



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O recebimento da denúncia no Direito Processual Penal moderno

Fernando Antonio Osório Tabet

Rio de Janeiro
2012

FERNANDO ANTONIO OSÓRIO TABET

O recebimento da denúncia no Direito Processual Penal moderno

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2012

O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL MODERNO

Fernando Antonio Osório Tabet

Graduado em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (Unirio). Conciliador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, entre 2007 e 2011. Pós-graduando *Lato Sensu* pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

Resumo: O recebimento da denúncia merece estudo mais aprofundado, pelo gravame que representa ao acusado e em virtude das denúncias precárias que vem sendo admitidas na rotina forense. Propõe-se, assim, o estudo dos requisitos de admissibilidade da denúncia, o momento de prolação dessa decisão e de sua necessária fundamentação, além da possibilidade de aplicação da *emendatio libelli*. Trata, por fim, do recurso cabível contra a decisão que recebe a denúncia, sem embargo da análise do anteprojeto do novo Código de Processo Penal no que toca ao tema.

Palavras-chave: Denúncia. Recebimento. Fundamentação. *Emendatio libelli*. Novo Código de Processo Penal.

Sumário: Introdução. 1. O objeto da decisão: breve análise da denúncia. 1.1. Requisitos positivos da denúncia (art. 41 do CPP). 1.2. Denúncia geral e denúncia genérica. 1.3. A capitulação jurídica. 1.4. Requisitos negativos da denúncia (art. 395 do CPP). 2. O momento processual de prolação da decisão. 2.1. A dupla decisão e a Teoria da Asserção. 3. Fundamentação da decisão que recebe a denúncia. 4. A *emendatio libelli* no momento do recebimento. 5. Recursos cabíveis contra a decisão. 6. o recebimento da denúncia no anteprojeto do novo Código de Processo Penal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva investigar a decisão de recebimento da denúncia pelo juiz, o que implica analisar o momento de prolação dessa decisão e o modo pelo qual ela examina a denúncia, além das características, efeitos e dos recursos cabíveis.

Inicialmente, será abordada a controvérsia que se firmou na doutrina com o advento das reformas processuais de 2008, a respeito do momento processual oportuno para o juízo de recebimento da denúncia.

Por óbvio, o estudo sobre uma manifestação judicial não pode descurar do próprio objeto de análise dessa decisão, i.e., da própria denúncia. Nessa linha, será dada especial ênfase à interpretação doutrinária e jurisprudencial dos artigos que tratam sobre os fundamentos para rejeição ou recebimento da denúncia, a saber, os artigos 41 e 395 do Código de Processo Penal.

Assunto pouco explorado pelos juristas em geral é o aspecto material dessa decisão. Há precedentes jurisprudenciais dando conta de que a decisão de recebimento de denúncia não precisaria ser fundamentada, mas a Constituição da República é clara no sentido de que todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade (art. 93, IX, CF/88). Essa é outra controvérsia que se pretende dirimir neste artigo.

Os efeitos e recursos cabíveis contra a decisão serão enfrentados, dando-se destaque ao exame do *habeas corpus* enquanto instrumento constitucional idôneo à insurgência do acusado contra o recebimento temerário da peça de acusação.

A pertinência, na decisão em estudo, da *emendatio libelli*, que pode ser definida como a mudança, pelo juiz, da capitulação jurídica dada pelo Ministério Público aos fatos imputados (art. 383 do CPP), também será abordada.

Por fim, dar-se-á destaque às inovações legislativas envolvendo o recebimento da denúncia por ocasião do advento do anteprojeto do novo Código de Processo Penal (PLS nº 156/09).

1. O OBJETO DA DECISÃO: BREVE ANÁLISE DA DENÚNCIA

Para a melhor compreensão do tema, é importante tecer algumas considerações prévias sobre a denúncia e seus caracteres essenciais.

A denúncia, ou inicial acusatória¹, é o instrumento processual adequado para o exercício do direito de ação, ou seja, é a manifestação do direito de provocar a jurisdição do Estado². Seu estudo passa, necessariamente, pela inteligência dos artigos 41 e 395 do Código de Processo Penal, que serão observados pelo juiz.

Tal expediente não poderá ser menosprezado, até porque, como sabemos, o recebimento da denúncia significa o rito de passagem da qualidade de investigado para a de acusado, i.e., aquele que tem contra si instaurada a ação. E é claro que isto surte efeitos importantíssimos na vida de qualquer indivíduo.

