

## A NOVA SISTEMÁTICA DA ADMISSIBILIDADE DA IMPUTAÇÃO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: RECEBIMENTO DA INICIAL E POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO ANTECIPADO DO PROCESSO

MARCELLUS POLASTRI LIMA<sup>1</sup>

Divide a Reforma do Processo Penal de 2008 os procedimentos entre procedimentos Comuns e Especiais, sendo que o procedimento comum se subdivide em ordinário, sumário ou sumaríssimo.

Dispõe o art. 394 do CPP:

“Art. 394. O procedimento será comum ou especial.

§ 1º O procedimento comum será ordinário, sumário ou sumaríssimo:

I - ordinário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade;

II - sumário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada seja inferior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade;

III - sumaríssimo, para as infrações penais de menor potencial ofensivo, na forma da lei.”

Como se vê, para se identificar se o procedimento cabível, teremos que examinar a pena máxima em abstrato cominada ao delito, não importando se esta é de detenção ou de reclusão, como era no antigo sistema.

De princípio, é de se considerar (aspecto para o qual muitos não estão atentando) que, como a admissibilidade do rito agora se faz pelo máximo da pena cominada ao delito, pode ocorrer que um delito que pela pena cominada em abstrato seria compatível com certo rito, na presença de causa de aumento geral ou especial de pena, ou mesmo de diminuição, desde que previstas na

---

1. O autor é Doutor e Mestre em Direito pela UFMG. Professor-doutor (adjunto) da UFES, na graduação e no mestrado. Procurador de Justiça no Rio de Janeiro e membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual.

imputação, pode fazer com que implique uma mudança do rito, pois a pena em abstrato imputada será outra (v.g. o caso da tentativa, que pode fazer que certo delito, a princípio do rito ordinário, *venha a ser cabível* o processamento no rito sumário). É que as causas de aumento ou diminuição alteram o montante máximo do delito imputado em abstrato. Aliás, este já era o entendimento tanto da doutrina como dos Tribunais Superiores no que se referia à Lei 9.099/95 (Juizados Especiais Criminais) onde o critério de admissibilidade era o patamar máximo da pena em abstrato cominada na Lei.

Feita tal observação preliminar, *saliente-se que*, agora, o Código traz, nos seus artigos 395 a 398, normas referentes à fase instauratória do processo, normas estas aplicáveis a todos os procedimentos, mesmo aos especiais, *seja do Código ou o de Leis especiais (salvo manifesta incompatibilidade, como é o caso do Tribunal do Júri e do rito dos crimes praticados por funcionários públicos)*, a teor do § 4º do artigo 394 do CPP, trazendo uma grande novidade que é a possibilidade do juiz julgar antecipadamente o processo, após apresentação da defesa prévia, o que não afasta o poder conferido ao juiz de rejeitar de plano a denúncia ou queixa, presentes um dos motivos elencados em lei.

Na verdade, o Projeto de reforma, nº 4.207/2001, previa uma inovação (por todos esperada) para os procedimentos em geral, ou seja, a adoção da chamada *defesa preliminar*, que seria apresentada antes do recebimento da denúncia ou da queixa e, assim, o juiz iria exarar o recebimento (ou rejeição) da inicial, após a apreciação da denúncia em conjunto com a resposta preliminar apresentada pela defesa, de forma a prestigiar o sistema acusatório, mormente os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Ocorre que houve modificação na Câmara dos Deputados e, apesar do Senado voltar a inserir a redação que constava anteriormente no Projeto de Lei, ao retornar o Projeto à Casa de Origem, a *Câmara dos Deputados* optou por manter sua própria redação como redação final, sendo assim sancionada a Lei 11.719/2008 pelo Exmo. Sr. Presidente da República.

Assim ficou a redação final da reforma, ao cuidar da possibilidade de rejeição da inicial, *in limine*, do recebimento da mesma, e do eventual julgamento antecipado do processo:

"Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

I - for manifestamente inepta;

II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou

III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.

