

O SANEAMENTO NO PROCESSO PENAL

Weber Martins Batista

Introdução

1. Quando os conflitos de interesses são demasiadamente importantes para o Estado, a ponto de não permitir este que sejam resolvidos longe dos olhos do Judiciário, ou quando, embora disponíveis os interesses, falharam todas as tentativas de conciliação e de solução amigável, os homens batem às portas da Justiça.

Nesta busca desesperada existe, ainda hoje, um pouco do drama *kafkiano*. Por mais evoluídas que estejam as leis, e por mais nobres e bem-dotados que sejam seus aplicadores, o processo moderno continua tendo alguma coisa das ordálias divinas.

Estranho aos acontecimentos que vai julgar — e nisso reside o que *Capograssi* chamou o grande drama do processo —, precisa o juiz reconstituir os fatos de que esteve ausente, numa operação proustiana de *vera e sola ricerca del tempo perduto* (1).

Em meio a essas dificuldades, não é menor o problema ocasionado pela atuação das partes, pelo desinteresse ou pela paixão. “A eloquência sempre foi, e continuará a ser extraordinário elemento de conquista e domínio. O efeito da palavra, tanto a escrita como a falada, produz-se nos juízos e tribunais em geral, e não somente no júri” (2).

Assim, o litigante mais bem-amparado corre sempre o risco de perder, e isso lhe dá uma sensação permanente de insegurança, que só termina muito além da sentença, com sua execução.

Além do mais, como diz *Carnelutti*, sendo processo *un medio indispensable para sanar la litis cuando sea rebelde a otros tratamientos más sencillos, es también un medio costoso: exige tiempo y dinero* (3).

De tudo isso resulta que o bem atribuído a uma das partes pela sentença sofre considerável desgaste. O ideal de Justiça deve consistir, portanto, em diminuir, tanto quanto possível, esse passivo, sem prejudicar o acerto da decisão.

Como diz Galeno Lacerda, a função de economia no processo transcende à mera preocupação de poupar trabalho a juízes e partes,

(1) “Giudizio, Processo, Cienza, Verità”, in “Rivista di Diritto Processuale”, 1950, vol. 5, parte 1, p. 5.

(2) Roberto Lyra, *Introdução a O Júri sob todos os aspectos*, 1950, pp. 16-17.

(3) *Estudios de Derecho Procesal — Lineas Generales de la Reforma del Proceso Civil de Cognición*, vol. 1, p. 140.

e visa, antes, “à ânsia de perfeição da Justiça humana”, que é o “reconhecer e proclamar o direito com o menor gravame possível” (4).

2. Em muitos processos é impossível, ou ainda não é possível, o julgamento de mérito, seja pela ausência de pressuposto necessário à existência ou à validade do processo, seja pela falta de alguma condição da ação, seja, finalmente, pela existência de nulidade ou irregularidade sanável.

Relegar este exame para o momento da sentença final, depois de percorrido todo o *iter* procedimental, colhidas as provas, gastas as energias das partes, seria, em muitos casos, realizar um trabalho inútil, além de dispendioso.

É de toda conveniência, portanto, que o juiz, ao ser proposta a ação, ou após contestada esta, possa pronunciar decisão que ponha termo ao processo, ou determinar as diligências necessárias para o convalidamento das nulidades ou a correção das irregularidades, evitando, em qualquer caso, a perda de tempo e de dinheiro.

Esta atividade, informada pelo que se chamou “princípio de saneamento”, realiza-se no processo brasileiro de cognição, desde o primeiro contato do juiz com a petição inicial, que pode ser por ele, indeferida quando manifestamente inepta, ou quando a parte for ilegítima (art. 160); prossegue quando ele aprecia as exceções, e encontra sua mais alta expressão no momento próprio do despacho saneador.

3. Colocado ao fim da fase postulatória, destina-se este despacho ao exame das condições de viabilidade da instância. Nesse momento, já delineados os lindes da *res in judicium deducta*, realiza o juiz o exame, quase sempre definitivo, das condições que tornam possível o prosseguimento do processo, para a decisão final da lide.

A três soluções pode chegar: ou entende que a instância é inviável, e neste caso proferirá decisão terminativa do processo; ou julga possível seu prosseguimento, expungido dos vícios e irregularidades sanáveis — caso em que ordena as diligências necessárias a tal fim; ou, finalmente, declara admissível o *judicium*, sem necessidade de qualquer providência.

Em qualquer caso ou a instância se encerra no nascedouro, por inviável, ou o processo caminha para a fase de julgamento, livre de qualquer defeito de forma.

Notável, portanto, não apenas sua contribuição à economia processual, como, também, à facilitação lógica do julgamento da causa.

(4) *Despacho Saneador*, 1953, p. 6.

Como lembra *Liebman*, a atividade do juiz para instruir e examinar a controvérsia submetida a julgamento será tanto mais eficiente quanto menos sua atenção e sua serenidade forem desviadas pela necessidade de resolver as dúvidas que podem ser levantadas a respeito da regularidade e validade do próprio processo. Para permitir um atento e sereno conhecimento da causa, a audiência deve ser, quanto possível, contínua e destinar-se ao estudo de um objeto delimitado e homogêneo (5).

Na exata conceituação de Elézer Rosa, o saneador corresponde, no plano processual, a uma necessidade lógica do espírito humano nos fenômenos de julgamento: separar as questões acidentais, parasitas, da principal, que é o objeto precípua do julgamento (6).

Histórico

4. Se o instituto oferece tantas vantagens, a ponto de ser considerado por alguns juristas “a mais notável contribuição ao princípio de economia processual feita ao processo e à justiça”, (7) não teria a idéia ocorrido já em épocas anteriores, a outros povos, notáveis por sua cultura jurídica?

A resposta, mesmo sem qualquer estudo do tema, e recorrendo-se tão-só à lógica pura, somente pode ser afirmativa. Com maior ou menor acerto, dadas a época e a cultura do povo onde floresceu, houve, desde os primórdios do processo, institutos, atividades ou momentos, por empíricos que fossem, com finalidades mais ou menos semelhantes às do despacho saneador.

Galeno Lacerda aprofunda sua indagação no tempo e vai buscar traços de analogia com o instituto nas Leis de Manu e nas decisões dos tribunais atenienses, lembrando que a “economia processual realizou-se, nos sistemas orais antigos, de uma forma prática e espontânea” (8).

Outros autores encontram essa semelhança, mais proximamente, no processo romano-clássico com sua divisão em duas fases distintas, a que se desenrolava perante o pretor (*in jure*) e a que se desenvolvia perante o juiz particular (*in judicio*).

O próprio José Alberto dos Reis, que é o sistematizador do instituto em sua pátria de origem, pensa assim, ao declarar: “Pode até certo ponto dizer-se que esta separação (entre o julgamento de forma

(5) *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*, 1947, p. 159.

(6) *Dicionário de Processo Civil*, 1957, verbete “Despacho Saneador”, p. 179.

(7) Elézer Rosa, *ob. cit.*, p. 179.

(8) *Ob. cit.*, p. 16.

e o julgamento de mérito) já se encontra no processo romano, em que o julgamento de forma se verificava na fase denominada *in jure*, desenrolada perante o pretor, e o julgamento de mérito na fase denominada *in iudicio*, desenvolvida perante o juiz” (9).

Pedro Batista Martins chega a afirmar que “o despacho saneador não constitui novidade, sendo, ao contrário, mera tendência para a repriminção da *contentio de ordenando iudicio* dos romanos e das *preparatoria iudicii*, que se exauriam, no processo italiano medieval, no período anterior a *litis contestatio*” (10).

Liebman afasta a idéia de semelhança, por entender que a separação do processo romano em duas fases não coincidia com a distinção que hoje fazemos entre questões processuais e mérito da controvérsia. Questões que hoje incluiríamos no mérito eram decididas pelo magistrado antes da *litis contestatio*. Depois, aquela divisão se devia a razões de caráter histórico e político (11).

Defendendo ponto de vista intermédio, ressalta Galeno Lacerda, no que interessa ao tema, que a apontada analogia não decorre tanto da divisão do processo romano em duas fases, mas, principalmente, da faculdade de o magistrado julgar as questões prévias antes da concessão da fórmula; no poder de conceder ou denegar a *actio* (12).

Moacyr Amaral Santos vê “o espírito que anima o despacho saneador com raízes nas Ordenações do Reino, que determinavam fosse a argüição das nulidades feita por escrito, antes da contraditório, e, em seguida, conclusos os autos, resolvesse o juiz sobre a procedência ou não da argüição, absolvendo o réu da instância ou mandando viesse ele com a contestação. Era o que rezava a Ordenação, Liv. III, Tit. 20, § 16” (13).

Oscar da Cunha situa-o mais perto, ao dizer que esse despacho, “na sua essência e finalidade, não é novo na nossa sistemática processual e já o Regulamento n.º 737, de 25 de novembro de 1850, o prescrevera em seus arts. 97 e 98” (14).

5. Nem nas Ordenações, nem no Regulamento n.º 737 se pode enxergar o antecedente imediato do instituto, pois em ambos o ato do juiz era provocado pelas partes. O que caracteriza o saneador é

(9) *Breve estudo sobre a reforma do Processo Civil e Comercial*, Coimbra, 1929, p. 151. Sobre a evolução do processo civil romano, vejam-se Ebert Chamoun, *Instituições de Direito Romano*, 1962, p. 121 e segs., e José Carlos Moreira Alves, *Direito Romano*, vol. I, 1967, p. 195 e segs.

(10) *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. III, tomo II, 1960, p. 379.

(11) *Ob. cit.*, p. 110.

(12) *Ob. cit.*, p. 14.

(13) *As Condições da Ação no Despacho Saneador*, 1946, p. 28.

o papel ativo do juiz, é o ato de inspeção de ofício, a sua obrigatoriedade ⁽¹⁵⁾.

Apontam-se nas legislações contemporâneas institutos semelhantes ao saneador. Galeno Lacerda cita como exemplos a audiência preparatória da ZPO alemã e a audiência preliminar da ordenação austríaca de 1895. A tônica de sua afirmação está no fato, sempre ressaltado, de poder o juiz ou tribunal conhecer, de ofício, das questões preliminares.

Também na Inglaterra e nos Estados Unidos criaram-se, embora de modo empírico, fases preliminares de conciliação, em que, na maioria das vezes, se consegue resolver a questão de fundo.

Liebman se insurge contra a pretendida analogia com as soluções legislativas dos dois primeiros diplomas citados, e o faz com argumento que se aplica, igualmente, aos dois últimos, que é a inexistência de um conhecimento separado das questões preliminares e de mérito a serem decididas ⁽¹⁶⁾.

6. Em Portugal, foi instituto introduzido através do Decreto n.º 3, de 1907, com o fim de, no processo sumário, conhecer das nulidades. Como relata José Alberto dos Reis, o Decreto n.º 12.353 ampliou os objetivos do despacho, fazendo-o incidir sobre a apreciação da legitimidade das partes e sobre outras questões prévias ou prejudiciais, por forma a ficar o processo desembaraçado de tudo quanto possa obstar ao conhecimento do fundo da causa.

Desta maneira, "separa o julgamento de forma, digamos assim, do *juízo de mérito*" (grifo do original), trazendo para o despacho saneador o conhecimento das questões prévias ou prejudiciais, que, pelas disposições anteriores, eram apreciadas na sentença ⁽¹⁷⁾.

(14) "Despacho Saneador" in "Rev. Forense", vol. 101, p. 263.

O texto dos artigos citados é: Art. 97 — "Na contestação deve o réu inserir, antes da alegação da matéria de defesa, a arguição das nulidades de conciliação, ação, citação e de todos os atos e termos que tiverem ocorrido até o ponto da contestação".

Art. 98 — "Quando na contestação constar a arguição de nulidade, o juiz, tomando dela conhecimento verbal e sumário em audiência, ou mandando que os autos lhe sejam conclusos, suprirá ou pronunciará a nulidade como for de direito e se prescreva no título das Nulidades".

(15) Galeno Lacerda, *ob. cit.*, p. 34.

(16) *Ob. cit.*, p. 112.

(17) *Ob. cit.*, pp. 150-151.

A ação da jurisprudência, confirmada, mais tarde, pelo legislador através do Decreto n.º 21.287, de 1932, e consagrada, finalmente, no atual Código de Processo Civil português, acabou por permitir nesta fase, “quando o processo lhe forneça os elementos necessários”, a apreciação e julgamento do próprio mérito da causa (18).

Na audiência preliminar da Ordenação austríaca, são resolvidas não apenas as questões processuais, como, também, o próprio mérito da causa, quando há reconhecimento do pedido, renúncia ou revelia (§ 239). Sem razão Buzaid, quando, depois de citar o texto acima mencionado do Código austríaco e o comentário de *Schrutka* (*Grundriss*, 2.ª ed., p. 178), afirma o contrário (19).

Mas, não há separação das questões a serem decididas e, por outro lado, não é obrigatória a decisão das questões preliminares nessa fase, com efeitos preclusivos. A finalidade da primeira audiência é, sem qualquer orientação doutrinária, aliviar a tarefa do juiz na audiência de debate oral (20).

Já o instituto criado em Portugal obedece a um esquema doutrinário lógico, pois, separa, nitidamente, as questões de forma das de fundo, obrigando o juiz a se pronunciar, desde logo, sobre aquelas, com efeitos preclusivos.

É verdade que lá também se admite, excepcionalmente, a decisão do mérito na fase do saneamento, mas não menos certo é que tal fase se destina, precipuamente, à solução das preliminares, que, em regra, não podem ser apreciadas posteriormente.

É Portugal, portanto, a verdadeira pátria do despacho saneador, tanto em seu conceito de “decisão de conteúdo formal”, em que o juiz “ordena ao processo, determinando as necessárias providências para a instrução da causa e o julgamento do mérito”, como em seu sentido amplo de “momento procedimental que se insere entre a fase postulatória e a de instrução”, (21) destinada a eliminar os defeitos formais do processo e possibilitar o julgamento final.

Por isso mesmo, Martinho Garcez Neto o chamou “filho reconhecido do direito português” (22) e *Liebman* proclama ser ele “a contribuição original dos legisladores português e brasileiro ao desenvolvimento geral e ao progresso do direito processual civil” (23).

(18) *Código de Processo Civil Português*, art. 514, item 3º.

(19) “Despacho Saneador”, in “*Revista de Direito Processual Civil*”, vol. I, p. 54.

(20) Buzaid, *ob. cit.*, p. 55.

(21) José Frederico Marques, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, 1959, p. 267.

(22) “Despacho Saneador — Aplicações e Deturpações”, in “*Revista Forense*”, vol. 101, p. 443.

(23) *Ob. cit.*, p. 107.

7. Entre nós, foi o instituto introduzido por Ferreira de Vasconcelos, através do Anteprojeto de Código de Mato Grosso, de 1928, moldado no Decreto Português n.º 12.353, de 1926, aparecendo, mais tarde, nos anteprojetos Ferreira Braga/Filadelfo Azevedo e Batista Martins.

Seu acolhimento no Direito positivo ocorreu, na forma do despacho inominado, no Decreto-Lei n.º 960, de 1938, que regula, ainda hoje, a cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública (arts. 19 e 20). Daí passou para o Código de Processo Civil, que dele cuida nos artigos 293 e 296 ⁽²⁴⁾.

