responder à acusação.

No que tange a definição de defesa preliminar, Silva (2016, p. 219-220) aduz que:

Consiste na impugnação por escrito da acusação, seja no mérito ou em aspectos processuais. Cuida-se de condição de procedibilidade da ação penal, uma vez que sua apresentação é obrigatória. Na defesa preliminar o denunciado poderá atacar o mérito aduzindo que o fato não ocorreu ou que não foi o autor, que agiu acobertado por excludente da ilicitude ou culpabilidade etc. Também poderá arguir preliminares, que, como o próprio nome já diz, é matéria que antecede à análise do mérito, podendo acarretar a declaração ou decretação da nulidade de determinado ato processual, como a inépcia da denúncia, cerceamento de defesa etc. Pode, ainda, juntar documentos para prova de determinado fato ou alegação, requerer a produção de provas (como perícias e requisição de documentos pelo juízo) e arrolar até cinco testemunhas.

Dessa perspectiva, o doutrinador Silva trata a defesa preliminar como causa de procedibilidade da ação penal, dada a previsão legal desta defesa escrita, que entende ser obrigatória.

Brasileiro (2018, p. 1.139) também apresenta a definição de defesa preliminar:

Verdadeira espécie de contraditório prévio ao juízo de admissibilidade da peça acusatória, a defesa preliminar é uma oportunidade que o acusado tem de ser ouvido antes de o juiz receber a peça acusatória, objetivando impedir a instauração de um processo temerário. Esta peça defensiva visa evitar o processo como pena, isto é, impedir a instauração de processo leviano, com base em acusação que a apresentação de defesa preliminar antes do recebimento da peça acusatória possa, de logo, demonstrar de todo infundada. O momento processual para a apresentação da defesa preliminar é entre o oferecimento e o recebimento da peça acusatória. Portanto, o ponto central para identificar a chamada defesa preliminar é o momento de sua apresentação: entre o oferecimento e o recebimento da peça acusatória.

Nestes termos, o doutrinador Brasileiro aponta a finalidade da defesa preliminar, qual seja: impedir um processo temário, para que o Estado não faça da máquina judiciária brasileira e a abertura de processos criminais levianos a própria pena ao denunciado, que desde logo poderá se defender e demonstrar que a acusação contra o mesmo é infundada, e assim tem a vantagem de eliminar desde logo os casos mais aberrantes de acusação sem prova mínima que revele a sua seriedade.

No que toca a nomenclatura, o artigo 55 da Lei de Drogas utiliza duas expressões para se referir a defesa escrita que antecede ao recebimento da denúncia. Primeiramente, no *caput* do artigo 55, se refere a “defesa prévia”, e em seguida, no parágrafo 1º, faz menção a “defesa preliminar”.

Brasileiro (2018, p. 1.138 - 1.139) esclarece essas duas nomenclaturas utilizadas pelo artigo 55 e ensina que:

Esta peça a ser apresentada pelo acusado logo após a notificação deve ser denominada de defesa preliminar, a qual não se confunde com a extinta defesa prévia (antiga redação do art. 395), nem tão pouco com a novel resposta à acusação, inserida pela Lei n.º 11.719/08 no art. 396-A do CPP. Infelizmente, não há qualquer rigor terminológico quanto à utilização dessa nomenclatura por parte da doutrina e da jurisprudência,

que se referem a tais peças como se fossem expressões sinônimas. No entanto, tamanhas são as diferenças entre elas que preferimos usar termos distintos. Defesa prévia era a peça de defesa prevista na antiga redação do art. 395 do Código de Processo Penal. Segundo a antiga redação do art. 395 do CPP, “o réu ou seu defensor poderá, logo após o interrogatório ou no prazo de 3 (três) dias, oferecer alegações escritas e arrolar testemunhas”. No antigo procedimento comum ordinário, o acusado era citado para que fosse interrogado, sendo que a defesa prévia era apresentada imediatamente depois. O prazo para sua apresentação era de 3 (três) dias, prevalecendo o entendimento de que referida peça podia ser apresentada tanto pelo acusado quanto por seu advogado. Quanto à consequência da ausência de apresentação da defesa prévia, doutrina e jurisprudência eram uníssonas em apontar que não havia qualquer nulidade. Isso porque, como geralmente a defesa prévia era apresentada apenas com o objetivo de arrolar testemunhas ou para especificar outras provas pretendidas, entendia-se que a não apresentação da referida peça significava que a defesa não tinha testemunhas a arrolar. Sua apresentação, portanto, não era obrigatória, e sim mera faculdade da defesa. Não constituía, enfim, ato essencial do processo. Na verdade, só se reconhecia a existência de nulidade caso não houvesse a intimação da defesa para apresentação da referida peça.

Nesse ínterim, apresentada a importância pelo doutrinador Brasileiro que a inovação legislativa trouxe juntamente com suas especificidades sobre a defesa preliminar da Lei de Drogas em relação a extinta defesa prévia da antiga redação do artigo 395 do Código de Processo Penal, para fins de estudo neste trabalho, a defesa escrita que antecede o recebimento da peça acusatória do artigo 55 da Lei n.º 11.343/06 será referenciada como “defesa preliminar” pela autora, embora a própria Lei de Drogas e os tribunais superiores trate as duas terminologias como expressões sinônimas.

Feitas essas considerações iniciais, observa-se desde logo peculiaridades procedimentais da Lei n.º 11.343/2006 no que tange a defesa preliminar do artigo 55, que precisam e serão amplamente discutidas e aprofundadas no presente trabalho.

2.1 ASPECTOS RELEVANTES E FINALIDADE DA DEFESA PRELIMINAR

A defesa preliminar, prevista na Lei de Drogas consiste em um procedimento especial e é utilizado pela defesa para conceder ao acusado a possibilidade de se

defender antes do recebimento da denúncia, a fim de que possa ilidir uma possível acusação sem a fundamentação devida.

O artigo 55, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, dispõe que: “oferecida a denúncia, o juiz ordenará a notificação do acusado para oferecer defesa prévia, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias”.

Inicialmente, insta observar que em consequência ao contraditório prévio ao juízo de admissibilidade da peça acusatória trazido pela Lei de Drogas, em relação ao procedimento comum do Código de Processo Penal, é que o artigo 55 da Lei n.º 11.343/06 faz uso da expressão mandamental: “notificação do acusado”, para apresentação da defesa preliminar escrita, ao invés do uso da expressão “citação”, que no procedimento comum só é realizada após o recebimento da peça acusatória e tem o condão de completar a formação do processo, de acordo com o artigo 363, *caput*, do Código de Processo Penal.

Tratando-se da notificação prevista na Lei de Drogas, Brasileiro (2018, p. 1.137) ensina que:

Para permitir o exercício da ampla defesa, esta notificação deve ser pessoal e acompanhada de cópia da denúncia. Se o acusado não for encontrado por ocasião da notificação pessoal, este ato de comunicação deve ser feito por edital. Apesar da Lei n.º 11.343/06 não fazer menção expressa à notificação por edital, é certo que o próprio CPP (art. 370) estabelece que as intimações e notificações dos acusados, das testemunhas e das demais pessoas que devam tomar conhecimento de qualquer ato durante o curso do processo devem ser feitas de acordo com o capítulo que trata das citações. Ora, se o art. 361 do CPP dispõe que, não encontrado o acusado, deverá ser citado por edital, com o prazo de 15 (quinze) dias, é intuitivo que o mesmo raciocínio deve ser aplicado na hipótese de o acusado não ser encontrado para fins de notificação pessoal. Nesse caso, sua notificação deve ser feita por edital, com o mesmo prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual deve ser respeitado o lapso temporal de 10 (dez) dias para o oferecimento da defesa preliminar.

À vista disso, o acusado, notificado para oferecer sua defesa preliminar, poderá, na resposta escrita, arguir preliminares e invocar todas as razões de defesa, como oferecer documentos e justificações, especificar as provas que pretende produzir, arrolar até o número de 5 (cinco) testemunhas, e até apresentar exceções que são processadas em apartado, como prevê os parágrafos 1º e 2º do artigo 55 da Lei de Drogas.

Nessa perspectiva, dada a devida atenção a esse momento processual de apresentação da defesa preliminar, e como geralmente o acusado não possui conhecimentos técnicos suficientes para se defender sozinho, faz-se necessária a apresentação por advogado. Em entendimento contrário, autorizar que esta peça possa ser realizada pelo próprio denunciado é ignorar a relevância dessa fase processual. Brasileiro (2018) afirma que admitir que a defesa preliminar possa ser apresentada pelo próprio acusado é negar a importância ao seu conteúdo, com patente violação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Portanto, é necessário frisar que embora o artigo 55, parágrafo 1º, da Lei n.º 11.343/06 faça menção a apresentação da defesa preliminar pelo acusado, somente um profissional habilitado para esse fim poderá realizá-lo.

Ainda no que tange a notificação do denunciado no procedimento especial da Lei de Drogas, Silva (2016, p. 217) ensina que:

Oferecida a denúncia o juiz não a recebe de plano, como pode ocorrer no rito comum ordinário e sumário estabelecido no Código de Processo Penal. O denunciado será notificado para apresentação de defesa prévia, consistente em defesa preliminar e exceções, no prazo de dez dias a contar do ato (art. 798, § 5º, “a”, do CPP). Não sendo encontrado o denunciado por se encontrar em local incerto e não sabido, o juiz deverá aplicar subsidiariamente o Código de Processo Penal e determinar a notificação por edital (art. 361 c.c. o art. 370, *caput*, do CPP). Ocultando-se para não ser notificado, poderá ser realizada a notificação com hora certa (art. 362 c.c. o art. 370, *caput*, do CPP).

Nesses termos, o doutrinador Silva frisa a importância do magistrado notificar de forma efetiva o denunciado para apresentar a defesa preliminar prevista no artigo 55 da Lei de Drogas e adverte que não poderá aquele receber a denúncia de plano, sem a manifestação devida da defesa.

O parágrafo 1º do artigo 55 da Lei de Drogas traz especificações do que consiste a defesa preliminar e o que pode ser apresentado na resposta escrita, e dispõe que:

Na resposta, consistente em defesa preliminar e exceções, o acusado poderá arguir preliminares e invocar todas as razões de defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas que pretende produzir e, até o número de 5 (cinco), arrolar testemunhas.

