

## 0 JULGAMENTO CONFORME O ESTADO DO PROCESSO NO PROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Clito Fornaciari Junior  
Prof. Assist. PUCSP •

### 1. Objetivo do trabalho

O objetivo deste trabalho é a análise do *juízo conforme o estado do processo*, tal como disciplinado no Projeto 633 de 1975 (Projeto de Código de Processo Penal) remetido pelo Presidente da República ao Congresso Nacional.

Trata-se de instituto que encontra símile na legislação processual civil de 1973 (arts. 329 a 331). Aliás, na Exposição de Motivos do Projeto, o Ministro da Justiça, Armando Falcão, demonstra “a preocupação de manter, dentro dos limites possíveis e aconselháveis, a uniformidade entre as normas do processo civil e as do processo penal” (1).

Esse fato nos impõe o dever de, ao tratarmos da matéria, socorrer-nos da doutrina do processo civil, para, a partir de seus subsídios formarmos uma posição válida para o processo penal. O método a que nos propomos encontra respaldo na própria sistemática do Projeto, que em seu art. 2º dispõe, *in verbis*: “... Sempre que se tratar de instituto comum ao processo civil e ao processo penal, podem ser aplicadas as normas daquele para suprir as lacunas deste, ou para esclarecer o sentido e o alcance de seus preceitos.”

Entretanto, conforme veremos *oportuno tempore*, muitos dos aspectos que constituem manifestação do juízo conforme o

---

(\*) Professor Assistente dos Cursos de Bacharelado e Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogado em São Paulo.

1. Armando Falcão, Exposição de Motivos, Diário do Congresso Nacional, Seção I, Suplemento A, de 13 de junho de 1975, item 2, p. 66.

estado do processo, são encontrados no próprio Código de Processo Penal vigente, na disciplina do procedimento do júri. É o que se dá com a absolvição sumária, prevista no art. 411, figura bastante próxima do julgamento antecipado da lide consubstanciado no art. 290 do Projeto, com a decisão de impronúncia, art. 409, análoga à extinção do processo sem julgamento de mérito (art. 291 do Projeto).

Antes de adentrarmos, porém, propriamente no exame do julgamento conforme o estado do processo, traçaremos *per summa capita* o perfil do procedimento ordinário, que é aquele em que se manifesta este instituto. Procuraremos vê-lo da forma como regulado no Projeto 633, detendo-nos naquilo que representar inovação merecedora de análise mais acurada.

## 2. O procedimento comum ordinário

Fiel mais uma vez ao Código de Processo Civil (arts. 271 a 273), o Projeto de Código de Processo Penal prevê o procedimento *comum* e ao lado deste vários procedimentos *especiais* regulados em seis Títulos que compõem o seu Livro VI.

Por seu turno, o procedimento comum subdivide-se em procedimento sumário e ordinário. A subdivisão não pára aí, entretanto, tendo o procedimento sumário uma divisão também em procedimento sumário comum (arts. 626 a 631) e procedimento sumário nos crimes contra a honra (arts. 632 a 635).

A terminologia do Projeto, quanto ao procedimento sumário, não nos parece das mais felizes, uma vez que muito comumente teremos de nos referir ao *procedimento comum sumário comum*, isto sempre que quisermos dizer do rito disciplinado pelos arts. 626 a 631 do Projeto. Devemos pensar em uma terminologia que soe melhor.

O chamado *procedimento comum sumário comum* aplica-se quando o crime que estiver em exame for punido com pena de detenção (art. 236 do Projeto), ao passo que o procedimento comum ordinário é aplicável sempre que ao crime que se estiver apurando seja cominada abstratamente a pena de reclusão.

Procedimento ordinário é aquele que pela sua extensão enja a melhor oportunidade de defesa para o acusado, por isso se encontra reservado exatamente para os crimes punidos com a pena de reclusão, que representa o tipo de pena mais grave dentre os cominados no Código Penal e na legislação extravagante.

Apenas no procedimento comum ordinário tem lugar o julgamento conforme o estado do processo; nos demais procedimentos não.

### 3. O início do processo — A ação penal

A jurisdição é inerte (2). Toda a atividade jurisdicional, consubstanciada no poder-dever do Estado de prestar a tutela jurídica aos cidadãos, é dependente de manifestação do interessado. Isto se encontra consolidado em duas máximas que representam um dos princípios fundamentais da jurisdição —: *na procedat iudex ex-officio e nemo iudex sine actore* — (3).

O projetista, atento a essa realidade decorrente da própria divisão dos poderes do estado e dos direitos do cidadão, pretende elevar esse princípio à dignidade de norma e insculpiu no art. 6º do Projeto a regra, segundo a qual “não se admite processo criminal *ex-officio*.”

Em decorrência disto, fica afastada a inquisitorialidade do magistrado no início do processo das contravenções, onde o juiz, através de portaria expedida de ofício ou a requerimento do Ministério Público, dá início ao processo, o que flagrantemente atenta contra o princípio da inércia inicial da jurisdição. Fica também afastada sua atuação em decorrência da Lei 4.611, de 2 de abril de 1965, que estendeu o processo das contravenções aos crimes de homicídio e lesões corporais culposas.

Assim, confina-se o juiz dentro de sua real atividade. “O juiz — como afirma JOSÉ FRERERICO MARQUES — aplica a lei penal — *judgando*, e, nunca perseguindo ou processando” (4).

A jurisdição é avivada através da ação penal. Define-a DE MÁRSICO, como “o direito (não potestativo) do Estado, de pedir ao juiz a aplicação da lei penal, para atuação de seu poder-dever de punir” (5).

VICENTE DE AZEVEDO, analisando essa definição, deteve-se na expressão *direito não potestativo*, afirmando significar “direito dever, direito irremissível, denunciável, indisponível. Direito obrigação e não direito faculdade” (6).

Ressalta ainda o autor italiano, que esse direito irremissível é um direito do Estado. De fato, a grande regra é a de pertencer

---

2. José Frederico Marques, A função do juiz *in* Estudos de Direito Processual Penal, Rio, Forense, 1960, p. 199, José Frederico Marques, Elementos de Direito Processual Penal, Rio-São Paulo, Forense, 1961, 1ª ed., v. 1, n. 100, p. 191.

3. Arruda Alvim, Curso de Direito Processual Civil, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1971, n. 31, p. 151; Idem, Código de Processo Civil Comentado, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975, v. 1, p. 130.

4. José Frederico Marques, A função do juiz, *cit.*, p. 200. No mesmo sentido, José Frederico Marques, Elementos, *cit.* v. 1, n. 4, p. 15.

5. De Mársico, *apud* Vicente de Paulo Vicente de Azevedo, Curso de Direito Judiciário Penal, São Paulo, Saraiva, 1958, v. 1, p. 193.

6. Vicente de Paulo Vicente de Azevedo, *op. e loc. cit.*

a ação penal ao Ministério Público. Muitas vezes o direito de acionar a jurisdição, porém, fica deferido ao próprio particular ofendido.

A autoria da ação penal pertence, em princípio e comumente, ao Ministério Público. Trata-se de ação penal pública, o que representa a regra geral aplicável sempre que não haja preceito em contrário (art. 5º do Projeto, art. 102 do Código Penal). Sempre que a lei não prevê a quem pertence o direito de movimentar a jurisdição, entende-se que a ação é pública (7), cabendo ao Ministério Público.