O modelo brasileiro se contém em lindes menos amplos que os do instituto em seu país de origem, pois, não consagra expressamente, como ocorre em Portugal, a possibilidade de o juiz decidir a lide no momento de proferi-la, ainda que para tanto esteja aparelhado.

8. Expostos, embora de maneira sucinta, os antecedentes legislativos do saneador, resta uma questão interessante, que é indagar de seus antecedentes lógicos. A respeito, parece muito feliz a opinião de Alfredo Buzaid, para quem tanto o saneador quanto a audiência preliminar do Código austríaco devem ter resultado da revolução que se operou na doutrina processual, com a separação: pressupostos processuais, condições da ação e mérito.

Ora, se aqueles dois primeiros grupos compõem os “requisitos de admissibilidade do julgamento do mérito” e “devem ser examinados pelo juiz *ex-officio*, uma regra elementar de política legislativa “aconselhava que a verificação de tais elementos não fosse diferida para o momento de proferir a sentença definitiva, quando já todas as provas tinham sido produzidas, porque a falta de qualquer deles,

(24) Eis o texto dos artigos: art. 293 — “Decorrido o prazo para a contestação, ou reconvenção, se houver, serão os autos conclusos para que o juiz profira o despacho saneador dentro de dez dias.”

Art. 294 — “No despacho saneador, o juiz: I — decidirá sobre a legitimidade das partes e de sua representação, ordenando, quando for o caso, a citação dos litisconsortes necessários e do órgão do Ministério Público; II — mandará ouvir o autor, dentro de três dias, permitindo-lhe que junte prova contrária, quando na contestação, reconhecido o fato em que se fundou, outro se lhe opuser, extintivo do pedido; III — examinará se concorre o requisito do legítimo interesse econômico e moral; IV — pronunciará as nulidades insanáveis ou mandará suprir as sanáveis, bem como as irregularidades; V — determinará, *ex-officio*, ou a requerimento das partes, exames, vistorias e outras quaisquer diligências, na forma do art. 295, ordenando que os interessados se louvem dentro de vinte e quatro horas em peritos, caso já não hajam feito, e indicando, o terceiro desempatador, como prescreve o art. 129. Parágrafo único: as providências referidas nos arts. I e II serão determinadas nos três primeiros dias do prazo a que se refere o artigo anterior.”

longe de permitir a composição do conflito de interesses, daria lugar à determinação do processo, sem resolução do mérito" (25).

A solução lógica, seguindo-se a linha de raciocínio do douto processualista citado, foi a consagrada em Portugal, com a nítida separação do processo em duas fases, cada uma delas a ser encerrada com uma sentença diferente: de forma, a primeira; de fundo, a segunda.

Conceito

9. Na conceituação do instituto, assumem os doutrinadores duas posições distintas. De um lado, estão aqueles segundo os quais o despacho saneador engloba todos os atos praticados pelo juiz no momento dos artigos 293/296, inclusive as decisões terminativas do processo.

Entre estes, Pedro Batista Martins, para quem "no despacho saneador poderá o juiz verificar se existe, efetivamente, o direito que se arroga o autor, julgando-o, em caso negativo, carecedor da ação proposta; se as partes têm qualidade para agir, isto é, se o autor é o titular do direito que alega, em nome próprio (*legitímatio ad causam*) e, ao mesmo tempo, se o réu é titular do direito, invocado *ope exceptionis*; finalmente, se o autor tem interesse no exercício da ação, e, pois, ao juiz será lícito repeli-la no despacho saneador para que, em atenção ao princípio da economia processual, não evolua uma ação que há de ser fatalmente julgada improcedente" (26).

Comentando os efeitos do saneador, Gabriel Rezende Filho assume posição idêntica: "Quando o juiz absolve o réu no despacho saneador, por ser ilegítimo o seu interesse, ou por ser a parte ilegítima *ad causam*, o despacho saneador tem força de sentença definitiva". E, mais abaixo: "Quando, porém, se limita a ordenar o processo, considerando-o saneado, o despacho saneador é interlocutório simples" (27).

Da mesma forma, Moacyr Amaral Santos: "Assim, o despacho saneador tem por finalidade — limpar o processo, liquidar o pro-

Art. 295 — "Para o suprimento de nulidades ou irregularidades e a realização de diligências, o juiz marcará prazos não superiores a quinze ou trinta dias, conforme a realização do ato seja dentro ou fora da jurisdição. Findos os prazos, serão os autos conclusos para que o juiz, dentro de 48 horas, proceda na forma dos n.ºs I e II do artigo seguinte".

Art. 296 — "Não sendo necessária nenhuma das providências indicadas no art. 294, o juiz, no próprio despacho saneador: I — designará audiência de instrução e julgamento para um dos 15 dias seguintes: II — ordenará, quando necessário, o comparecimento à audiência, das partes, testemunhas e peritos."

(25) *Ob. cit.*, p. 50.

(26) *Ob. cit.*, p. 380.

(27) *Direito Processual Civil*, vol. II, 1953, p. 168.

cesso, ordenar o processo". "Limpar o processo, de molde a prosseguir expungido de vícios ou questões capazes de obstar ao conhecimento do mérito da causa; extinguir o processo, pondo termo ao feito, desde que esses vícios ou questões realmente impeçam o conhecimento do mérito da causa; ordenar o processo, se isento de vícios, determinando exames, vistorias, precatórias, depoimentos e outras providências" (28).

No mesmo sentido são as opiniões doutas de Martinho Garcez Neto (*ob. cit.*, p. 443) e José Lopes de Oliveira (*Despacho Saneador*, 1969, p. 29).

Galeno Lacerda, depois de dar ao instituto uma definição ampla, acrescenta que a inspeção do processo, visando a realizar a economia processual, "é nitidamente saneadora, quer conclua o juiz a favor ou contra seu prosseguimento. No primeiro caso, porque aberto o caminho para o conhecimento do mérito. Saneadora, no segundo, porque evita o desperdício de tempo e esforço. Em ambas as situações, o ato de inspeção teve o mesmo objetivo de expurgar, de limpar, de impedir o curso da demanda viciada. Saneou-a a atividade do juiz e das partes, muito embora os efeitos da decisão tenham posto termo ao processo ou à lide" (29).

10. Em lado oposto, sustentam outros autores: "a decisão que o juiz profere nos termos dos artigos 293 e 294 será saneadora — com os efeitos de uma decisão interlocutória — unicamente no caso de sanear o processo. Se houver decisão no sentido de não poder o processo ser saneado, por motivo de nulidade insanável, ou de falta dos requisitos estabelecidos pela lei, teremos uma decisão terminativa do processo, sem resolução do mérito" (30).

Semelhantes são os conceitos expendidos por Frederico Marques, para quem o despacho saneador é ato decisório não terminativo do processo, mas com caráter de sentença interlocutória mista (31).

11. As posições assumidas pelas duas correntes não são inconciliáveis. Basta admitir que a expressão tem um sentido amplo e outro restrito. Nesta última não se compreendem, é evidente, as decisões que põem termo ao processo, absolvendo o réu da instância, em sentido lato, ou julgando o autor carecedor de ação.

Em que pese a argumentação de Galeno Lacerda, o verbo *sanear* não pode ser sinônimo de *extinguir*, pôr termo a.

(28) *Ob. cit.*, pp. 46 e 107.

(29) *Ob. cit.*, pp. 7 e 12.

(30) *E. Tullio Liebman, ob. cit.*, pp. 118-119.

(31) *Ob. cit.*, p. 382.

Martinho Garcez Neto critica o nome de despacho saneador justamente porque o verbo *sanear* tem um significado muito restrito, equivalente a *tornar são, curar, sarar*. Ora, se o processo está em ordem, as partes são legítimas, não há nulidades ou irregularidades a sanar — raciocina ele —, chamar o despacho que o juiz profere de saneador “é abuso de expressão, se não violência à gramática” (32).

Se entende ele, e com razão, que a terminologia do Código peca para menos, por não compreender o simples despacho em que o juiz, sem nada sanear, manda o processo para a audiência — que dizer da interpretação de Galeno Lacerda, que dá aquele verbo como sinônimo de vocábulos que são, em realidade, verdadeiros antônimos seus!

12. Em sentido amplo, porém, a expressão designa o “momento procedimental que se insere entre a “fase postulatória e a de instrução”, abrangente de múltiplas resoluções do juiz, de sentido e efeitos diversos.

Este momento comporta, portanto, despachos e decisões, que vão da simples designação da audiência, acompanhada das providências necessárias à sua realização, até as decisões terminativas de *absolutio ab instancia* ou de carência de ação.

Como esse sentido passaremos a empregar a expressão.

Objeto

13. O procedimento comum está dividido, assim, em duas fases de julgamento, conduzindo cada uma delas a uma decisão de natureza diversa. A primeira vai até o momento do saneador e se encerra, normalmente, com uma decisão de forma, que incide sobre o processo e a ação.

A segunda, que se segue a esta ordenação processual e vai até o encerramento normal do processo, destina-se a receber uma sentença de mérito.

Entre elas, “marco importantíssimo, colocado a meio da lide processual”, (33) situa-se o despacho saneador.

Sua finalidade, portanto, é submeter o processo e a ação a um rigoroso exame de forma, em que o juiz verifica se é viável a instância e, em caso afirmativo, determina as providências destinadas a expungir-la de defeitos formais e a possibilitar o julgamento de mérito.

(32) *Ob. cit.*, p. 442.

(33) Garcez Neto, “artigo citado”.

Em apertada síntese — a expressão é do próprio autor — já se disse que o saneador “é o despacho destinado a resolver todas as questões do processo, menos o mérito da causa” (34).

Ora, se há no processo um verdadeiro trinômio, constituído de pressupostos processuais, condições da ação e mérito, e se a matéria do saneador, como está dito, abrange todas as questões, menos o mérito, a conclusão lógica é que compreende o exame daqueles dois primeiros grupos.

14. Os pressupostos processuais constituem os requisitos mínimos necessários à existência e validade do processo. Sem eles, ou não chega a existir, ou, embora existindo, é nula a relação processual.

Este exame do juiz tem por objeto, portanto, o próprio processo e diz respeito à demanda judicial, à jurisdição, às partes (pressupostos de existência), ou à legitimação processual, à competência e insuspeição do juiz e à originalidade do feito, isto é, a não litispendência nem coisa julgada (pressupostos de validade) (35).

15. O segundo exame tem por alvo as condições da ação. Superada, ao que parece, a tese chiovendiana da ação como direito concreto à tutela jurisdicional, as condições da ação não mais devem ser vistas como condições de sentença favorável, (36) mas, tão-somente, como condições necessárias para que o juiz aprecie o mérito do pedido e profira uma decisão, num sentido ou noutro.

São três as condições da ação: possibilidade jurídica do pedido, legítimo interesse de agir e legitimação das partes para a causa.

Há possibilidade jurídica do pedido quando a pretensão do autor é admissível, em tese. O pedido será procedente (mérito) se a pretensão for admissível, na hipótese. O juiz de admissibilidade é proferido, pois, partindo-se do pressuposto de serem verdadeiras as afirmações de fato do autor. Se elas, embora corretas, não levarem a nenhuma providência prevista no direito objetivo, o pedido será juridicamente impossível.

(34) Eliézer Rosa, *ob. cit.*, p. 180.

(35) Hélio Tornaghi, *Instituições de Direito Processual Penal*, 1959, p. 322.

Consulte-se, ainda, sobre o tema: Eduardo Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 2ª ed. 1951, p. 49 e segs.

(36) Este é, ainda, o entendimento de Batista Martins, que, falando das condições da ação diz: poderá o juiz verificar se existe, efetivamente, o direito que se arroga o autor, julgando-o, em caso negativo, carecedor da ação proposta" (*ob. cit.*, p. 380).

A posição de Gabriel Rezende Filho é contraditória. Depois de expor o problema e dizer que se inclinava pela doutrina do direito abstrato de agir, define as condições de ação, tal como o faz Chiovenda, como sendo “as condições para que o autor obtenha uma sentença favorável” (*ob. cit.*, vol. I, 1952, pp. 165-166).

O interesse de agir, como lembra Machado Guimarães,⁽³⁷⁾ não se confunde com o interesse que constitui o núcleo do direito subjetivo material. Caracteriza-se por ser instrumental e secundário e tem por objeto direto e imediato a atividade do órgão jurisdicional⁽³⁸⁾.

A legitimidade *ad causam* é, na feliz expressão de Alfredo Buzaid, a pertinência subjetiva da ação⁽³⁹⁾. A solução dos litígios só é possível, em regra⁽⁴⁰⁾, quando o processo se desenrola entre aquelas pessoas que têm um interesse principal no conflito, pois só a elas confere o Estado legitimidade para estar em juízo.

16. Dificilmente, a verificação da existência das duas primeiras condições ultrapassa a fase do ajuizamento da inicial, tão manifesta é a falta de condições da ação nos casos de pedido impossível ou de inexistência de interesse de agir.

O exame da *legitimitatio ad causam*, ao contrário, é muitas vezes tão árido, que costuma ser relegado para a decisão final. Estas características, podemos dizer, normais das condições da ação: a transparência evidente das duas primeiras, e a dificuldade, em grande parte, da última, têm concorrido para um esvaziamento do saneador; nele não decide o juiz sobre a possibilidade jurídica do pedido ou o interesse de agir, porque estas condições, de tão evidentes, já foram vistas quando da propositura da ação — ocasião em que o juiz examinou se a inicial era apta ou inepta a produzir os resultados pretendidos. Não decide, igualmente, sobre a legitimidade para a causa, porque o problema, quase sempre, constitui matéria de mais demorada indagação.

Como quer que seja, na fase do saneador é que se encontra o momento próprio para o juiz proferir um julgamento de forma, que tem como objetos de decidir o próprio processo e o direito de ação.

17. Tem-se indagado se no momento do saneador pode o juiz resolver o mérito da causa.

A resposta da legislação portuguesa é no sentido afirmativo. Tendo o Decreto 12.353, de 1926, ampliado o campo de ação do juiz no saneador — antes, restrito, tão-somente, ao conhecimento das nulidades; depois, estendido ao exame de todas as questões que pudessem prejudicar o conhecimento do objeto da causa — acabou

(37) Machado Guimarães, "Carência de ação", in "Estudos de Direito Processual Civil, 1969, p. 101.

(38) Liebman, *Corso di Diritto Processuale Civile*, 1952, p. 49.

(39) *Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*, 2ª ed., p. 89.

(40) A expressão "em regra" foi empregada para excepcionar os casos, previstos em lei, de substituição processual.

a jurisprudência alargando, ainda mais, sua área de incidência, para compreender, também todas as questões, inclusive as de mérito, para cuja decisão o processo lhe fornecesse os elementos necessários.

Esta solução acabou sendo consagrada pelo direito objetivo daquele país, onde figura hoje, expressamente, no artigo 514 do Código de Processo Civil, cujo texto dispõe:

Art. 514: "Concluída a discussão, dentro de dez dias será proferido despacho para os fins seguintes:

3.º — "Conhecer do pedido, se a questão de mérito for unicamente de direito e puder ser decidida neste momento com perfeita segurança, ou se, sendo a questão de direito e de fato, o processo contiver todos os elementos necessários para uma decisão conscienciosa".