Nos termos do parágrafo 1º, a resposta consiste na defesa escrita à acusação feita pelo *parquet* da ação penal, que dar-se por meio de defesa preliminar e as exceções. Nos ensinamentos de Silva (2016, p. 218), “a obrigatoriedade da resposta escrita se limita ao oferecimento da defesa preliminar, uma vez que a análise da pertinência e conveniência de apresentar exceções é da defesa”.

Sob análise do que pode ser apresentado na defesa preliminar da Lei de Drogas, Brasileiro (2018, p. 1.139) explica que:

Apesar de a defesa preliminar conferir à defesa a oportunidade de se manifestar antes do possível recebimento da peça acusatória, entende-se que nessa fase, só é possível a produção de prova documental. Não se proporciona à defesa, portanto, reação ampla de modo a permitir dilação probatória. Na visão dos Tribunais Superiores, não se admite uma fase instrutória prévia ao recebimento da denúncia, sendo defeso ao acusado requerer produção de provas nesse momento processual, tendo em vista que ainda não existe processo criminal instaurado contra ele. Na verdade, incumbe à defesa, pela própria análise dos elementos que instruíram a peça acusatória, evidenciar a insuficiência de elementos informativos para a imputação, visando a que não seja admitida.

Em uma abordagem mais pormenorizada sobre o que consiste a resposta do referido parágrafo 1º, Cunha (2018) leciona que:

Na resposta, o denunciado deve suscitar todas as teses de interesse para sua defesa, inclusive matérias preliminares ao mérito, sob pena de, não o fazendo neste momento oportuno, operar-se a preclusão. As matérias podem ser as mais diversas, mas, em especial, deve-se atentar para o disposto no art. 397 do Código de Processo Penal, que dá ensejo à absolvição sumária, caso acolhida a respectiva alegação. Assim, nessa oportunidade devem ser arguidas causas de atipicidade, excludentes de ilicitude, culpabilidade ou punibilidade. A juntada de documentos que interessem à defesa, bem como do rol das testemunhas (no máximo de cinco) também ocorre neste momento. Caso a defesa pretenda obter esclarecimentos do perito, acareações, reconhecimentos a serem produzidos em audiência, é este também o momento oportuno para que se requeiram essas provas.

Em vista disso, os autores ora citados explicam do que consiste a resposta da defesa preliminar, que vai desde a produção de provas e apresentação de todas as teses que interessem a defesa do denunciado com o escopo fundamental de convencer o julgador acerca da presença de uma das hipóteses que autorizem a

rejeição da peça acusatória, quais sejam: a denúncia for manifestamente inepta, ausência dos pressupostos processuais ou das condições para o exercício da ação penal, falta de justa causa para o exercício da ação penal, consoante o artigo 395, incisos I, II, III do Código de Processo Penal.

Por outro lado, as exceções de que trata o referido parágrafo 1º não são obrigatórias, uma vez que a análise da pertinência e conveniência da apresentação cabe a defesa. Em outras palavras, enquanto a apresentação da defesa preliminar é causa de procedibilidade da ação penal, as exceções serão apresentadas de acordo com a necessidade do caso concreto. Nesse sentido, insta dizer que não poderá haver pela defesa somente a apresentação de meras exceções sem que exista também a apresentação da defesa preliminar, pois deixaria o denunciado indefeso.

Embora seja discutível quais estratégias serão apresentadas na defesa preliminar, e que evidentemente fica a cargo do defensor resolver quais utilizará de acordo com o caso concreto, isso não significa que ao advogado estará facultado o cumprimento do rito processual previsto em Lei, neste caso, o rito especial da Lei de Drogas, em nome de uma possível estratégia processual.

Nesse sentido, Silva (2016, p. 219) ensina que:

É na defesa preliminar que são arguidas as preliminares e analisado, mesmo que superficialmente, o mérito, podendo ensejar a rejeição ou o não recebimento da denúncia. Também é nesta oportunidade que são arroladas as testemunhas e requerida a produção de provas. O intuito do legislador foi o de não permitir que o denunciado fique indefeso, obrigando à apresentação de uma defesa técnica consistente. E cabe ao Magistrado, neste ato procedimental, fiscalizar se o denunciado está sendo defendido eficazmente. É certo que o defensor não é obrigado a adiantar sua tese de defesa; porém, deve propiciar eficaz defesa ao denunciado, requerendo a produção de provas, juntando documentos, arrolando testemunhas etc. Caso contrário, bastaria que o legislador não tivesse alterado o Código de Processo Penal, que, pelo sistema anterior, facultava a apresentação da defesa prévia (art. 396 do CPP).

O doutrinador Silva aponta mais uma vez a necessidade do cumprimento do rito processual da Lei de Drogas para que o Judiciário se proceda alinhado com o devido cumprimento do procedimento previsto em Lei, ficando inclusive a cargo do

Juiz fiscalizar o cumprimento deste ato procedimental, com a finalidade de garantir que a defesa técnica seja consistente e adequada.

Desta forma, observadas as exigências do ato procedimental da defesa preliminar, cabe a defesa, ao analisar os elementos que instruíram a acusação, evidenciar desde logo a insuficiência de elementos informativos para a imputação, visando que não seja admitida a presente peça oferecida pelo *parquet* da ação penal.

As exceções previstas no parágrafo 1º, do artigo 55, da Lei de Drogas dispõe sobre seu modo procedimental no seu parágrafo 2º e aduz que: “as exceções serão processadas em apartado, nos termos dos arts. 95 a 113 do Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal”. São estas: exceção de suspeição, de incompetência do juízo, de litispendência, de ilegitimidade das partes, e de coisa julgada.

As exceções são chamadas por alguns doutrinadores de defesa indireta, porque não atacam o mérito diretamente, mas pode suceder no afastamento do magistrado ou do juízo, ou na própria extinção do processo penal. Portanto, como disciplinado nos artigos 95 a 113 do Código de Processo Penal, as exceções são processadas em autos apartados e sua apresentação não é obrigatória, cabendo a defesa analisar se deverá ou não representá-la. (SILVA, 2016)

Para mais, prevê o parágrafo 3º do artigo 55, da Lei de Drogas que “se a resposta não for apresentada no prazo, o juiz nomeará defensor para oferecê-la em 10 (dez) dias, concedendo-lhe vista dos autos no ato da nomeação”. Nesse sentido, o parágrafo 3º assegura que diante da ausência de apresentação da defesa preliminar no prazo de 10 (dez) dias, o magistrado deverá nomear defensor público para fazê-lo em um novo prazo de 10 (dez) dias, concedendo-lhe vista dos autos no ato da sua nomeação.

Após a devida apresentação da defesa preliminar escrita pelo defensor, o juiz decidirá em 5 (cinco) dias, de acordo com o parágrafo 4º, do artigo 55 da Lei n.º 11.343/2006. Nesse sentido, o Magistrado, dentro desse prazo previsto em lei vai decidir se recebe a denúncia, ou não, e instaura a ação penal. Esta decisão, como toda e qualquer decisão feita pelos órgãos do Poder Judiciário deverão ser

fundamentadas, sob pena de nulidade, consoante artigo 93, IX, da Constituição Federal de 1988 e o artigo 564, V, do Código de Processo Penal.

Portanto, as razões alegadas pela defesa devem ser analisadas pelo magistrado, e, poderão, se refutadas, acarretar no recebimento da denúncia, ou, se acolhida a tese defensiva, julgar pela rejeição da denúncia.

Por fim, o último parágrafo do artigo 55 da Lei de Drogas prevê que: “§ 5º Se entender imprescindível, o juiz, no prazo máximo de 10 (dez) dias, determinará a apresentação do preso, realizações de diligências, exames e perícias”. Observa-se essa previsão legislativa como mais uma oportunidade de dirimir dúvidas, fazer esclarecimentos tanto levantados pela defesa, como sobre as provas produzidas em fase de inquérito policial, que podem levar o magistrado a determinar novas diligências que devam ser imprescindíveis para a tomada de decisão.

Sobre essa parte procedimental prevista no parágrafo 5º, Silva (2016) declara que ao magistrado cabe até ouvir testemunhas ou mesmo interrogar o denunciado, a fim de buscar elementos que possam contribuir para a tomada de decisão.

Por fim, observadas toda a fase de procedimentos prevista no artigo 55 da Lei de Drogas, e presentes os requisitos legais, quais sejam: indícios suficientes de autoria e prova da existência do fato imputado ao denunciado, e não havendo nulidades a serem sanadas, o magistrado receberá a denúncia e atenderá ao disposto do artigo 56 e seguintes da Lei de Drogas, designando o dia para audiência de instrução e julgamento.

2.2 INOBSERVÂNCIA DA DEFESA PRELIMINAR NO PROCESSO

Para Silva (2016) e Brasileiro (2018) a apresentação da defesa preliminar funciona como verdadeira condição específica da ação penal nos crimes previstos na Lei de Drogas, porquanto o juiz não pode determinar o recebimento da acusação sem antes notificar o denunciado a apresentar sua defesa, que não ocorrendo, é causa impeditiva para o normal prosseguimento do processo.

No que tange ao cumprimento dos procedimentos especiais previsto em lei por opção legislativa, Fernandes (2005) ensina que, quando há incorporação de modelos alternativos aos procedimentos comuns, isto cria para as partes o direito de que, presentes os requisitos legais, tais procedimentos especiais sejam obrigatoriamente seguidos, e que independentemente de sua extensão, todos os atos e fases que formam o conjunto procedimental, e para aqueles, resta a garantia do direito à integralidade do procedimento.