Em casos excepcionais, quando o bem jurídico violado interessa mais de perto ao ofendido, ou seja, casos em que o interesse particular sobrepuja o interesse social (8) ou de punir do Estado, somente se procede mediante a iniciativa do particular ofendido. Essas hipóteses se encontram previstas no Código Penal e apenas a título de ilustração lembramos os casos dos crimes contra a honra (art. 145), do crime de dano praticado por motivo egoístico ou com prejuízo considerável à vítima (art. 167) etc. Encontramos outras vezes, esse direito, previsto na legislação penal extravagante.

Casos existem, no entanto, em que a titulariedade da ação penal é atribuída ao Ministério Público, mas seu exercício depende do que denomina HELIO TORNAGHI (9) *condição objetiva de punibilidade*, ou seja, a representação do ofendido e a requisição do Ministro de Justiça. Também são casos expressos e esparsos no Código Penal e na legislação penal extravagante. A representação e a requisição autorizam o Ministério Público a movimentar a máquina judiciária, mas não o obrigam, dado ser ele o único titular do direito de agir nessas hipóteses (10). Somente agirá o Ministério Público, mesmo diante da representação e da requisição, se formar a *opinio delictis* acerca do fato apurado.

O Anteprojeto elaborado pelo prof. JOSÉ FREDERICO MARQUES afastara expressamente a possibilidade de oferecimento

7. Vicente de Paulo Vicente de Azevedo, op. cit., ep. 194; Basileu Garcia, Instituições de Direito Penal, São Paulo, Max Limonad, s/d, 4ª ed., 32ª Tiragem, tomo II, n. 191, p. 638.

8. Walter P. Acosta, O Processo Penal, Rio, Ed. do Autor, 1962, 4ª ed., n. 52, p. 160.

9. Hélio Tornaghi, Processo Penal, Rio de Janeiro, Ed. A. Coelho Branco, 1953, p. 212.

José Frederico Marques denomina a requisição do Ministro da Justiça e a representação do ofendido de "condições de impulso e movimentação da ação penal" (Elementos, cit. v. 1, n. 188, p. 343).

10. Hélio Tornaghi, op. e loc. cit.;

José Frederico Marques, Elementos, cit., n. 191, p. 348 onde afirma: "Apesar de formulada a representação, o Ministério Público pode requerer o arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação que houver recebido."

pelo ofendido da ação penal privada subsidiária, através da qual o próprio ofendido, diante da inércia do Ministério Público, dava início a ação penal (art. 6º).

O Projeto remetido ao Congresso não contém idêntica regra. Fez, todavia, inserir no art. 258 (que corresponde ao art. 267 do Anteprojeto) um *parágrafo único* dispondo que, diante da omissão do Ministério Público no oferecer a denúncia, o ofendido deverá comunicar tal fato ao Conselho Superior do Ministério Público. Não autoriza, no entanto, a ação subsidiária, que, se vingar o Projeto, terá durado muito pouco tempo entre nós.

O Projeto não disciplina a atividade de Conselho Superior do Ministério Público, mormente quando receba esta comunicação do ofendido. Entendemos dever o Conselho, tomar a mesma atitude prevista para os casos de determinação de arquivamento do inquérito policial. Deverá requisitá-lo e, se entender que deva a ação penal ser proposta, designar um outro órgão para oferecê-la (art. 259 do Projeto).

O instrumento a ser usado pelo Ministério Público para oferecimento da ação penal pública é a denúncia. O ofendido utilizar-se-á da queixa para a apresentação da ação penal privada. Os requisitos de uma e outra encontram-se previstos no art. 265 do Projeto, de forma bem mais ampla que a do art. 41 do Código vigente.

Qualquer dessas formas cumpre a finalidade: aciona a jurisdição, possibilitando o início do processo, que será integralizado com a presença do réu. Veremos em seguida a manifestação da ação penal e seus requisitos prévios.

#### 4. O início do processo — o oferecimento da ação penal

Concluída a formação do inquérito policial, que representa a fase preparatória da acusação<sup>11</sup>), na qual se coleta dados que servirão de base ao oferecimento da ação penal, seus autos são remetidos ao órgão do Ministério Público, que terá quatro opções: a) poderá requerer novas diligências à polícia (art. 252 do Projeto, art. 16 do Código de Processo Penal vigente); b) poderá requerer o arquivamento do inquérito policial (art. 259 do Projeto, art. 28 do Código vigente); c) poderá oferecer denúncia (art.

11. Hermínio Alberto Marques Porto, Júri, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1973, n. 3, p. 4;  
José Frederico Marques, Promotores no Inquérito Policial, *in* Estudos, cit., p. 91. Em seus *Elementos* José Frederico Marques, seguindo a trilha de João Mendes Júnior, refere-se ao inquérito policial como um instrumento da ação penal (*Elementos*, cit., v. 1, n. 83, p. 157).

257 do Projeto, art. 28 do Código vigente); d) e poderá convocar o indiciado, o ofendido e as testemunhas para serem ouvidos (art. 93 do Projeto).

A atitude normal do Ministério Público é a de formação da *opinio delictis*, vindo a oferecer a denúncia. Para tanto tem no sistema do Projeto o prazo de quinze dias se o réu estiver solto e cinco dias se estiver preso (art. 257 do Projeto. Idêntico ao prazo previsto no Código de Processo Penal vigente, art. 46). O não oferecimento da denúncia dentro do prazo, em estando o réu preso, configura-se constrangimento ilegal, passível de correção pelo remédio do *Habeas Corpus* (12).

Poderá, todavia, não formar a *opinio delictis*, entendendo não configurar o fato apurado na fase policial crime. Então, deverá *determinar* o arquivamento do inquérito policial (art. 259 do Projeto). O despacho determinando o arquivamento deverá ser fundamentado ainda que sucintamente, devendo ser remetida cópia ao Conselho Superior do Ministério Público (§ 1º do art. 259).

Diferentemente do que ocorre atualmente, quando o inquérito policial vai às mãos do Procurador-Geral somente se o juiz a quem foi requerido seu arquivamento não concordar com isto (art. 28 do Código de Processo Penal), no Projeto, é o próprio membro do Ministério Público que remete cópia fundamentada da sua deliberação ao Conselho, sempre que não tiver fundamento razoável para propor a ação penal. Como se vê, o juiz não interfere no pedido de arquivamento, ficando este deferido unicamente ao Ministério Público.

Caso o Conselho entenda que deva ser oferecida a denúncia, designará, tal como ocorre atualmente com o Procurador-Geral, um outro órgão para oferecê-la. O ofendido, quando for determinado arquivamento, tem direito de recurso perante o Conselho Superior do Ministério Público, no prazo de vinte dias a partir do arquivamento.

Se o Ministério Público julgar necessárias, diante do inquérito policial, novas diligências para elucidação do fato criminoso, poderá requisitá-las diretamente à polícia (art. 252 do Projeto e art. 16 do Código).

Outrossim, poderá o Ministério Público dispensar as diligências policiais e convocar diretamente o indiciado, as testemunhas e o ofendido, para prestarem depoimento visando a dilucidação do fato constante do inquérito. Essa faculdade outorgada ao Ministério Público constitui inovação do Projeto, visando desafogar por um lado a polícia e por outro o próprio Judiciário, uma vez que

---

12. TJPR — Habeas Corpus 203/72 — julg. 21-6-72 — rel. Athos Vellozo, RT. v. 455/410.

a punibilidade poderá ser extinta nesta fase, através da perempção, conforme veremos a seguir.

O Ministério Público, nesta oportunidade, antes do oferecimento da denúncia, portanto, ouvirá o indiciado, podendo propor-lhe sua condenação imediata à pena de multa. Evidentemente, se para o crime está prevista, exclusiva ou alternativamente, a pena de multa. Em aceitando essa punição e renunciando *ipso facto* aos poderes e faculdades inerentes a seu direito de defesa, ocorre a perempção que impede o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público (art. 233, § 1º).