Nesse sentido, a doutrina desde há muito salienta o peso da acusação sobre a vida do denunciado. O mestre Roberto Lyra já afirmou que "quem sofre (é bem o termo) o processo penal é o homem mesmo em corpo e alma, em carne e sangue. O juiz criminal apaga ou acende a lâmpada do destino, atribui a graça ou a desgraça".³

Por essas e outras razões é que não se pode minimizar a importância do exame de admissibilidade da denúncia pelo magistrado, matéria que será abordada a seguir.

1.1. REQUISITOS POSITIVOS DA DENÚNCIA (ART. 41 DO CPP)

O artigo 41 do CPP trata dos requisitos positivos da denúncia, ou o que ela deve conter: (i) a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias; (ii) a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo; (iii) a classificação do crime; e (iv) o rol de testemunhas, se necessário.

A doutrina costuma emprestar à exposição do fato criminoso uma dupla destinação

¹ No presente trabalho, os termos "denúncia" e "inicial acusatória" serão tratados como sinônimos, embora não se desconheça importante posicionamento doutrinário no sentido de que "inicial acusatória" seria gênero do qual a "denúncia" e a "queixa-crime" seriam espécies (TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 3. ed. Salvador: Juspodium, 2009, p. 148).

² Evitar-se-á, no presente estudo, um exame mais aprofundado da ação e das diversas teorias que a explicam, sob pena de se desvirtuá-lo.

³ LYRA, Roberto. *Direito penal normativo*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1975, p. 223.

subjetiva. Ela destina-se, em primeiro lugar, ao próprio acusado, enquanto decorrência do direito à ampla defesa (art. 5º, LV, CF/88). Afinal, “conhecendo com precisão todos os limites da imputação, poderá o acusado a ela se contrapor o mais amplamente possível”.⁴ De outro lado, a clara imputação fática tem o magistrado como destinatário, pois somente lhe será possível a aplicação da lei penal se também lhe for possível a subsunção do fato imputado à norma.⁵

1.2. DENÚNCIA GERAL E DENÚNCIA GENÉRICA

Questão da maior relevância diz respeito à possibilidade das denúncias genérica e geral, assim denominadas em razão de determinados modelos de exposição dos fatos.

Pacelli⁶ ensina que a denúncia geral seria aquela que “imputa a todos os réus, sem divergência quanto aos respectivos comportamentos, a realização dos mesmos atos”. Essa denúncia, na opinião do douto jurista, atenderia ao artigo 41 do CPP, na medida em que possibilitaria a articulação da defesa, pois o fato imputado estaria devidamente declinado. Ao mesmo tempo, a denúncia seria frágil no plano do direito material, na medida em que permitiria a absolvição daqueles que, embora tenham contribuído para o ilícito penal, praticaram conduta diversa daquela descrita na inicial, como o partícipe⁷.

A denúncia genérica, entretanto, não poderia ser admitida, porque não atribui com clareza os fatos imputados, na medida em que eles seriam atribuíveis aos acusados somente por um juízo de presunção, ou em prejuízo ao direito de defesa. Pacelli⁸ ilustra tal situação aduzindo que

⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 152.

⁵ *Ibid.*, p. 152.

⁶ *Ibid.*

⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 95.

⁸ *Ibid.*, p. 95-96.

se a peça acusatória, cuidando, por exemplo, de crimes financeiros, não distingue, dentre vários comportamentos, quais seriam os atos imputados como *de gestão*, bem como não identifica quais seriam, especificamente, os responsáveis por eles, não só a instrução criminal terá significativos obstáculos, como também a própria defesa de cada acusado, se e na medida em que, cada um deles, exerça funções diferentes na cadeia de condutas e na organização do empreendimento delituoso. De maneira geral, tais problemas ocorrem nas hipóteses de pluralidade de ações e de réus.

Por sua vez, a necessidade de qualificação do acusado ou de seus elementos identificadores se presta ao controle da legitimidade passiva *ad causam* da ação penal.

1.3. A CAPITULAÇÃO JURÍDICA

O terceiro requisito do art. 41 – classificação do crime – é de suma importância, muito embora seja frequentemente inobservado nas denúncias. Diante da ideia geral de que o acusado se defenderia dos fatos que lhe são imputados, e não da capitulação jurídica conferida (que poderia, inclusive, ser modificada *ex officio* pelo Juízo), tal requisito, para alguns, seria meramente acessório.

Trata-se, porém, de ledor equívoco. A uma, porque a capitulação jurídica interessa à defesa dos acusados, na medida em que influi em uma série de matérias, tais como a prescrição, causas de extinção e condições objetivas de punibilidade, dentre outras, que exigem, para sua abordagem, o exame do exato tipo penal sobre o qual pesa a acusação.