Ademais, o procedimento pode ser visto como as regras de um jogo, que se não forem observadas levarão a uma competição ilegítima. Nesse sentido, às partes, ao magistrado e a todos os sujeitos que participam do processo penal, se impõe cumprir todos os atos procedimentais, porque o procedimento é integral. (FERNANDES, 2005)

Além disso, quando a lei prevê um procedimento específico para determinada relação material controvertida, não cabe ao magistrado dispensá-la, impondo-se a sua devida observância em cumprimento ao princípio do devido processo legal. Isso tudo se justifica, por obviedade, em virtude dos atos previstos na cadeia procedimental estarem previamente definidos em adequação à tutela de determinadas conjunturas, portanto, imprescindíveis porque o procedimento ostenta tipicidade. (FERNANDES, 2005)

O ministro Gilmar Mendes em Julgamento do Habeas Corpus 123.221/SP, em um caso de condenação por tráfico de drogas, por suposta flagrância com 1,5g de maconha, em seu voto, vislumbra que a situação concreta é excepcional e justifica a concessão de ordem de Habeas Corpus de ofício. No decorrer de sua explicação para a tomada deste ato, argumenta que:

A pequena apreensão de droga (1,5g de maconha) e a ausência de outras diligências investigatórias, no meu entender, apontam que a instauração da ação penal com conseqüente condenação representa medida nitidamente descabida. Registro que, sequer, a interceptação telefônica supostamente realizada conseguiu comprovar o envolvimento de Felipe em atividades ilícitas. Após exame detalhado de todos os volumes dos autos, entendo que, com relação ao paciente, não existem elementos probatórios suficientes a justificar a condenação. Assim, está demonstrado

patente constrangimento ilegal, que merece ser reparado. Nesses termos, meu voto é no sentido de conceder a ordem, de ofício, para absolver o paciente Felipe Bruno Malavasi Brega, em razão de ausência de prova da existência do fato (CPP, art. 386, inciso II).

Ainda neste julgamento, o Ministro traz à tona o problema da Lei n.º 11.343/2006 e em suas palavras diz que:

(...) vislumbro indicativos de que a mudança de tratamento promovida pela Lei 11.343/06, que aboliu a pena privativa de liberdade para usuário (art. 28), provocou uma reação inesperada e indesejável: fatos limítrofes, anteriormente registrados como uso, passaram a ser tratados como tráfico de drogas. Conforme dados do Infopen, em 2006, houve 47.472 prisões por tráfico de drogas. A Lei 11.343/06 entrou em vigor em outubro de 2006. No ano seguinte (2007), foram registradas 65.494 prisões por tráfico, um aumento de 38%. E essa escalada prosseguiu. Em 2010, foram 106.491 prisões. Tendo isso em vista, proponho seja oficiado ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ), para que fomente a uniformização de procedimentos e a conscientização dos órgãos envolvidos na persecução penal acerca da importância da verificação, em todas as fases do procedimento, da justa causa para enquadramento mais gravoso – tráfico –, em lugar do mais benéfico – uso de drogas.

O ministro aponta para um problema que muitos doutrinadores, juristas e o próprio judiciário tratam como uma questão meramente procedimental e ainda invocam a nociva “instrumentalidade do processo” para relativizar o rito processual especial em detrimento da garantia que este representa para o denunciado nos casos previstos na lei de drogas.

Por fim, no que diz respeito a análise do Habeas Corpus 123.221/SP, Gilmar Mendes traz na parte que cabe a explicação do voto, uma abordagem acerca da necessidade de que seja feita uma atividade de coordenação e análise, tendo em vista que pelos indícios observados, a Lei n.º 11.343/2006 que aparentemente veio para abrandar a aplicação penal, embora trate com mais rigor o traficante e aquele que atua em organização criminosa, na sua perspectiva analisa que a atual Lei de Drogas está mais contribuindo densamente com o crescimento da população carcerária e que houve um aumento de 200 mil a 250 mil presos, tudo indica, associados ao tráfico de drogas.

Por último, lamenta que no Brasil a caracterização e qualificação do tráfico seja dada pelo policial, que afirma ser realizada sem a devida avaliação, e sugere

a título de solução aquilo que é feito na Europa, da apresentação imediata do preso ao juiz, e ainda expõe a necessidade de uma harmonização de procedimentos, e questiona onde passa a linha limdeira entre o tráfico e o consumo.

Se tratando do procedimento penal na Lei de Drogas, por opção legislativa, há dois procedimentos previstos: em caso de posse de drogas para consumo pessoal e o previsto para tráfico de drogas.

No que tange ao procedimento em casos de posse para consumo pessoal, previsto no artigo 28, da Lei n.º 11.343/2006, não existindo concurso com os crimes dos artigos 33 a 37, o indiciado é processado e julgado de acordo com a Lei n.º 9.099/1995 - Juizado Especial Criminal, em observância ao seu artigo 60 e seguintes, como também o crime previsto no parágrafo 3º do artigo 33, que prevê o consumo de drogas compartilhado, que é tipificado como infração de menor potencial ofensivo e também deve ser levado ao conhecimento do Juizado Especial Criminal para o devido processamento.

Nesse sentido, o artigo 48 da Lei de Drogas dispõe que:

Art. 48. O procedimento relativo aos processos por crimes definidos neste Título rege-se pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal. § 1º O agente de qualquer das condutas previstas no art. 28 desta Lei, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei, será processado e julgado na forma dos arts. 60 e seguintes da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais.

As condutas previstas no artigo 28 da Lei de Drogas, como dispõe os parágrafos 3º e 4º traçam como deve ser conduzido o procedimento para porte de drogas para o consumo ou plantação para o mesmo fim e aduz que:

Art. 28. (...) § 2º Tratando-se da conduta prevista no art. 28 desta Lei, não se imporá prisão em flagrante, devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente ou, na falta deste, assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessários. § 3º Se ausente a autoridade judicial, as providências previstas no § 2º deste artigo serão tomadas de imediato pela autoridade policial, no local em que se encontrar, vedada a detenção do agente.

Nesse sentido, para os crimes do artigo 28, *caput*, e do parágrafo 1º, da Lei n.º 11.343/2006:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I- advertência sobre o efeito de drogas; II- prestação de serviços à comunidade; III- medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. § 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

Há, portanto, nessas infrações penais descritas, expressa vedação ao auto de prisão em flagrante, mesmo ocorrendo a situação de que o autor do fato se negue a assinar o termo circunstanciado de ocorrência, não poderá haver detenção do agente.

Realizados tais procedimentos, dispõe o parágrafo 4º do artigo 48 que “o agente será submetido a exame de corpo de delito, se o requerer ou se autoridade de polícia judiciária entender conveniente” e em seguida, o autor do fato deve ser liberado.

Na falta de critérios objetivos para definir se a droga destina-se ao consumo pessoal ou a traficância, a Lei de Drogas no parágrafo 2º do artigo 28 prevê critérios subjetivos, quais sejam:

Art. 28. (...) § 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

Nesse diapasão, como a referida Lei apresenta possíveis soluções para distinguir o usuário do traficante, porém como não há critérios objetivos como, por exemplo, a quantidade de entorpecentes para a caracterização de um ou de outro crime, fica a cargo do julgador, se utilizando da margem conferida pelo legislador, a resolver e classificar mediante ato discricionário, através de sua escolha subjetiva,

segundo critérios de conveniência e oportunidade, para a solução no caso concreto, utilizando o princípio da razoabilidade.

Diante dessa conjuntura, temos o problema da traficância presumida acarretada pela dificuldade de distinguir o usuário do traficante de drogas. O ônus da prova fica invertido e a pessoa flagrada com determinada quantidade de drogas é presumida como traficante, o que fere o princípio constitucional da presunção de inocência, no qual cabe ao Estado provar que aquela pessoa é de fato traficante, por meio de investigação, testemunhas ou extrato bancário, mas o que observa-se é que a lei não exige nada disso para condenar a pessoa por tráfico. (MORONNA, 2018 apud MARTINS, 2018)

Na falta de regras claras de distinção entre usuário e traficante na Lei de Drogas, quem acaba realizando tal distinção é o policial nas ruas, e quando isso acontece outros aspectos subjetivos e mesmo preconceitos acabam sendo levados em consideração. Quando se trata de negros, jovens, moradores de comunidade e desempregados, provar que não é traficante de drogas é mais difícil em relação a quem tem carteira assinada ou é um jovem branco universitário. Nesse sentido, é mais comum que usuários de drogas negros, pobres e favelados sejam processados e condenados como se fossem traficantes. (MORONNA, 2018 apud MARTINS, 2018)

Se tratando do procedimento para os crimes de tráfico de drogas, a Lei n.º 11.343/2006 dispõe em seus artigos 50 a 59. A fase investigatória está disposta nos artigos 50 a 53 da Lei supracitada. O artigo 50 dispõe que “ocorrendo prisão em flagrante, a autoridade de polícia judiciária fará, imediatamente, comunicado ao juiz competente, remetendo-lhe cópia do auto lavrado”, por força do artigo 5º, inciso LXII da Constituição Federal de 1988. Ao Ministério Público também será dado vista, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, como dispõe a parte final do artigo em análise.

Para efeito da lavratura do auto de prisão em flagrante e estabelecimento da materialidade do delito, o parágrafo 1º do artigo 50 dispõe que “é suficiente o laudo de constatação da natureza e quantidade da droga, firmado por perito oficial ou, na falta deste, por pessoa idônea”. Importante frisar que de acordo com o disposto no parágrafo 2º do mesmo artigo, o perito que subscreve primeiro laudo, referido no

parágrafo 1º não fica impedido de realizar o laudo definitivo. Nesse caso, existe uma exceção feita pela Lei de Drogas em relação ao disposto do artigo 279, inciso II, do Código de Processo Penal, que faz vedação ao perito que “tiver opinado anteriormente sobre o objeto da perícia”.

Tratando-se do inquérito policial, a Lei de Drogas prevê em seu artigo 51, *caput*, que “o inquérito policial será concluído no prazo de 30 (trinta) dias, se o indiciado estiver preso, e de 90 (noventa) dias, quando solto”. Havendo pedido justificado da autoridade de polícia judiciária podem ser duplicados pelo juiz, ouvido o Ministério Público, consoante o parágrafo único do mesmo artigo.

Finalizados os prazos do inquérito policial previsto na Lei de Drogas, o artigo 52 apresenta o próximo passo dessa fase procedimental e dispõe que:

Art. 52. Findos os prazos a que se refere o art. 51 desta Lei, a autoridade de polícia judiciária, remetendo os autos do inquérito ao juízo: I - relatará sumariamente as circunstâncias do fato, justificando as razões que a levaram à classificação do delito, indicando a quantidade e natureza da substância ou do produto apreendido, o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, a conduta, a qualificação e os antecedentes do agente; ou II - requererá sua devolução para a realização de diligências necessárias. Parágrafo único. A remessa dos autos far-se-á sem prejuízo de diligências complementares: I - necessárias ou úteis à plena elucidação do fato, cujo resultado deverá ser encaminhado ao juízo competente até 3 (três) dias antes da audiência de instrução e julgamento; II - necessárias ou úteis à indicação dos bens, direitos e valores de que seja titular o agente, ou que figurem em seu nome, cujo resultado deverá ser encaminhado ao juízo competente até 3 (três) dias antes da audiência de instrução e julgamento.

