

Brevíssimas anotações à Lei 11.719, de 20 de junho de 2008

Teodomiro Noronha Cardozo¹

Sumário: Introdução. 1 Direito Penal substantivo e adjetivo: ainda é possível uma distinção? 1.1 Autonomia científica do Processo Penal. 1.2 Fonte de Produção do Direito. 2 Valor mínimo de indenização. 3 Titularidade do Ministério Público. 4 Adiamento de audiência por falta do advogado. 5 Da citação com hora certa. 6 *Emendatio e mutatio libelli*. 7 Modalidades de prisão cautelar. 7.1 A ponderação de princípios. 7.2 A prisão definitiva. 8 Do procedimento comum ou especial. 9 Da rejeição da denúncia. 10 Da absolvição sumária.

Resumo: O presente estudo pretende analisar as alterações do procedimento do processo penal, introduzidas pela Lei n. 11.719/2008 com a promoção de substanciais mudanças na sistemática do processo penal. São pequenas pinceladas no texto reformado, na busca de melhor compreensão do avanço do legislador reformista, em uma visão dialética do processo, que encerra uma metodologia, enquanto ciência, para solução dos conflitos sociais.

Palavras-chave: Alterações introduzidas pela Lei 11.719/08; reformas do procedimento do processo penal.

Abstract: The present study intends to analyze the alterations of the procedure of the penal process introduced by the Law 11.719/08 that they promoted substantial changes in the systematic of the penal process. They are small brushstrokes in

¹ Juiz de Direito. Doutorando em Direito pela UFPE. Professor Universitário e da Pós-graduação da Esmape.

the reformed text, in the search of a better understanding of the progresses of the legislator in a vision dialectic of the process, that contains a methodology, while science, in the mark of solving the social conflicts.

Key words: Alterations introduced by the law 11.719/08; reforms of the procedure of the penal process.

Introdução

As recentes reformas do Código do Processo Penal, levadas a efeito pela Lei 11.689, de 09 de junho de 2008, com alterações substanciais do Tribunal do Júri Popular; pela Lei n. 11.690, de 09 de junho de 2008, com a promoção de mudanças em matéria de prova e pela lei ora em comento são frutos das tentativas vãs de se fazer uma reforma, reformista, mesmo, de todo o Código do Processo Penal.

Como sistema², um código de leis deve manter sua unidade, para fazer prevalecer a sistemática que ele encerra, como meio legal que visa à instrumentalização do direito material. A unidade do procedimento, consoante lapidar definição de Liebman:

[...] reside no fato de que todos os seus atos visam a atingir o ato final, para o qual cada ato dá sua contribuição; o ato final resume

² Sistema é o conjunto de partes entre si coordenadas, como um corpo de doutrina, método. A unidade do sistema deriva de um mesmo princípio. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bossi. Revisão e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 1077.

todo o procedimento e constituirá o seu resultado, tendo ele eficácia externa, e não meramente processual.³

A idéia de sistematização do direito (*ius*) surgiu na antiga Roma (século XIII), sobretudo na universidade romana, e depois se espalhou para a Germânia (séculos XV e XVI), mormente, com o fenômeno da recepção.

Para Mario Losano, a partir das sociedades pré-letradas até a pós-industrialização, os homens se movimentam no interior de sistemas de regras complexas, regras estas que são diretamente proporcionais ao grau de intensidade das transações e ao nível cultural de um momento histórico da sociedade.⁴

Todavia, no campo do processo civil a recepção operou-se de acordo com os costumes e as tradições do direito canônico e do direito romano, porquanto o *praetor* romano era um prático que, antes de assumir o cargo de julgador, publicava seus editos. Não obstante, como o direito romano era, essencialmente, costumeiro, o *praetor*, em um caso concreto, poderia negar vigência ao seu próprio edito para construir uma decisão boa e justa, visão da época, captada pelo jurista Celso, para quem: “[...] o direito romano é a arte do bom e do equitativo”: *ius ars boni et aequum*.