1.4. REQUISITOS NEGATIVOS DA DENÚNCIA (ART. 395 DO CPP)

Já o artigo 395 trata de requisitos negativos da denúncia, ou de suas hipóteses de rejeição. São elas: (i) inépcia; (ii) falta de pressuposto processual ou de condição para o exercício da ação penal; e (iii) falta de justa causa para a ação penal.

A inépcia pode ser definida como a debilidade na exposição do fato criminoso. Em

outras palavras, será inepta a denúncia que exponha “fatos intrincados, ininteligíveis, contraditórios”⁹.

Por sua vez, os pressupostos processuais e condições de exercício da ação penal são objeto de diferentes classificações entre os processualistas. Adotando-se a classificação de Távora e Alencar, temos os seguintes pressupostos processuais: quanto ao juiz, a investidura, competência e ausência de suspeição e impedimento; quanto às partes, capacidade de ser parte, capacidade de estar em juízo e capacidade postulatória; e, como pressupostos objetivos, a ausência de fatos impeditivos ao regular tramitar procedimental, e a regularidade formal do processo.¹⁰

As condições para o exercício da ação penal, na visão dos eminentes doutrinadores, seriam cinco: a possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir, legitimidade *ad causam*, justa causa e outras condições específicas.¹¹

Importante ressaltar que os autores consideram a justa causa uma condição da ação, mas tal assertiva deve ser vista com ressalvas em razão do caráter bifronte do instituto. Nesse sentido, a lição de Pacelli, no sentido de que a justa causa teria uma dupla acepção: seria, de um lado, a presença de suporte probatório mínimo para a acusação, e, de outro, a extração de conduta penalmente típica da imputação fática narrada¹².

Partindo-se de tal ponto de vista, a justa causa, enquanto condição da ação, seria apenas a presença de suporte probatório mínimo, porque o exame de tipicidade diria respeito ao mérito da acusação. A conclusão pela atipicidade levaria até mesmo à absolvição do acusado, com formação de coisa julgada material.

Pode-se concluir, portanto, que o artigo 395, III, do CPP se refere à justa causa de mérito, porque a justa causa enquanto condição da ação já estaria encartada no inciso II. Essa

⁹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 3. ed. Salvador: Juspodium, 2009. p. 155.

¹⁰ *Ibid.*, p. 33.

¹¹ *Ibid.*, p. 120-123.

¹² PACELLI, *op. cit.*, p. 1281.

é, a nosso ver, a posição mais razoável acerca da matéria, e que explica a própria existência do terceiro inciso no rol legal do artigo 395. Fosse a justa causa apenas uma condição da ação, já estaria abrangida pelo inciso II.

Por fim, as condições especiais da ação são aquelas exigidas pela lei em caráter de exceção, como a necessidade de representação ou de requisição do Ministro da Justiça, nos crimes de ação penal pública condicionada.

2. O MOMENTO PROCESSUAL DE PROLAÇÃO DA DECISÃO

A questão da determinação do momento em que a decisão em estudo é proferida tornou-se controvertida a partir da Reforma Processual Penal de 2008, em especial após o advento da Lei nº 11.719/2008. O texto anterior do Código estabelecia o seguinte procedimento: (i) oferecimento da denúncia; (ii) decisão; e (iii) citação do acusado (antiga redação do artigo 394 do CPP).

No sistema atual, a questão não é mais pacífica, já que há dois dispositivos que descrevem o mesmo ato de receber a denúncia: os artigos 396 e 399 do Código. Este último, contudo, denota momento processual posterior ao oferecimento de resposta preliminar pelo acusado, o que sugeriria a adoção de um novo rito processual nessa fase: (i) oferecimento da denúncia; (ii) oferecimento de resposta preliminar pelo acusado; e (iii) decisão.

Lopes Jr. e Coutinho¹³ entendem que a denúncia deve ser recebida no momento do artigo 399. Para tanto, lançam mão de interpretação histórico-constitucional, aduzindo que o projeto legislativo inicial de 2001 não previa o recebimento na redação do artigo 396. A proposta inicial do Projeto, dizem tais processualistas, sempre foi o estabelecimento de um regime alinhado aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, em que o

¹³ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 213-4.

magistrado, antes de se pronunciar, ouviria o réu. Essa já é, aliás, a sistemática em alguns ritos especiais (v. art. 514 do Código e o rito da Lei nº 11.343/2006). Seria imperiosa, portanto, a declaração de inconstitucionalidade da expressão “recebê-la-á” no bojo do art. 396.