Entre nós, no entanto, dada a inexistência de texto expresso, as opiniões são, em maioria, contra.

Pontes de Miranda é categórico: "Nada do que é mérito pode ser objeto de saneamento processual. Não importa sentir-se o juiz apto a decidir, desde logo, a controvérsia; o despacho que então lhe incumbe dar é a meio caminho da viagem, e não no fim da viagem; pode parar aí, não pular até o mérito. O despacho saneador pode resolver todas as questões que, resolvidas, não importariam em deferimento, ainda que parcial, ou indeferimento, ainda que parcial, do pedido" (41).

Liebman vai mais longe, em seus argumentos: "A oralidade tem por teatro necessário a audiência, porque só nela é que o juiz entra em contato com as partes e com as provas. Eliminar a audiência significa, pois, frustrar completamente as finalidades do legislador, não só porque impede a realização do debate oral, mas também, porque tira às partes a única oportunidade que lhes concedeu a lei para dar suficiente desenvolvimento às respectivas razões e alegações. "Não é exagero dizer que a realização da audiência é garantia essencial e imprescindível de um conhecimento suficiente da causa por parte do juiz". Finalmente: "Só uma disposição expressa poderia autorizar o juiz a proferir sentença sem a realização da audiência; mas essa disposição legal não existe e, do exposto, surge clara a razão por que não pode existir" (42).

18. O problema, a nosso ver, deve ser focalizado sob prismas diferentes. *De jure constituto*, a razão socorre aos doutrinadores por

(41) *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. IV, 1959, p. 159. Pensam do mesmo modo Frederico Marques, *ob. cit.*, p. 287, e Eliézer Rosa, *ob. cit.*, p. 180.

(42) *Ob. cit.*, pp. 121-122.

último citados. Ao se mirar no modelo português, cuja conceituação ampla não adotou, quis o legislador brasileiro separar, nitidamente, as duas fases de julgamento a que nos referimos, reservando para a do saneador tão-só o exame de questões não pertinentes ao mérito.

Possibilitando a limpeza e o ordenamento do processo — se não ocorrer sua terminação — a lei quis facilitar, lógica e materialmente, a decisão final. O que se propôs, portanto, foi facilitar, não antecipar o julgamento de mérito.

À luz do direito a constituir, no entanto, nada impede a apreciação do mérito, em circunstâncias excepcionais, ao fim dessa primeira fase do processo. É esta, por sinal, na feliz expressão de *Luiz Marinho*, “uma das facetas mais sedutoras do modelo luso”, mutilada pelo legislador brasileiro⁽⁴³⁾.

Se o processo visa a solução da lide com o mínimo de esforço e o máximo de garantia possível, nada desaconselha seu julgamento de *meritis* no momento do saneador, se, por felicidade, tiver o juiz, na prova já apresentada, todas as condições necessárias para proferir um julgamento absolutamente seguro.

A solução contrária, que ora se apresenta aos olhos dos juristas como a única doutrinariamente aceitável, não será alvo, no futuro, das mesmas críticas contundentes que hoje fazemos ao excessivo rigor formal do processo antigo?

Dizer, como *Liebman*, que só na audiência entra o juiz em contato com as partes e as provas, razão por que sua realização “é garantia essencial e imprescindível de um conhecimento suficiente da causa por parte do juiz”, é enunciar uma verdade parcial. Muitas vezes a prova se compõe, apenas, de documentos, já apresentados com a inicial (art. 159), ou a contestação (art. 180), e, sendo assim, já no momento do saneador tem o juiz toda a prova necessária para apreciar e decidir o mérito do pedido.

O contato com as partes, por sua vez, tão útil noutros casos é, nos exemplos acima citados, um dado desimportante para a solução da *res in judicium deducta*, em face da natureza da prova.

Assim, vê-se que é exagerado dizer — para usar expressão do próprio *Liebman* — que a realização da audiência é sempre imprescindível para o perfeito conhecimento da causa.

Uma visão do processo com os olhos voltados para os ideais de celeridade, economia e certeza, que devem motivar seus institutos, aconselha a que se prescindia da realização da audiência de instrução e julgamento sempre que ela se mostrar, com segurança desnecessária.

(43) No prefácio à monografia de José Carlos de Oliveira — *O Despacho Saneador*, p. 15.

A solução legislativa em tal sentido, além do exemplo português, não seria nova nem mesmo entre nós, pois, o Decreto-Lei n.º 960, de 1938, já citado, prevê a possibilidade de o juiz "conhecer do mérito da causa se o réu for revel, ou a defesa tiver sido apresentada fora do prazo legal" (art. 19, item IV).

Assim, será não apenas possível, como até mesmo aconselhável, a modificação do processo, para admitir, em circunstâncias especiais, o julgamento de mérito por ocasião do saneador. O bom êxito da medida dependerá, tão-somente, da perfeita aplicação que lhe derem os juízes.

A) FASES ATÍPICAS DE SANEAMENTO

O Processo Penal como Garantia e como Ônus

19. A prática do ilícito penal, por mais gritante que se mostre, não acarreta para o autor punição imediata. Entre as garantias que o Estado assegura, constitucionalmente, aos acusados, está a de só poder infligir pena depois de submeter sua pretensão de punir a prévio controle jurisdicional.

"El derecho penal — comenta Manzini — no es un derecho de coerción directa, sino de coerción indirecta. El poder punitivo del Estado, derivado de la violación de una norma jurídica penal, no puede ejercerse sin una comprobación y una declaración judiciales que consientan el castigo en el caso concreto" (44).

Mas, nem sempre ocorreu assim. A.J. Carlyle situa as raízes do princípio de reserva legal das normas punitivas, a que se liga o do *nulla poena sine iudicio*, no direito ibérico medieval. Sob juramento, Afonso IX declara, nas Cortes de Leão, em 1186, que não procederá contra a pessoa dos súditos, enquanto não fossem chamados "perante a cúria" (45).

A "Magna Charta" inglesa, de 1215, continha, a seu turno, a célebre cláusula que impedia a prisão de qualquer pessoa "a não ser pelo julgamento de seus pares", princípio que seria comum à maioria dos países europeus.

Antes dessa consagração, era usual a imposição de pena sem processo e, ao que consta, mesmo depois dela tal continuou ocor-

(44) *Tratado de Derecho Procesal Penal*, trad. de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redin, tomo I, B. Ayres, 1951, p. 106.

Constitui este, na expressão de Pessina, um dos teoremas fundamentais do Direito Penal, pois: "*Niuno può essere punito senza che questa certezza sia acquistata dalla società cioè, senza che vi sia stato un giudizio secondo le forme legali*" (*Elementi di Diritto Penale*, 1882, vol. I, pp. 37-40).

(45) Frederico Marques, *Curso de Direito Penal*, vol. I, p. 131.

rendo na Inglaterra, através dos ignominiosos *bills of attainder*, leis com que se infligia pena sem processo.

A processualização da justiça surgiu, portanto, com uma garantia dos acusados, pois o ideal é que “não haja pena sem processo, nem processo senão pela justiça” (46).

20. Inegável, pois, a função protetora do processo (47), tão expressiva, que levou os juristas a chamarem o Código de Processo Penal de estatuto protetor dos inocentes, “que nele encontram escudo contra a prepotência dos juízes ou a má fé dos adversários” (48).

21. Mas, não é menor sua expressão como sofrimento, imposto ao acusado, seja ele culpado ou inocente.

Desgraçadamente — brada Carnelutti — “*el castigo no comienza con la condena, sino que ha comenzado mucho antes de ésta, con el debate, con la instrucción, con los actos preliminares, incluso con la primera sospecha que recae sobre el imputado*”. — “*No se puede castigar sin juzgar ni, viceversa, juzgar sin castigar: esta irresoluble identidad del juicio con la pena es el drama del derecho penal*” (49).

Muito antes dele, Santo Agostinho, analisando o problema à luz dos sofrimentos infligidos, em nome da Justiça, aos processados de seu tempo, já dissera que “os homens torturam para saber se se deve torturar”.

Os incômodos, os vexames, os aborrecimentos decorrentes de um processo criminal são inegáveis e constituem graves sofrimentos — diz Tornaghi — que reconhece, em outro trecho de sua obra: “É possível que daqui a mil anos nos considerem bárbaros, por sujeitarmos as pessoas a tantos vexames num processo criminal” (50).

Quando o réu é considerado culpado, ao fim do processo, compensam-se os ônus sofridos com as oportunidades de defesa que

(46) Rui Barbosa, “Anistia Inversa”, in *Coletânea Jurídica*, 1928, p. 120.

(47) Galdino Siqueira afirmou que “as formalidades do processo são as atualidades das garantias constitucionais” (*Curso de Processo Criminal*, 1930, p. 2).

(48) Hélio Tornaghi, *Instituições de Processo Penal*, s/d, vol. I, p. 10.

Como lembra o ilustre processualista, a lei de processo penal é o prolongamento e a efetivação do capítulo constitucional sobre os direitos e as garantias individuais.

(49) *Lecciones sobre el Proceso Penal*, trad. Santiago Sentís Melendo, vol. I, 1950, p. 72. Em outra de suas obras (*El problema de la pena*), proclamava o grande jurista que o magistério penal se contém em um círculo vicioso, pois, para saber se se deve castigar, começa-se por castigar.

(50) *Ob. cit.*, pp. 31-32, e *Compêndio de Processo Penal*, 1967, vol. II, p. 576. A previsão, rigorosamente exata, parece-nos um pouco otimista.

lhe foram dadas. Se houve prisão cautelar, ela será computada na pena privativa de liberdade que lhe for imposta.

Mas, e se ele for inocente? É certo que o processo contribui para tal declaração, e, desta forma, se expressa a garantia que dá; mas, para afirmar aquilo que deveria ser tido como verdade até prova em contrário, que é sua inocência, sofre o acusado todos os ônus antes apontados⁽⁵¹⁾.

O processo só se justifica, portanto, porque, embora seja oneroso, é um instrumento insubstituível na imperiosa necessidade de colher provas para julgar.

O ideal de justiça, meta do legislador, consiste, portanto, em datá-lo de instrumento tais que possibilitem a conclusão final com um mínimo de tempo e o máximo de segurança.

22. Para tal fim, será de grande valia a adoção no processo penal, como regra, do despacho saneador amplo do processo civil português.

O instituto não é novidade na legislação processual penal pátria, pois, embora como exceção, existem, no Código e em leis extravagantes, três tipos de saneador, que vão do "arremedo de saneador" do artigo 538, passam pelo despacho do artigo 23, item IV, da Lei 1.521, e chegam ao verdadeiro despacho saneador, existente nos processos da competência do Júri.

O que caracteriza um instituto, ressalte-se, não é sua posição topográfica no Código, ou o nome que lhe dão o legislador ou o intérprete, mas, sim o seu real conteúdo. Ora, tudo aproxima e nada diferencia os dois institutos.

O chamado processo ordinário contempla uma fase de saneamento, antes de o juiz proferir a sentença, quando já colhidas as provas e as alegações das partes (art. 502). Não creio, no entanto, se possa dar-lhe o qualificativo de despacho saneador, em sentido estrito, expressão que deve ser reservada para a decisão proferida entre a fase postulatória e a instrutória, e que tem por objeto, exatamente, declarar se o processo é, ou não, viável, se deve, ou não, prosseguir.

Os poderes que o artigo 502 confere ao juiz nem precisavam ser declarados expressamente. Se a ele se impõe o dever da prestação jurisdicional, cabe-lhe, em contraposição, o direito de recorrer a to-

(51) A expressão "aquilo que deveria ser tido como verdade" significa, como se depreende de seu sentido aparente, que na realidade do processo não existe a tão propalada presunção de inocência do acusado. Bem analisadas as normas processuais, verifica-se que ocorre exatamente o contrário, pois, só a existência de uma presunção de culpa possibilita a denúncia contra ele, da mesma forma que só uma presunção ainda mais intensa, aliada a outros fatores, justifica sua prisão cautelar.

dos os meios necessários a tal fim ⁽⁵²⁾. Assim, o exame dos pressupostos e condições necessários à decisão da causa é feito pelo juiz, de ofício, e, na fase da sentença, como está, independe de previsão expressa.

Além desses momentos, consagra o processo penal outras fases de saneamento, das quais a mais importante é, sem dúvida, a do controle sobre o recebimento da denúncia ou queixa. Passemos à sua análise.

O Controle Prévio da Denúncia

23. O princípio do saneamento se exerce, no chamado processo ordinário, principalmente através do controle jurisdicional prévio da denúncia ou queixa ⁽⁵³⁾.

Apesar disso, não falta quem queira afastá-lo, por impertinente. Odilon da Costa Manso verbera o que chama de "jurisprudência pretoriana", que instituiu o chamado "controle jurisdicional sobre o mérito da denúncia", que confunde inexistência de título, ou de fato típico, em tese, com alegação de improcedência da prova, em hipótese, de denúncia devidamente formalizada.

Ao órgão estatal da acusação — diz ele — e não ao juiz, é que cabe avaliar dos elementos probantes do inquérito, para o fim de dar início à ação penal. Se a denúncia estiver formalizada, seu recebimento pelo juiz é obrigatório ⁽⁵⁴⁾.

Em tese de concurso de Catedrático, diz o Prof. Tornaghi: "O acusado não se presume inocente nem culpado e se alguma coisa se dovesse presumir era sua culposidade, diante dos elementos que levaram o acusador a acusá-lo ("A relação processual penal", s/d, p. 198).

Não cremos que seja necessário esperar tanto tempo para a formulação dessa juízo, que já começa a incomodar a consciência daqueles cuja missão é aplicar a legislação penal.

- (52) É de aplicar-se, no caso, o princípio dos *implied powers* ou *resulting powers*, construído através da doutrina de *Marshall*, e que pode ser expresso: "Quem quer os fins, quer os meios necessários para a sua realização" (cf. Paulino Jacques, *Curso de Direito Constitucional*, 5ª ed., p. 98).
- (53) Daí a crítica procedente do Prof. Nilzardo Carneiro Leão: "Quando no campo processual civil, já se cuida de aperfeiçoar o despacho saneador e tornar possível a sua ampliação — (v. José Olympio de Castro Filho. "Aperfeiçoamento e ampliação do despacho saneador no Processo Civil Brasileiro" — Comunicação ao 2º Congresso Internacional de Direito Processual Civil, e às 3ªs Jornadas Latino-Americanas de Direito Processual Civil, em São Paulo) — maneira de, com mais rapidez e objetividade, serem decididos os litígios, ainda não se procurou, no direito processual penal brasileiro, sistematizar tão importante momento procedimental e tão salutar decisão de órgão julgador" (*Do Despacho Saneador no Processo Penal Brasileiro*, 1954, p. 16).
- (54) Recebimento da denúncia, in "*Justitia*", vol. 20, pp. 84-86.

Suas considerações estão apoiadas na lição do sempre douto João Mendes Júnior, para quem o inquérito policial tem por finalidade “guiar o Promotor Público, o queixoso ou o juiz (no caso de procedimento de ofício) na escolha das testemunhas que devem depor no sumário de culpa. Pode o Promotor iniciar a ação mesmo sem o inquérito, assim como até sem o auto de corpo de delito” (55).