Art. 396. Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

Parágrafo único. No caso de citação por edital, o prazo para a defesa começará a fluir a partir do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído.

Art. 396-A. Na resposta, o acusado poderá argüir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário.

§ 1º A exceção será processada em apartado, nos termos dos arts. 95 a 112 deste Código.

§ 2º Não apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias.

Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar:

I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato;

II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade;

III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime;

IV - extinta a punibilidade do agente.

.....  
Art. 399. Recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente”.

Evidente que a redação ficou truncada, parecendo que haveria dois recebimentos da denúncia ou queixa, um antes da defesa prévia (não mais defesa preliminar como queria o Projeto de Lei) e outro depois, caso o juiz não “absolvesse sumariamente” o acusado.

A princípio houve descontentamento de parte da Comunidade Jurídica, alguns alegando que a lei, contraditoriamente, aponta “dois recebimentos”, o que seria uma antinomia, e outros até defendendo que se poderia dar uma interpretação sistemática à Lei, de forma a se concluir que estaria mantida a defesa preliminar, sendo que o juiz só deveria receber a denúncia ou queixa após a apresentação e apreciação da mesma (ou seja, da defesa prévia), e parte da doutrina até defendendo que teríamos “dois recebimentos” da inicial.

Na verdade, e isto é intuitivo, a denúncia, embora possa ser rejeitada liminarmente pelos motivos previstos no artigo 395 do CPP (e pensamos que também por aqueles previstos no artigo 397 do CPP), não pode ser desde logo julgada improcedente, com uma pretendida “absolvição sumária”, devendo

antes, no sistema da lei, ser recebida e respondida. Não nos parece concebível, de qualquer modo, uma “absolvição” ou, mais tecnicamente, um *juízo antecipado do processo*, sem, antes, se dar a instauração deste mesmo processo.

Se for evidente, logo no ato do recebimento, ser caso de rejeição *in limine*, o juiz deve rejeitar a inicial, mas, caso contrário, “recebê-la-á”, conforme a dicção da reforma processual (aliás, o art. 363 do CPP diz peremptoriamente *que em se completando a citação, seja pessoal - real - ou ficta, formado está o processo*).

Agora, uma vez citado o acusado e este oferecendo a defesa prévia, poderá o juiz o absolver liminarmente.

Não existem “dois recebimentos”, pois o que há é uma má redação da lei. Na verdade já tendo sido “recebida a denúncia”, se não for caso de “absolvição sumária”, mantido está, tacitamente, o recebimento, ou, por outras palavras, recebida que foi a denúncia, ou, tendo sido recebida a denúncia sem posterior “absolvição”, o juiz designará a audiência. Assim deve ser interpretado o art. 399 do CPP, pois qualquer outra interpretação foge à lógica do razoável.

Uma vez elaborada a lei, temos de interpretar a vontade do legislador, e a vontade do mesmo foi a de não aprovar a “defesa preliminar” nos moldes da proposta do Projeto de Lei, tanto assim que no procedimento do júri, ora reformado, também não a manteve na fase do *judicium accusationis*, como se pretendia no Projeto de Lei respectivo. Assim, a Reforma sancionada não adota o contraditório prévio que todos almejavam e era previsto no Projeto de Lei, apesar de continuar a manter um contraditório com uma ampla defesa prévia e a possibilidade de “absolvição sumária”.

Pela redação aprovada se o juiz não rejeitar a denúncia ou queixa liminarmente irá receber a peça inicial e citar o acusado que deverá apresentar em 10 (dez) dias a defesa prévia e, uma vez apresentada esta, se o juiz se convencer das razões do acusado, poderá absolver sumariamente o mesmo, na forma do art. 397 do CPP. É isto que foi aprovado e sancionado e a única forma de ser alterado o sistema é através de uma nova lei. Por mais que se possa interpretar uma lei, não se podem fazer interpretações contrárias à mesma. Há um limite para o intérprete.