Em sentido contrário, Pacelli aduz que o recebimento da denúncia ocorre no momento definido pelo art. 396:

[...] se o juiz determinou que a citação devesse ocorrer, é porque não verificou hipótese de indeferimento liminar da peça acusatória. E o recebimento da peça acusatória é imperativo salvo se não for situação do indeferimento liminar. Por fim, e em complemento, somente se poderá cogitar de absolvição sumária (art. 397, CPP) se regularmente instaurada a ação penal. Assim, é pressuposto da angularização processual (inclusive posterior citação) o (já) recebimento da denúncia, sendo incompatível e ilógico pressupor (mormente em face de uma interpretação literal e isolada) do significado da disposição do art. 399, CPP.

Tal posição é a que deve ser adotada, embora adotando-se diferentes fundamentos.

Em primeiro lugar, se o legislador quisesse adotar o rito em que a decisão de recebimento da denúncia fosse sucedida da manifestação da defesa, utilizaria a terminologia dos arts. 514 e 516 do CPP, que define tal sistemática no procedimento aplicável aos crimes de responsabilidade de funcionários públicos. O art. 514 fala em autuação da denúncia, e não em recebimento, que só ocorre após a apresentação da defesa, na fase do art. 516. Se o legislador desejasse, de fato, que todos os ritos passassem a ser dessa forma, bastaria reproduzir, nos arts. 396 e 399, o texto dos arts. 514 e 516, sem inserir o “recebê-la-á” no art. 396, que não foi ali inserido por acaso. A lei não contém palavras inúteis (*verba cum effectu sunt accipienda*).

Em segundo lugar, e ainda que se sustentasse falta de técnica legislativa para redigir os dispositivos, parece claro que os artigos 396 e 399 oferecem um sistema de dupla decisão, que não é ofensivo aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Muito ao contrário, tal sistema permite, se corretamente aplicado, uma análise muito mais profunda da peça acusatória pelo magistrado.

Explica-se. Na fase do artigo 396, o magistrado aprecia a denúncia atentando-se, sobretudo, às hipóteses de rejeição da denúncia que não conduziriam à absolvição sumária do acusado, como no caso de inépcia. Recebida a peça, será proferida nova decisão, em que se poderá absolver sumariamente o acusado, i.e., retratando-se da decisão anteriormente proferida.

O sistema parece ser mais adequado na medida em que o magistrado se detém, em duas oportunidades diferentes, sobre matérias distintas. Na primeira decisão, ele se obriga apenas a analisar os aspectos formais da denúncia, pois sequer há manifestação do acusado, não havendo motivos para se debruçar sobre causas de absolvição sumária, mesmo porque a defesa ainda não foi apresentada. Na segunda decisão (após a resposta preliminar), o magistrado poderá formar nova convicção, agora analisando todos os argumentos trazidos pela defesa e concentrando-se na observância do art. 397 do CPP. Por certo, analisar a denúncia em duas oportunidades – antes e depois da manifestação defensiva – é mais benéfico ao acusado do que analisá-la apenas uma vez, como seria se a posição de recebimento na fase do art. 399 prevalecesse.

Fica claro, pois, que o juiz recebe a denúncia no art. 396, mas isto não implica deixar de enfrentar a peça de acusação na fase do art. 399. Por isso é que o Professor Elmir Duclerc, ao analisar a matéria com muita propriedade, aduz que “o próprio texto legal está a sugerir que, ao receber a denúncia na forma do art. 396, caput, do CPP, isto é, ao não rejeitá-la liminarmente, o juiz pratica um ato precário, sujeito a reapreciação”¹⁴.

Com base nessa orientação, a expressão “recebida a denúncia ou a queixa” disposta no *caput* do artigo 399 do CPP deve ser lida como se fosse “caso o juiz mantenha o recebimento da denúncia”, pois, ao reapreciar a denúncia à luz da resposta preliminar e considerar que a denúncia permanece hígida, designa dia e hora para a audiência, caso não

¹⁴ DUCLERC, Elmir. *Direito Processual Penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 182.

haja qualquer prova cuja produção seja necessária antes dela.

A jurisprudência atual inclina-se no sentido de receber a denúncia antes da análise da resposta preliminar¹⁵, embora ainda se verifique decisões que a recebem somente na fase do art. 399, mormente nos Juízos de 1º grau.¹⁶

2.1. A DUPLA DECISÃO E A TEORIA DA ASSERÇÃO

A proposta de uma dupla decisão pode ser melhor compreendida tomando-se de empréstimo a Teoria da Asserção, que diz respeito à postura do juiz diante do exercício do direito de ação no processo civil.