24. Dois reparos se ponham, desde logo, à citação. O primeiro é que, de João Mendes para cá, a noção de respeito pelos direitos de liberdade e de dignidade dos indivíduos evoluiu muito e aquilo que se poderia considerar justo naquela época — e não é o caso, como se verá — já não o é nos dias atuais.

O segundo é que o trecho citado do grande processualista está incompleto, com prejuízo para o seu exato entendimento, sem o final do período, que diz: “Entretanto, as autoridades policiais, tratando-se de *crimes comuns* (grifo do original), têm o dever de proceder a essa inquirição, como um dos elementos do inquérito policial” (56).

A doutrina da época, conforme esclarece o próprio João Mendes Júnior, consagrada, mais tarde, no Aviso n.º 256, de 31 de junho de 1874, apenas dispensava o inquérito quando o crime fosse notório ou quando o réu houvesse sido preso em flagrante, “porque na prisão do delinqüente, cometendo o crime ou fugindo, perseguido pelo clamor público, tem o promotor motivos suficientes para basear a denúncia, prescindindo-se do inquérito, que *em todo o caso* deverá ser feito” (grifo nosso) (57).

Basta, portanto, reproduzir por inteiro o trecho parcialmente citado por Odilon Costa Manso, para se ver que, mesmo ao tempo em que menos intenso era o respeito pelos direitos individuais, já se exigia a presença de um *fumus boni iuris* para início de processo. A dispensa, nos casos de prisão em flagrante e de crime notório, se justificava pela existência, em ambos os casos, daquele começo de prova contra o denunciado, sem o qual será temerária a ação.

A exigência desse princípio de prova é conquista inafastável do processo. Criticando o processo acusatório na antigüidade, quando a simples acusação do ofendido ou seus parentes, a princípio, ou de qualquer do povo, mais tarde, bastava para sujeitar uma pessoa a processo criminal, independentemente de prévia verificação do fato, comenta o douto Tornaghi: “É certo que o acusado permanecia em liberdade até a sentença. Mas isso, por si só, está muito longe de ser o grau máximo de garantia da liberdade civil.

(55) Odilon Costa Manso, *ob. cit.*, pp. 81-82.

(56) João Mendes de Almeida Júnior, *O Processo Criminal Brasileiro*, vol. II, 1959, 4ª ed.,

(57) *Ob. cit.*, pp. 99-100.

Que garantia é essa, que não impede sejam os homens de bem arrastados à barra de um tribunal, sem nenhuma verificação anterior?" (58).

Pode acontecer — acrescenta — que algum inocente responda a processo criminal, o que decorre das contingências da Justiça humana. Mas, por isso, "deve a lei processual tomar todas as precauções para que tal somente aconteça quando houver, pelo menos, prova da existência do crime, em sua materialidade, e fundada suspeita de autoria. Admitir a acusação nua, totalmente desacompanhada de qualquer vestígio de prova, e só com ela submeter o indivíduo às agruras do processo criminal; não pode ser o máximo grau de garantia da liberdade civil".

25. Dois aspectos distintos apresenta o controle que o juiz exerce sobre a propositura da ação penal. De um lado, aparece sob a forma de controle limitado da obrigatoriedade da ação, no que caracteriza uma atividade anômala dos juízes. Atribui-lhes a lei o dever de fiscalizarem os membros do Ministério Público, no exercício do *jus perseguendi* do Estado, de que são titulares.

Nesse exame, se entenderem inaceitável a não-propositura da ação, no caso concreto, provocam, nos termos do artigo 28 do Código de Processo Penal, o pronunciamento do Procurador-Geral, que será decisivo, se concluir pelo arquivamento.

A razão por que deve prevalecer a opinião do chefe do Ministério Público, nesta hipótese, é evidente: estando separadas, no processo acusatório, as funções de acusar e de julgar, e competindo ao juiz esta última, não pode ele, a não ser em casos excepcionais, ter a iniciativa da ação. "Se o juiz pudesse obrigar o Ministério Público a propor a ação, estaria violando o princípio *ne procedat judex ex-officio*" (59).

O princípio da legalidade não subtrai do Ministério Público o poder de apreciar os pressupostos técnicos do exercício da ação penal, o que é evidente. Dever de denunciar não significa mais que, perdoe-se o truísmo, dever de denunciar quando for caso de denunciar (60).

(58) Hélio Tornaghi, *Compêndio de Processo Penal*, 1967, tomo II, pp. 561-562.

(59) Tornaghi, *Comentários ao Código de Processo Penal*, vol. I, tomo II, 1956, p. 54.

Dessa opinião não comunga Câmara Leal, para quem a regra do art. 28, consagrando uma invasão de atribuições judiciárias pelo Ministério Público ("o direito de decidir segundo sua convicção é inerente à judicatura") — seria, até mesmo, inconstitucional (*Comentários ao Cód. Proc. Penal*, vol. I, 1942, p. 150).

(60) Roger Demain analisa o problema com acuidade. "*L'action publique appartient à la société; le Parquet n'en a que l'exercice. Il ne peut donc se soustraire à l'obligation d'exercer des poursuites quand une infraction a été commise, mais il garde, cependant, un pouvoir d'appréciation en conscience relativement au caractère délictueux des faits qui sont portés à sa connaissance*" (*Principes du Code d'Instruction Criminelle*, s/d, p. 15).

O controle da indisponibilidade da ação, embora seja importante, sob o aspecto do interesse público, não deve nem mesmo ser arrolado entre as funções próprias do juiz. O correto será transferi-lo aos órgãos superiores do próprio Ministério Público, como, aliás, consigna o Anteprojeto Frederico Marques. A decisão negativa sobre a pertinência da ação se esgota, portanto, em última análise, no âmbito do Ministério Público.

26. O exame positivo de sua admissibilidade, no entanto, que é a outra face do problema, constitui atividade própria do juiz e é exercida como garantia dos direitos individuais⁽⁶¹⁾. Como lembra *Goldschmidt*, sendo a denúncia um ato postulatório, deve passar, primeiro, pelo crivo do julgamento de admissibilidade⁽⁶²⁾.

A denúncia ou queixa deve conter "a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias", e "a classificação do crime" (art. 41), devendo ser rejeitada quando o fato narrado evidentemente não constituir crime, já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa, ou for manifesta a ilegitimidade de parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal" (art. 43).

Nesse primeiro contato do juiz com o processo, ao lhe ser apresentada a denúncia ou queixa, examina ele se estão presentes aqueles elementos mínimos que tornam viável a instância.

Não está obrigado a receber a denúncia, pelo só fato de estar devidamente formalizada, como quer Costa Manso, citado. "Seria contra todos os princípios de direito e, mesmo, do bom senso que a denúncia ou queixa tivesse de ser recebida em qualquer hipótese, mesmo quando se sabe, de antemão, que o resultado final será, inevitavelmente, a absolvição do denunciado ou querelado"⁽⁶³⁾.

Também, não lhe cabe, por outro lado, transformar o ajuizamento da inicial em verdadeiro juízo de formação de culpa, para exame completo das provas precaríssimas e provisórias colhidas no inquérito policial e dizer, ao depois, se há crime a punir⁽⁶⁴⁾.

A solução correta está entre os dois extremos, com o que ficam garantidos os direitos do acusado, sem risco para o não menos importante interesse estatal de punição dos criminosos.

(61) Desse controle não deve o juiz ser afastado, porque o direito de defesa, que é garantia constitucional, torna imperativo que se evitem procedimentos temerários e infundados (Frederico Marques, *Estudos de Direito Processual Penal*, 1960, p. 147).

(62) *Teoría General del Proceso*, Barcelona, 1936, nº 50, pp. 109 a 113.

(63) F. A. Gomes Neto, *Teoría e Prática do Código de Processo Penal*, 1957, vol. I, p. 176.

(64) Frederico Marques, *ob. cit.*, p. 145.

27. Examina o juiz a denúncia sob três aspectos: o de sua regularidade formal, o da viabilidade da relação processual e o da viabilidade do direito de ação.

O primeiro deles diz respeito à forma e constitui exigência que se estende a todos os atos processuais, pois *forma dat esse rei*. Assim, a inicial deve estar revestida dos requisitos previstos em lei, entre os quais, estar escrita no idioma nacional, estar assinada pelo órgão da acusação etc.

O segundo exame tem em mira os pressupostos processuais, que, segundo Florian, são *las condiciones mínimas cuyo cumplimiento es necesario para que exista, genéricamente, un proceso en el qual el órgano judicial pueda prober* (65), assunto de que já tratamos no n.º 2, item IV, da primeira parte.

No caso particular do processo penal, além de seu inegável valor doutrinário, é de sumo interesse prático a divisão mencionada por Tornaghi, entre pressupostos de existência e pressupostos de validade da instância (66).

Faltando qualquer daqueles, o processo não chega a existir e, assim, a sentença absolutória acaso proferida, inexistindo juridicamente, não impede novo processo e condenação do acusado. O mesmo não ocorre por ausência de pressuposto de validade; sua falta, embora torne nulo o processo, não impede que tenha existido e, em consequência, que transite em julgado a sentença favorável ao acusado.

Esta solução, como lembra Roberto Lyra, reflete a grande preocupação com os direitos do acusado, que não admite "a revisão do erro que absolve, e sim do erro que condena", pois, "não é a absolvição do culpado, mas a condenação do inocente, que afeta os fundamentos jurídicos, desacredita a Justiça, alarma a sociedade, ameaça os indivíduos, sensibiliza a solidariedade humana" (67).

O terceiro exame se refere às condições da ação, matéria já examinada no n.º 3, item IV, da primeira parte. Há, no processo penal, além delas, condições especiais de procedibilidade, que cabem na referência do artigo 43, item III, do Código de Processo Penal, e que são requisitos sem os quais não se pode iniciar a persecução penal. Entre estas, estão a condição arrolada no artigo 5.º, § 2.º, item a do Código Penal em vigor, a requisição do Ministro da Justiça e, no

(65) *Eugenio Florian, Elementos de Derecho Procesal Penal*, trad. Prieto Castro, 1931, pp. 85-86.

(66) *Instituições de Processo Penal*, vol. I, 1959, p. 321.

(67) "Introdução ao Estudo do Direito Penal Adjetivo", in "*Revista de Direito*", vol. 10, p. 11.

regime constitucional anterior, a licença da Câmara, para processo contra membro do Congresso Nacional.

Também não poderá ser instaurada a instância na falta de condição de punibilidade, que *Liszt* conceitua como “circunstâncias exteriores, que nada têm de comum com o ato delituoso mesmo e seus elementos, mas cuja presença se exige para que se faça efetiva a cominação legal” (68).

Destas últimas fazem parte as condições que o Código Penal arrola no artigo 5.º, § 2.º, letras *b* e *c*, cuja inexistência impede o recebimento da denúncia ou queixa.

28. Conseqüência lógica da exigência do controle prévio da denúncia é a necessidade de ser instruída com a *informatio delicti*, consubstanciada em inquérito policial ou em outras peças de informação, que fundamentem a suspeita de crime e o interesse de agir.

Não há disposição expressa a respeito, o que tem levado autores dos mais ilustres a uma indefinição em torno do problema, quando não a afirmarem, abertamente, o contrário. O recurso do artigo 39, § 5.º, do Código ajuda no desate da questão. Lá está que o “órgão do Ministério Público dispensará o inquérito se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal”.

Na análise do artigo, diz Espínola Filho: “Se a representação for encaminhada inicialmente ao órgão do Ministério Público, este vendo-a escrita, com assinatura autenticada, em ordem, da pessoa autorizada a dá-la, oferecerá, dentro de 15 dias, a denúncia, eis que, para isso, lhe ofereça ela base suficiente”. Em parágrafo anterior já comentara: “Em seguida, compete-lhe (ao juiz) dar vista ao Ministério Público, que oferecerá a denúncia dentro em 15 dias, se se sentir a isso habilitado em face dos elementos constantes da mesma representação, tornando dispensável o inquérito” (69).

Os textos não são claros. As expressões “lhe forneça ela base suficiente” e “elementos constantes da mesma representação” tanto podem significar esclarecimentos do texto da narração, como elementos de prova com ela apresentados.

Esta última interpretação é a correta e neste sentido é a lição de Tornaghi: “Se ao Ministério Público forem ministrados elementos

(68) *Franz von Liszt, Tratado de Direito Penal*, trad. José Hygino, tomo I, 1899, pp. 306-308.

(69) *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, vol. I, 1954, pp. 413-414.

Nota-se que *Liszt*, a exemplo do que continua ocorrendo com alguns autores atuais, arrola como condições de punibilidade certas circunstâncias que, em realidade, constituem elementos do tipo.

Hungria incorre na mesma censura, incluindo entre aquelas a *exceptio veritatis*, nos crimes contra a honra (*Comentários ao Código Penal*, vol. VI, nº 132).

de convicção, como documentos, indicações de prova circunstancial, laudos periciais etc., que demonstrem a materialidade do fato e façam suspeitar da autoria, poderá ele dispensar o inquirido. A razão é óbvia: a investigação policial se destina a colher aqueles elementos, sem os quais a denúncia não seria possível" (70).

Igual entendimento tem Frederico Marques: "Prende-se, ainda, a inviabilidade da instância a falta de elementos que instruem a denúncia para fundamentar a *opinio delicti* do órgão da acusação. A acusação deve estar acompanhada do inquirido policial ou de elementos que habilitem o Ministério Público a promover a ação penal (art. 39, § 5.º). Caso é, portanto, de rejeição da denúncia a ausência de tais elementos entre os anexos que a instruem" (71).

29. Determina o artigo 43, item I, que a denúncia ou queixa seja rejeitada quando o fato narrado evidentemente não constitui crime. O advérbio usado pelo legislador traz à colação o problema das des-criminantes e das dirimentes.

Muitos autores entendem que a simples prova do fato típico, acompanhada de indícios de autoria, impõe a apresentação e recebimento da denúncia, embora do bojo do inquirido ou das outras peças de informação ressalte a prova completa, inafastável, de circunstância que elida o crime ou a culpa.

Alguns o afirmam de modo implícito, como é o caso de Câmara Leal. Depois de silenciar sobre a possibilidade do arquivamento, ao tratar do oferecimento da denúncia, diz ele, comentando o artigo 310 do Código de Processo Penal: "O Código Penal declara que não há crime quando o agente pratica o fato em estado de necessidade, legítima defesa. . . Não havendo crime, seria uma iniquidade sujeitar o agente à prisão, quando das provas resultantes do auto-flagrante, pelo depoimento das testemunhas, fica evidente que o réu não tem responsabilidade penal" (72).

A conclusão a que se chega é de que, para o ilustre comentador, a falta de injuridicidade da ação praticada pelo acusado só traz em consequência a não sujeição à medida cautelar, não evitando, no entanto, o processo.

A mesma posição assumem Basileu Garcia, Frederico Marques, Magalhães Noronha e Espínola Filho (73), sendo lícito admitir idêntica conclusão.

(70) *Comentários ao Código de Processo Penal*, vol. I, tomo II, 1957, pp. 79-80.

(71) *Elementos de Processo Penal*, vol. II, 1ª ed., p. 162.

(72) *Comentários ao Código de Processo Penal Brasileiro*, vol. II, 1942, p. 259.

(73) *Comentários ao Cód. de Proc. Penal*, Forense, 1945, p. 135; *Elementos*, vol. IV, 1965, pp. 404-405; *Curso de Dir. Proc. Penal*, 1964, p. 218 e *Código de Proc. Penal Brasileiro Anotado*, vol. 3, 1955, pp. 356-357.