Neste ponto, assim, perfeita é a conclusão de BORGES DE MENDONÇA:

“Caso se entendesse que a citação ocorreria antes do recebimento da denúncia, existiria uma situação esdrúxula, pois o processo estaria com sua formação completa- relação triangular- sem que o juiz tivesse recebido a denúncia ou a queixa! A interpretação em sentido contrário – de que o recebimento da denúncia ou queixa somente ocorreria após a defesa escrita – afrontaria não apenas a interpretação sistemática, mas especialmente a redação do art. 363, introduzida pela reforma. Ademais, entendemos que seria logicamente impossível a absolvição

sumária do acusado sem o anterior recebimento da denúncia. O juiz julgaria qual pretensão improcedente, se sequer houve recebimento da denúncia? Seria incoerente, em nosso sentir, uma absolvição sem que houvesse processo, sem recebimento da denúncia... Como explicar, então, o art. 399, que menciona o recebimento da denúncia, após a defesa escrita? Entendemos que o referido artigo foi omissivo, pois deveria ter sido redigido da seguinte forma: "Recebida a denúncia ou queixa e não sendo o caso de absolvição sumária, o juiz designará dia e hora para a audiência". Esta a melhor interpretação da norma, que, inclusive, coaduna-se com a própria sistemática introduzida pela reforma"<sup>2</sup>.

Na verdade, o chamado julgamento *in limine* do juiz (absolvição sumária, como dito no art. 397 do CPP), nada mais é do que uma forma de se estancar um processo natimorto, quando o promotor não pediu o arquivamento e o juiz não viu o defeito no momento do recebimento da inicial. Evidentemente que nem todas as hipóteses serão de "absolvição" (temos, por ex., os casos previstos de extinção da punibilidade), mas chama o legislador tal decisão de "absolvição sumária" (que não se confunde com aquela decisão intermediária do Júri) quando, talvez fosse melhor chamá-la de "julgamento antecipado do processo", ou que põe fim ao processo.

O que o intérprete tem que atentar é que o juiz pode rejeitar de plano a denúncia, não só quando presentes as hipóteses do art. 395 do CPP, mas, também, quando presentes as hipóteses do art. 397 do mesmo diploma legal, pois, neste último dispositivo também estão previstos casos em que o processo não pode prosseguir, como é o caso de ocorrência da extinção da punibilidade, hipótese que não foi prevista no art. 395. Esta sim é uma interpretação razoável, até porque tais causas de estancamento do processo estão previstas em outros dispositivos do CPP e do próprio Código Penal. Da mesma forma a recíproca é verdadeira: o juiz, ao absolver sumariamente, poderá considerar, por exemplo, a falta de justa causa e de pressupostos processuais, previstos no art. 395 do CPP.

Aliás, praticamente todas as hipóteses do art. 397 já foram incluídas no art. 395, já que a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato faz com que o fato seja atípico e, assim, não será crime, faltando condição da ação (possibilidade jurídica do pedido), o que se repete, inclusive, de forma atécnica, no inciso III, sendo dispensável, portanto o inciso I, pois se há excludente de ilicitude, é porque o fato não é crime ("crime é a ação típica e ilícita...")

Uma das novidades fica por conta da inexistência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente (salvo inimputabilidade), pois antes

---

2. Andrey Borges de Mendonça Mendonça. *Nova Reforma do Código de Processo Penal*, São Paulo, Ed. Método, 2008, pp. 266/267.

se defendia que esta não autorizaria a rejeição da inicial, mas, agora, a presença da dirimente autoriza o arquivamento ou julgamento antecipado do processo, salvo hipótese, por exemplo, de inimputabilidade por doença mental (neste caso exige-se um processo para se aplicar a medida de segurança).

No que se refere à extinção de punibilidade do agente, também é intuitivo ser autorizada a rejeição (art. 107 do CPP).