Importante observar que o inciso I, em caso excepcional, a lei expressamente determina que no relatório do inquérito haja indicação expressa e justificadamente da qualificação jurídica do fato, com o objetivo de evitar que ocorra o indiciamento de usuários como traficantes, com todas as consequências daí decorrentes, a exemplo da impossibilidade de prestar fiança ou ser solto. (MOREIRA, 2015)

Sobre as diligências que trata o parágrafo único do artigo 52, Moreira (2015) afirma que caso essas diligências complementares não sejam entregues no tríduo legal, a audiência deverá ser adiada e o investigado ser posto em liberdade, se preso, por configurar constrangimento ilegal por excesso de prazo.

Partindo para a instrução criminal, disposta nos artigos 54 a 59 da Lei n.º 11.343/2006, temos o artigo 54 dispondo que:

Art. 54. Recebidos em juízo os autos do inquérito policial, de Comissão Parlamentar de Inquérito ou peças de informação, dar-se-á vista ao Ministério Público para, no prazo de 10 (dez) dias, adotar uma das seguintes providências: I - requerer o arquivamento; II - requisitar as diligências que entender necessárias; III - oferecer denúncia, arrolar até 5 (cinco) testemunhas e requerer as demais provas que entender pertinentes.

Observa-se, portanto, que o *parquet* da ação penal, não observando ser caso de arquivamento, ou da necessidade de novas diligências, oferecerá a denúncia criminal. Em sequência a denúncia oferecida ao denunciado, o juiz ordenará a notificação do acusado para oferecer defesa prévia, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias, com fulcro no artigo 55 da Lei de drogas, observadas todas as regras dos parágrafos do artigo supracitado.

Quando se debruça sobre a situação da inobservância da defesa preliminar, e o juiz recebe desde logo a denúncia, há controvérsias sobre as consequências decorrentes da não observância do procedimento que possibilita o contraditório prévio ao recebimento da peça acusatória.

3 VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COROLÁRIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Os princípios constitucionais são o alicerce da norma no ordenamento jurídico e na lição de Brasileiro (2018) são tratados como mandamentos nucleares de um sistema. Nessa perspectiva, observa-se que os princípios têm um papel singular no Estado Democrático de Direito, vinculado à própria consciência nacional os quais foram recebidos pela Constituição Federal de 1988.

No âmbito do processo penal há dois princípios constitucionais corolários do devido processo legal, quais sejam: o princípio do contraditório e da ampla defesa, previstos no artigo 5º, inciso LV da Carta Magna.

Para Silva (2018), a consagração do princípio do devido processo legal na Constituição Federal de 1988 é suficiente para que se tenha assegurado os demais princípios constitucionais do direito processual, que compreende um conjunto de elementos garantidores dos direitos fundamentais, que tem por finalidade um processo justo, sendo assegurado um tratamento isonômico e um resultado efetivo, em que adequa os princípios e postulados da instrumentalidade do processo.

O princípio do devido processo legal é considerado como o princípio maior e fundamental, que norteia o atual ordenamento jurídico, e que engloba os demais princípios processuais penais. É, portanto, o princípio no qual o processo deve observar necessária e impreterivelmente a legalidade, pressuposto de qualquer Estado de Direito. (COSTA, 2011)

Nesse diapasão, o princípio constitucional do devido processo legal previsto no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal de 1988 que dispõe que “ninguém será privado da sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, logo, trata-se de um princípio fundamental para a ordem jurídica brasileira no que tange ao processo, que perpassa pela legalidade enquanto elemento indissociável do Estado Democrático de Direito.

No decorrer do desenvolvimento desse trabalho, vê-se que a defesa preliminar do artigo 55 da Lei de Drogas possui caráter processual, em virtude das

matérias alegadas nesse momento, sua aplicabilidade possui respaldo nos princípios constitucionais penais, dentre eles, o fundamental princípio do devido processo legal que em consonância com a o princípio da legalidade assegura o cumprimento integral do rito processual previsto em lei, e há, por tudo isso, um verdadeiro mandamento para que se faça assegurar o contraditório prévio ao juízo de admissibilidade da peça acusatória no rito procedimental da Lei de drogas previsto no artigo 55.

Em entendimento contrário, no momento que o Estado-Juiz tem a faculdade de deixar de observar o rito procedimental da Lei de Drogas e recebe a denúncia feita pelo Ministério Público sem dar a chance do denunciado apresentar a defesa preliminar prevista no artigo 55, não há somente violação do rito especial previsto em lei, mas também há uma frontal violação do princípio constitucional do devido processo legal previsto do artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Cidadã de 1988.

Para mais, o devido processo legal, conforme declara Lewandowski (2017) configura-se um dos pilares do constitucionalismo moderno e uma das mais importantes garantias para defesa dos direitos e liberdades das pessoas.

Lewandowski (2017) afirma ainda que o princípio constitucional do devido processo legal é uma moeda de duas faces, que de um lado significa que é indispensável a instauração do processo antes da restrição de qualquer direito, e por outro lado significa que o processo precisa ser necessariamente aquele adequado, e não apenas um simulacro de procedimento.

O devido processo legal, insta dizer, é de extrema importância no âmbito processual penal, porque o que está no centro do jogo é a liberdade do indivíduo, que está num patamar de preciosidade tanto quanto a vida.

No que tange ao direito de punir, o poder persecutório do Estado é muito forte, o qual detém todo o monopólio para tanto, e é grande relevância frisar que, o processo hoje não pode ser mais considerado um meio de alcançar a punição de quem tenha infringido as leis penais, mas sim um instrumento de tutela jurídica dos acusados, conforme Lewandowski (2017).

Por último, em mais uma importante e necessária lição de Lewandowski (2017) que entende que o devido processo legal vai além do plano formal, nas suas palavras ensina que:

Não basta que os trâmites, as formalidades e os procedimentos, previamente explicitados em lei, sejam observados pelo julgador. É preciso também que, sob o aspecto material, certos princípios se sejam respeitados. Nenhum valor teria para as partes um processo levado a efeito de forma mecânica ou burocrática, sem respeito aos seus direitos fundamentais, sobretudo os que decorrem diretamente da dignidade da pessoa humana, para cujo resguardo a prestação jurisdicional foi instituída. O direito ao contraditório e à ampla defesa fica completamente esvaziado quando o processo judicial se aparta dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade ou do ideal de concretização do justo. Com efeito, uma decisão que atente contra a racionalidade, a realidade factual ou os princípios gerais do direito universalmente reconhecidos, embora correta do ponto de vista procedimental, não se conforma ao devido processo legal substantivo.

Nessa perspectiva, o princípio do devido processo legal previsto na Carta Magna de 1988 vai além das formalidades e dos procedimentos que todo o poder judiciário, detentor do direito de punir, deve observar e cumprir. É necessário ainda que haja respeito a observância dos direitos fundamentais que desdobram-se principalmente da dignidade da pessoa humana, para a qual a prestação jurisdicional foi estabelecida.

3.1 CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

De acordo com o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Na lição de Almeida (1973 apud BRASILEIRO, 2018) o princípio do contraditório é entendido como a ciência bilateral dos atos ou termos do processo e a possibilidade de contrariá-los. Ou seja, este princípio tem como cerne fundamental à discussão dialética dos fatos da causa, devendo assim ser assegurado as ambas

as partes a oportunidade de fiscalização mutual de todos os atos que ocorrem durante o processo.

Os elementos do contraditório, consubstanciado pela expressão em latim *audiatur et altera pars*, que significa: seja ouvida também a outra parte, que decorre o termo “audiência bilateral”, são dois, na visão de Brasileiro (2018), quais sejam: o direito à informação e o direito de participação. Logo, este princípio poderia ser descrito como a necessária informação para as partes e o direito da reação aos atos que entendam prejudiciais.

Para tanto, assegurar que o contraditório seja pleno, em consonância com o princípio da isonomia e a busca de uma igualdade substancial de condições, é que surgiu a necessidade de se igualar os desiguais no âmbito processual penal, para poder se falar em um contraditório efetivo e equilibrado.

Nesse sentido, Brasileiro (2018, p. 52-53) traz à tona a diferença do devido processo legal nos diferentes processos, quais sejam, o processual penal e o civil e afirma que:

Notadamente no âmbito processual penal, não basta assegurar ao acusado apenas o direito à informação e à reação em um plano formal, tal qual acontece no processo civil. Estando em discussão a liberdade de locomoção, ainda que o acusado não tenha interesse em oferecer reação à pretensão acusatória, o próprio ordenamento jurídico impõe a obrigatoriedade de assistência técnica de um defensor. Nesse contexto, dispõe o art. 261 do CPP que *nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor*. E não deve contentar com uma atuação meramente formal desse defensor. Basta perceber que, dentre as atribuições do juiz-presidente do júri, o CPP elenca a possibilidade de nomeação de defensor ao acusado, quando considera-lo indefeso (CPP, art. 497, V). Portanto, pode-se dizer que se, em um primeiro momento, o contraditório limitava-se ao direito à informação e à possibilidade de reação, a partir dos ensinamentos do italiano Elio Fazzalari, o contraditório passou a ser analisado também no sentido de que se assegurar o respeito a paridade de tratamento (par conditio ou paridade de armas). De fato, de nada adianta se assegurar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, se não lhe são outorgados os meios para que tenha condições reais e efetivas de contrariá-los. Há, de se assegurar, pois, o equilíbrio entre a acusação e a defesa, que devem estar munidas de forças similares. O contraditório pressupõe, assim, a paridade de armas: somente pode ser eficaz se os contendentes possuem a mesma força, ou, ao menos, os mesmos poderes.