Frederico Marques diz que o juiz deve conceder a liberdade ao réu preso em flagrante, quando as provas revelarem que o fato, embora típico, não é antijurídico (loc. cit.). Noronha, ao recomendar a soltura do réu no caso da prisão em flagrante, usa da expressão: "tem ele a seu favor essas causas excludentes de antijuridicidade; o fato é lícito. "Não há crime", diz a lei substantiva, pelo que não se compreenderia a custódia do acusado" (loc. cit.).

Algumas decisões jurisprudenciais levam à mesma conclusão. É o que ocorre, por exemplo, com o acórdão unânime da 1.^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça deste Estado, de 22 de janeiro de 1962, composta, à época, pelos Desembargadores Milton Barcellos, Alberto Mourão Roussel e Rocha Lagoa, e onde se lê: "Só quando extreme de dúvida, a legítima defesa autoriza a liberdade provisória" ("Rev. de Jurisprudência", vol. 2, pp. 347/348).

A solução correta, no entanto, está um pouco além e consiste, não em determinar, tão-somente, a soltura do acusado, mas em rejeitar a denúncia ou queixa contra ele oferecida, por falta de interesse de agir. É o que defende o Prof. Tornaghi: "Se a excludente estiver provada, a ponto de não deixar dúvidas, então, pode o Ministério Público pedir o arquivamento... com fundamento na falta de interesse" (74).

A lição é incensurável. Não se alegue que assim ficará sem aplicação a norma do artigo 310 — o que não seria lícito ao intérprete fazer, dada a necessidade de se conciliarem, sempre que possível, todas as normas de um sistema — porque tal não ocorre. Basta interpretar as disposições legais da seguinte maneira: havendo prova razoável da existência de circunstância que torne lícita a conduta do acusado, o juiz, tendo havido prisão, aplicará o disposto no artigo 310. Se, no entanto, a licitude do fato for evidente, inafastável, não constituirá ele crime, e a única solução correta, jurídica, será a rejeição da denúncia, na forma do artigo 43, item I, por faltar ao Estado legítimo interesse de agir.

Não se pode admitir a instauração de um processo quando se sabe, de antemão, que a decisão final só poderá ser a declaração de inocência do acusado, porque lícito o fato por ele praticado. Outra conclusão seria absurda.

De igual modo, deve agir o julgador, se evidente a presença de circunstância excludente de culpabilidade. Esta constitui um dos três elementos do crime; assim, inexistindo, não se pode dizer existente este.

É certo que alguns juristas fazem diferença entre fato criminoso e fato objetivamente criminoso, caracterizando-se este último quan-

(74) *Comentários ao Código de Processo Penal*, vol. I, tomo II, p. 86.

do presentes a tipicidade e a injuridicidade. O Prof. Tornaghi parece aceitar a solução, pois, ao tratar da absolvição sumária nos processos do Júri, consagra em seu Anteprojeto: "A existência de circunstância que exclua a responsabilidade não elimina a existência do crime, que só pelo Júri pode ser julgado" (art. 601, parágrafo único) (75).

Como quer que seja, a falta evidente de culpabilidade torna manifesto o não-crime, como um todo, atribuível ao acusado, motivo por que a solução correta será rejeitar a denúncia.

As Exceções

30. O exame de viabilidade da instância, embora com menor intensidade, se exerce, ainda, em momentos posteriores ao do recebimento da denúncia, pois este despacho não torna preclusas todas as questões que poderiam ser, então, examinadas. É o que ocorre no caso das exceções, arroladas no artigo 95 do Código de Processo Penal.

Os intérpretes têm tornado equívoco o conceito de exceção, que ora significa, em sentido amplíssimo, a própria defesa do réu, (76) outras vezes traduz, em sentido menos amplo, qualquer forma de defesa indireta, ou, finalmente, em sentido estrito, corresponde à defesa processual que somente pode ser conhecida se alegada pelo réu.

Nesta última acepção, contrapõe-se ao termo objeção, que é defesa de que o juiz pode conhecer de ofício.

"As chamadas exceções processuais, diz Tornaghi, não passam, em realidade, de impedimentos resultantes da falta de certos pressupostos processuais e de certas condições do exercício regular da ação". No processo penal, então, a expressão é ainda mais inadequada e inexata, pois o juiz conhece de todas elas de ofício e — o que é ainda mais desconcertante — algumas podem ser alegadas, até mesmo, pelo autor, como ocorre na suspeição do juiz (77).

31. Sem muito rigor doutrinário, pois, arrolou-as o Código no artigo 95, considerando como tais certas defesas processuais que devem ser, em regra, opostas antes da defesa propriamente dita.

(75) A solução — não a nomenclatura — talvez se justifique pela necessidade de não subtrair do Júri, seu juiz constitucional, a apreciação de certos fatos objetivamente criminosos, arrolados como de sua competência.

(76) Melo Freire, citado por Tornaghi, dizia: "Chamamos hoje exceções às alegações que alguém usa em sua defesa" (*Institutiones Juris Civilis Lusitani*, L. 4, Tit. 13) (*ob. cit.*, p. 242).

(77) *Comentários ao Cód. de Proc. Penal*, vol. I, tomo II, p. 260.

São elas as de suspeição, incompetência de juízo, litispendência, ilegitimidade de parte e coisa julgada.

O que têm de comum, percebe-se logo, diz respeito, tão-só, "ao modo e ao tempo de sua propositura" (78).

Depois de recebida a denúncia, portanto, ainda tem o juiz a oportunidade de reexaminar estas circunstâncias, do que poderá resultar o prosseguimento normal do processo, se inexistentes, ou, no caso contrário, seu envio para outro juiz, ou seu encerramento (79).

Mesmo que a parte interessada não oponha a exceção no prazo assinado (art. 108, c/c art. 110), dela pode o juiz conhecer em qualquer outra fase do processo, evitando, assim, que a instância siga seu curso normal, inutilmente.

A Extinção da Punibilidade

32. Permite o Código que o juiz, em fase posterior ao recebimento da denúncia, examine, ainda, se ocorre o requisito do legítimo interesse de agir, uma das condições da ação, quando diz respeito ao desaparecimento do *jus puniendi* do Estado.

Diz o artigo 61: "Em qualquer fase do processo o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-la de ofício".

Se o requerimento for de qualquer das partes, o juiz ouvirá a parte contrária e, se necessário, colherá prova. Evidente o fato alegado, proferirá decisão terminativa de mérito, em que declarará extinta a punibilidade. Se, no entanto, permanecer a dúvida, deverá deixar a matéria para ser decidida na sentença final (art. 61, parágrafo único).

Os casos de extinção da punibilidade estão previstos no artigo 108 do Código Penal. Alguns dizem respeito só às ações movidas por queixa, outros se referem, indistintamente, às ações privadas e às públicas. Este artigo, no entanto, não esgota a matéria, havendo, espalhadas no Código, outras causas extintivas da punibilidade, que o intérprete, facilmente, reconhecerá (80).

(78) Liebman, nota em Chiovenda, *Instituições de Direito Processual Civil*, 1942, vol. I, pp. 110-111.

(79) A diversidade de solução decorre da diferença de efeitos, quer se trate de exceção dilatória ou peremptória.

(80) Nelson Hungria cita a desistência e o arrependimento eficaz, na tentativa (art. 13 do Código Penal), o perdão judicial (art. 176, parágrafo único; art. 180, § 3º; art. 240, § 4º), a *restitutio in integrum*, na subtração de menores (art. 249, § 2º), além da suspensão da pena e do livramento condicional (*Novas Questões Jurídico-Penais*, 1945, pp. 105-106).

Magalhães Noronha acrescenta as hipóteses do art. 5º, § 2º, letras b e c (casos de absolvição, cumprimento de pena ou perdão no estrangeiro) (*Direito Penal*, 1959, vol. I, p. 484).

A nem todas, como é evidente, se pode aplicar a norma analisada.

No caso de morte do réu, só a prova feita com a certidão de óbito possibilita a decisão antecipada. A exigência dessa prova tarifada atrita com a consagração do livre convencimento do julgador e talvez se explique, embora não se justifique, pela facilidade de tal prova, ou, porque, ainda que prossiga, o processo já não estará em condições de causar ônus ao acusado.

Consagra, assim, o Código a possibilidade de ser proferida sentença terminativa do processo pela existência de circunstância que, incidindo sobre a pretensão do Estado, faz desaparecer seu interesse de agir. Seria útil que assim procedesse não apenas nesse caso, mas, em todos os demais, quando a falta de qualquer condição da ação fosse tranqüila. No caso das discriminantes, por exemplo, mais que extinção da punibilidade, há o desaparecimento do próprio crime, razão a mais para a solução apontada.

O Exame do Artigo 516 do Código de Processo Penal

33. Quando se trata de funcionário público, acusado de crime de responsabilidade punido com pena de detenção, não se satisfaz a Lei com os exames normais de viabilidade da instância, já mencionados. Nestes casos, antes de ser recebida a denúncia ou queixa, o Código possibilita ao funcionário a apresentação de defesa preliminar, no prazo de 15 dias (art. 514).

Convencido, pela resposta, da inexistência do crime ou da im procedência da acusação o juiz rejeitará, em despacho fundamentado, a inicial (art. 516) ⁽⁸¹⁾.

A diferença de tratamento é explicada pelo interesse do Estado de evitar que os funcionários públicos fiquem expostos aos vexames de queixas infundadas, injustas ou caluniosas, "o que poderia acarretar o entorpecimento da ação exercida por esses agentes do poder público" ⁽⁸²⁾.

A medida é excelente. A única crítica que a ela se pode fazer é sua não extensão, não apenas a todos os crimes funcionais, inclusive os punidos com reclusão (crítica menor), como por não abranger qualquer crime, de qualquer pessoa (crítica maior) ⁽⁸³⁾.

(81) A resposta pode ser instruída com documentos ou justificações (art. 515), pois a decisão do juiz deve apoiar-se em prova já feita, não em prova por fazer, pelo que não se atendem aos pedidos de perícias, inquirições de testemunhas, ou qualquer outra diligência, que só serão consideradas no curso da causa (Espínola Filho, *ob. cit.*, vol. 5, p. 171).

(82) Costa Manso, *Casos Julgados*, 1920, p. 72.

(83) O Anteprojeto Tornaghi consagrou a defesa preliminar para todos os acusados (art. 549).

Se a finalidade é evitar a sujeição do funcionário público a processo temerário ⁽⁸⁴⁾, nada desaconselha a mesma cautela em se tratando de qualquer outra pessoa, que merece do Estado igual tratamento.

O Problema da Lei 4.611, de 2 de abril de 1965

34. Um problema interessante, ligado ao tema, e já existente no Código de Processo Penal em vigor, mas que ganhou nova dimensão com a recente Lei 4.611, de 2 de abril de 1965, diz respeito à possibilidade de controle jurisdicional prévio sobre a acusação, no procedimento sumário contravencional, iniciado com o auto de prisão em flagrante ou portaria da autoridade policial.

Como se sabe, aquela lei mandou aplicar aos crimes dos arts. 121, § 3.º e 129, § 6.º do Código Penal o rito procedimental previsto para as contravenções. Em decorrência, viram-se os juízes das grandes cidades, de uma hora para outra, em face de um problema de proporções sérias: uma porcentagem muito grande dos chamados "delitos do automóvel" — compreendidos naquelas disposições de lei — chegados às Varas, se compõe de procedimentos absolutamente inviáveis, ora por inexistência de qualquer prova contra o acusado (já esgotada, praticamente, toda a prova da acusação), ora por estar provado, sem sombra de dúvida, que não agiu ele com culpa; ou, o que parece absurdo, mas é bastante freqüente, porque o fato atribuído ao indiciado é penalmente atípico.

Todos os juízes acharam que nestes casos, notadamente nos dois últimos, era absurda a idéia de levar o procedimento, normalmente, até o fim, com o que se puniria, injustamente, o acusado. Dissentiram, no entanto, na solução a seguir.

Alguns entenderam de realizar o julgamento do acusado, para absolvê-lo, no próprio dia do interrogatório, marcado em pauta especial, com o que se pretendia livrá-lo, o mais depressa possível, dos vexames e dos gastos do processo.

A solução, com não enfrentar o problema jurídico, apresentou sérios inconvenientes práticos, dado que o despacho "A interrogatório e julgamento" implicava em prejulgamento do caso, de desastrosas conseqüências... financeiras.

Uns poucos acharam que a solução era a concessão de *habeas-corpus* de ofício, por falta de justa causa para a coação processual.

(84) Espínola Filho, *ob. cit.*, p. 172.

O ilustre Prof. Nilzardo Carneiro Leão ressalta o inusitado da situação nestes casos, consistente em "o julgador já decidir o mérito, desprezando a fase de instrução criminal" (*ob. cit.*, p. 58).

O ilustre promotor Luiz Eduardo Rabello, cujas opiniões inteligentes são sempre sedutoras, é favorável a esta solução. Diz ele que, não cabendo o arquivamento do feito, por já estar em andamento a ação penal, ⁽⁸⁵⁾ o remédio é recorrer ao *habeas-corpus* de ofício, previsto no art. 654, § 2.º, do Código de Processo Penal ⁽⁸⁶⁾.

A solução, no entanto, não é feliz. Como lembra Costa Manso, "nenhum juiz pode conceder *habeas-corpus* contra ato do próprio Juízo" ⁽⁸⁷⁾. A ordem só tem cabimento quando a coação provém de autoridade diversa daquela que tem o processo sob sua direção, pois, seria totalmente ilógico que o juiz ordenasse a medida a si próprio ⁽⁸⁸⁾.

A maioria dos juízes optou pelo arquivamento do feito, como solução mais prática, o que fazem, quase que invariavelmente, sem tecer considerações de ordem doutrinária.

O problema jurídico continuava de pé, daí ter merecido de nossa parte um artigo ⁽⁸⁹⁾, cujas linhas gerais, em síntese são as que se seguem.

35. As lições de *Tornaghi, Machado Guimarães, Pontes de Miranda e Frederico Marques, no direito pátrio, e Eugênio Florian, Vincenzo Manzini, Bartolini Ferro e Luigi Ferrara, no direito estrangeiro, sobre o conceito de relação processual, permitem concluir que esta ainda não existe no procedimento instaurado na Polícia, com a portaria ou com o auto de prisão em flagrante* ⁽⁹⁰⁾.

(85) A afirmação, como se demonstrará, não é correta.

(86) "Estudos e Atualidades", in "Revista de Direito", vol. 10, pp. 191-194.

(87) *O Processo na Segunda Instância*, 1923, p. 440.

(88) A medida é, ainda, desnecessária. Se o juiz entende ilegal a coação, na hipótese em que se concede o *habeas-corpus*, basta revogar o ato que a determina.

O recurso à legislação comparada e ao direito anterior mostra o acerto do raciocínio. A Lei de HC do Estado de New York e o Cód. de Processo Penal de *Mendoza*, Argentina, contêm disposições claras a respeito, mostrando que a ordem tem cabimento quando outra é a autoridade coatora.

Igualmente, o Decreto 848, de 11 de outubro de 1890, que fala claramente em "cidadão, oficial de justiça, ou autoridade pública", reproduzindo, por sua vez, termos análogos do art. 344 do Código de Processo Criminal do Império (cf. Frederico Marques, *Estudos de Direito Processual Penal*, 1960, p. 273).