Evidentemente que, em geral, as hipóteses que justificam a rejeição da inicial ou a absolvição sumária (arts. 395 e 397 do CPP) tangem o mérito, salvo a inépcia da inicial e extinção da punibilidade do agente. Aliás, no caso de extinção de punibilidade é evidente que não se examina o mérito e, assim, não se pode falar em absolvição, como também se dá com a hipótese de ilegitimidade *ad causam*, até porque, no último caso, como ocorre também com a inépcia da inicial, o pedido pode ser feito, desde que não extinta a punibilidade.

Os arts. 395 e 397 do CPP não se referem, especificamente, às condições de procedibilidade de caráter processual, já que citam apenas de forma genérica as condições para o exercício da ação penal, que, como é intuitivo, se referem às condições para o exercício regular da ação, a saber: possibilidade jurídica do pedido, interesse e legitimidade *ad causam*.

Porém, é evidente que serão necessárias a representação ou a requisição do Ministro da Justiça, para que se inicie a ação penal pública condicionada, na forma da parte final do artigo 24 do CPP.

Tipos existem, ainda, que exigem a presença de condições objetivas de punibilidade, sendo exemplo os delitos falimentares.

Condições objetivas de punibilidade são *condições não previstas em lei*, mas considerando que "a punibilidade, por razões de política criminal, está na dependência do aperfeiçoamento de elementos ou circunstâncias não encontradas na descrição típica do crime e exteriores à conduta"<sup>3</sup>, o delito não deverá ser imputado ao agente, pois não se dá a punição *in casu*.

Assim, inexistindo a condição objetiva de punibilidade, o juiz também deverá rejeitar a inicial, apesar e não existir menção à tal condição nos arts. 395 e 397 do CPP.

Em outras hipóteses, a lei prevê a isenção de pena, como no caso das chamadas escusas absolutórias, onde, também por razões de política criminal, um círculo restrito de agentes, ligados à vítima ou ao acusado, por vínculo de parentesco, ou por qualquer outra razão, o legislador se abstém de punir.

---

3. Júlio Fabbrini Mirabete. *Manual de Direito Penal*, 5ª ed., vol. I, São Paulo, Atlas, 1990, p. 377.

Também nestas hipóteses (arts. 181, I e II, e 348, § 2º, do CP), a ação penal não deverá ser instaurada, se dando a rejeição pelo juiz da inicial.

Trata-se de isenção de pena, mas, obviamente, não se movimentará a máquina judicial, instaurando-se o processo para, ao final, se isentar de pena o agente, pois, visando a ação a aplicação da pena, tal seria um contrassenso.

Mas, em dois momentos bem andou o legislador processual penal da reforma, ou seja, ao mencionar expressamente os pressupostos processuais e a justa causa para que regularmente seja instaurado o processo penal, coisa que o Código de Processo Penal, na redação original, não fazia.

No que diz respeito aos pressupostos processuais, agora exigidos no art. 395, II, do CPP, estes podem ser de existência do processo ou de validade do processo.

Os pressupostos de existência, dizem respeito à própria instauração da ação penal, ou seja: existência de demanda; de órgão jurisdicional e de partes dotadas de personalidade jurídica formalmente. Já os de validade, via de regra, podem não impedir a instauração do processo (como é o caso de falta de competência territorial, que pode ser sanada pela prevenção), mas, em outros casos, se detectado, deve se dar o não recebimento ou rejeição (*v.g.* litispendência e coisa julgada).

Portanto, os defeitos que implicam na inexistência do processo, são três (*os chamados pressupostos de existência*): a) necessidade de demanda; b) necessidade de órgão dotado de jurisdição; e c) necessidade de partes que possam figurar no processo.

O juiz não pode, em nosso sistema, proceder de ofício e, assim, para que haja processo, necessária a provocação da parte. A necessidade de demanda consiste, assim, na imprescindibilidade de existir pedido para que o juiz instaure o processo, ou seja, há necessidade de iniciativa da parte para que se instaure a atividade jurisdicional. Em vista do princípio *nemo iudex ex officio*, o juiz só poderá agir de ofício em casos extraordinários previstos em lei, não se podendo dar o início de uma relação processual através de uma provocação ou promoção judicial.