O art. 233, em seu § 1º, ao se referir a hipótese em tela, usa da expressão “para que se extinga a relação processual”, repetindo o que constava do § 1º do art. 242 do Anteprojeto Frederico Marques. Mas tal expressão não é das mais corretas, tecnicamente falando. Não existe ainda relação processual, isto é, a relação entre autor, réu e juiz, porque não houve o oferecimento da denúncia. Conforme já nos referimos, esta providência antecede à apresentação da denúncia. Afigura-se-nos mais correta a expressão contida no § 4º do art. 93: *extinção de punibilidade por perempção*.

A aceitação da pena de multa pelo réu será tomada por termo, enviando-se os autos ao juiz, que admitirá ou não a extinção de punibilidade por perempção (art. 93, § 4º). Caso o juiz não admita, fará voltar os autos ao Ministério Público, que deverá, necessariamente, oferecer a denúncia, pois já formara a *opinio delictis* quando ao indiciado deu oportunidade a sua condenação em pena mais branda.

## 5. A constituição do processo

A apresentação da denúncia não tem o condão de iniciar o processo. O que inicia o processo é o despacho do juiz que manda citar o réu (art. 225). Devemos atentar para que o despacho inicial do juiz não é, tal como se dá no sistema atual, de recebimento da denúncia (art. 334 do Código de Processo Penal). O recebimento da denúncia somente ocorrerá na fase do saneamento, depois de realizada uma instrução prévia.

Essa orientação não é inovadora em nosso regime processual, pois atualmente, nos processos dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos (arts. 513 a 518 do Código de Processo Penal) e, em certo sentido, no processo dos crimes de calúnia e injúria da competência do juiz singular (art. 519 e 523) somente é recebida a denúncia e a queixa depois da manifestação do réu.

O réu é citado, no sistema do Projeto, para oferecimento de defesa prévia e exceção no prazo de dez dias (art. 272 e 276 do Projeto).

No direito processual penal, consoante a lição de ARRUDA ALVIM, vigora o princípio do contraditório, diferentemente do que se passa no processo civil, onde vige o princípio da bilateralidade da audiência (13). Isto implica em que no processo civil basta unicamente que ao réu seja comunicada a demanda, sendo irrelevante que ele apresente defesa ou não. O comparecimento do réu, no processo civil, não é requisito necessário para a validade do processo.

No campo do processo penal a situação é outra. Por força do § 16 do art. 153 da Constituição da República, “a instrução criminal será contraditória...”. Isto quer dizer que não é suficiente apenas a citação do réu, porém exige-se mais. É necessário seu efetivo comparecimento. Essa preocupação está presente em diversos dispositivos do Projeto de Código de Processo Penal. Assim vejamos.

Se o juiz, liminarmente, com base no inquérito policial, constatar que o indiciado encontra-se em lugar incerto e não sabido, ordenará, atendendo a pedido do Ministério Público ou do querelante, a citação por edital do réu. *Neste despacho, no entanto, deverá nomear defensor ao réu* (art. 272, § 2º).

A citação por edital é uma modalidade de citação ficta, que poderá ou não levar ao conhecimento do réu a demanda que lhe está sendo proposta. Apesar de sua regularidade, pode não cumprir seu fim, deixando o réu sem ter conhecimento da demanda. No processo civil, o legislador buscou amenizar as conseqüências daí decorrentes através da nomeação de um curador especial (art. 9º do Código de Processo Civil). Entretanto, o curador somente será nomeado depois de constatada a revelia.

No processo penal, para assegurar a plenitude de defesa ao réu e o efetivo exercício do contraditório, o juiz deve antecipar-se à própria possibilidade de vir o réu, apesar da citação por edital, a tomar conhecimento da demanda, tendo de lhe nomear um defensor já no próprio despacho que ordena a citação por edital (art. 272, § 2º do Projeto). Isto lhe dá o ensejo de eleger eventuais vícios da própria citação por edital. A nomeação e atuação do defensor antecede à revelia.

Ainda revela-se a aplicação do princípio do contraditório no processo penal, no art. 276 e seus parágrafos. Esse dispositivo prevê a hipótese da denúncia ser indeferida e o Ministério Público

---

13. Arruda Alvim, Código cit., v. 1, p. 55.

apelar desse indeferimento (14). Diante da apelação, o réu será citado para acompanhar o processamento do recurso. A citação aí realizada vale, como no processo civil, para todos os termos ulteriores do processo (art. 276, § 1º do Projeto e art. 296, § 1º do Código de Processo Civil). Se a apelação resultar provida, o réu será simplesmente *intimado*. Ainda aqui o procedimento é idêntico tanto no processo penal como no civil. Mas, enquanto que no processo civil se o réu não tiver procurador constituído nos autos o processo correrá à revelia (art. 296, § 3º), no processo penal, o réu, caso não tenha respondido ao recurso, será novamente *citado* (art. 276, § 2º do Projeto). Como se vê, essa providência volta-se também a assegurar o quanto possível, a mais plena e integral defesa do réu, como decorrência do alto bem jurídico que se encontra em jogo no processo penal: a liberdade do indivíduo.

Como emergente do princípio do contraditório temos a obrigatoriedade do réu ser assistido por um defensor técnico, caso contrário estaria quebrado o equilíbrio entre as partes, pois o agente do Ministério Público é um técnico do direito (15).

Apresentada a denúncia ou a queixa, o juiz poderá indeferir-lha desde que inepta (falta de tipicidade ao fato narrado e falta de condição de procedibilidade) ou carente de pressupostos processuais (16). Oportunamente, com mais espaço veremos as causas de indeferimento (*infra* n. 5).

Não sendo caso de indeferimento, o juiz, sem receber a denúncia ou queixa, mandará citar o réu, com o que o processo estará iniciado; com a efetivação da citação, seja real ou ficta, o processo estará integralizado, formando-se aquela relação triangular: autor-réu-juiz, que é a que melhor retrata a complexidade do processo (17).

## 6. O âmbito da defesa prévia

Na oportunidade da defesa prévia, o réu poderá oferecer exceções, levantar preliminares sobre os pressupostos processuais e condições da ação e alegar "tudo que interesse a sua defesa", requerendo a produção de provas.

---

14. O recurso cabível do indeferimento liminar da denúncia ou queixa é o de apelação, uma vez que tal decisão implica na impossibilidade de início do processo equiparada à decisão de encerramento e não em uma mera decisão interlocutória.

15. José Frederico Marques, *Elementos*, cit., v. 1, n. 47, p. 85.

16. Entende-se aqui não só a ausência de pressupostos processuais positivos, como a presença dos negativos.

17. José Frederico Marques, *Elementos*, cit., v. 1, n. 211, p. 392.

Como se constata deste enunciado a defesa do réu é a mais ampla possível, podendo ir contra a acusação, o processo, a ação ou simplesmente prestar-se ao levantamento de exceções.

A defesa de mérito é sempre peremptória pois visa pôr fim ao processo. A defesa processual pode ser peremptória quando, se colhida, implicar na extinção do processo, ou dilatória, quando apenas ampliar o âmbito da demanda, sem extinguir o processo, podendo, no entanto, chegar a isto reflexamente (18).

O Projeto coloca como exceções a suspeição, a incompetência e o impedimento, apesar da palavra "incompetência" ter sido olvidada na redação do art. 280 do Projeto, constando, entretanto, do art. 289 do Anteprojeto Frederico Marques.

Neste ponto, algumas críticas devem ser endereçadas ao Projeto. Primeiramente, o que se encontra disciplinado a partir do art. 280 como exceções, está previsto no art. 266, II, como pressupostos processuais. Trata-se de flagrante contradição.