³ LIEBMAN, Enrico Túlio. *Manuale di diritto processuale civile*, 1. v., p. 129 *et sequi*: A relação jurídica que se estabelece em um processo não é uma relação de coordenação, mas de sujeição – com predominância sobre os interesses das partes litigantes – tendo em vista o caráter publicista da relação, no interesse público na solução do conflito; ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de *et alli*. *Teoria geral do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 90.

⁴ LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução Marcela Varejão. Revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 3.

Assim, a codificação como a conhecemos, hodiernamente, surgiu, apenas no século XIX. Isto porque o direito romano, rompendo as fronteiras jurídicas do seu próprio império, facilitou a recepção do direito romano pela atual Alemanha e, daí, dispersou-se pelo mundo inteiro. No tópico seguinte faremos uma análise sobre a vetusta distinção entre direito penal substantivo e direito penal adjetivo.

1 Direito Penal substantivo e adjetivo: ainda é possível uma distinção?

A doutrina do utilitarismo inglês, do século XIX, estabelecia distinção entre direito penal substantivo e direito penal adjetivo. Esta distinção está superada à luz dos nossos dias.

A lesão a um bem jurídico faz surgir para o Estado o direito de punir (*ius puniendi*), que é exercido por meio do processo penal com os consectários do devido processo legal: contraditório, ampla defesa e prova lícita, no escopo inarredável de solucionar um litígio, haja vista que, por imperativo constitucional, nenhuma lesão a direito, ou bem jurídico, pode ficar alheia à tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da *Magna Charta*), pois, não se pode aplicar o direito material sem a realização de um processo (*nulla poena sine iudicio*).

Bastante recorrente, neste aspecto, é o conceito de lide de Carnelutti: “[...] um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida ou insatisfeita”.

No mesmo diapasão, para Liebman a lide é um conflito efetivo, ou virtual de postulações,

necessariamente, contraditórias, sobre o qual o juiz é convidado a decidir.⁵

1.1 Autonomia científica do Processo Penal

Hoje, todavia, o direito penal e o direito processual penal são saberes diferentes que não se confundem; um não se subordina ao outro, todavia, um não vive sem o outro. Porém, ambos têm autonomia dogmática, objeto e finalidades diferentes.

O direito penal tem por objeto a cominação de uma pena ao autor de um fato típico, antijurídico e culpável, cuja finalidade é a proteção de bens jurídicos (interesses da sociedade) individuais ou coletivos, dogmas ou signos jurídicos positivos, que, sem a proteção jurídica do Estado, tornar-se-ia insuportável o agrupamento social: *ubi societas, ibi hominis, ibi ius*.

Dito de outro modo, a dialética do processo encerra uma metodologia que se propõe, enquanto ciência, a possibilitar a aplicação de uma pena estatal. Na visão de Carnelutti: “[...] *la metodología es ciencia, o mejor, si también la metodología es acción, el problema del método se presenta también a la metodología.*”⁶

1.2 Fonte de produção do Direito

⁵ LIEBMAN, Enrico Túlio. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 137.

⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Metodologia del derecho*. Traducion por el Dr. Angel Ossorio. México: Union Tipográfica Editorial Hispano-America, 1940. p. 10.

Na lição de Chiovenda, o direito tem como fonte de produção o Estado. Mas, nem por isso, devemos esquecer das críticas de Friedrich Muller⁷, quanto ao método de interpretação do direito de viés positivista.

Em uma sociedade complexa, como a atual, de cunho pós-modernista, faz-se mister a evolução do direito para uma dogmática pluralista, sem negar, é claro, o ponto de partida dogmático: a lei como justificação; e sem negar a obrigatoriedade da decisão: o *non liquet*.

Contudo, entretentes, urge interpretarmos o direito com vista a várias possibilidades tópicas (Theodor Viehweg) do ponto de chegada da decisão judicial, sem, necessariamente, negar o Direito.

Já o direito processual penal tem por objeto o devido processo legal e, por finalidade, a aplicação do direito de punir do Estado (*ius puniendi*), e o realiza por meio do *ius perseguendi*, procedimento exterior ao fenômeno do processo.