Nesses termos, o doutrinador chama atenção para a necessidade de que no âmbito do processo penal o contraditório seja realizado de forma plena, inclusive se o acusado não tiver interesse em contraditar, ainda assim deverá ser realizada por se tratar de uma imposição do próprio ordenamento jurídico pátrio.

Para mais, a observância do contraditório implica a necessidade de uma dualidade de partes, de modo que o Estado-Juiz encarregado de instruir e proferir decisões no curso de todos os atos procedimentais, seja realizado de forma imparcial em consonância com as pretensões e alegações dos litigantes.

Logo, o princípio do contraditório, corolário do devido processo legal, impõe-se a todo acusado, para que seja dado o direito de resposta contra a acusação que lhe foi imputada, e que quando o faça, se utilize de todos os meios previstos no ordenamento jurídico para se defender.

Quando se enfatiza que ao acusado é dado o direito de se defender através de todos os meios dos mais amplos possíveis estamos se referindo a segunda parte do artigo 5º, inciso LV, da Carta Magna de 1988 de que trata a ampla defesa.

À luz da visão garantista da qual a nossa constituição está assentada e que privilegia o interesse do acusado a ampla defesa é vista como um direito. Sob a ótica publicística, quer dizer, processual, no qual prevalece o interesse a um processo justo, a ampla defesa é vista como uma garantia.

Brasileiro (2018, p. 54) traz a relação e influência direta da ampla defesa com o contraditório e explica:

O direito de defesa está ligado diretamente ao princípio do contraditório. A defesa garante o contraditório e por ele se manifesta. Afinal, o exercício da ampla defesa só é possível em virtude de um dos elementos que compõem o contraditório – o direito à informação. Além disso, a ampla defesa se exprime por intermédio de seu segundo elemento: a reação. Apesar da influência recíproca entre o direito de defesa e o contraditório, os dois não se confundem. Com efeito, por força do princípio do devido processo legal, o processo penal exige partes em posições antagônicas, uma delas obrigatoriamente em posição de defesa (ampla defesa), havendo a necessidade de que cada uma tenha o direito de se contrapor aos atos e termos da parte contrária (do contraditório). Como se vê, a defesa e o contraditório são manifestações simultâneas, intimamente ligadas pelo processo, sem que daí se possa concluir que uma derive da outra.

Nessa esteira, insta observar que a ampla defesa e o contraditório estão intimamente ligados, embora haja distinção entre esses dois princípios constitucionais. Quando um desses é observado é possível o outro não ser, portanto, pode ocorrer a violação do contraditório sem que a ampla defesa seja violada, como por exemplo, quando ao órgão acusador não é comunicado de um determinado ato processual, ou a defesa é impedida dar reação à determinada prova, nestes casos não estará violada o direito à ampla defesa, mas estará configurada a violação ao contraditório.

Lopes Jr. (2020) apresenta algumas questões necessárias dentro do campo de estudo do direito à ampla defesa que merecem a devida abordagem, quais sejam: o direito de defesa técnica e pessoal. Quando se trata da defesa técnica, supõe assistência de profissional com conhecimentos teóricos do Direito, o advogado de defesa, que é justificada pela exigência de um equilíbrio funcional entre a defesa e a acusação e decorrente também da presunção de hipossuficiência do acusado de que não tenha os conhecimentos precisos para contestar à pretensão estatal de igual condição técnica frente a acusação.

Para Foschini (1960 apud LOPES JR., 2020), a defesa técnica é uma exigência social, pois o acusado pode, a depender do seu interesse, defender-se pouco ou até mesmo deixar de se defender, mas isso não retira da sociedade o interesse de ser verificada a negativa nos casos em que os fatos imputados ao acusado não constituam fonte de responsabilidade penal, logo, a estrutura dualística do processo penal se manifesta tanto na esfera individual e também na coletiva.

Nesses termos, o direito de defesa, quando se trata do direito a defesa técnica, esta é considerada indisponível, porque além de ser uma garantia do sujeito passivo, há o interesse da sociedade na correta apuração do fato, além de ser uma premissa para a efetiva paridade de armas dentro do processo penal.

Na mesma esteira, Catena (1982 apud LOPES JR., 2020) ensina que a defesa técnica atua como mecanismo de autoproteção do sistema processual penal, ajustado para que ache-se cumprindo as regras do jogo dialético processual e da igualdade entre as partes. É, de fato, uma satisfação alheia à vontade do sujeito

passivo, porque sucede de um imperativo de ordem pública, contido no princípio do *due process of law*.

Para a efetividade e concretude da defesa técnica a todos, Lopes Jr. (2020) defende que o Estado deve instituir um sistema de Serviço Público de Defesa, estruturado da mesma forma que é o Ministério Público, para que as pessoas vulneráveis que não possam constituir defensor não fiquem desassistidas, porque a tutela da inocência do imputado trata-se de um interesse coletivo e social, sob respaldo do artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Cidadã de 1988, que dispõe que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Nesse diapasão, para que essa defesa técnica seja ampla e efetiva, Brasileiro (2018, p. 59) afirma que:

Obrigatoriamente, deve o defensor atuar em benefício do acusado, sob pena de se considera-lo indefeso. Isso, no entanto, não significa dizer que o defensor deverá sempre e invariavelmente pedir a absolvição do acusado. A depender das circunstâncias do caso concreto, esse pedido absolutório não será uma alternativa viável e tecnicamente possível. Basta imaginar, por exemplo, processo penal em que o réu confessado a prática delituosa após a colheita de farta prova testemunhal o incriminando. Em tal hipótese, pedir absolvição seria absolutamente inócuo. Porém, visando à melhora da situação do acusado, incumbe ao defensor buscar o reconhecimento de eventual causa de diminuição da pena, circunstância atenuante ou algum benefício legal para o cumprimento da sanção penal, além do reconhecimento de possíveis nulidades.

Por último, a defesa técnica está expressamente consagrada no artigo 261 do Código de Processo Penal, e aduz que “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”.

Partindo para análise da defesa privada ou autodefesa, do binômio defesa técnica e autodefesa, faz-se necessário apresentar algumas considerações. Primeiro que a autodefesa trata-se de uma atuação pessoal do sujeito passivo face a pretensão punitiva estatal, defendendo-se a si mesmo como indivíduo singular e sobretudo fazendo valer o seu interesse privado.

Consoante Lopes Jr. (2020) a chamada autodefesa pode ser manifestada por muitas formas, mas encontra no interrogatório policial e judicial seu momento de maior relevância, e classifica a autodefesa em duas: a defesa pessoal positiva e a

defesa pessoal negativa. Para o doutrinador, o interrogatório é o momento em que o imputado tem oportunidade de atuar de forma plena, para externar suas motivações, justificativas, ou negativas de autoria e materialidade do fato que lhe é atribuído.

Importante ressaltar que quando se trata do interrogatório, é plenamente possível que o acusado se negue a declarar, não contribuir para a atividade probatória realizada pelos órgãos estatais de investigação, em completa omissão, num atuar da defesa pessoal negativa.

A autodefesa negativa propõe dar ao sujeito passivo a disponibilidade do que ele vai gerar de conteúdo na defesa pessoal por ele exercida, na medida que este pode simplesmente se negar a declarar. Nesse ínterim, a autodefesa é renunciável, ou seja, não querendo o imputado se defender pessoalmente, este poderá negar-se a realizar. Por outro lado, é indispensável para a autoridade policial e judicial conceder a oportunidade para que a autodefesa seja realizada pelo acusado, e ainda um dever de advertir que para o imputado a não obrigação de responder as perguntas que lhe forem direcionadas, logo, caberá somente a este decidir se utilizará da oportunidade de atuar pela via da autodefesa no processo.

Nesse sentido, como o ato de calar constitui um direito do sujeito passivo, ele deverá ser devidamente informado do alcance das suas garantias, o que certamente passa a existir por parte das autoridades estatais o dever de informar, sob pena de nulidade do ato por violação de garantia constitucional. (LOPES JR., 2020)

Ademais, o direito ao silêncio, além de estar assentado na ampla defesa, em sua forma de autodefesa negativa, está assegurado no artigo 5º, inciso LXIII, da Carta Magna de 1988 e dispõe que “o preso será informado dos seus direitos, entre os quais o de permanecer calado (...)”, e dessa forma, que tutelando o estado mais grave, ou seja, quando o indivíduo estiver preso, terá o direito de permanecer calado, sem dúvidas esse direito garantido constitucionalmente é aplicável ao indivíduo em liberdade.

Vale salientar que esse direito ao silêncio assegurado, e também o direito de não produzir provas contra si mesmo, não pode resultar em prejuízo para o sujeito passivo, e deve ser visto como um ato livre de qualquer pressão ou ameaça.

Em relação à autodefesa positiva, se desdobra no direito disponível do imputado realizar atos como constituir advogado da sua confiança, prestar depoimentos, dar declarações que achar necessárias a qualquer tempo, se submeter a intervenções corporais, participar de reconhecimentos, dentre outros. Em síntese, significa que ao imputado será dado o direito de praticar atos com a finalidade de resistir ao poder estatal, com o fim de resguardar seu direito de liberdade.

Ainda, sobre como Estado-Juiz deve ser comportar em relação ao interrogatório, Lopes Jr. (2020) ensina que este deve ser realizado de modo espontâneo, e que o ato de interrogar deve ser livre de pressões ou torturas físicas ou psicológicas. Para isso, insiste em dizer que faz-se necessário estabelecer limites máximos para a busca da verdade para que estejam em conformidade com os direitos fundamentais garantidos aos interrogados. Nesses termos, a verdade material perdeu espaço para a verdade juridicamente válida, que traduz-se na verdade obtida com a devida observância aos direitos e garantias fundamentais e consoante requisitos previamente estabelecidos em lei.

3.2 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EM FACE DA INOBSERVÂNCIA DA DEFESA PRELIMINAR

O processo penal brasileiro se guia por princípios constitucionais e como frisado anteriormente, trata-se de um direito do acusado submeter-se a observância do devido processo legal. Insta trazer como observação fundamental que a imprescindível constitucionalização que passa o processo penal estabelece um sistema de garantias mínimas.

O processo penal democrático atual, regulado pela instrumentalidade constitucional, deve ter como missão a máxima efetividade das garantias constitucionais, pois ante o prisma da persecução criminal, o propósito maior é a busca da redução de danos ao imputado.