A matéria suscetível de ser alegada por exceção é por índole preclusiva. O não oferecimento de exceção, no prazo legal, faz com que o vício que poderia ter sido alegado convalida-se, não mais podendo vir a ser levantado. Já, tangentemente aos pressupostos processuais não se pode falar em preclusão, pois são *requisitos indispensáveis para a existência e validade do processo*. Os vícios respeitantes aos pressupostos processuais não se convalidam, podendo serem alegados a qualquer tempo, levando à mesma consequência. Ora, como conciliar essas duas realidades? Parece estar-mos diante de uma falha e em tempo de corrigi-la.

A suspeição não pode ser tida como pressuposto processual, constituindo-se tecnicamente em uma verdadeira *exceção*. Os fatos de que decorre são por natureza subjetivos e de difícil apuração (art. 75). Assim, não é conveniente que a possibilidade de sua alegação fique em aberto. Convém, isto sim, que logo se decida a respeito dos mesmos, fechando-se a questão, pois a situação de incerteza é perigosa para a resolução da lide.

O mesmo não se dá com o impedimento que emerge de fatos objetivos, suscetíveis de cômoda demonstração (art. 74). Quanto a estes, a solução pode permanecer em aberto, ensejando-se sua alegação a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, ainda que ultrapassado o prazo exíguo do oferecimento da exceção. Trata-se o impedimento de um verdadeiro pressuposto processual, como se vê da leitura do parágrafo único do art. 74, que dispõe: "os atos praticados por juiz impedido serão nulos." Aliás, atecnicamente, vem o impedimento disciplinado também no Código de Processo Civil como exceção.

---

18. José Frederico Marques, op. ult. cit., v. 2, n. 377, p. 200 e seg.

Quanto à incompetência, a matéria deve receber um tratamento diferenciado conforme se trata de incompetência absoluta ou incompetência relativa. Somente com relação a esta última pode falar-se em *exceção*. A incompetência absoluta é pressuposto processual, tanto é assim que os atos decisórios proferidos por juiz incompetente de forma absoluta são nulos. Já a incompetência relativa se não alegada no prazo legal torna-se irrelevante, vindo o juiz, que era relativamente incompetente, a tornar-se competente.

Poderá o réu, segundo o art. 279, I do Projeto, “levantar preliminares sobre a inexistência de pressupostos processuais e condições de procedibilidade”.

Pressupostos processuais, como já nos referimos de passagem, são requisitos necessários para a *existência* e *validade* do processo, ou, como afirma HÉLIO TORNAGHI, “os requisitos para que *exista* um processo *válido* (grifos nossos)” (19).

Inicialmente, deve atentar-se para os pressupostos da existência, em seguida para os de validade, uma vez que somente se pode falar em validade do processo, desde que este exista. Os pressupostos de existência têm caráter prejudicial em relação aos de validade. A falta de pressupostos processuais vicia a própria decisão da causa.

O art. 226 elenca os pressupostos processuais, mas apesar de se referir, no *caput* do artigo, a pressupostos de constituição regular e válida do processo, apenas arrola pressupostos de validade e não de existência. Todavia, os pressupostos processuais catalogados no artigo em tela supõem os de existência do processo.

Representam pressupostos processuais de existência: a *jurisdição* e a *demanda* (20), entendida como o pedido suscetível de acionar a jurisdição, que por natureza é inerte. Desses pressupostos decorrem a competência do juízo e a peça vestibular apta.

HÉLIO TORNAGHI seguindo na trilha de Couture e Betti coloca como pressupostos processuais de existência a demanda, a jurisdição e *as partes* (21). No mesmo sentido ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS (22). Não concordamos, todavia, com a colocação das *partes* como pressuposto processual, uma vez que, com relação ao autor, somente haverá demanda se ele instaurá-la. Por outro lado, a ausência do réu *invalidará* o processo.

JOSÉ FREDERICO MARQUES também coloca as partes como pressuposto processual de existência e ao analisá-lo afirma

19. Hélio Tornaghi, op. cit., p. 117.

20. Giuseppe Chiovenda. Instituições de Direito Processual Civil, trad. de J. Guimarães Menegale. São Paulo, Saraiva 1965, 2a. ed., v. 1, n. 18, p. 59.

21. Hélio Tornaghi, op. cit., p. 118.

22. Romeu Pires de Campos Barros, Direito Processual Penal brasileiro, São Paulo, Sugestões Literárias, 1969, v. 1, n. 158, p. 137.

não poder conceber um processo senão como *actum trium personarum* (23). No entanto, entendemos que a colocação apenas da demanda e de jurisdição já atende aos postulados para que exista o processo, sendo a menção às partes desnecessárias e irreal, de vez que a presença do réu não é pressuposto de existência mas de validade.

Do rol do art. 226 já nos referimos ao inc. II, que disciplina a incompetência, a suspeição e o impedimento, quando afirmamos que apenas a incompetência absoluta e o impedimento constituem-se pressupostos processuais, haja visto que estes maculam a própria decisão da causa, conforme se constata da leitura do art. 74, parágrafo único, quanto ao impedimento e do art. 59, referentemente à competência territorial.

Além desses pressupostos temos a *denúncia* ou *queixa hábil*, a *capacidade das partes*, a *citação regular* e os pressupostos negativos ou extrínsecos que são a ausência de *litis pendência* e de *coisa julgada*.

Para que o processo exista é necessária a demanda. Para que o processo seja válido é necessária a demanda apta (denúncia ou queixa hábil). Demanda apta é aquela que tem condições formais de receber um julgamento. O Projeto coloca como causas de inépcia da denúncia ou queixa a falta de condição de procedibilidade, a não configuração do fato narrado como crime (falta de tipicidade) e, nos casos de ação penal privada, a falta de procuração com poderes especiais e especificação do fato que se pretenda criminoso (art. 117, parágrafo único).

As condições de procedibilidade a que se refere o art. 273, I, que trata da petição inicial inepta, são as condições da ação, ou seja, aqueles requisitos indispensáveis para que possa o autor exercer efetivamente o direito de ação. São eles: a legitimidade das partes, o legítimo interesse e a descrição do fato ilícito (art. 227).

Quando a ação penal estiver sujeita à representação do ofendido ou à requisição do Ministro da Justiça, o não preenchimento desses requisitos torna o Ministério Público parte ilegítima para seu oferecimento, faltando uma das condições da ação.

A capacidade das partes deve ser preenchida tanto no pólo ativo como no passivo. Em se tratando de ação pública a capacidade da parte ativa ensejará pouca divagação. Tratando-se de ação penal privada, para apuração da capacidade da parte, deve atender-se aos arts. 116 e 118 do Projeto. Em princípio, toda pessoa que se ache no exercício de seus direitos civis tem capacidade para estar em juízo. Quando o ofendido for incapaz será representado ou assistido. A mulher casada poderá estar em juízo sem o consentimento do marido, diferentemente do que se dá no sistema

---

23. José Frederico Marques, *Elementos*, cit., v. 2, n. 532, p. 389.

atual (art. 35 do Código de Processo Penal). Em sendo autora pessoa jurídica, sua representação será feita de conformidade com as regras do Código de Processo Civil (art. 12). A morte do ofendido ou sua ausência transferirá, concorrentemente, o direito de queixa a seu cônjuge, ascendente, descendente ou irmão. A desatenção a essas regras acarreta vício quanto à capacidade da parte que levará a extinção do processo sem julgamento de mérito, por falta de pressuposto processual.