Na visão de Calamandrei o procedimento interior é de essência; é a relação jurídica que se estabelece entre as partes: *actio trium personarum* (juiz, autor e réu), em que os atores processuais se comunicam entre si, porque o procedimento é de relação, não havendo entre eles compartimentos estanques, cujos atos procedimentais realizam o processo e, conforme Niklas Luhmann, “[...] o processo se legitima pelo procedimento”⁸.

A relação jurídica, no âmbito do processo romano, tinha natureza jurídica contratual, privatística,

⁷ ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 251.

⁸ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UNB, 1980. p. 04 *et sequi*.

como lembra Oskar von Bülow: “*Die lehre von den Prozessreden und die Processvoraussetzungen*”.⁹

Assim, podemos concluir que o devido processo penal realiza o direito material, no escopo de pacificar a sociedade, pelo menos, em uma dimensão retórica. Não devemos nos esquecer da crítica de Franz von Liszt, que no século XIX chegou, mesmo, a afirmar que: “[...] o direito penal e bem assim a lei penal não são instrumentos válidos de reformas sociais, servem, apenas, para manter as liberdades co-existentes”.¹⁰

Ora, se o direito penal e também o processo penal não são capazes de aplacar a insuportável violência dos nossos dias, parafraseando Gustav Radbruch, eu gostaria de algo melhor que o processo penal e não um processo penal melhor!¹¹

2 Valor mínimo de indenização

O art. 63 combinado com o inciso IV, do art. 387, da Lei 11.719/08, promoveu alterações na ação *ex-delicto*, permitindo a cumulação de pedidos (penal e cível) no juízo criminal, cujo valor mínimo do *quantum debeatur*, obrigatoriamente fixado pelo juiz criminal na sentença a favor da vítima ou de herdeiros (art. 5º, LXV, da

⁹ BÜLOW, Oskar von. Giessen, 1868 *apud* FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 36.

¹⁰ LISZT, Franz von *apud* ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 13.

¹¹ RADBRUCH, Gustav. *Introdução à ciência do direito*. Tradução Vera Barkow. Revisão técnica Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 118-119.

Constituição Federal), inclusive sem a necessidade de pedido formal, faz coisa julgada e, de logo, poderá ser executado no juízo cível.

3 Titularidade do Ministério Público

A titularidade da ação penal, princípio constitucional previsto no art. 129, I, da Constituição Federal, mereceu atenção do legislador infraconstitucional, inclusive, com a dicção do art. 257, da Lei 11.719/08 – a meu ver, desnecessário, porquanto não se nega que o *Parquet* é o *dominus litis* visto e, quando não, é o *custos legis* da ação penal pública –, visto que o juiz, órgão inerte da jurisdição, não poderá prestar a tutela jurisdicional *ex officio: ne procedant iudex sine actione*.

4 Adiamento de audiência por falta do advogado

A nova redação do art. 265, § 1º, do Código de Processo Penal, em obséquio ao princípio constitucional da ampla defesa, permitiu ao juiz adiar a audiência se o advogado não puder comparecer. Provado o impedimento até a abertura da audiência, ao juiz não mais é permitido nomear defensor em substituição, para aquele ato, se o defensor constituído justificou sua ausência.

O verbo “poderá”, em face do princípio da ampla defesa, é norma cogente (*ius cogens*), poder-dever, e não mais uma faculdade do julgador, máxime agora, que o processo penal se rege por audiência de instrução e julgamento única.

5 Da citação com hora certa

O art. 362 da Lei 11.719/08, de forma inusitada, inaugura no processo penal a citação com hora certa, se o réu se oculta para evitar a citação e conseqüente formação da relação processual. Instituto do processo civil, e sem precedentes no processo penal, o legislador, em caráter suplementar, remete o intérprete para os artigos 227 *usque* 229, do Código do Processo Civil.