Quando se trata dos fundamentos que legitimam a jurisdição e o poder judiciário, o basilar consiste no reconhecimento de sua função como garantidor dos direitos fundamentais trazidos pela Constituição Pátria. Nesse sentido, a função primeira do magistrado é de atuar como garantidor dos direitos do acusado no processo penal.

Afere-se, entre a história da pena e a do processo penal relação direta, na qual o processo torna-se um caminho obrigatório para que chegue a pena, e certamente percorre-lo é uma condição indispensável ao próprio direito do Estado de punir, que ocasiona a rigorosa observância das regras procedimentais que integram o devido processo legal.

Nesses termos, o devido processo penal é o percurso necessário para a aplicação da pena. Por isso, ao direito penal cabe desconhecer a existência de tudo aquilo que não está dentro do processo penal, isto é, para que aquele se efetive, é preciso que seja pela via processual.

Para tanto, imperativo apresentar definição que Brasileiro (2018, p. 1.301) traz quanto a diferença de processo e procedimento:

Processo e procedimento não são expressões que se confundem. O processo é uma entidade complexa, que pode ser conceituado em sentido amplo (ou formal) e restrito (ou substancial). Em sentido amplo, o processo consiste na combinação de atos tendentes a uma finalidade conclusiva. Na segunda acepção, processo é o instrumento por meio no qual o Estado exerce a jurisdição, o autor o direito de ação e o acusado o direito de defesa, havendo entre seus sujeitos (partes e juiz) uma relação jurídica diversa da relação jurídica material, qual seja, a relação jurídica processual, que impõe deveres, direitos, ônus e sujeições. De seu turno, o procedimento é o modo pelo qual os diversos atos se relacionam na série constitutiva do processo, representando o modo do processo atuar em juízo. Assim, enquanto o processo funciona como uma direção no movimento, ou seja, o movimento em sua forma em que é motivado o ato, isto é, o procedimento é esse mesmo movimento, porém em sua forma extrínseca. Assim, enquanto o processo penal é formado por um conjunto de atos processuais que o levam da formulação da peça acusatória ao provimento final, geralmente uma sentença absolutória ou condenatória, o procedimento é o modo como esse processo se desenvolve, a forma como tramita, enfim, a sequência dos atos que se realizam no exercício da jurisdição.

Distinguir processo de procedimento é fundamental para compreender que para existir processo e o exercício da jurisdição é preciso que haja procedimento

que funciona como medida do processo, compreendido como expressão essencial a unidade do processo, porque, a uma, os atos que compõem o procedimento estão previstos em lei de forma sucessiva, um constituindo consequência do precedente e condição necessária do ato sucessivo, existindo entre eles, uma ordem preestabelecida. A duas, apesar dos atos permanecerem distintos, estão todos ordenados com o fim de obter o mesmo resultado, qual seja, a sentença judicial, dada por cada um a necessária contribuição para obtenção desse fim.

O procedimento do artigo 55 da Lei de Drogas, em que prevê a apresentação da defesa preliminar que antecede o recebimento ou rejeição da denúncia feita pelo autor da ação penal compreende a fase inicial em sede processual penal, ou seja, a fase postulatória, que constitui não apenas a acusação em si, oferecida pelo Ministério Público, mas também a ação defensiva do denunciado pelos crimes previstos na Lei n.º 11.343/2006.

Em um Estado Democrático de Direito, que tem como princípio basilar o devido processo legal, o procedimento deve proceder garantido o contraditório e a ampla defesa, cercado de todas os direitos fundamentais garantidos constitucionalmente ao sujeito passivo da ação penal, para que possa sustentar suas razões, produzir provas, concorrendo para a formação do convencimento do julgador, no caso especial do procedimento da lei de drogas, tais atos realizados antes do recebimento da denúncia.

Não obstante, às consequências da violação dos princípios constitucionais decorrentes da inobservância do procedimento previsto no artigo 55 da Lei de Drogas, por força do princípio do devido processo legal corolário do contraditório e da ampla defesa que alcança a garantia a este procedimento tipificado em lei, não há qualquer outro fundamento constitucional para que reconheça a inversão da ordem processual ou adoção de outro rito processual penal.

As regras procedimentais, vale salientar, não possuem vida própria, mas devem moldar-se ao regular desenvolvimento do processo, que vem a possibilitar a aplicação do direito ao caso concreto.

Quando ao acusado não é dado a oportunidade de apresentar a defesa preliminar prevista no rito processual especial da Lei de Drogas, este

descumprimento caracteriza inadmissível violação ao princípio constitucional do devido processo legal. Memora-se que o *due process of law* remete as garantias materiais e procedimentais. A primeira, que precede a garantia de um processo justo, e a segunda, que pode ser posta como fundamental no contexto desse trabalho, porque a garantia procedimental remete e consiste ao prévio conhecimento das regras procedimentais que fazem o processo justo, e que o poder judiciário está vinculado a observá-las, isto é, cumpri-las em sua integralidade, porque a garantia do devido processo legal em âmbito criminal é que o processo deve se desenvolver de acordo com os ditames da lei.

Portanto, a garantia procedimental disposta no artigo 55 da Lei de Drogas se impõe, sob pena de violação aos princípios e garantias constitucionais que precedem o caminho necessário a ser percorrido pelo Estado, o Administrador da Justiça.

4 NULIDADES E DEFESA PRELIMINAR

O processo penal reclama uma atividade típica, composta por atos cujos traços essenciais são definidos pelo legislador. A tipicidade no âmbito processual penal reflete à concepção de que o ato processual deve ser praticado em conformidade com a Constituição Federal e as leis processuais penais, para propiciar para as partes e a sociedade a existência de um processo penal justo e em consonância com o princípio do devido processo legal.

A preocupação em volta das formas processuais objetiva assegurar e certificar a máxima eficiência na aplicação da coerção penal, sem que incorra, entretanto, em prejuízo aos direitos e garantias fundamentais do imputado. A tipicidade, concomitantemente, assegura ao Estado seu legítimo interesse na condução do processo justo sem existência de vícios e também preserva direitos e garantias fundamentais do sujeito passivo.

Nesse sentido, ao Estado cabe dispor de instrumento coercitivo que imponha os sujeitos do processo a praticar os atos processuais, com a devida observância do modelo disposto na Constituição Federal e legislação ordinária. Este instrumento coercitivo precisa, portanto, de previsão legal, para o fim do cumprimento do modelo típico, caso contrário, não havendo sanção para a inobservância do modelo procedimental previsto, a norma passa a funcionar apenas como mera recomendação.

Nessa esteira, Brasileiro (2018, p. 1598) apresenta a importância da nulidade e afirma que:

(...) compreendida como espécie de sanção aplicada ao processo penal defeituoso, do que deriva a inaptidão para a produção de seus efeitos regulares. Em outras palavras, como desdobramento natural da fixação de regras para a prática dos atos processuais, apenas aqueles realizados em consonância com tal modelo serão considerados válidos perante o ordenamento jurídico e idôneos a produzir os efeitos almejados. Para os atos praticados em desacordo com o modelo típico, a lei estabelece sanções, que acabam variando de acordo com o grau de intensidade do desvio. O sistema de nulidades foi pensado, portanto, como instrumento para compelir os sujeitos processuais à observância dos modelos típicos: ou se cumpre a forma legal ou corre-se o risco de o ato processual ser

declarado inválido e ineficaz. A consequência da inobservância da forma prescrita em lei é a de que o ato defeituoso não poderá produzir os efeitos que ordinariamente teria.

O doutrinador traz à luz a nulidade como sanção à inobservância do rito processual previsto em lei. Como vê, a invalidação do ato processual eivado de vício por meio da declaração de nulidade tem como propósito compelir as partes e o próprio magistrado à observância do modelo definido pelo legislador.

Quanto aos custos que podem decorrer da nulidade do ato processual defeituoso, Brasileiro (2018, p. 1.598) destaca alguns, dentre eles, “o elevado custo econômico decorrente da repetição do ato inválido, a demora na prestação jurisdicional, do que pode resultar inclusive o reconhecimento da prescrição, e o próprio sentimento de impunidade que resulta da lentidão”. Aplicadas, de fato, essas sanções aos atos que deixem de observar o devido procedimento previsto em lei, os sujeitos que fazem o processo passam a se interessar a cumprir os procedimentos como dispostos, para que se evite a decretação da nulidade dos atos realizados durante o processo.

De acordo Lopes Jr. (2020), para o ator judiciário comprometido com a Constituição, o instituto das invalidades no processo penal causa tormento. Explica que a prática de atos defeituosos e a casuística dificultam profundamente a definição de uma estrutura teórica dotada de suficiência para dar conta de tamanha complexidade. E mais grave ainda, pontua, é as absurdas relativizações diárias realizadas pelos tribunais e juízes, que agem, por diversas vezes, como repetidores do senso comum teórico, consubstanciados na equivocada premissa da teoria geral do processo, que são agravadas pela dependência do tema às variações de humor da jurisprudência e aos influxos sociais, que alterna ao vento dos movimentos repressivistas da época.

4.1 APONTAMENTOS SOBRE NULIDADE ABSOLUTA E RELATIVA

Sob uma perspectiva de grande parte da doutrina processual penal e jurisprudencial, faz-se necessário alguns apontamentos sobre a temática da

nulidade absoluta e relativa. Inicialmente, cumpre trazer duas definições a palavra nulidade, apresentadas por Brasileiro (2018, p. 1.601), que ensina:

A palavra nulidade é utilizada no processo penal com dois significados distintos: a) sanção processual de ineficácia: uma primeira corrente (majoritária) compreende a nulidade como espécie de sanção aplicada ao ato processual defeituoso, privando-o de seus efeitos regulares. Tendo em conta que a forma prescrita em lei não foi observada, aplica-se a sanção de nulidade a este ato viciado, daí por que se fala em “declaração da nulidade”, no sentido de privar o ato de seus efeitos regulares. Exemplificando, se o interrogatório do acusado em juízo foi realizado sem a presença do defensor, caberá à defesa impugnar eventual decreto condenatório por meio de apelação, sem prejuízo da utilização do *habeas corpus*, objetivando o reconhecimento da nulidade absoluta do referido ato processual; b) defeito do ato processual: uma segunda corrente (minoritária) refere-se à nulidade como espécie de qualidade ou característica do ato processual ou do processo. A palavra nulidade seria utilizada, portanto, como expressão sinônima de defeito, vício, imperfeição, inobservância da forma legal. Logo, valendo-se do exemplo acima citado, na hipótese de o interrogatório judicial ser realizado sem a presença de advogado, este ato seria considerado nulo. Nesse caso, uma vez reconhecida a inobservância da forma prescrita em lei (CPP, art. 185, *caput*), ou seja, a nulidade do ato processual, a sanção a ser aplicada seria o reconhecimento de sua ineficácia.