(89) Weber Martins Batista, "O problema do arquivamento na Lei 4.611, de 2 de abril de 1965", in "Revista de Jurisprudência", vol. 19, pp. 54-64.

(90) Tornaghi, *A relação processual penal*, s/d, pp. 135 e seguintes. Machado Guimarães, "A instância e a relação processual", in *Estudos de Direito Processual Civil*, 1969. Pontes de Miranda, *ob. cit.*, pp. 122 e segs. Florian, *ob. cit.*, p. 85. Bartolini Ferro, *Acción, Jurisdicción, Proceso*, p. 259. Luigi Ferrara, *Saggi di Diritto Processuale Civile*, pp. 2 e segs. Manzini, *ob. cit.*, pp. 119 e segs.

Este último autor afirma que "la relación preparatoria se inicia con la demanda judicial del público ministerio, que inviste el juez de la acción penal, esto es con

Visando à celeridade do procedimento, meta procurada, sempre, pelo legislador, permite a lei, nestes casos, que a autoridade policial presida à colheita da prova, o que em nada contraria os cânones do processo, pois o poder instrutório é inerente à função jurisdicional, mas não é privativo dela.

A única exigência para que a prova então colhida possa servir de fundamento à decisão final é que se observe o princípio constitucional do contraditório.

Fica a Polícia, assim, investida de funções quase judiciárias, mas que não se confundem com a função jurisdicional, atributo só dos juizes.

36. Desse modo, a conclusão inafastável é que, quando o juiz recebe o procedimento da Polícia, ainda não está instaurada a instância, o que só ocorrerá com a notificação do acusado para o interrogatório, se se der prosseguimento ao feito ⁽⁹¹⁾.

A situação é, pois, análoga à do procedimento comum, no momento em que o juiz recebe os autos de inquérito policial do Ministério Público, com denúncia ou com pedido de arquivamento.

Não apenas é lícito, como, até mesmo, imperioso que submeta a acusação, nessa oportunidade, ao crivo da admissibilidade.

O controle prévio é imperativo constitucional, visando a evitar que as pessoas sejam submetidas a processo nos casos em que este é, a toda evidência, absolutamente inviável — e dele não pode ser afastado o juiz.

37. Não se diga, por outro lado, que, na Lei 4.611, este controle foi transferido para a Polícia, porque tal não ocorre. Quando tomam conhecimento de fato que possivelmente se contenha nos lindes de figura típica descrita nos arts. 121, § 3.º, ou 129, § 6.º, as autoridades policiais lavram o flagrante ou baixam a portaria contra o indiciado, dando início, em qualquer dos casos, ao procedimento, ou, finalmente, instauram uma sindicância prévia, para verificar se há fato típico punível e indício de autoria. Nos dois primeiros casos, não têm meios nem tempo de exercer aquele controle; quando tomam contato com a prova, já desencadearam o procedimento.

la promoción de ésta. Antes, no hay relación procesal, porque falta aún la Intervención del juez" (ob. cit., p. 119).

Tornaghi, a seu turno, depois de dizer: "Pode, assim, afirmar-se que a relação processual surge em regra, com a demanda, e, por vezes, com um ato jurisdicional contra o indiciado, antes que haja ação penal", acrescenta, mais adiante: "Mas em qualquer caso com o primeiro ato processual que vincula o indiciado ao juiz" (ob. cit., pp. 138-139).

(91) O Anteprojeto de Cód. de Proc. Penal do Prof. Tornaghi dispõe: "A relação processual se inicia com o pronunciamento do juiz sobre a denúncia ou a queixa e se perfaz com a citação do acusado" (art. 44).

A sindicância possibilitaria tal exame, mas, foi, acertadamente, combatida e eliminada nas delegacias de São Paulo. O legislador quis tornar mais célere o procedimento. De que modo o conseguiria? Partindo do princípio de que, na quase totalidade dos casos, a prova produzida em Juízo não passa de repetição, desnecessária, da colhida na Polícia, bastaria cercar de garantias a colheita desta e acabar, pelo menos como regra, com sua repetição judicial.

Foi o que se fez com a Lei 4.611, instituindo a instrução contraditória na Polícia. Garantida a plenitude de defesa, a prova assim colhida pode servir de base à sentença final. Ora, se fosse lícito à Polícia instaurar sindicância antes de iniciar o procedimento, o problema acabaria voltando à sua primitiva dimensão, com uma primeira colheita de prova, sem contraditório, que o costume acabaria institucionalizando, seguida de sua repetição, com aquela garantia, na própria Polícia ou em Juízo. Em suma, seria a volta ao procedimento comum.

A própria finalidade da Lei 4.611 impede, portanto, que a Polícia exerça um controle prévio sobre a acusação.

38. Sendo análogas as situações — e para melhor, em favor da tese, quando se trata da Lei 4.611, onde o contato do juiz com o procedimento se realiza quando, em regra, toda a prova da acusação já foi feita —, nada mais acertado que realizar o juiz, nessa oportunidade, o exame prévio de viabilidade da instância, tal como faz no procedimento ordinário, ao lhe ser apresentada a denúncia ou queixa.

Salvo quando implique em restrições à liberdade individual ou fira outros direitos do acusado, a analogia é acolhida, expressamente, pelo processo penal (art. 3.º) e o recurso a ela, neste caso, é imposto pelos princípios gerais de direito, notadamente aqueles princípios constitucionais que garantem, de modo amplo, o *jus libertatis* dos particulares.

Esta solução, que propusemos aos mais doutos, não apenas veio dar fundamento jurídico às decisões da maioria dos nobres juízes da Guanabara, como teve o mérito de, pela originalidade, suscitar o debate doutrinário (92).

A nobre preocupação dos juízes com a sorte dos acusados inocentes, com prova antecipadamente feita, tranqüila, inafastável — que se reflete na controvérsia acima apontada —, mostra a importância do controle prévio sobre a acusação e a necessidade de ser ele ampliado.

(92) Cf. artigo, em resposta, do ilustre magistrado e professor Epaminondas José Pontes, in "Revista de Jurisprudência", vol. 21, pp. 25-39. (Apesar da maneira doura como é o problema aí exposto continuamos com nosso ponto de vista).

A criação de novos institutos, que, sem afetarem o ideal de segurança das decisões judiciais, permitam uma reapreciação do processo em momento anterior ao do julgamento final, será muito útil a tal fim.

B) AS TRÊS FORMAS DE DESPACHO SANEADOR EXISTENTES
NO PROCESSO PENAL

O artigo 538 do Código de Processo Penal e a Lei 1.521, de 26-12-51

39. Consagra o artigo 538 do Código de Processo Penal um "como que despacho saneador" ⁽⁹³⁾, que ocorre no chamado processo sumário. Diz o referido artigo:

"Após o tríduo para a defesa, os autos serão conclusos ao juiz, que, depois de sanadas as nulidades, mandará proceder às diligências indispensáveis ao esclarecimento da verdade, quer tenham sido requeridas, quer não, e marcará para um dos oito dias seguintes a audiência de julgamento, cientificados o Ministério Público, o réu e seu defensor."

Este despacho é proferido após a inquirição das testemunhas de acusação, no rito sumário dos processos por crime punido com pena de detenção ⁽⁹⁴⁾, ou após o prazo de alegações preliminares, no dos processos de contravenção. Verifica o juiz, na oportunidade, se existe alguma nulidade sanável, determinando, se for o caso, seja corrigido o vício; manda realizar as diligências que reputar necessárias, tenham sido, ou não, requeridas pelas partes; designa, com intimação das partes, a audiência de instrução e julgamento. Se houver alguma nulidade insanável, deverá anular o processo, no todo ou em parte ⁽⁹⁵⁾.

Com o intuito de dotar o processo de todos os elementos que o habilitem a uma justa apreciação dos fatos, não fica o juiz adstrito ao que tenha sido pleiteado pela acusação, ou pela defesa. Pode ordenar, de ofício, quaisquer diligências que lhe pareçam úteis ao esclarecimento da verdade, entre as quais, a reinquirição de testemunhas ouvidas na fase policial e a inquirição de testemunhas não arroladas nem referidas ⁽⁹⁶⁾.

Como ressalta Frederico Marques, o despacho saneador do procedimento sumário apresenta uma fase inicial de verdadeiro saneamento do processo, e outra, posterior, de ordenação procedimental, em que o juiz designa audiência de instrução e julgamento.

(93) A expressão é usada por Magalhães Noronha, em *Curso de Direito Processual Penal*, 1964, p. 417.

(94) Excetua-se os crimes previstos nos arts. 121, § 3º e 129, § 6º, cujo procedimento, como já foi visto, obedece ao rito previsto para as contravenções.

(95) Walter P. Acosta, *O Processo Penal*, 7ª ed., pp. 245-246.

(96) Espínola Filho, *ob. cit.*, vol. V, p. 320.

Nesta segunda fase, cuida das diligências complementares para a descoberta da verdade (97).

40. Despacho semelhante é consagrado na Lei 1.521, de 26 de dezembro de 1951, quando se trata de crime da competência do Júri de Economia Popular. Diz seu artigo 23, item IV:

“Ouidas as testemunhas e realizada qualquer diligência porventura requerida, o juiz, depois de sanadas as nulidades e irregularidades e determinar ou realizar qualquer outra diligência, que entender conveniente, ouvirá, por 48 horas, o órgão do Ministério Público e o defensor.

Item V — “Em seguida, o juiz poderá absolver, desde logo, o acusado, quando estiver provado que ele não praticou o crime, fundamentando a sentença e recorrendo *ex-officio*”.

Item VI — “Se o juiz assim não proceder, sem manifestar, entretanto, sua opinião, determinará a remessa do processo ao Presidente do Júri ou que se faça a inclusão do processo na pauta do julgamento se lhe couber a presidência”.

Depois de realizada a instrução sumária, vai o processo ao juiz, que o submete a um exame de forma, em que determinará o saneamento das nulidades e irregularidades existentes e providenciará a realização das diligências necessárias ao julgamento da causa.

Já aqui, no entanto, dá a lei maiores poderes ao juiz, permitindo-lhe, depois de ouvir a acusação e a defesa, a absolvição do acusado, se provado que não praticou o crime. O que há de curioso nesta fase é o fato de que o juiz pode o mais, que é absolver o acusado da causa, mas não pode o menos, que é absolvê-lo da instância, pela falta de condição da ação.

O Saneamento no Júri

41. O despacho consagrado no artigo 538 do Código de Processo Penal se contém em lindes muito acanhados, razão por que autores há que a ele se referem usando a expressão “arremedo de despacho saneador”. O da Lei 1.521 é um pouco mais amplo, pois consagra a possibilidade da absolvição do acusado. Mas, é nos processos da competência do Tribunal do Júri que o instituto do despacho saneador encontra uma fase perfeitamente análoga.

O procedimento, em tais casos, está dividido em duas fases perfeitamente distintas. Na primeira, pede o Ministério Público, ou o

(97) *Ob. cit.*, vol. III, p. 127.

querelante, que o juiz julgue se é admissível a acusação (*judicium accusationis*). Na segunda, que corre perante o Júri, pede seja ela julgada procedente (*judicium causae*).

O que está em julgamento, no primeiro caso, é o "direito de acusar"; no segundo, o "direito de punir". Para a procedência do primeiro pedido, é preciso que haja prova do crime⁽⁹⁸⁾ e indícios de autoria. O fato, pois, deve ser certo e a autoria provável.

O segundo pedido encerra, na realidade, o verdadeiro *judicium*. Admissível, como foi declarado, que se formule a pretensão perante o Júri, deste se pede o seu julgamento. Já então, não basta a prova do fato, mas exige-se a do crime, como um todo⁽⁹⁹⁾, e o juízo de probabilidade da autoria deve dar lugar ao de certeza.

A meio caminho do procedimento, portanto, situa-se uma autêntica fase de saneamento, em que o juiz, sopesando as provas da instrução sumária, ou as colhidas nas diligências que pode ordenar (art. 407), toma uma das seguintes decisões:

1) ou se convence da existência do crime (entenda-se fato típico) e de indícios de autoria, e pronuncia o réu, com o que julga admissível sua acusação perante o Júri (art. 408);

2) ou se convence, ao contrário, de que há prova do fato típico e indícios suficientes de autoria, e impronuncia o réu, decisão que caracteriza verdadeira *absolutio ab instancia*, em sentido lato (art. 409);

3) ou, finalmente, entendendo provada circunstância que torna lícita ou impunível a conduta do réu (Código Penal, arts. 17, 18, 19, 22 e 24 § 1.º), o absolve desde logo (art. 411). Esta última decisão, julgando a lide penal, constitui sentença definitiva⁽¹⁰⁰⁾.

Pode o juiz, ainda, desclassificar o crime para outro que não seja da competência do Júri, caso em que ele próprio ou outro juiz

(98) O Código fala em "prova do crime", querendo dizer, evidentemente, prova do fato típico. Nesta fase não se indaga da presença dos outros elementos do crime, que se presumem existentes. Como lembra *Maurach*, a tipicidade "*proporciona como se dice tradicionalmente, un indicio, una presunción juris tantum de la antijuridicidad*" (*Tratado de Derecho Penal*, Barcelona, vol. I, 1962, p. 265).

(99) Sob o aspecto formal, crime é o fato típico, injurídico, culpável (Anibal Bruno, *Direito Penal*, tomo I, 3ª ed., 1967, p. 274). Compõe-se, pois, de três elementos, que são a tipicidade (conformação do fato com o modelo legal), a injuridicidade (sua contradição com a ordem jurídica) e a culpabilidade (nexo subjetivo, ligando o autor ao fato).

Costa e Silva, citando *von Hippel*, diz que a teoria da tipicidade (que é, em verdade, uma criação genial de *Beling*) "não é desacertada, mas é supérflua" (*Código Penal*, 1943, vol. I, nota 4, p. 57).

(100) Há, no caso, normalidade processual (o processo termina com decisão de mérito) e anormalidade procedimental (o procedimento se encerra antes de atingida a fase própria do *judicium*).

singular o julgará, depois de realizadas as diligências previstas no artigo 410. Ou, tendo pronunciado o réu, reapreciar sua decisão, no recurso interposto, absolvendo-o da instância, em sentido lato (art. 581, IV) ⁽¹⁰¹⁾.

As três primeiras opções são semelhantes as que o processo civil oferece ao juiz na fase do saneador, acrescidas da possibilidade de uma decisão de mérito, o que não ocorre naquele.

42. Embora sem nenhum fundamento doutrinário, que o exija, ou razão prática, que o justifique, nota-se que existe total desuniformidade entre as soluções do processo sumário, da Lei 1.521 e do procedimento do Júri.

No despacho do artigo 538, citado, limita-se o juiz ao exame das nulidades e irregularidades, não podendo estender-se ao das condições da ação. Mesmo se verificar, ao receber o processo para despacho, que, por exemplo, falece interesse ao Estado para o *jus persecuendi*, dada a prova plena de ter o acusado agido em legítima defesa, ou de estar ao abrigo de qualquer outra circunstância que torne lícita a sua conduta, impossibilitado está de proferir uma decisão terminativa do processo.