Citado por edital, se o réu comparece, devolver-se-á o prazo para a defesa. Se procurado e não encontrado, proceder-se-á à citação por edital, consoante o art. 366, do Código do Processo Penal (o *caput* não sofreu alteração). São requisitos da citação com hora certa: a) que haja fundada suspeita de que o réu se oculta para evitar o conhecimento da imputação; b) que o oficial de justiça, a quem cumpre diligenciar, no primeiro momento, certifique a ocorrência e proceda à citação “com hora certa”, procurando o réu em seu endereço, por três vezes, e não sendo este encontrado deve intimar a qualquer pessoa da família, ou em sua falta a qualquer vizinho, que, no dia imediato, voltará, a fim de efetuar a citação, na hora que designar – art. 227, CPC).

Completada a citação com hora certa, formada está a relação processual, impondo ao magistrado nomear defensor dativo, se recalcitrante o réu.

6 *Emendatio e mutatio libelli*

Pela nova redação do art. 383, da multicitada Lei n. 11.719/08, convencendo-se o juiz de nova definição jurídica do fato, se for o caso, havendo possibilidade de suspensão condicional do processo, agirá de acordo com o

art. 89, da Lei n. 9.099/95, em face do princípio do direito romano: *narra mihi factum, dabo tibi ius*.

Ab initio, cabe aqui uma nota: o legislador reformista não cuidou da possibilidade de aplicação do instituto da suspensão condicional do processo para a *mutatio libelli* (art. 384, do Código do Processo Penal, com redação dada pela Lei em análise).

Realizado o aditamento, com a desclassificação da conduta, presentes os requisitos do art. 89 da Lei 9.099/95, deverá o Ministério Público propor a medida despenalizadora da suspensão condicional do processo, em face do direito público subjetivo do acusado, isto porque o processo penal tutela as liberdades públicas e o direito a uma pena alternativa, preenchidos os requisitos legais, circunscreve-se na esfera do princípio da autonomia da liberdade do réu.

Nessa toada, trago à baila o pensamento do sempre atual Carnelutti, no tocante à subjetividade de um direito:

O conteúdo psicológico do direito subjetivo não é um *agere*, mas sim um *iubere*, e se o *iussus* é necessário para que surja uma obrigação, forçoso é reconhecer que não é por força da atribuição de um direito subjetivo, mas sim por força do seu exercício, que se cria a obrigação, convertendo-se o direito em faculdade e a sujeição à obrigação.¹²

Esclareça-se, não obstante, que a titularidade do Ministério Público se cinge à ação penal pública, falecendo-lhe competência naquela de iniciativa privada, de titularidade do ofendido.

¹² CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Tradução Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejur, 1999. p. 277.

Acaso o órgão do Ministério Público não proceda ao aditamento, o juiz lançará mão do disposto no art. 28, do Código do Processo Penal (§ 1º), e, neste aspecto, o texto inovou. De outra ótica, não recebido o aditamento, o processo prosseguirá nos seus ulteriores termos (§ 5º).

Em homenagem a princípio constitucional, os autos devem ser encaminhados ao juiz natural, havendo modificação da competência, operada pelo aditamento (§ 2º).

Mutatis mutandis, a teor da Súmula 453, do Supremo Sinédrio, a *mutatio libelli*, ao dar definição nova ao fato, não se aplica no segundo grau de jurisdição por representar, inclusive, supressão de instância, em flagrante desconsideração ao princípio do juiz natural, fundamento inarredável do Estado Democrático de Direito.

De outra banda, em sede de competência originária, por prerrogativa de função a *mutatio libelli* é amplamente aplicada nos tribunais (Lei n. 8.038/90).

Na prática, o juiz já re-interrogava o réu e nisso o legislador apenas adaptou a lei à realidade já existente. Pela nova reforma, continuada a instrução, o réu será interrogado por último, possibilitando-lhe defesa ampla.

7 Modalidades de prisão cautelar

Pela disposição do parágrafo único, do art. 387, por ocasião da sentença, o juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção do réu na prisão, ou imporá prisão cautelar ou outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação.