Apresentada os dois significados de nulidade trazidos pela doutrina majoritária e minoritária, respectivamente, segue a abordagem sobre as nulidades, que são subdivididas, por grande parte da doutrina e pelos tribunais, em nulidades absolutas e as relativas.

A nulidade absoluta, por definição trazida por Lopes Jr. (2020), são aquelas em que ocorre uma violação de norma cogente, que tutela interesse público; ou existe a violação de princípio constitucional; a que pode ser declarada de ofício ou através de invocação da parte interessada; o prejuízo e o não atingimento dos fins são presumidos; ou quando é insanável, não se convalida e tampouco é convalidada pela preclusão ou trânsito em julgado.

No que toca a regra das nulidades absolutas, a gravidade da inobservância da tipicidade processual leva à anulação do ato, que independe de alegação da parte, podendo ser realizada de ofício pelo magistrado ou em qualquer grau de jurisdição. Quando alegada pela parte interessada, não há necessidade de demonstração do prejuízo, porque é presumido ou manifesto. Os exemplos,

costumam conduzir à violação de princípios constitucionais, especialmente o direito da ampla defesa e do contraditório. (LOPES JR., 2020)

Sob outra ótica, para Brasileiro (2018) as nulidades absolutas têm duas características fundamentais, que são: prejuízo presumido; e arguição a qualquer tempo. A primeira característica, em que se presume o prejuízo para nulidades absolutas é motivada por que ocorre geralmente violação de norma protetiva de interesse público com status constitucional, e cita o devido processo legal, contraditório e ampla defesa, que nestes casos não sobram espaço para meras irregularidades sem sanção ou nulidade relativa.

Grinover (2009 apud BRASILEIRO, 2018) ressalta que quando se trata de atipicidade constitucional, existe uma violação a preceitos maiores, referente à observância dos direitos fundamentais e das normas de ordem pública, no quadro das garantias.

Todavia, na visão de Brasileiro (2018, p. 1.602) quando se trata de presunção de prejuízo, não existe natureza absoluta e afirma que:

(...) cuida-se de presunção relativa (*iuris tantum*), o que significa dizer que há uma inversão da regra do ônus da prova constante do art. 156, *caput*, do CPP. Portanto, a parte pela arguição da nulidade absoluta fica exonerada da comprovação do prejuízo, cabendo à parte adversa demonstrar a inoccorrência do prejuízo, caso tenha interesse na preservação do ato processual impugnado. Logrando êxito nessa comprovação, o vício processual não será declarado. Afinal, por força do princípio do prejuízo, não há por que se declarar a nulidade, mesmo que de natureza absoluta, se não resultou qualquer prejuízo.

Nesse sentido, sob a perspectiva desse doutrinador, a possibilidade de que uma nulidade absoluta não seja decretada acontece nos casos em que à parte contrária demonstre que o defeito do ato processual em análise não causou prejuízo aquele que alega.

Partindo para a definição de nulidade relativa, sob ótica doutrinária, pode ser entendida como quando o defeito do ato processual não for tão crítico como o que ocorre nas nulidades absolutas. Nesse sentido, fica a cargo da parte interessada pugnar pela decretação da nulidade, devendo demonstrar o prejuízo processual sofrido.

As nulidades relativas não podem ser reconhecidas de ofício e são consideradas sanáveis. Lopes Jr. (2020) apresentada uma definição geral através dos seguintes aspectos: se o ato defeituoso viola norma que tutela um interesse essencial da parte, isto é, um interesse privado; para que seja reconhecido esse defeito é necessário a postulação pela parte interessada, já que não cabe de ofício; o ato defeituoso é convalidado pela preclusão; e por fim, a parte interessada em ver o ato defeituoso sanado deve demonstrar o prejuízo sofrido.

Nesse caso, para que a nulidades relativas sejam decretas em ato processual defeituoso, faz-se necessário demonstrar o efetivo prejuízo por quem alega em momento oportuno, sob pena de ter o ato defeituoso precluso e convalidado.

Na mesma esteira, Brasileiro (2018) ensina que as nulidades relativas estão sujeitas à sanção pelo decurso do tempo, ou seja, são convalidadas se não arguidas no tempo oportuno, portanto, estão sujeitas à preclusão, característica de toda nulidade relativa. Em relação a ausência de previsão legal expressa nessa espécie de nulidade, a violação de ato processual previsto em lei é verificada quando o ato defeituoso visa proteção de interesses dominante das partes do processo.

Como exposto, no campo doutrinário em sede de entendimento majoritário, fica claro a proposta conceitual das nulidades. Partindo para o campo da estrutura legal vigente das nulidades, que, primeiro, cumpre apresentar, estão dispostas nos artigos 564, 566 e 571 do Código de Processo Penal, agora saindo do campo da doutrina clássica, e partindo para uma análise à luz da Constituição Federal e do devido processo legal, vê-se a necessidade de algumas pontuações.

Primeiramente, por causa da constante ocorrência de mudanças nos entendimentos jurisprudenciais sobre a matéria de nulidades, é bastante ousado definir, a princípio, quais seriam os casos que deveriam ser considerados como nulidade absoluta e nulidade relativa, a partir da estrutura do Código de Processo Penal, conforme Lopes Jr. (2020).

Outro ponto importante no campo das nulidades é que nem as absolutas nem as relativas são configuradas de pronto, como se automaticamente fossem levadas a efeito, já que para um ato defeituoso seja considerado nulo, após verificada uma

violação do princípio por ele assegurando, só é possível após uma decisão judicial que o declare, reconhecendo portanto sua nulidade.

Insta dizer que um sistema de nulidades deve estar diretamente conectado com o sistema de garantias constitucionais, por que como essa matéria é essencialmente casuística, pode ocorrer que limitando as nulidades a casos previstos em lei ordinária, o poder judiciário feche os olhos para outras graves ilegalidades que não explicitamente previstas, se convalidem de forma a comprometer a integridade do processo penal.

Sob a perspectiva dos tribunais e dos entendimentos jurisprudenciais, não há consenso quando o tema é nulidades. O Supremo Tribunal Federal tem muitos precedentes no sentido de que o prejuízo deve ser comprovado pela parte interessada, inclusive nos casos de nulidade absoluta. Nesse sentido Brasileiro (2020, p. 1.602) aduz que:

Se acaso a defesa pleitear a declaração de uma nulidade absoluta, incumbe a ela demonstrar o prejuízo decorrente da inobservância da forma prescrita em lei, sob pena de não lograr êxito na invalidação do ato processual impugnado. Nesse sentido, a 2ª Turma do Supremo já teve a oportunidade de asseverar que a demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja relativa ou absoluta, eis que o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades *pas de nullité sans grief* também compreende as nulidades absolutas.

Nesse sentido, os tribunais fundamentam esse entendimento por força do artigo 563 do Código de Processo Penal que prevê não ser “nenhum ato será considerado nulo, se a nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para defesa”, e que o princípio corolário da natureza instrumental do processo, ou princípio *pas de nullité sans grief*, se impõe impedindo que a nulidade seja declarada se não houver sido demonstrado prejuízo concreto à parte que suscita o vício.

Em sentido semelhante, em sede de julgamento de Habeas Corpus pela 1ª Turma do STF (HC 107.769/PR) de Relatoria da Ministra Cármen Lúcia, há um trecho que diz “(...) apesar de existir entendimento deste Supremo Tribunal no sentido de que o prejuízo de determinadas nulidades seria de prova impossível, o princípio do *pas de nullité sans grief* exige, em regra, a demonstração de prejuízo

concreto”. Logo, observa-se que na mesma esteira, independentemente de ser a nulidade relativa ou absoluta, não se decreta nulidade processual por mera presunção.

Em outro julgado, pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em sede de Habeas Corpus (HC 88.934/PB), de relatoria da Ministra Jane Santos, é no sentido de que a violação ao princípio da ampla defesa pode ser reconhecida mesmo após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Nesse sentido, a Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu artigo 8º, nº 4, dispõe que “o acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”. Portanto, havendo nulidades absolutas após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória poderá ser suscitada e reconhecida, ou seja, é possível que se admita revisão de coisa julgada *pro reo*, por força da vedação constitucional da *reformatio pro societate*.

Em sentido diverso, sobre a aplicação do artigo 563 do Código de Processo penal, Lopes Jr. (2020) indaga o que de fato entende-se por finalidade do ato, e explica que entende por finalidade do ato processual dar eficácia ao princípio constitucional que ali se efetiva através da lei que prevê uma forma, isto é, a forma traduz-se na garantia de que existirá condições para a efetivação dos princípios constitucionais.

Outra discussão se abre para o que seria a verdade substancial prevista no artigo 566 do Código de Processo Penal, que pode legitimar um ato defeituoso, cujo defeito impede a eficácia do princípio constitucional que está violado por ele, sob o fundamento que o processo atingiu seu fim, que segundo Lopes Jr. (2020) será de uma sentença penal condenatória.

Por último, para Lopes Jr. (2020), os julgados em que são invocados o princípio *pas de nullité sans grief*, além do doutrinador achar inadequado a sua aplicação no processo penal, afirma que é uma forma dos aplicadores desse princípio desprezarem que a violação da forma processual implica grave lesão ao princípio constitucional que está sob sua tutela, ou seja, considera que trata-se de defeito processual insanável, devendo ser declarada a nulidade absoluta do ato, e seja determinada a sua ineficácia.

4.2 NULIDADE PROCESSUAL EM FACE DA INOBSERVÂNCIA DA DEFESA PRELIMINAR

Partindo da premissa que no processo penal forma é garantia, e na Lei de Drogas há um modelo de procedimento expressamente previsto para ser observado pelas partes e pelo magistrado, por lógica, havendo a inobservância dos atos, essa atipicidade gera prejuízo.