Já quanto ao réu, deve atentar-se para sua idade, lembrando-se que sua capacidade penal é plena aos dezoito anos. Assim, não terá capacidade a parte que não houver atingido os dezoito anos, o mesmo ocorrendo com o louco e outros inimputáveis por força da lei penal.

A *capacidade da parte* nada tem com sua legitimidade (condição da ação). A parte incapaz não tem condições de figurar em processo algum, a parte ilegítima o é em relação a um determinado processo, podendo ser legítima em outro (24).

Ainda, nesta oportunidade, devemos examinar a *capacidade postulatória*, que é também pressuposto processual, sendo que, diferentemente do que se passa no processo civil, onde somente ao autor é exigida a capacidade postulatória, uma vez que o processo pode existir validamente sem a presença do réu (revel), no direito penal, para a validade do processo requer-se a efetiva participação do réu, que deverá ser representado por um defensor técnico. Assim, tanto o autor quanto o réu devem estar acompanhados por advogado (arts. 16 e 17 do Projeto, constituindo essa falta, referentemente ao autor, causa de extinção do processo sem julgamento, de mérito por ausência de pressuposto processual. Quanto ao réu, deverá ser-lhe nomeado um patrono a qualquer tempo. Tal imposição é também decorrência do princípio do contraditório e da igualdade das partes no processo, atendendo ao postulado contitucional da isonomia — art. 153, § 1º (25).

A citação é também pressuposto processual. Requer-se que a mesma seja *regular*, isto é, que obedeça ao procedimento previsto nos arts. 169 a 181 do Projeto.

Não será preenchido o requisito da citação regular quando o réu, apesar de possuir domicílio certo, constante dos autos de inquérito, for citado por edital.

A litispêndência e a coisa julgada são pressupostos processuais extrínsecos ou negativos, porque representam a influência de outro processo revelando-se no atual e obstando sua *validade*. Caracterizam-se a litispêndência e a coisa julgada pela reprodução da

---

24. Hélio Tornaghi, op. cit., p. 120.

Romeu Pires de Campos Barros, op. cit., n. 174, p. 145.

25. José Frederico Marques, Elementos, cit., n. 204, p. 376.

causa anterior já definitivamente julgada (coisa julgada) ou em curso (litispendência). Denomina esses pressupostos ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS de *originalidade*, no sentido de dever o processo ser original e não ter sido discutido anteriormente (26).

Prevê o art. 279 do Projeto, a possibilidade de alegações concernentes à inexistência de condições de procedibilidade. A previsão, contudo, é supérflua.

A ausência de condições de procedibilidade é causa de inépcia da denúncia ou da queixa. Por outro lado, a denúncia ou queixa hábil constitui pressuposto processual. Assim a previsão legal para seu levantamento já está contida no início do inc. I do art. 279, sendo desnecessária sua repetição.

Por fim cumpre ao réu “invocar tudo que interessa à sua defesa, bem como requerer a produção de provas”. Essa defesa deve ser sempre a mais ampla e exaustiva, uma vez que é a única que se oferece ao réu. Se, no *julgamento conforme o estado do processo*, a denúncia for recebida, o réu somente terá oportunidade de oferecer memoriais ou debater em audiência a causa, mas a defesa será somente esta, a que a lei denomina de *prévia*.

Toda a matéria de fato deve aí ser levantada. Outrossim, esta é a oportunidade para o requerimento de provas, sob pena de preclusão.

## 7. A providência preliminar

Antecedendo ao julgamento, conforme o estado do processo, há a providência do art. 288, que prescreve: “Findo o prazo para a defesa prévia, o juiz determinará que o querelante ou o Ministério Público, fale, em três dias, sobre as preliminares argüidas pelo réu.”

A ouvida do querelante ou do Ministério Público poderá ocorrer ou não, dependendo do tipo de defesa de que se tenha utilizado o réu. Somente será ouvido o autor da ação penal, caso tenham sido invocadas defesas atinentes ao processo, do contrário não.

Com a ouvida do querelante ou do Ministério Público atende-se ao princípio da igualdade das partes no processo.

Portanto, essa é uma fase que poderá existir ou não. Em não tendo o réu argüido preliminares em sua defesa prévia (art. 279, I), findo seu prazo, o juiz deverá proferir julgamento conforme o estado do processo, extinguindo o processo ou saneando-o.

No Código de Processo Civil, as providências preliminares são bem mais amplas, sendo, inclusive, objeto de um Capítulo, o IV,

---

26. Romeu Pires de Campos Barros, op. cit., n. 157, p. 127.

do Título VIII, do Livro I, mas ainda assim poderão existir ou não, dependendo das alegações do réu. Por outro lado, conforme preleciona ALCIDES DE MENDONÇA LIMA (27), é incompatível a ocorrência de todas em um único processo.

Mas no Projeto de Código de Processo Penal, a providência prévia é uma única: ouvida do Ministério Público ou do querelante, mas, ainda assim, não ocorrerá necessariamente.

Se o juiz mandar ouvir o Ministério Público ou o querelante e este não se manifestar, entende-se que está de acordo com as alegações do réu, extraíndo-se do fato as conseqüências decorrentes da aceitação.

## 8. Generalidades sobre o julgamento conforme o estado do processo

O julgamento conforme o estado do processo é uma fase que antecede à instrução probatória e dentro da qual poderá ocorrer a extinção do processo sem julgamento de mérito, o julgamento antecipado da lide e o despacho saneador.

Conforme vimos, até seu momento não ocorreu o recebimento da denúncia ou da queixa. O réu foi citado para se defender, mas antes de ter sido recebida a acusação. É dentro do julgamento conforme o estado do processo que a denúncia ou queixa poderá ser recebida, mas desde que não ocorra a extinção do processo, com ou sem julgamento de mérito.

É impossível ocorrer em um só processo as três decisões do julgamento conforme o estado, pois uma tem caráter prejudicial em relação às outras, havendo entre elas uma hierarquia de prioridade. Inicialmente, o juiz deve ver da possibilidade de extinção do processo sem julgamento de mérito. Se possível encerra o processo; caso contrário prosseguirá. Seu segundo passo será examinar a eventual possibilidade de julgar antecipadamente a lide, com o que também extinguirá o processo. Não sendo possível o julgamento antecipado, nem a extinção sem julgamento do mérito, resta a prolação do despacho saneador, com o que se remete o processo para julgamento em audiência.

Essa escala decorre da própria ordem das questões a serem decididas no curso do processo. O mérito é a última questão, somente sendo decidida se estiver inserida em um processo válido e regular. Assim para se chegar à decisão de mérito, mister se faz o exame dos requisitos formais do processo.

---

27. Alcides de Mendonça Lima, As providências preliminares no Código de Processo Civil brasileiro de 1973 in Revista de Processo, v. 1/34, item 20.

Na ocasião do julgamento conforme o estado do processo, o juiz poderá determinar uma *instrução sumária* a fim de formar sua convicção para tomar qualquer dos caminhos retro examinados. Essa instrução poderá consistir no exame do réu, no seu interrogatório ou na realização de qualquer prova visando elucidar questão preliminar argüida na defesa prévia.

O exame de sanidade mental do réu poderá levar ao julgamento antecipado da lide, desde que constatada sua doença ou deficiência mental (art. 290, III do Projeto). As diligências para esclarecimento das preliminares poderão levar à extinção do processo sem julgamento de mérito (art. 291). O interrogatório do réu servirá de fundamento para o julgamento antecipado da lide ou para o recebimento da denúncia ou queixa. Logicamente, esta atividade, ainda que não utilizada para a formação da convicção do juiz nessa fase, prestar-se-á ao julgamento final, pois passa a constituir elemento dos autos que será sopesado quando da sentença.