Deverá, nesse caso, marcar audiência para a colheita da prova restante, que, dado o excesso de serviço nas grandes cidades, nunca poderá obedecer ao prazo do artigo 538, fim. Em face da importância dos interesses em jogo, poder dar por finda a instância apenas no caso de faltar pressuposto processual é muito pouco.

No processo da Lei 1.521, além das duas hipóteses mencionadas, ainda pode o juiz tomar uma terceira decisão, que é absolver o acusado, quando provada sua inocência. Continua não podendo proferir decisão terminativa, de carência de ação.

No procedimento do Júri, acena a lei ao juiz com uma quarta alternativa, consistente na possibilidade de apreciar e declarar a falta de condição para agir. Como se observa, a matéria está exigindo reformulação, para tratamento uniforme.

Nesse caso, poderia ser estendida às formas de procedimento comum ⁽¹⁰²⁾ do Código, como regra, a solução prevista para o processo do Júri? A resposta afirmativa parece inatacável.

(101) Na absolvição ou na impronúncia poderá o juiz impor ao réu medida de segurança (Cód. de Proc. Penal, art. 155).

(102) Por "procedimentos comuns" designamos o chamado "processo ordinário" e o denominado "processo sumário", pois, como notaram alguns comentadores, ambos são formas de procedimento comum à quase totalidade dos crimes de reclusão e de detenção, respectivamente.

A absolvição do réu, da instância ou da causa, no sumário da culpa "é uma medida que a lei adotou para libertar inocentes das delongas do julgamento perante o Júri (103).

Nos processos da competência das Varas Criminais comuns estão presentes ambas as premissas:

a) pautas longas, com julgamentos demorados;

b) interesse do Estado em impedir a continuação do processo inviável, visando, de um lado, à economia de tempo e dinheiro, e, de outro — argumento mais forte — a evitar que se prolongue, inutilmente, o sofrimento do acusado. Sendo assim, e como a causas iguais devem corresponder iguais efeitos, é lógico esperar que a solução seja a mesma.

Nos processos do Júri, a decisão preliminar baseia-se nas provas colhidas no sumário. Nos processos das Varas comuns poderá basear-se na prova do inquérito policial, esclarecida pelas alegações e complementada com as provas que o acusado produzir com sua defesa prévia.

43. Há alguma possibilidade de prejuízo para o interesse estatal de punição dos criminosos, em comparação com igual medida nos procedimentos do Júri? A resposta é negativa, pois, ao contrário, ao acusado é que será bem mais difícil a prova de sua inocência.

A razão é lógica: o sumário de culpa é fase do processo em que se obedece à garantia constitucional do contraditório; o inquérito policial, ao contrário, é atividade administrativa, destinada a colher elementos para a acusação e, como tal, tem de ser eminentemente inquisitiva.

A Polícia investiga o crime para que o Estado possa ingressar em Juízo, e não para resolver a lide, dando a cada um o que é seu (104).

Sendo assim, tem a autoridade policial os olhos voltados para a colheita de prova para ser apresentada a acusação contra o indiciado, só admitindo provas por ele indicadas quando julgar conveniente (105).

(103) Cf. Olavo Oliveira, *O Júri na Terceira República*, 1947, p. 277. Edgar de Moura Bittencourt, *A Instituição do Júri*, 1939, pp. 94-96. Eduardo Espinola Filho, *Cód. de Processo Penal Brasileiro Anotado*, vol. IV, 1955, p. 279. Ary Franco, *O Júri e a Constituição federal de 1946*, 2ª ed., 1956, p. 102.

(104) Frederico Marques, *Elementos de Processo Penal*, vol. I, 1961, p. 154. Conforme diz Petrocelli a finalidade do inquérito policial é "pôr o fato em contato com o órgão da ação penal" (*Saggi di Diritto Penale*, p. 589).

(105) "A ação da Polícia é discricionária" (Mário Masagão, *Preleções de Direito Administrativo*, 1937, p. 155).

Assim, pode a autoridade policial deferir ou indeferir qualquer pedido de prova feito pelo indiciado, que, nesta fase, é olhado como objeto de investigações, e não

É claro que, não se garantindo a ele, no inquérito, a plenitude de defesa a que se refere a Constituição, terá menor possibilidade de convencer, mesmo com o subsídio de prova juntada com a defesa, da desnecessidade ou da impossibilidade do prosseguimento do processo.

Além do mais, e tal como ocorre no procedimento do Júri, as decisões antecipadas de encerramento do processo, com ou sem apreciação do mérito, devem apoiar-se em prova segura, dada a regra, vigente nessa fase, do *in dubio pro societate*.

Ocorre, ainda, um último argumento: o próprio legislador admite como possível a apreciação de mérito, para absolvição do acusado no nascedouro do processo, com base em prova colhida antes da instrução criminal, desde que plena e indiscutível, pois não é outra coisa o que consagram os artigos 514/516 do Código, que tratam dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos. De fora parte a fase inicial, em tudo o mais são esses processos semelhantes ao processo ordinário.

Chiaradia Neto, depois de dizer que “o despacho saneador, no processo civil, se situa no ponto em que, solenemente, se reconhece o objeto da lide”, enquanto “a pronúncia se situa no ponto em que, solenemente, se reconhece o objeto da acusação”, pronuncia-se favoravelmente à aproximação mais íntima entre os dois institutos⁽¹⁰⁶⁾.

É o que nos parece o mais acertado.

C) NOVAS PERSPECTIVAS

A Possibilidade de Encerramento do Processo sem Decisão de Mérito

44. Na evolução do processo penal, “*eterna lucha entre los intereses de la sociedad y el individuo, que aquél — el proceso — debe tutelar*”,⁽¹⁰⁷⁾ o Anteprojeto Frederico Marques, ora entregue a uma Comissão Revisora, de que fazem parte o autor, o Prof. Benjamin de Moraes e o Prof. Salgado Martins, traz importante contribuição neste setor⁽¹⁰⁸⁾.

como titular de direitos. O único limite é o das restrições ao seu direito de liberdade.

(106) “A pronúncia e sua natureza”, in “*Revista dos Tribunais*”, vol. 301, pp. 7-14.

(107) *Velez Mariconde, Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 1969, 2ª ed., pp. 15-16.

(108) As citações de textos do Anteprojeto estão de acordo com as modificações feitas pela douda Comissão Revisora, até o dia 8 de janeiro passado.

Seu mérito principal reside em ter adotado o instituto do despacho saneador, em sua formulação mais ampla, consagrando-o, como regra, nos procedimentos comuns. Só não adotam esta fase os processos sumaríssimos, previstos no Livro IV, Títulos I e II, que, pela celeridade do rito, a dispensam.

Assim, apresentada a denúncia ou queixa, o juiz, a exemplo do que ocorre no Código em vigor, a submete a um primeiro exame, indeferindo-a liminarmente, se inepta, ou quando faltar pressuposto para a constituição regular do processo.

Não havendo indeferimento liminar, determina o Anteprojeto — no que aproveitou idéia já consagrada no Anteprojeto Tornaghi, artigo 549 — que o acusado ofereça uma defesa preliminar. Feito isso, e ouvido o Ministério Público ou o querelante sobre as preliminares acaso argüidas, vai o processo ao juiz para o saneamento.

Nesta oportunidade, a três soluções pode esse chegar:

- 1) ou profere uma decisão de encerramento do processo, sem apreciar-lhe o mérito;
- 2) ou põe termo ao processo, com uma sentença de mérito;
- 3) ou, finalmente, recebe a denúncia ou queixa, determinando as medidas necessárias ao perfeito andamento do processo.

45. Da primeira solução cuida o artigo 300 do Anteprojeto:

“O juiz declarará encerrado o processo sem decisão de mérito, rejeitando a queixa ou denúncia:

- 1) se não houver justa causa para a acusação;
- 2) nos casos do artigo 242.”

Este último artigo, por sua vez, dispõe:

“Extinguir-se-á o processo sem julgamento de mérito, quando reconhecida a falta insuprível de pressuposto processual, de ofício ou por provocação da parte”.

§ 1.º — Ao acolher a argüição de litispendência, o juiz mandará juntar os novos autos aos anteriores e se o primeiro processo correr em outro juízo, para ele serão remetidos os novos autos. A litispendência resulta da citação do réu.”

“§ 2.º — Se o juiz reconhecer a existência de coisa julgada, declarará extinto o processo, mandando arquivá-lo.”

46. A primeira preocupação do intérprete, dado o silêncio da exposição de motivos do Anteprojeto, é conceituar o que se entende por justa causa.

Os autores têm cuidado da expressão ao tratar do instituto do *habeas-corporis*.

Sady Cardoso de Gusmão, citando Oliveira Machado, diz que “justa causa não pode ser definida em absoluto. Depende da integridade e escrupulosa apreciação do juiz, que, aquilatando os motivos ocasionais determinantes da prisão, qualificará a justiça ou injustiça da causa, para declarar legal ou não o constrangimento corporal ou ameaça” (109).

F. A. Gomes Neto é mais sucinto: “Quanto à falta de justa causa, caracteriza-a, por exemplo, um processo por fato que não seja crime e em que tenha sido decretada prisão preventiva do réu ou tenha ele sido preso em flagrante” (110).

Ary Franco ainda o é mais, limitando-se a dizer que justa causa “não pode ser definida em maneira absoluta, ficando à apreciação do juiz” (111).

Semelhantes são os pronunciamentos de Florêncio de Abreu e Câmara Leal (112).

Magalhães Noronha, depois de dizer que se trata “da antijuridicidade do fato” e acrescentar que faltará justa causa, também, “se o fato imputado ao preso não é típico, não se subsume no tipo”, ou “quando se acha extinta a punibilidade”, dá alguns exemplos de situações em que ocorre justa causa e termina por definir, em um círculo vicioso, a justa causa como sendo “o fato cuja ocorrência torna lícita a coação” (113).

O que se nota é que os intérpretes encontram certa dificuldade no conceituar a expressão, o que pode ser explicado pelo fato de vir empregada impropriamente no atual Código de Processo Penal, em lugar de “abuso de direito”, consagrada na Constituição (art. 153, § 20) (114).

Por isso mesmo — lembra o douto Ministro Vitor Nunes Leal, em voto recente — os tribunais têm interpretado a expressão justa causa “com suficiente amplitude, para abranger, pelo menos, a maior parte dos casos ocorrentes de abuso de poder” (115).

(109) *Ob. cit.*, p. 215.

(110) *Ob. cit.*, p. 200.

(111) *Código de Processo Penal*, vol. 3º, 7ª ed., p. 214.

(112) *Comentários ao Cód. Proc. Penal*, vol. V, 1945, p. 567 e *Comentários ao Cód. Proc. Penal Brasileiro*, vol. IV, 1943, pp. 176-177.

(113) *Curso de Direito Processual Penal*, 1964, pp. 544-545.

(114) O Prof. Tornaghi elimina a impropriedade, consagrando esta última expressão em seu Anteprojeto, na parte em que cuida do *habeas-corporis* (arts. 525 a 527).

(115) STF, HC nº 42.697, “*Rev. Trim. de Jur.*”, vol. 35, p. 534.

Criticando, em artigo de doutrina, a imprecisão de conceitos, o talentoso membro do Ministério Público paulista José Raimundo Gomes da Cruz identifica a expressão com a falta de condição da ação, dizendo: "Para efeito de propositura da ação penal, justa causa corresponde à existência das condições da ação descritas no artigo 43 do Código de Processo Penal, ou sejam, crime em tese, punibilidade deste (que o autor identifica com interesse de agir) e legitimidade para a causa" (116).

Sua conceituação está certa, mas incompleta, pois a expressão deve abranger, também, aquelas condições especiais que, nalguns casos, são exigidas para o exercício da ação penal, e que são as chamadas condições de procedibilidade, ou de perseguibilidade, que cabem no item III do artigo 43.

As condições de punibilidade, que Frederico Marques arrola à parte, estão, a meu ver, implícitas no interesse de agir. Não realizada a condição de punibilidade, falta ao Estado interesse para acusar.

Assim, se ao receber o processo para o saneamento, verifica o juiz que é juridicamente impossível o pedido da acusação, por ser penalmente atípico o fato nela narrado; que falta legítimo interesse ao Estado para o processo, por irrealizada condição de punibilidade do fato; ou que falta legitimidade *ad causam*, ativa ou passiva (o Ministério Público formula a acusação em crime de ação privada; há evidente troca de pessoa contra quem é formulada a acusação), deve o juiz proferir decisão terminativa, por falta de justa causa para o seu prosseguimento.

47. O item II do artigo 300 trata dos casos de falta insuprível de pressuposto processual, cuidando, em parágrafos separados, da litispendência e da coisa julgada. O assunto já foi motivo de comentário, não demandando outros esclarecimentos.

Sentença e Mérito

48. A segunda solução acima mencionada está prevista no artigo 299. Diz ele:

"Na fase do saneamento será proferida sentença de mérito, com o conseqüente encerramento do processo:

I — quando estiver extinta a punibilidade;

II — quando o juiz, considerando plenamente provada a defesa do réu, o absolver desde logo;

III — quando o réu, inimputável por ser doente ou deficiente mental (C. Penal, art. 31, *caput*), deva ficar isento de pena e ser sub-

(116) "Justa causa e abuso de poder referentes à propositura da ação penal", in "Justitia", vol. 58, pp. 54-71.

metido à medida de segurança, e tal fato se encontre desde logo devidamente comprovado" (117).

Antes de proferir a decisão, pode o juiz ordenar diligências necessárias para elucidar questão preliminar argüida pelo réu e suspender o curso do procedimento para submeter este a exame psiquiátrico.

Na forma do artigo analisado, pode o juiz proferir três tipos de decisão: ou uma sentença terminativa de mérito (item I); ou uma sentença definitiva de absolvição (item II), ou uma sentença definitiva imprópriamente absolutória (item III).

O primeiro item diz respeito à extinção da punibilidade, matéria já examinada neste trabalho, na parte segunda, item IV.

49. Trata o item II da absolvição do réu, quando ficar plenamente provada sua defesa. Esta é, talvez, a mais importante inovação proposta pelo Anteprojeto. No processo atual, acontece, não raro, que o réu, já no seu interrogatório, convence plenamente o juiz de sua inocência. Apesar disso, não pode o julgador evitar que o processo percorra todas as fases do procedimento, desde a da apresentação da defesa prévia, passando pela colheita da prova, dividida em duas partes, até a das diligências e alegações, para, só então, absolvê-lo.

Nesse ponto, dá o Anteprojeto um grande passo à frente na eterna busca de aperfeiçoamento das instituições do processo. A possibilidade de absolver o acusado logo no nascedouro da instância reduz seu sofrimento ao mínimo, sem nenhum risco para o interesse social de punição dos criminosos, dada a exigência de prova plena.

50. Segundo o Código em vigor, deve o réu ser absolvido quando o juiz reconhecer, na sentença final:

- 1) estar provada a inexistência do fato;
- 2) não haver prova da existência do fato;
- 3) não constituir o fato infração penal;
- 4) não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;
- 5) existir circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena;
- 6) não existir prova suficiente para a condenação (art. 386).

Os três primeiros itens referem-se ao fato típico e dizem respeito à sua existência (1), à falta de prova de sua existência (2) e à sua inexistência como fato penalmente ilícito (3).