Portanto, sendo a necessidade de demanda um pressuposto processual, na verdade a falta de denúncia ou queixa não desafia propriamente nulidade (como quer fazer crer o art. 564, II, *a*, do CPP), e sim inexistência do processo.

Também a presença de órgão dotado de jurisdição é necessária para que se dê a existência do processo. A necessidade de existência de órgão dotado de jurisdição importa na imprescindibilidade de que o órgão em que se origina e desenvolve o processo seja dotado de *poder de dizer o direito no caso em espécie*. Além da condição de o juiz ser investido de jurisdição (efetivamente ser juiz), o juiz ou tribunal que atuar em um processo não tendo jurisdição

para tanto, estará atuando em processo inexistente. A sanção, nestes casos, não é a nulidade e sim a inexistência do feito.

Trata-se de coisa diversa de competência, esta sim podendo implicar em simples nulidade, pois enquanto a competência, no mais das vezes, é de cunho infraconstitucional, sendo definida comumente como a “a medida da jurisdição”<sup>4</sup>, a jurisdição é fixada constitucionalmente, como *v.g.*, ao estabelecer a Lei Maior que os crimes militares serão julgados pela Justiça Militar.

De acordo, ainda, com a doutrina de JOSÉ BARCELOS DE SOUZA:

“É que o poder jurisdicional emana da Constituição, e esta, com relação a determinadas matérias, o retira, salvo quanto a certas pessoas, da Justiça ordinária, pra atribuí-lo a Justiças especiais, que, por sua vez, especiais que são, têm a função jurisdicional limitada, pela própria Constituição, a determinadas matérias apenas. Desse modo, o juiz ou tribunal que atuar fora do âmbito jurisdicional constitucionalmente previsto, está agindo não simplesmente com falta de competência mas, desenganadamente, com falta de jurisdição.”<sup>5</sup>

Destarte, de um feito processado por órgão sem jurisdição, nada se aproveita, pois só se pode aproveitar ou ratificar atos nulos, ou seja, aqueles praticados por juiz incompetente (assim mesmo caso seja a nulidade relativa), e não aqueles inexistentes.

Por fim, a capacidade de ser parte também é exigida como pressuposto de existência de um processo, e, assim, os animais, pessoas que tem imunidade perante a jurisdição brasileira, como é o exemplo dos diplomatas alienígenas e, ainda, o menor de 18 anos, que não *podem* ser parte passiva no processo penal.

Daí, em consequência, o processo penal porventura instaurado em face de menor de 18 anos, não seria somente nulo, como é comum se alegar, mas, na verdade, inexistente, não se podendo falar aqui em ilegitimidade *ad causam*.

Parte da doutrina entende se dar, na espécie, a *ilegitimidade ad processum*, simples falta de pressuposto processual de validade<sup>6</sup>.

Mas, como esclarece JOSÉ BARCELOS DE SOUZA:

---

4. Mas, ao se falar que a competência é medida de jurisdição, não se pode entender ser esta fragmentável. A jurisdição, na verdade, é una e indivisível, não comportando, assim, divisões ou fragmentações, sendo que é o seu exercício que é distribuído, pela Constituição e leis infraconstitucionais, entre os vários órgãos jurisdicionais e, assim, consoante Liebman, “competência é a quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a cada órgão ou grupo de órgãos”.

5. Ob. cit., p. 21.

6. Nós mesmos já pensamos assim, como se vê de nossas anteriores edições de *Ministério Público e Persecução Criminal*. Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 1ª, 2ª e 3ª eds. (1997/2002), posição que agora reformulamos nas novas edições da obra e no vol. I do presente *Curso de Processo Penal*.