Em torno do termo “prejuízo” existe uma grande imprecisão que precisa ser pontuada, por todo o discutido, e pelo fato dos tribunais entenderem que deve ser demonstrado pela parte prejudicada. A discussão que não se acha luz é como demonstrar esse prejuízo, e portanto como se fará prova dele.

Na esteira do que doutrina Coutinho (2001 apud LOPES JR., 2020) sobre o princípio do prejuízo, afirma que por se tratar de um conceito indeterminado, o seu referencial semântico será encontrado no entendimento de quem julgar, e diz que, por este motivo, é fácil notar, analisando julgados, que é comum que eles expressem decisões de imputa teratológicas.

Sobre a questão do princípio do prejuízo, a saída apresentada por Lopes Jr. (2020) é a de que deveria se alinhar em conformidade com o sistema de garantias da Constituição Federal, e que ao réu no processo penal, não estaria incumbido a carga probatória de tal prejuízo, isto é, a parte, que geralmente é a defesa, parte mais vulnerável do processo, quando alegar nulidade não precisará demonstrar que o ato defeituoso lhe trouxe prejuízo.

Nesse sentido, Badaró (2007 apud LOPES JR., 2020) afirma que se existe uma forma procedimental prevista em lei que fora desrespeitada, o esperado é que esse ato defeituoso, ou seja, a atipicidade que gere prejuízo, seja declarado, caso contrário, seria admitir que o legislador estabeleceu uma formalidade absolutamente inútil.

Nesse íterim, em análise inicial sobre a teoria do prejuízo, propõe-se que para se fazer cessar a inobservância de princípios constitucionais, a quem se valer do caminho de controle estatal do próprio estado sob si mesmo, que é a sanção da

declaração dos atos nulos através do sistema de nulidades do processo penal não se imponha demonstrar o prejuízo, que por si só já existe, pela violação das garantias constitucionais do devido processo legal corolários da ampla defesa e do contraditório.

Tratando especificamente da inobservância da defesa preliminar prevista no artigo 55 da Lei de Drogas, ato processual que viabiliza exercer o contraditório e a ampla defesa antes mesmo do processo penal completar sua formação, de modo a dar a oportunidade do denunciado se defender de uma possível acusação infundada, vejamos.

A defesa preliminar da Lei de Drogas objetivou a princípio o desencarceramento dos usuários de drogas, que flagrados com posse de drogas para o uso pessoal, pudessem desde logo demonstrar que não estavam praticando a traficância, crime duramente punido pela lei.

Quando esse ato procedimental de apresentação da defesa preliminar é inobservado, e o juiz recebe a denúncia dos crimes de tráfico de drogas, e os tribunais entendem que este ato pode ser sanado depois, no decurso do processo, correr um sério risco, e é o que temos observados, de usuários de drogas sendo processados como se traficantes fossem, porque partem da premissa que a traficância é presumida.

As prisões pelos crimes da Lei de Drogas representam no sistema penitenciário brasileiro atual 32,39%, que traduz-se em um total de 232.341 pessoas encarceradas. Quando esses dados são divididos por sexo, as prisões de mulheres chegam a 57,76% pelos crimes previstos na Lei supracitada, conforme dados do período de janeiro a junho de 2020, retirados do site do Departamento Penitenciário Nacional.

A declaração de nulidade pelo ato de inobservância do artigo 55 se faz necessária porque fere os princípios constitucionais do devido processo legal e o rito previsto na Lei especial. Quando ao denunciado não é dada a chance de evitar que um processo penal seja formado, o prejuízo por si só é evidenciado, porque o sujeito passivo torna-se réu em um processo criminal, que por todos os problemas que dele é acarretado torna-se a própria pena.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei de Drogas, n.º 11.343/2006, ao prevê a defesa preliminar no artigo 55, como ato anterior ao recebimento da denúncia feita pelo Ministério Público, vislumbra dar a chance aos usuários de drogas e aqueles que oferecerem drogas eventualmente para uso compartilhado sem finalidade de lucro, antes que seja formado um processo criminal contra eles, possam desde logo, demonstrar que a acusação criminal pelo qual estão sofrendo não pode prosperar.

A Lei de Drogas enquanto para os crimes de tráfico prevê duras penas, aos usuários de drogas não há sequer a possibilidade de privação de liberdade, e por isso, havendo tratamentos diversos a essas situações distintas é que existe a necessidade da objetividade para separar e distinguir quem é quem, sob o risco de não realizado tais procedimentos, o poder judiciário esteja encarcerando usuários de drogas, como o próprio Ministro do Supremo Tribunal sugere que está ocorrendo, depois de analisar dados e aumentos de presos após a vigência da nova e atual Lei de Drogas.

Para garantir que o Estado não continue a encarcerar indivíduos que não cometeram a traficância, mas que foram pegos em flagrante com uma pequena quantidade de drogas, é necessário que a Polícia, o Judiciário e o Ministério Público ajam em consonância ao que prevê a Lei de Drogas, observando todos os procedimentos previstos desde o momento da prisão em flagrante até o momento em que o magistrado, antes de receber a denúncia realizada pelo Ministério Público, notifique o acusado para apresentar sua defesa preliminar.

A notificação é fundamental pois trata-se do último ato que antecede ao recebimento da denúncia e é um momento crucial para a defesa, porque lhe é dado a oportunidade de se manifestar antes da formação de um processo criminal, portanto, da necessidade de notificar de forma efetiva a garantir ao denunciado que exerça o contraditório e ampla defesa, para que em cumprimento ao mandamental artigo 55 da Lei de Drogas possa desde logo se defender de imputação que lhe é direcionada.

Ao magistrado, cabe analisar a defesa preliminar com a merecida importância que representa no rito especial da Lei de Drogas, e com a devida fundamentação, julgar se haverá, ou não, um processo criminal a ser formado.

Aos sujeitos que fazem o processo penal se impõe cumprir e observar o procedimento penal previsto, para que não incorram em descumprimento e violação do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, previsto na Constituição Federal de 1988, a qual todos estão vinculados a dar efetivação.

Ocorrendo, por outro lado, a inobservância do artigo 55 da Lei de Drogas e o magistrado recebido a denúncia sem a devida notificação ao denunciado para se fazer realizar esse ato procedimental, faz-se necessário que este ato defeituoso seja declarado nulo, observado o instituto das nulidades processuais, que são fundamentais para a manutenção do Estado Democrático de Direito, que detém o direito de punir, mas está vinculado a observar todas os direitos e garantias fundamentais previstas na Constituição Federal vigente, pois qualquer tese em sentido contrário, seria defender a tirania e o autoritarismo na persecução penal, que por óbvio, deve ser veementemente combatido no nosso sistema.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **LEI Nº 6.368, DE 21 DE OUTUBRO DE 1976.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6368.htm. Acesso em: 11/10/2020.

BRASIL. **LEI Nº 11.343, DE 23 DE AGOSTO DE 2006.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 11/10/2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Legislação Informatizada - LEI Nº 11.343, DE 23 DE AGOSTO DE 2006 - Exposição de Motivos.** Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2006/lei-11343-23-agosto-2006-545399-exposicaodemotivos-150201-pl.html>. Acesso em: 29/09/2020.

COSTA, Wellington Soares da. **O Devido Processo Legal.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-92/o-devido-processo-legal/>. Acesso em: 29/10/2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Lei 11.343/06: Recebimento da denúncia antes da defesa escrita é causa de nulidade relativa.** Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/10/16/lei-11-34306-recebimento-da-denuncia-antes-da-defesa-escrita-e-causa-de-nulidade-relativa/>. Acesso em: 23/10/2020.

FARIAS, Helvio. **A nulidade absoluta do devido processo legal pela inobservância do contraditório e da ampla defesa no âmbito processual penal brasileiro.** Disponível em: <https://heviof.jusbrasil.com.br/artigos/200991102/a-nulidade-absoluta-do-devido-processo-legal-pela-inobservancia-do-contraditorio-e-da-ampla-defesa-no-ambito-processual-penal-brasileiro>. Acesso em: 14/09/2020.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

LEWANDOWSKI, Ricardo. **Conceito de Devido Processo Legal anda esquecido nos últimos tempos**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-27/lewandowski-conceito-devido-processo-legal-anda-esquecido>. Acesso em: 29/10/2020.

LEITE, Gisele. **Princípios Constitucionais e as exceções do Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: <https://www.jornaljurid.com.br/colunas/gisele-leite/principios-constitucionais-e-as-excecoes-do-processo-penal-brasileiro>. Acesso em: 30/10/2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 6 ed. Salvador: ed. JusPodivum, 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação especial comentada: volume único**. 6 ed. Salvador: ed. JusPodivum, 2018.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **O Procedimento na Lei de Drogas**. Disponível em: <https://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/161001893/o-procedimento-na-lei-de-drogas>. Acesso em: 25/10/2020.

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: 24/09/2020.

MARTINS, Helena. **Lei de Drogas tem impulsionado encarceramento no Brasil.** <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-06/lei-de-drogas-tem-impulsionado-encarceramento-no-brasil>. Acesso: 28/10/2020.

OLIVEIRA, Sarah Cardoso de. **O Crime De Tráfico de Drogas e as Técnicas Processuais De Investigação.** Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/790/1/Monografia%20-%20Sarah%20Cardoso.pdf>. Acesso em: 25/10/2020.

SILVA, César Dario Mariano. **Lei de drogas comentada.** 2 ed. São Paulo: APMP – Associação Paulista do Ministério Público, 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Escola_Superior/Biblioteca/Biblioteca_Virtual/Livros_Digitais/APMP%203330_Lei_de_drogas_Cesar%20Dario.pdf. Acesso em 14/09/2020.

SILVA, Eduardo Belo Leal da. **Devido Processo Legal Processual e Material.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/55698/devido-processo-legal-processual-e-material/2>. Acesso em: 29/10/2020.

XAVIER, Irenice Teixeira Trolese. FIGUEIREDO, Tassiany. **A discricionariedade do julgador para diferenciar traficante de usuário.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/53842/a-discricionariedade-do-julgador-para-diferenciar-trafficante-de-usuario>. Acesso em 28/10/2020.