A ordem em que se encontra disposta essa matéria no Projeto de Código de Processo Penal não se nos afigura a mais correta. Encontramos disciplinado inicialmente, o julgamento antecipado da lide (art. 290), em seguida a extinção do processo sem julgamento de mérito (art. 291) e, finalmente, o despacho saneador (art. 292 e 293). Entretanto, não é esta a ordem lógica de exame pelo juiz.

Para atender ao princípio da economia processual, liminarmente, vê-se da possibilidade de extinção do processo sem julgamento de mérito, depois sim, se presentes os requisitos formais de existência e de validade do processo, parte-se para o julgamento antecipado do mérito. Parece-nos que deveria ser procedida a uma inversão nos arts. 291 e 292 do Projeto, colocando-se antes a extinção sem julgamento e, em seguida, o julgamento antecipado.

Outrossim, a disciplina da *instrução sumária* está mal localizada no parágrafo único do artigo que trata do julgamento antecipado da lide. De acordo com os próprios ditames do parágrafo único do art. 290, a instrução sumária presta-se como antecedente de qualquer das modalidades de julgamento conforme o estado do processo. Assim, sua colocação deveria anteceder à disciplina da extinção sem apreciação do mérito, do julgamento antecipado e do despacho saneador.

Feitos esses breves reparos, examinamos as modalidades de julgamento conforme o estado do processo, na disposição pela qual propugnamos e que encontramos no Código de Processo Civil, iniciando-se pela extinção do processo sem julgamento de mérito.

## 9. Extinção do processo sem julgamento de mérito

Com a extinção do processo sem julgamento de mérito nessa fase, atende-se ao princípio da economia processual. Se demonstrado está, de início, padecer o processo de algum vício, por que arrastá-lo por uma instrução probatória toda, levando-o à audiência, com dispêndio de tempo e dinheiro, se, muito antes, já era possível chegar-se ao mesmo resultado?

Ensejam a extinção do processo sem julgamento de mérito a falta de *justa causa* e a falta insuprível de pressupostos processuais e de condição de procedibilidade.

Essa modalidade de extinção do processo não constitui, no campo penal, uma novidade de todo, pois já se encontra prevista no art. 409 do Código de Processo Penal, que trata do procedimento nos crimes de competência do tribunal do júri e que dispõe *in verbis*: “se não se convencer da existência de crime ou de indício suficiente de que seja o réu o seu autor, o juiz julgará improcedente a denúncia ou a queixa”. E o parágrafo único arremata: “enquanto não extinta a punibilidade, poderá, em qualquer tempo, ser instaurado processo contra o réu, se houver novas provas.”

A decisão de impronúncia, conforme afirma WALTER P. ACOSTA, “é uma decisão que esgota a instância, destinada a evitar o desperdício do tempo e da atividade do júri” (28).

Basicamente, esse perfil está presente na extinção do processo sem julgamento de mérito tal como delineada no art. 291 do Projeto. A decisão que extingue o processo sem julgamento de mérito tem a característica que VICENTE DE PAULO VICENTE DE AZEVEDO apontava da decisão de impronúncia: “é a sentença de não remessa a juízo” (29).

Ao juiz não é dada apenas a faculdade de extinguir o processo. Sua atividade é plenamente vinculada. Constatada a ocorrência de qualquer das causas do art. 291, deverá extinguir *necessariamente* o processo.

Por outro lado, a prolação do despacho saneador sem referir-se o juiz às matérias do art. 291 não torna obrigatório o julgamento de mérito. Pode o juiz, na audiência, depois da realização das provas, extinguir o processo sem lhe apreciar o mérito.

O primeiro dos motivos que enseja a extinção do processo sem julgamento de mérito é a falta de *justa causa*.

Está ausente a *justa causa* quando faltar fundamento razoável à acusação ou legítimo interesse em sua propositura (art. 8, parágrafo único do Projeto). Além disto, quando *ab initio* demons-

28. Walter P. Acosta, op. cit., n. 160, p. 444.

29. Vicente de Paulo Vicente de Azevedo, op. cit., v. 2, p. 200.

trada encontra-se a ausência de fato típico, não havendo, destarte, *crime*.

Evidentemente, para se extinguir o processo com base neste último fundamento, necessário é que fique patentemente demonstrada a ausência de crime. Na dúvida, deve o juiz remeter o processo à instrução, julgando-o em audiência.

Referentemente à falta de condições de procedibilidade, já nos referimos, expondo nossa opinião no sentido de que as condições de procedibilidade, reflexamente, estão contidas no conceito de pressupostos processuais.

Quanto a estes últimos, na medida do possível, sua ausência deve ser suprida, somente sendo de extinguir-se o processo em último caso.

Em dando o juiz pela litispendência, diferentemente do que ocorre com os demais pressupostos processuais, quando o processo é apenas extinto, os autos do segundo processo serão reunidos aos do primeiro. Isto permite que o juiz valha-se da prova produzida no segundo processo, o que vem de encontro aos interesses da justiça. Considera-se primeiro processo aquele em que se deu a citação cronologicamente anterior (art. 234, § 1º do Projeto).

A extinção do processo com base no art. 290 do Projeto, dá-se por sentença que, por força do § 3º do art. 413, deverá conter relatório, fundamentos e decisão, guardadas, entretanto, as peculiaridades decorrentes de ser uma sentença meramente terminativa.

A decisão que extingue o processo sem julgamento de mérito não faz coisa julgada material, sendo possível a repositura da ação a qualquer tempo desde que não extinta a punibilidade. Somente faz coisa julgada material a sentença de mérito, o que não ocorre no caso, pois estamos diante de uma sentença terminativa e não definitiva.

Quanto à falta de condições de procedibilidade e de pressupostos processuais, a causa pode repetir-se com os mesmos erros: a isto nada impede. Já, tangentemente à extinção fundada em ausência de justa causa, a ação somente poderá repetir-se se surgirem novas provas (art. 437). Assim, tendo em vista os mesmos fatos, há coisa julgada, impedindo a rediscussão da matéria. Entretanto, a questão não fica sepultada definitivamente, continuando em aberto desde que embasada em novas provas de fato.

Não se pode falar, contudo, na existência de um regime duplice, pois o que caracteriza a coisa julgada é a impossibilidade de reavivitação das questões decididas, quer com amparo nos mesmos fatos, quer em outros, o que não ocorre aqui nem com referência à justa causa.

## 10. Julgamento antecipado da lide

Julgando-se antecipadamente a lide, vai-se de encontro também ao princípio da economia processual <sup>(30)</sup>, dispensando-se a realização de provas e audiências inúteis.

Diversamente do que se dá com o tema tratado no tópico anterior, no julgamento antecipado da lide há coisa julgada, porque se trata de sentença de mérito.

Também esta modalidade de julgamento conforme o estado do processo não constitui novidade, pois a encontramos prevista no art. 411 do Código de Processo Penal, ao tratar da sentença de absolvição sumária. No Código de Processo Penal, as causas que a justificam são a excludente de antijuridicidade e de culpabilidade.

No sistema do Projeto, a absolvição sumária vem tratada como julgamento antecipado da lide, que terá lugar quando: "a) o juiz, considerando plenamente provada a defesa do réu, o absolver desde logo; b) estiver extinta a punibilidade; e c) o réu inimputável por ser doente ou deficiente mental, tiver de ser isento de pena e ser submetido à medida de segurança, desde que tal fato se encontre devidamente provado."

No primeiro caso, a absolvição liminar deve resultar das provas do inquérito ou do interrogatório do réu, na instrução sumária. Evidentemente, a inocência do réu deve estar plenamente provada, caso contrário, o procedimento deverá prosseguir para o julgamento final em audiência.