A Súmula 347, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, já havia negado vigência ao disposto no art. 594, do Código do Processo Penal, revogado expressamente pelo

art. 3º, da Lei em exame. De antanho, a vetusta redação do art. 594 – em uma perspectiva de interpretação conforme a Constituição, em sede de controle difuso de constitucionalidade *incidentally tantum* sem redução de texto – não mais poderia prevalecer, em face do princípio maior da presunção do estado de inocência ou não-culpabilidade (art. 5º, LVII, da Lei Fundamental).

As modalidades de prisão por pronúncia e por sentença penal condenatória recorrível foram suprimidas pela novel reforma. Atualmente, são três as prisões processuais de natureza cautelar: em flagrante delito, temporária e preventiva (art. 387, parágrafo único, da Lei n. 11.719/08 e art. 492, inciso I, alínea “e”, da Lei n. 10.689/08).

São requisitos das cautelares penais: o *fumus commissi delicti* (indício de autoria e prova da existência do crime) e o *periculum libertatis* (necessidade de garantia da ordem pública, econômica, conveniência da instrução da prova e eventual aplicação da *sanctio iuris*).

7.1 A ponderação de princípios

A ressaltar, entretanto, que no decreto de prisão cautelar o juiz faça a ponderação do princípio do estado de inocência com o princípio da necessidade da prisão.

A necessidade ou exigibilidade (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) da menor ingerência possível, como corolário do princípio da proporcionalidade (*verhältnismässigkeitprinzip*), tem maior relevância no sentido de que o cidadão tem o direito subjetivo a uma menor desvantagem, sempre que houver alguma restrição de seus direitos fundamentais, seja no processo penal, civil, ou

por meio de cautelares pessoais de restrição de sua liberdade.

A prisão administrativa (art. 319, do Código do Processo Penal) fora antes sepultada pela Constituição Federal (art. 5º, LXI), e a prisão disciplinar foi mantida para as transgressões militares, cabendo ao judiciário, *a posteriori*, exercer o controle apenas da legalidade formal dessa modalidade de prisão.

7.2 A prisão definitiva

A prisão-pena é aquela de natureza repressiva, imposta depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, cuja finalidade é o cumprimento da pena definitiva, no duplo aspecto: *punitur quia peccatum est* (retribuição) *et punitur ne peccetum* (prevenção).¹³

A pena de prisão de como expiação de um mal, teve sua origem nos mosteiros da idade média. Como punição, os monges e clérigos faltosos se recolhiam às suas celas para se dedicarem, em silêncio, à meditação para o arrependimento das faltas cometidas e, dessa forma, reconciliavam-se com Deus. Quanto à natureza da pena, veja-se, *ad exemplum*, o art. 59 do Código Penal.

8 Do procedimento comum ou especial

O art. 394, § 1º, incisos I, II e III, do Código de Processo Penal, cuida dos procedimentos comum e especial,

¹³ Acepção eloqüente de Sêneca, filósofo romano, preceptor de Nero, que viveu nos séculos 4 a.C a 65. d.C. As teorias mistas ou ecléticas conjugam duas teorias: absolutas e relativas, combinando retribuição da culpabilidade com a função reabilitadora da pena, cuja teoria melhor traduz a idéia de pena pela reprovação e prevenção do crime.

sendo o comum: ordinário, sumário e sumaríssimo, a depender da pena máxima, abstratamente, cominada ao delito, resguardando o rito comum sumaríssimo, para os delitos de menor potencial ofensivo (Leis n. 9.099/95 e n. 10.259/01).

O § 2º, do referido artigo, diz: “Aplica-se a todos os processos o procedimento comum, salvo disposições em contrário deste Código ou de lei especial”.

O § 4º, *ipso facto*, estabelece que as disposições dos artigos 395 a 398, do CPP, aplicam-se a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados por esse Código.

Com efeito, o § 5º dispõe sobre a aplicação subsidiária aos procedimentos especial, sumário e sumaríssimo das disposições do procedimento ordinário.