“(…) vê-se que se distinguem os conceitos de capacidade de ser parte – um pressuposto processual de existência –, de legitimidade processual (*legitimatío ad processum*), ou capacidade processual como se expressa o Código de Processo Civil (art. 7<sup>o</sup>) – um pressuposto não de existência, mas de desenvolvimento válido do processo –, e de legitimação à causa (*legitimatío ad causam*) –, uma das condições da ação”<sup>7</sup>.

Há de se distinguir, assim, a capacidade de ser parte no processo *penal* (como é o caso do menor de 18 anos) da capacidade processual, ou seja, de praticar validamente os atos do processo, esta última correspondente a um requisito de validade do processo, ou seja, a *legitimatío ad processum*, como é o exemplo do promotor de determinada Comarca que inicia ação em outra Comarca em que não está lotado. Neste caso, é parte ilegítima *ad processum*, pois não detinha atribuição para promover a ação, podendo, aqui sim, se dar a nulidade.

Os pressupostos de validade, por sua vez, são identificados no próprio decorrer da relação processual, e dizem respeito à regularidade dos atos processuais, sem vícios ou defeitos, e, assim, *deve haver legitimidade da parte para aquele processo (legitimatío ad processum), não deve ser o juiz suspeito ou incompetente para aquele caso em concreto e não podem estar presentes a litispendência, a coisa julgada ou a preempção, além de hipóteses outras que maculem a relação processual.*

Portanto, segundo BÜLOW, somente em relação aos pressupostos de validade é que poderia incidir a denominação exceções processuais, como na antiga doutrina alemã.

É que os pressupostos de existência, via de regra, são examinados de ofício pelo juiz, independentemente da provocação ou arguição da parte, enquanto os pressupostos de validade, apesar de poderem ser apreciados de ofício pelo juiz, são comumente arguidos pela parte.

Destarte, não estando presentes os pressupostos de existência para o processo, *o juiz não poderá proferir qualquer decisão no processo, seja de mérito ou não, enquanto ausentes os pressupostos de validade, o juiz só fica impedido de julgar o mérito.*

Os primeiros, ausentes, impedem a existência ou nascimento do processo como relação jurídica; já, na falta dos segundos, deve ser caso de declaração de nulidade, o que pode impedir o juiz de exarar decisão de mérito, salvo se for caso de nulidade que seja suprável se for, efetivamente, sanada. Na verdade, como a Reforma Processual Penal se refere genericamente a pressupostos processuais, sejam os de existência como os de nulidade serão objeto de apre-

---

7. Ob. cit., p. 18.

ciação pelo juiz na fase de recebimento da inicial ou de “absolvição sumária”, alertando-se, entretanto, que em se tratando de pressuposto processual penal de validade, caso não haja o reconhecimento, pode se dar a sanatória ou saneamento (v.g. incompetência relativa).

Quando à *falta de justa causa*, também poderá provocar o julgamento antecipado do processo (absolvição sumária), já que, como é sabido, faltando suporte probatório mínimo pode se dar, inclusive, o trancamento do processo via *habeas corpus*. Verdade que a justa causa em sentido amplo, na forma do previsto no art. 648, I, do CPP, serve para designar a existência das condições da ação, de forma a identificar a imputação razoável, mas, por outro lado, porém, em **sentido estrito**, parte da doutrina a erige em verdadeira condição autônoma para exercício da ação penal.

Porém, tal já era refutado por JOSÉ BARCELOS DE SOUZA:

*“Também não é a justa causa uma condição autônoma, uma quarta condição da ação... a questão da justiça do processo em face da prova, matéria que diz respeito ao processo, não pode ser tratada como condição da ação”<sup>8</sup>.*

E, em outro estudo, argumenta o autor:

*“A justa causa no processo penal... não é nem pode ser considerada uma condição autônoma, uma como que quarta condição da ação penal. É que, em seu sentido estrito e mais característico, de existência de um fato delituoso imputável ao acusado, quer segundo a narrativa da denúncia ou da queixa, quer no que concerne à prova apresentada, ela diz respeito sempre à matéria ligada ao mérito do pedido (isso não significando, porém, que a decisão sobre a falta dela configure sentença de mérito), não podendo, por isso mesmo, constituir uma condição da ação, por definição de questão alheia ao mérito da causa... Trata-se, em verdade, de hipótese de inadmissibilidade em razão da prova, própria do processo penal, sem correspondência no processo civil...”<sup>9</sup>.*

Para MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA:

*“Em alguns casos, a solução será admitir que a decisão que reconhece a falta de justa causa é de natureza mista, pois contém ela, a um só tempo, características de Direito material e de Direito Processual... o ato decisório que rejeita a denúncia ou queixa, sob a fundamentação de insuficiência de prova do fato e/ou indícios insuficientes de autoria, é terminativa,*

---

8. José Barcelos de Souza. *Doutrina e Prática do Habeas Corpus*, Belo Horizonte: Sigla, 1998, p. 206.

9. *Direito Processual Civil e Penal*, p. 78.

isto é, meramente processual; e enquanto não extinta a punibilidade, nada obsta a que seja instaurada ação penal, se surgirem novas e relevantes provas, que modifiquem a situação... esta hipótese é distinta daquela em que a denúncia ou queixa narra fato formalmente típico e o imputa a uma pessoa, mas de forma totalmente divorciada da prova até então colhida, que aponta para a inexistência do fato ou de sua autoria, ou de que o imputado não teve nele participação. Neste caso, a falta de justa causa ocorre porque, como vimos, não basta que a acusação preencha formalmente os requisitos do art. 41 do CPP. É preciso, mais, que ela guarde fidelidade para com o inquérito policial ou os elementos de informação"<sup>10</sup>.

Assim, quando é abortada a ação, seja pelo arquivamento ou julgamento antecipado do processo, como não há sentença final, será necessário distinguir se há carência de provas a embasar a imputação, ou se a prova é em sentido inverso da imputação, ou seja, demonstra a não-autoria ou a não-existência do fato, neste último caso, a ação não pode ser reiterada, ao contrário do primeiro, quando, desde que não haja prescrição pode se buscar a instauração de um novo processo.

De qualquer modo, não é correto afirmar que, ontologicamente, seria a justa causa uma quarta condição da ação.

Agora, de forma evidente, além de pioneiramente se fazer menção aos pressupostos processuais, também se exige expressamente a presença da justa causa, sendo que adota a reforma penal a posição correta doutrinária de que a justa causa não é uma condição da ação, pois, ao se elencar as hipóteses que autorizam a rejeição da inicial penal, diferencia o legislador a justa causa (inciso II) das condições da ação (inciso III) no artigo 395 do CPP, *verbis*:

"Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

.....  
II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou

III - faltar justa causa para o exercício da ação penal."

Portanto, a justa causa se trata de um requisito especial para recebimento da inicial (ou para estancamento do feito na fase do art. 397 do CPP), ou seja, é erigida como condição de admissibilidade da denúncia ou queixa, que deve se lastrear em um suporte probatório mínimo (ao menos indiciário) e, daí, a exigência própria e específica do processo penal, que diferentemente do pro-

---

10. Maria Thereza Rocha de Assis Moura. *Justa Causa da Ação Penal*. São Paulo, Ed. RT, 2001, pp. 200-256.

cesso civil, exige um procedimento prévio (inquérito ou outra investigação), ou ao menos, a presença de peças de informação, que embasem a postulação aduzida pela acusação em juízo. E assim deve ser, obviamente, pois o processo penal envolve restrição à liberdade individual e, um processo sem lastro algum é, sem dúvida, uma coação ilegal ao imputado (art. 648, I, do CPP) a autorizar, inclusive, impetração de *habeas corpus*.