Nesta hipótese, enquadram-se as causas excludentes de criminalidade como o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de um direito. Já as excludentes de culpabilidade estão previstas no inc. III deste mesmo artigo.

O julgamento antecipado poderá decorrer da constatação da extinção de punibilidade. Logicamente também aqui deve a matéria estar plenamente provada ou então deverá o magistrado, levar a causa para julgamento em audiência.

Sendo o réu doente ou deficiente mental também deverá ocorrer o julgamento antecipado da lide. Mas se o réu tiver de ser submetido à medida de segurança, o julgamento antecipado somente poderá ocorrer caso o fato esteja devidamente comprovado, ao contrário, remete-se o julgamento à audiência.

Como se pode ver, o julgamento antecipado da lide implica sempre em sentença favorável ao réu, isto porque a condenação, no campo penal, terá de ser antecedida da mais ampla defesa e

30. Arruda Alvim, Código, cit., v. 1, p. 55.

uma forma de assegurá-la é na audiência de instrução e julgamento com produção de provas e realização de debates, prolatando-se em seguida a sentença. Ora, a instrução sumária prevista no parágrafo único do art. 290 e a defesa prévia não atendem a este postulado.

Há, no entanto, no inc. III a previsão de uma sentença condenatória ou, como denomina JOSÉ FREDERICO MARQUES, “impropriamente absolutória” (31), mas mesmo aí não há *pena*, em sentido técnico, que seria o ponto de embasamento da sentença condenatória. JOSÉ FREDERICO MARQUES (32), no entanto, seguindo as pegadas de ARTURO SANTORO (33), entende que tais sentenças são condenatórias porque ensejam execução em seguida.

Como já nos referimos de passagem, o julgamento do art. 290 configura decisão de mérito, o que a torna insuscetível de rediscussão posteriormente. Por outro lado, por representar sentença absolutória não é suscetível de revisão (arts. 434, § 2º do Projeto), a que estão sujeitas somente as sentenças condenatórias.

Também aqui não há faculdade para o juiz. Verificada qualquer das hipóteses do art. 290, o processo terá, *necessariamente*, de ser julgado antes da audiência.

## 11. Despacho Saneador

Não sendo possível extinguir o processo sem julgamento de mérito ou julgando-se antecipadamente a lide, o juiz deverá receber a denúncia ou a queixa.

O recebimento da denúncia ou queixa foi, desta forma, deslocado do início do processo para uma fase posterior, onde já se deu a citação do réu, a realização de algumas provas e a possibilidade até de ser o réu absolvido com o julgamento sumário.

Essa deslocação implicará, fatalmente, na redução do número de *habeas corpus* que são interpostos das decisões de recebimento das petições iniciais penais.

O despacho saneador tem no Projeto 633 um caráter ordenatório do processo. Visa prepará-lo para o julgamento em audiência, de vez que oferece oportunidade para o deferimento de provas, designação de audiência e outros atos voltados ao julgamento final depois da realização da instrução probatória.

---

31. José Frederico Marques, *Elementos*, cit., v. 3, n. 594, p. 39. no mesmo sentido Hermínio Alberto Marques Porto, *op. cit.*, n. 109-c, p. 150.

32. José Frederico Marques, *Elementos*, cit., n. 594, p. 39.

33. Arturo Santoro, *L'Esecuzione Penale*, 1953, p. 187, *apud* José Frederico Marques, *op. e loc. ults. cit.*

Também não se trata de uma novidade no campo penal, pois há similitude dessa decisão denominada despacho, com a de pronúncia (art. 408 do Código de Processo Penal) e com a de desclassificação do crime (art. 410 do Código de Processo Penal).

Tal como a pronúncia <sup>(34)</sup> o despacho saneador é uma decisão interlocutória e não terminativa, como são, em sentido lato, as decisões de extinção do processo.

O conteúdo do despacho saneador, da forma como o encontramos estruturado, é bastante amplo. Examinaremos em seguida seu teor na ordem disposta pelo projetista.

No despacho saneador, o juiz deverá ordenar, quando for o caso, a reunião de processos (inc. I), que ocorrerá diante da conexão e da continência de causas (art. 52 do Projeto) e da litispendência (art. 234, § 1º do Projeto). Em havendo conexão ou continência, ambos os processos continuarão a fluir até o julgamento da causa, ainda que apensadamente, mas diante da litispendência apenas o primeiro processo prosseguirá, ficando o segundo apensado, mas sem que tenha vida.

O juiz poderá ordenar, ainda com base no inc. I, a separação de processos que correm simultaneamente. É o que se dá quando as infrações que estiverem sendo apuradas conjuntamente, houveram sido praticadas em circunstância de tempo e de lugar diferentes. Nos processos onde existir pluralidade de réus, o juiz, sempre que entender relevante, poderá ordenar sua separação (art. 53 do Projeto). Outros casos, no entanto, poderão existir de reunião e separação de processos.

O inc. II do art. 292 do Projeto coloca como providência a ser tomada pelo magistrado na ocasião do saneador a ordem para que se proceda a exame pericial requerido pelas partes.

A prova pericial é uma prova que depende de conhecimentos técnicos e que tem de ser colhida fora da audiência de instrução e julgamento, haja visto a necessidade de verificação de fatos, exame de pessoas etc. *in loco*. A oportunidade de sua realização é no período que medeia entre o despacho saneador e a audiência de instrução e julgamento, quando os peritos poderão ser intimados para prestarem depoimentos acerca dos fatos apurados.

O texto do Projeto dispõe que o juiz mandará que se proceda a exame pericial *requerido pelas partes*. O momento do requerimento para o autor é o da denúncia (ou da queixa): para o réu, será o da defesa prévia. Entretanto, o juiz poderá *de ofício* mandar que se proceda a exame pericial (art. 71), não podendo as partes a isto se opor. O inciso em exame deve ser interpretado atentando-se para o poder do juiz de determinar a realização de exame pericial de ofício.

34. Hermínio Alberto Marques Porto, op. cit., n. 49, p. 45.

O terceiro possível conteúdo do saneador será a designação da audiência de instrução e julgamento. Antes disto, contudo, o juiz deverá manifestar-se sobre as demais provas requeridas e mandar realizar as que entender necessárias para seu esclarecimento.

Conforme já nos referimos, não sendo possível a extinção do processo, haverá julgamento em audiência, sendo o saneador a oportunidade para a determinação da data em que se dará a audiência, bem como para convocação daqueles que nela deverão estar presentes.

Determinação das mais importantes do despacho saneador é a fixação da *classificação legal do fato delituoso*. A definição legal será feita com base nos elementos de fato constantes da denúncia ou da queixa e rebatidos na defesa prévia. Vale aqui o que HERMINIO ALBERTO MARQUES PORTO afirmou com referência à decisão de pronúncia: "A classificação do crime explicitada pela inicial deve, *na pronúncia*, merecer fundamentado estudo e decisão" (35). Evidentemente o *estudo* e a *decisão* deverão atender não só à inicial mas também à defesa prévia e, ainda, à instrução sumária por ventura realizada. A classificação dada pelo juiz ao fato na oportunidade do saneador, em regra, o vincula. Nesse sentido dispõe o art. 415 do Projeto: "o juiz não poderá dar ao fato (na sentença) definição legal diversa da que constar do despacho saneador..."

O juiz poderá, no entanto, alterar a definição formulada quando for para beneficiar o réu ou quando tiver havido aditamento da acusação. Isto porque, a classificação dada, igualmente como na decisão de pronúncia, "não projeta um definitivo juízo de mérito" (36).