Relativamente ao § 2º, havendo conflito aparente de lei, vige o princípio da especialidade: *lex specialis derogat legi generali*, ou seja, entre a norma geral e a norma especial existe uma relação de gênero para espécie. Assim, a espécie prefere ao gênero.

Revogado o art. 398, sobeja a aplicação residual dos artigos 395 a 397, da Lei n. 11.719/08, aos procedimentos de primeiro grau de jurisdição. Aqui existe uma aparente contradição dos §§ 4º e 5º, do art. 394, com o art. 48 *et sequi*, da Lei n. 11.343/06.

O art. 395 trata da rejeição da denúncia, o art. 396, da citação do réu para responder à acusação e, por último, o art. 397, da absolvição sumária. Por sua vez o art. 55, da citada Lei 11.343/06, refere-se a “notificação” em vez de “citação” (art. 396); o art. 56, da aludida Lei determina que “recebida a denúncia”, ou seja, não sendo ela rejeitada, o juiz designará audiência de instrução e julgamento e, só então, ordenará a citação do réu.

Ressalte-se que nos diferentes momentos para a formação da relação processual (art. 363), estatuídos nos artigos 396 e 56, respectivamente, das Leis n. 11.719/08 e n. 11.343/06, não se vislumbra qualquer mudança no rito especial da Lei Antidrogas.

Pela ótica do art. 396, o juiz recebe ou não a denúncia e, depois, determina a citação do réu para responder à acusação, por escrito; a *contrario sensu*, pela leitura do art. 56, da multicitada Lei n. 11.343/06, a defesa prévia por escrito é feita antes, e o juiz recebe ou não a denúncia, depois; todavia, se a receber, a relação processual está formada.

Dito isto, infere-se que a Lei Antidrogas (11.343/06) possui procedimento especial próprio, como se observa da disposição do art. 48, que prevê a aplicação subsidiária das disposições do Código de Processo Penal ao rito da lei especial.

De notar, entretanto, que o legislador reformista não previu a hipótese de concurso de crimes de procedimentos diferentes a exemplo dos artigos 157 e 299 do Código Penal; art. 14 da Lei n. 10.826/03, em concurso material heterogêneo com o crime de tráfico de drogas previsto no art. 33 da Lei 11.343/06.

Quid iuris? O Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão da relatoria da Min. Jane Silva (Desembargadora convocada), entendeu não haver qualquer nulidade procedimental na adoção do procedimento ordinário, mais abrangente que o especial da Lei de Antidrogas, assegurando ampla defesa ao réu.

O cerne da questão residiu no fato de o juiz *a quo* não haver oportunizado à Defesa Técnica a apresentação de defesa prévia por escrito. A Turma denegou a ordem, porque não reconheceu qualquer

nulidade a declarar.¹⁴ *In casu*, oportuna é a parêmia do direito comparado francês: *pás de nullité sans grief*.

Obviamente, não cabe ao intérprete promover qualquer mudança na audiência de instrução e julgamento, prevista no art. 57, da Lei 11.343/06, porque as disposições do art. 400, da Lei 11.719/08, sequer derrogaram a sistemática da Lei Especial Antidrogas.

Destarte, da interpretação conjunta dos §§ 4º e 5º, do aludido art. 394, da Lei de Reforma, deduz-se que as disposições gerais do procedimento ordinário aplicar-se-ão de forma subsidiária ao procedimento da Lei Antidrogas, máxime, o instituto da absolvição sumária, do art. 397, não previsto na citada Lei Antidrogas, mas, sua adoção no rito da referida Lei 11.343/06 é indiscutível.

Aparente contradição, também, verifica-se entre os artigos 396 e 399, no tocante ao recebimento da denúncia. Ora, a norma do art. 396 ao ditar “recebê-la-á” é norma cogente, obrigatória. No entanto, não sendo o caso de absolvição sumária (art. 397), recebida a denúncia (tempo pretérito do verbo), designar-se-á audiência de instrução e julgamento.