Obviamente que o juiz, ao apreciar a existência deste lastro probatório mínimo, não fará um profundo exame de mérito, na forma do art. 386 do CPP<sup>11</sup>, pois não se trata de se aferir procedência da imputação com juízo de mérito, e sim de se averiguar se há *suporte probatório mínimo para a imputação*, ou seja, se o fato narrado está embasado no *mínimo de prova*, ou se o fato narrado encontra correspondência o que foi apurado no inquérito ou em outra forma de investigação.

Questão referente ao ato de recebimento da inicial penal é a indagação da necessidade ou não de fundamentação, sendo que a jurisprudência e a maior parte da doutrina têm entendido ser desnecessária a fundamentação por tratar-se de “decisão interlocutória simples”.

Porém, dada a carga decisória do despacho de recebimento da inicial, com múltiplos efeitos no processo, e em face do disposto no art. 93, IX, da Constituição de 1988, entendemos que deve haver a fundamentação, mesmo que de forma sucinta, fazendo-se menção ao preenchimento dos requisitos dos arts. 41 e 395 do CPP, sendo inadmissível, como se vislumbra na prática, recebimento por “carimbo” ou “etiqueta”, às vezes apostos por serventuários do cartório.

Neste sentido, JOSÉ ANTONIO PAGANELLA BOSCHI:

“Diante do atual regramento constitucional (inciso IX do art. 93) concluímos que a fundamentação dessa e de toda e qualquer decisão passou a ser a regra no direito brasileiro, muito embora a jurisprudência proclame o contrário, invocando o argumento de falta de prejuízo ao réu. Insistimos que todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas para que se possibilite aos sujeitos processuais, através de eventual recurso, a formulação da crítica perante o órgão de instância superior.”<sup>12</sup>

Ainda mais agora, com a reforma penal de 2008 dando a possibilidade de o juiz decidir absolvendo sumariamente o acusado após a defesa prévia (art. 397 do CPP), mais imprescindível o exame da inicial penal e a fundamentação no ato do recebimento, sob pena do juiz dar um “atestado de inoperância”,

---

11. Aqui reside a objeção daqueles que não aceitam o lastro probatório mínimo a configurar a justa causa a ser examinada como condição da ação (cf. José Antonio Paganella Boschi, ob. cit., p. 61).

12. Ob. cit., p. 157.

pois se não bem examinar ou fundamentar o recebimento da inicial (averiguando os pressupostos, requisitos e condições do art. 395 do CPP), poderá ter o desagradável dever de julgar o processo antecipadamente, após ser demonstrada a falha pela defesa (falha que evidentemente deve ser atribuída ao juiz). Talvez com isto, acabe a prática maléfica do juiz “delegar” a um funcionário do cartório ou a um secretário, o recebimento “genérico” de iniciais penais, mormente a denúncia.

De se observar que o juiz, a princípio, não pode alterar o fato narrado na denúncia ou queixa para dar-lhe definição jurídica diversa (ou receber parcialmente a denúncia, em regra). Dizemos a princípio porque em casos extremos, como o exemplo do promotor *que imputa* delito que não faz jus, p.ex., à suspensão do processo (de forma a impedir a concessão do benefício ao acusado), quando é evidente que o caso é de delito que comporta aplicação do art. 89 da Lei 9.099/95, o juiz poderá instar o promotor a respeito.

É que a nova redação do art. 383 trazida pela reforma processual penal (“o juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em conseqüência, tenha de aplicar pena mais grave”), pode fazer parecer que é possível a modificação da qualificação da denúncia, mas é de se considerar que o art. 383 está no capítulo da *sentença* e, assim, a *emendatio* só pode se dar nesta fase.

Ademais, o Projeto de Lei do qual originou a nova redação do dispositivo, trazia um parágrafo (§ 2º) que dizia expressamente que a *emendatio* “poderia ser adotada pelo juiz no recebimento da denúncia ou queixa”, mas, entretanto, tal dispositivo foi suprimido no Congresso Nacional, e a Lei final sancionada não o adota, o que demonstra o acima afirmado.