(117) Foi cortado o item IV do artigo, que tratava do problema dos menores entre 16 e 18 anos, o que parece confirmar a modificação do Código Penal a entrar em vigor, voltando-se ao limite de idade do Código atual.

Nos casos dos itens 1 e 3 poderá o juiz proferir sentença absoluta na fase do saneador. Havendo prova plena da inexistência do fato, ou de que, embora existindo, não constitui infração penal, a solução é evidente.

Quanto ao item 2, é preciso distinguir, dado que a expressão "não haver prova" pode ter um sentido absoluto ou relativo.

Se não estiver plenamente provado o fato, ao atingir o processo a fase da sentença final, já esgotados todos os meios de prova, deve o juiz absolver o acusado. O mesmo não ocorre, no entanto, se esta falta relativa existir na fase do saneamento.

Um começo de prova, que é insuficiente para a condenação, basta para o prosseguimento do processo.

Se, no entanto, a expressão for compreendida em sentido absoluto, de inexistência de qualquer prova, o encerramento do processo será imperativo, já na fase do saneador. Exemplifiquemos: alguém é processado por homicídio e não há no processo o corpo de delito, direto ou indireto, que prove a materialidade do fato. Outro: o réu se imputa o furto de certo objeto, cuja existência este nega, com veemência, desde o princípio. O objeto não foi apreendido e não existe qualquer prova no processo, nem mesmo por declarações do lesado, de sua existência.

O item 4 cuida do problema da autoria. Existe o fato criminoso, mas inexistente prova de ter o réu concorrido para ele. A solução deve ser a mesma do item anterior.

O item 5 trata das circunstâncias que excluem o crime ou isentam de pena o réu, previstas nos artigos 17, 18, 19, 22 e 24, § 1.º do Código Penal.

Sabido é que o crime se compõe de três elementos, que são a tipicidade, a injuridicidade e a culpabilidade. Assim, para que possa resultar a aplicação de pena, necessário é que o fato típico seja, também, injurídico e culpável⁽¹¹⁸⁾.

Feita a prova plena da inexistência de qualquer dos dois últimos elementos, o acusado deverá ser absolvido, ou porque o fato típico praticado é lícito, não está em contradição com a ordem jurídica, ou porque praticado sem culpa, *lato sensu*.

O item 6, finalmente, que diz respeito à insuficiência de prova, não pode levar à absolvição na fase do saneamento. O normal,

(118) A tipicidade é, pois, um indício desfazível de ilicitude, e não, como quer Mezger, o "fundamento real y de validez, *ratio essendi* de la antijuridicidad" (*Tratado de Derecho Penal*, Madri, tomo I, 2ª ed., p. 362).

Sobre a evolução do conceito na Alemanha, *Hans Welzel, El Nuevo Sistema del Derecho Penal*, Barcelona, 1964, p. 49 e seguintes.

mesmo, será a insuficiência de prova nesta oportunidade, dado que, para a denúncia, basta o *fumus boni juris*.

Assim, se o réu alegar em sua defesa, com pleno reflexo, na prova apresentada, qualquer das circunstâncias mencionadas nos itens 1, 3 e 5, o juiz deverá absolvê-lo. Se ocorrerem as faltas de que cuidam os itens 2 e 4 (na forma absoluta atrás mencionada), deverá rejeitar a denúncia, encerrando o processo. Só no caso do item 6 é que deverá receber a inicial e determinar o prosseguimento do processo para sua decisão final.

51. O item III do artigo 299 do Anteprojeto cuida do encerramento do processo quando o réu, por inimputável, deve ser submetido à medida de segurança. A sentença que então é proferida só imprópriamente pode ser chamada de absolutória.

Os conceitos de pena e medida de segurança cada ano mais se aproximam. Em ambas está presente o sentido finalístico de recuperação; de ambas não se pode afastar a idéia de sofrimento. Por isso, há uma tendência cada vez mais acentuada de absorção de um conceito no outro, o que só não ocorreu até agora devido à resistência de alguns penalistas tradicionais⁽¹¹⁹⁾.

Só imprópriamente, pois, pode chamar-se absolutória a sentença que impõe medida de segurança, que é uma das sanções previstas pela ordem jurídico-penal.

A imposição de medida de segurança em uma sentença — diz *Siracuza* — importa em condenação no significado filológico e jurídico do termo, por implicar *una restrizione d'indole personale o patrimoniale inflitta per sentenza del giudice* ⁽¹²⁰⁾.

Mesmo aqueles que se apegam às diferenças entre pena e medida de segurança — doutrina o douto Professor Roberto Lyra — “não negarão a natureza de título executivo no sentido estrito ao que provê à execução da medida de segurança aplicada em sentença absolutória” ⁽¹²¹⁾.

(119) Aqueles que estiveram presentes ao Congresso de Direito Penal de Roma, em 1953, atestam que um passo definitivo à frente não foi dado por causa da posição contrária do grande penalista *Grispigni*.

(120) *Il Pubblico Ministero*, 1929, p. 91.

(121) *Comentários ao Código de Processo Penal*, vol. VI, 1944, p. 33.

Já bem antes da realização do Congresso de Direito Penal em Roma, em 1953, quando da publicação de seus comentários, Roberto Lyra não encontrava diferenças conceituais entre os dois institutos, tanto assim que dizia ser difícil aos dualistas explicar “dentro da intransigente dogmática jurídica, o cômputo, na pena privativa de liberdade, do tempo de internação em hospital ou manicômio (art. 34 do Código Penal)” (*ibidem*).

No caso de inimputabilidade, podem ocorrer duas hipóteses: ou há no processo prova plena da doença, ou deficiência mental do réu, no momento em que o juiz o recebe, ou há indícios de sua existência. No primeiro caso, profere ele a sentença impropriamente chamada de absolutória, impondo ao acusado a medida de segurança aplicável. No segundo, deverá suspender o curso do procedimento para submeter o réu a exame psiquiátrico.

Se a conclusão pericial for no sentido da inimputabilidade do réu e o julgador por ela se convencer, o resultado será o mesmo, com a imposição de medida de segurança e o encerramento do processo.

O Despacho de Recebimento da Denúncia

52. Verificando, no entanto, que não é caso de proferir sentença de mérito ou decisão de rejeição da denúncia ou queixa, com encerramento; em qualquer dos casos, do processo, profere o juiz o despacho saneador.

Deu o Anteprojeto especial ênfase a este momento, quando o juiz deve determinar todas as providências no sentido de sanear e ordenar o processo. Assim, menciona, expressamente, algumas medidas mais importantes, tais como a reunião ou a separação de processos; a apreciação da prova requerida com a inicial ou a defesa, para determinar a realização dos exames e indeferir, desde logo, a prova impertinente ou meramente protelatória; a decretação da prisão preventiva do acusado, sua libertação, com ou sem fiança, bem como a imposição provisória de penas acessórias; a suspensão do curso do procedimento etc. (arts. 301 e 302).

Ao mesmo tempo, ou após a realização das diligências ordenadas, designa a audiência de instrução e julgamento, determinando a presença das partes e, se for o caso, do ofendido, dos peritos e das testemunhas.

Entre as providências que menciona, uma é particularmente feliz: a possibilidade de ser alterada, nessa fase, a qualificação do fato delituoso, segundo o estado da causa, com repercussão na forma do procedimento ou nas medidas cautelares que possam ser decretadas (art. 302, item I) ⁽¹²²⁾.

Muitas vezes acontece estar a classificação da denúncia em completo desacordo com a natureza do fato imputado ao réu. Nalguns casos, a correção é importante, pois dela podem resultar consequências processuais de vulto.

(122) É a seguinte a redação do item, após a reunião de 12 de janeiro passado, da Comissão Revisora: "Ordenar o processo, segundo a definição do fato delituoso e o conteúdo da acusação".

É o que ocorre, por exemplo, se a alteração tiver como resultado a modificação da pena prevista para o fato, do que pode sobrevir, ou cessar, a prática de atos de coação processual, como a prisão preventiva, antes não permitida (Antep., arts. 482, II, e 539, § 1.º); a substituição desta pela fiança (art. 485, c/c arts. 505 e 506); a proibição da prestação de fiança (art. 510) etc.

Outra conseqüência importante poderá ser a modificação do rito procedimental, ou por levar o julgamento do processo para o Tribunal do Júri (Liv. VI, Tít. V), ou deixá-lo entregue ao juiz singular, dando-lhe forma ordinária (Liv. IV, Tít. I), sumária (Liv. V, Tít. I e II), ou especial (Liv. VI, Tít. I a V).

Muito útil, assim, que o juiz aprecie o processo sob esse aspecto, logo após a fase de postulação.

53. Três caminhos, portanto, pode o juiz tomar, ao receber o processo para saneamento. Se não há defeito insanável que lhe impeça o prosseguimento para a apreciação final da pretensão do autor, recebe a denúncia ou queixa e determina as providências necessárias para a realização, com êxito, da audiência de instrução e julgamento.

Se verifica que o processo é inviável, por falta insuprível de pressuposto necessário à sua existência ou validade, ou se falta à ação condição para receber uma sentença de mérito, profere uma decisão terminativa do processo.

Se, finalmente, a prova até então colhida possibilita a apreciação do próprio mérito do pedido, para absolver o acusado. ou impor-lhe medida de segurança, profere uma sentença nesse sentido.

Fica o julgador munido de amplos poderes para fazer do processo uma arma de Justiça. Se há uma possibilidade de ser satisfeita a pretensão punitiva do Estado, deve o processo prosseguir. Mas, se se verifica que ela é irrealizável, por defeito próprio, da ação ou do processo, deve o juiz, em nome do princípio de economia e, principalmente, atendendo à promessa solene feita pelo Estado aos indivíduos, de não lhes molestar os direitos individuais de liberdade e de dignidade, a não ser quando absolutamente necessário, deve dar por findo o processo ou a causa.

Nenhum risco advém para a sociedade de qualquer dessas medidas. Ao contrário, os processos "inviáveis, mas irremediáveis" é que, refletindo um formalismo medieval, abastardam a Justiça, tornam uma burla a nobre missão de julgar, que tanto aproxima os homens do Criador. A crítica inteligente de *Kafka* não pode encontrar apoio nos dias atuais, pois a Justiça deve ter as portas sempre abertas para os homens e as soluções humanas.

Desde os mais antigos pactos entre governos e povos — diz o Professor Roberto Lyra — os principais cuidados do processo penal

versam sobre “o respeito à dignidade humana, o amparo à liberdade contra qualquer restrição não autorizada, expressamente, em lei (lei propriamente dita), a apuração da verdade e, portanto, a garantia da inocência” (123).

Que respeito, que amparo, que garantia, que cuidados são esses — senão mera utopia —, se o juiz não puder encerrar o processo em uma fase anterior ao julgamento final, quando provada, sem sombra de dúvida, a inocência do acusado?

D) CONCLUSÃO

54. Com sua excepcional capacidade de expor verdades jurídicas de forma poética, disse *Carnelutti* que “*el derecho penal es el derecho de Idolor: dolor doble, de antes y después del pecado y del castigo*” (124).

Eu diria tríplice *dolor*; de antes, depois e durante. Dor do pecado, dor do castigo e dor da apuração.

Diminuir aquela é meta da Política Criminal. Tirar da pena o que ela tem de dispensável como sofrimento, e, ao mesmo tempo, fazê-la, realmente, mais útil, é tarefa da Penologia. Tornar menos onerosa a realização prática do direito penal deve ser a principal preocupação do processualista.

O sofrimento do processo, quando infligido ao inocente, como não raro acontece, é injusto e deve — na impossibilidade de sua eliminação — ser reduzido ao mínimo possível.

O processo penal precisa, a nosso ver, estruturar seus institutos obedecendo a dois princípios fundamentais: dificultar a afirmação da culpa do acusado e tornar mais fácil a declaração de sua inocência.

Para condenar, que se esgotem todas as oportunidades de defesa; mas, para absolver, que se faça tão logo haja certeza plena. O interesse social na punição dos criminosos, um dos dois valores essenciais diante dos quais se move o processo, (125) não sofre com a demora, se esta tende à certeza de culpa; mas, cada dia a mais de inútil coação processual constitui punição injusta do inocente.

O processo só se justifica enquanto houver legítimo interesse de agir do Estado, o que é o mesmo que legítimo interesse de punir,

(123) “Introdução ao Estudo do Direito Penal Adjetivo”, in “*Revista de Direito*”, vol. 10, p. 6.

(124) *Lecciones sobre el Proceso Penal*, trad. Santiago Sentís Melendo, B. Aires, vol. I, 1950, p. 37.

(125) Heleno Frago, “Ilegalidade e abuso de poder na denúncia e na prisão preventiva”, in “*Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*”, nº 13, p. 75.

e este desaparece no momento em que fica evidenciada a inocência do acusado.

55. Ao juiz, portanto, devem ser ministrados os meios necessários para atingir tais fins, entre os quais, ocupa posição saliente o saneamento processual, exercido em sentido amplo.

Assim, consideramos importante as seguintes conclusões:

O juiz deve exercer o controle sobre a denúncia ou queixa, rejeitando-as quando ineptas ou quando o fato nelas narrado evidentemente não constitui crime.

Deve considerar-se inepta a denúncia não apoiada em um começo de prova (inquérito policial ou outras peças de informação), que convença da existência do fato típico e forneça indícios de autoria.

O fato narrado na peça inicial evidentemente não constitui crime se há prova plena de ter sido praticado em circunstância que torne lícita a conduta do agente.

Do mesmo modo, não será criminoso para o indiciado se praticado o fato ao abrigo de circunstância dirimente de culpa, que torne inexistente o nexu subjetivo entre o fato e o autor.

A concessão da liberdade provisória ao detido em flagrante, ao invés do encerramento do processo, só deve ocorrer quando, a existência da circunstância for apenas provável e não certa.

No caso especial da Lei 4.611, de 2 de abril de 1965, ao receber o procedimento iniciado na Polícia, com o auto de flagrante ou a portaria do delegado, deve o juiz submeter a pretensão punitiva a um exame de admissibilidade, tal como ocorre no processo ordinário, pois:

a) até então não está instaurada a instância, o que só ocorre com o ingresso do juiz, no feito e a notificação do acusado para o interrogatório;

b) tal exame prévio ainda não foi feito.

A defesa prévia que o Código possibilita ao funcionário público, nos processos por crimes de responsabilidade punidos com detenção, deve ser estendida, não apenas a todos os crimes de responsabilidade, como, também, a todos os demais processos. Não há razão para tratamento diverso, dado que o respeito que o Estado deve a qualquer cidadão não é menor que o tributado aos seus agentes.

Além da inspeção constante que o juiz exerce no processo penal sobre alguns pressupostos processuais (art. 95 c/c arts. 109 e 110) e sobre a existência do próprio interesse de agir, quando diz respeito ao *jus puniendi* do Estado (art. 61), há na legislação processual penal três tipos de despacho saneador, que são consagrados no artigo 538 do Código, no artigo 23, item IV, da Lei 1.521 e nos artigos 408 a 411, também do Código de Processo Penal.

Tudo aconselha a reformulação da matéria, para tratamento uniforme, adotando-se a fórmula ampla do processo civil português e estendendo-a a todos os tipos de procedimento, exceto, como é evidente, àqueles que, por sumaríssimos, a dispensam.

Estas são as considerações que submetemos à apreciação dos mais doutos.