9 Da rejeição da denúncia

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 117.208-SE. Impetrante: Alexandre Maciel de Santana. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Relatora: Min. Jane Silva (Desembargadora convocada). Brasília, DF, 10 de novembro de 2008. Informativo n. 0374. Período: 27 a 31 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/doc.jsp>>. Acesso em: 27 out. 2008.

Dispõe o art. 395, do CPP), que a denúncia ou queixa será rejeitada quando: “I – for manifestamente inepta; II – faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou III – faltar justa causa para a ação penal.”

O art. 41, do Código de Processo Penal, trata dos requisitos formais da denúncia ou queixa, e o art. 43 (revogado), do mesmo Diploma Legal, tratava da justa causa e das condições para o exercício da ação penal.

Os pressupostos processuais se dividem em pressupostos de existência e validade, e se subdividem em subjetivos e objetivos. Quanto à existência da relação processual, temos como pressupostos subjetivos: a investidura do órgão de jurisdição e a capacidade de ser parte.

O pressuposto objetivo se traduz na própria demanda – a pretensão resistida. Por outro lado, os pressupostos de validade subjetivos dizem respeito à capacidade processual, capacidade postulatória e competência, e os objetivos são os aspectos formais que garantem a idoneidade aos atos do processo.

A doutrina, de ordinário, arrola como pressupostos de validade objetivos a citação válida e o respeito ao formalismo processual.

Deste modo, são condições da ação: a legitimação, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido. A justa causa se subdivide em: justa causa formal (fato típico, antijurídico e culpável); e justa causa material (indício de autoria e prova da existência do crime), consoante art. 648, I, do Código do Processo Penal.

10 Da absolvição sumária

A absolvição sumária (art. 397) ocorrerá nos seguintes casos:

I – a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; II – a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade; III – que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou IV – extinta a punibilidade do agente.

As causas excludentes de ilicitude, ou antijuridicidade, (I) são aquelas do art. 23, do Código Penal, e devem ser reconhecidas pelo juiz, quando estremes de dúvida, consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal.¹⁵ Quanto às excludentes de culpabilidade, temos: o erro de proibição, por ausência de potencial consciência da antijuridicidade, na esfera do profano; e a inexigibilidade de conduta diversa, por faltar ao agente livre-arbítrio para agir de outro modo, ou seja, conforme ao Direito.

Em relação à inimputabilidade, por não ter o agente pressuposto de culpabilidade, deverá ser instaurado o incidente de insanidade mental, se já não o foi antes, na fase pré-processual. O réu não deve ser absolvido sumariamente, porque a defesa técnica pode argüir uma tese subsidiária. Se provada a incapacidade mental e, ao final, provado o fato delituoso, o juiz absolverá, impropriamente, o réu, aplicando-lhe, não obstante, uma medida de segurança. Todavia, se reconhecido que o réu praticou o fato escudado por uma causa de justificação, *verbi gratia*, legítima defesa, ele deverá ser absolvido propriamente.

¹⁵ Para reconhecimento da excludente de legítima defesa, em sede de absolvição sumária, deve resultar o convencimento estreme de qualquer dúvida da prova dos autos, conforme jurisprudência reiterada do Pretório Excelso: (STF, RTJ 63/833 e 61/334. No mesmo sentido: Tribunal de Justiça de São Paulo, RT 514/348).

Traçando um paralelo com o art. 415, parágrafo único, da Lei n. 11.689/08, sustentada outra tese defensiva (legítima defesa), não estreme de dúvida, o juiz mandará o réu para julgamento popular, ocasião em que deverá quesitar, unicamente, a tese de legítima defesa, por ser favorável ao réu. Reconhecida a tese subsidiária o réu será absolvido propriamente. Negada esta, já provada a inimputabilidade por perícia técnica, o juiz deverá absolver o réu impropriamente, e aplicar-lhe-á uma medida de segurança.

Por fim, atípico o fato (III) ou extinta a punibilidade (IV) não existe justa causa para a ação penal, por afigurar-se coação ilegal, a teor do art. 648, inciso I, do Código do Processo Penal.