Se o juiz constatar circunstâncias de fato que beneficiem o réu e estas não estiverem contidas nas peças iniciais, deverá abrir vista à defesa que falará no prazo de oito dias. Neste caso, poderá, na sentença, desvincular-se da definição que dera no saneador (art. 414, parágrafo único).

O aditamento da denúncia poderá referir-se à prática de crime diverso do contido na inicial, à pena solicitada e à extensão da denúncia a outros réus partícipes do mesmo crime. Sua disciplina encontra-se prevista no art. 269 do Projeto. Havendo aditamento depois da instrução da causa, a defesa será ouvida no prazo de três dias, podendo requerer provas, inclusive testemunhal. Evidentemente, também aqui desvinculado está o juiz da definição legal que dera ao crime na oportunidade do despacho saneador.

---

35. Hermínio Alberto Marques Porto, op. cit., n. 54, p. 53.

36. Hermínio Alberto Marques Porto, op. cit., conclusão XII (parte 8), p. 54.

Existe ainda outra barreira ao juiz para sua desvinculação. Não poderá julgar em desacordo com a definição dada, se em o fazendo, condenaria o réu, ainda que a pena mais branda, mas em crime cujo início da ação penal seja deferida à pessoa diversa da que está litigando. Assim, em um processo iniciado por denúncia, o juiz não poderá condenar o réu baseado em crime de ação penal privada. A recíproca é verdadeira. Da mesma forma, se o crime for de ação penal pública dependente de representação da vítima e esta não constar dos autos, não poderá haver condenação (art. 415 do Projeto).

A definição legal dada ao crime terá relevância na fixação dos demais termos do processo, assim cumpre ao juiz no despacho saneador, de conformidade com o art. 293 do Projeto, "ordenar o processo segundo a classificação legal do fato delituoso e o conteúdo da acusação" (inc. I).

O juiz deverá indeferir as provas impertinentes ou protelatórias. Tal faculdade decorre dos poderes de direção do processo e encontra-se prevista no art. 71, sendo que a oportunidade adequada para o indeferimento é a do art. 293, II, isto é, a do despacho saneador. O inc. II, no entanto, está, em nosso entender, deslocado. Estaria melhor colocado como antecedente daquele que prescreve a necessidade de designação da audiência de instrução e julgamento.

Quanto ao réu, o juiz poderá de acordo com o art. 293, decretar-lhe a prisão preventiva (inc. III), mandar soltá-lo (inc. IV), impor-lhe o regime de liberdade vigiada (inc. IV), interditar-lhe direitos (inc. V), impor-lhe medidas de segurança (inc. VI) e submeter-lhe a exame de sanidade mental (inc. VII). Tais providências serão tomadas atendendo-se à denúncia, à defesa prévia, à definição do crime e a todos os demais elementos constantes do processo até o saneador. Logicamente, cada atitude variará em função desses elementos e da periculosidade demonstrada pelo réu.

Todos esses passos têm em mira ordenar o processo para a instrução e julgamento em audiência. As medidas constritivas aplicadas ao réu, por outro lado, têm caráter cautelar e visam possibilitar a efetiva aplicação da pena imposta na sentença. Para decretá-las o juiz deve examinar a possibilidade de vir o réu a ser condenado e frustrar a execução.

## **12. O julgamento conforme o estado do processo e os recursos**

O Projeto 633 procura também, tal como se deu com o Código de Processo Civil, simplificar a sistemática recursal.

Das decisões proferidas em primeiro grau de jurisdição caberá *apelação* e *agravo*. Apelação das sentenças, inclusive a de pronúncia e agravo de todas as demais decisões. Os despachos de mero expediente são irrecorríveis (art. 589).

Das decisões de segundo grau, conforme o caso, caberá embargos infringentes, recurso ordinário constitucional e recurso extraordinário. A regulamentação destes dois últimos é da competência do Supremo Tribunal Federal, através de seu regimento interno.

O julgamento conforme o estado do processo possibilita três decisões: a de extinção do processo sem julgamento de mérito; a de absolvição sumária através do julgamento antecipado da lide; e o chamado *despacho* saneador, mas que, em muitos de seus pontos representa uma decisão interlocutória.

Tangentemente ao julgamento antecipado da lide, o recurso apropriado é a *apelação*, pois estamos diante de uma *sentença*, entendida como o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo o mérito, o que para a sistemática dos recursos no Projeto é irrelevante, dado ser o recurso sempre o mesmo na extinção. Trata-se, outrossim, de recurso recebido no efeito meramente devolutivo.

O art. 593 que prevê os efeitos do recurso de apelação, em seu inc. II, contém uma impropriedade técnica. Prescreve esse dispositivo que “a apelação terá efeito suspensivo, salvo: II — quando interposta contra sentença absolutória, ou que decretou a extinção de punibilidade...”. Essa segunda parte é desnecessária, pois a decisão que decreta *extinta a punibilidade* é também uma sentença absolutória, já estando prevista, assim, na parte inicial do inciso, não tendo sentido sua repetição no final.

Com referência à decisão que extingue o processo sem julgamento de mérito, o recurso adequado é também o de apelação. Todavia, diferentemente do que ocorria no Anteprojeto Frederico Marques, o recurso é recebido em ambos os efeitos: devolutivo e suspensivo.

No Anteprojeto primitivo, tínhamos o preceito do art. 304, segundo o qual “contra as sentenças de que tratam os arts. 300 (julgamento antecipado da lide) e 301 (extinção do processo sem julgamento de mérito) cabe recurso de apelação, *sem efeito suspensivo*.” Tal dispositivo colocado em sede legislativa inadequada, em nosso modo de ver, foi transportado no Projeto para o local apropriado que é a seção que trata do recurso de apelação. Na passagem, todavia, o projetista alterou sua orientação no que diz respeito ao efeito suspensivo. Assim, desta decisão cabe o recurso de apelação, que deverá no entanto, ser recebido em *ambos os efeitos*.

O Código de Processo Penal prevê às sentenças de absolvição sumária o recurso necessário (art. 411). O Projeto afasta-se também neste ponto, da atual orientação, não mais prevendo esse recurso.

Se o juiz absolver *in limine* o réu e o Ministério Público ou o ofendido, quer tenha atuado como assistente ou não, deixar transcorrer o prazo sem interposição de recurso, tal decisão transitará em julgado sendo insuscetível de rediscussão. Por outro lado, como se trata de sentença absolutória não será passível de revisão, ainda que se constate ter sido viciada.

Quanto ao despacho saneador, muitas das providências aí tomadas não comportam recurso. É o que se dá, com o deferimento de prova pericial, com a designação de audiência de instrução e julgamento, com o ordenamento do processo. As demais decisões comportarão agravo, que por natureza é recurso de efeito apenas devolutivo (37).

O critério a ser observado para a concessão de recurso das decisões proferidas no saneador deve levar em conta a *sucumbência*, por mínima que seja. Toda a vez que alguma das partes sair prejudicada de uma decisão, esta deve ser recorrível, ainda que rotulada de mero despacho. Outro fator que será de transcendental importância para interpretação, ao menos nos primórdios de uma nova lei de processo penal, será o longo elenco do art. 581 do Código de Processo Penal que, exaustivamente disciplina as hipóteses de cabimento do recurso em sentido estrito. Sempre que no sistema atual couber recurso em sentido estrito, no sistema do Projeto deverá caber *agravo*.

---

37. De regra, por ser recurso que tem apenas o efeito devolutivo, a subida do agravo dá-se através de instrumento apartado. Todavia, visando baratear o processo, o Projeto 633 prevê a possibilidade do agravo subir nos próprios autos sempre que estes forem desnecessários na primeira instância (art. 596), o que se verificará diante do exame de cada caso.