Segundo essa Teoria, a presença das condições da ação deve ser analisada pelo juiz com os elementos fornecidos pelo próprio autor em sua petição inicial, sem nenhum desenvolvimento cognitivo. O juiz, então, somente obstará o direito de ação do autor (o que, no processo penal, seria a rejeição liminar da denúncia) se, ainda que tomasse como verdadeiras as alegações trazidas na inicial, elas não fossem admissíveis, por vícios formais ou inépcia.

E se o julgador concluísse pela manifesta inadmissibilidade da denúncia após a apresentação de resposta preliminar do acusado? A Teoria da Asserção preceitua que a ausência daquilo que no início do processo poderia ter sido considerado uma condição da ação passa a ser matéria de mérito, gerando uma sentença de rejeição do pedido do autor. Essa sentença de rejeição, *mutatis mutandis*, seria a absolvição sumária.

Vejam-se alguns exemplos. Caso a denúncia não contenha a qualificação do acusado

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 138.089/SC. Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer. p. 22/03/2010. Ementa: “a par da divergência doutrinária instaurada (...), é de se entender que o recebimento da denúncia se opera na fase do artigo 396 do Código de Processo Penal”.

¹⁶ Nesse sentido, a posição do Exmo. Dr. Luciano Silva Barreto, brilhante Magistrado em atuação na 9ª Vara Criminal da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, com quem tivemos a oportunidade de trabalhar à época do estágio profissional oferecido pela Escola da Magistratura.

ou elementos pelos quais se possa identificá-lo, a denúncia será rejeitada na decisão do art. 396, pois, ainda que se presumam verdadeiras as alegações da peça de acusação, a ação simplesmente não poderá prosseguir. Será também o caso, v.g., de verificação de prescrição da pretensão punitiva: ainda que se considere que o fato efetivamente ocorreu, está prescrito.

Suponha-se, contudo, que, após o oferecimento da resposta preliminar, seja verificada manifesta hipótese de legítima defesa. Aqui, o juiz poderia lançar mão da absolvição sumária, aplicando o art. 397, I, do Código de Processo Penal.

3. FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO QUE RECEBE A DENÚNCIA

Após o exame dos elementos da denúncia, fica claro qual é o desafio do magistrado no momento de analisá-la: assegurar a observância dos artigos 41, 395 do CPP. Resta saber, porém, se e em que medida a decisão que recebe a denúncia deve ser fundamentada.

Alinhando-se à doutrina em geral, a resposta só pode ser positiva, adotando-se duas premissas: (i) a decisão que recebe ou rejeita a denúncia não pode ser tida como de mero expediente, pois exige, como já visto, a correta análise da peça acusatória, gerando inúmeros efeitos jurídicos; e (ii) a Constituição de 88 decreta que todas as decisões serão fundamentadas, sob pena de nulidade (art. 93, IX).

A jurisprudência, contudo, costuma afastar a necessidade de qualquer fundamentação. No julgamento do HC 95354, o Supremo Tribunal Federal se pronunciou pela “prescindibilidade de fundamentação” do recebimento da peça de acusação¹⁷. Com as devidas vênias, ousa-se discordar de tal entendimento. É claro que a decisão do magistrado não pode analisar o mérito da acusação, sob pena de antecipar o juízo de condenação, mas deve, sim, abordar a inteligibilidade da denúncia, declarando a consonância da peça com os

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 95.354/SC, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, p. 27/08/2010.

artigos 41 e 395 do CPP.

Nesse sentido, Paulo Rangel¹⁸: "Nossa posição é a de que o que se chama de simples despacho de recebimento da denúncia, em verdade, é uma decisão interlocutória que exige fundamentação, nos termos da Constituição".

Infelizmente, o quadro atual que se vislumbra na praxe forense, com denúncias lacônicas, omissas e açodadas, seguidas por decisões automáticas, como "Recebo. Cite-se", são intoleráveis, por violarem a Constituição e suprimirem importantes etapas do processo penal.

4. A *EMENDATIO LIBELLI* NO MOMENTO DO RECEBIMENTO

O artigo 383 do Código de Processo Penal estabelece o expediente conhecido como *emendatio libelli* no processo penal: o juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

Ocorre, contudo, que a *emendatio* está prevista no Título XII do Código, que se refere ao momento de prolação da sentença. Poderia tal sistemática ser adotada, igualmente, na decisão de recebimento da denúncia?

Guilherme de Souza Nucci é um dos doutrinadores contrários a tal expediente, entendendo que o juiz somente poderia modificar a capitulação jurídica dada aos fatos em caráter excepcional, se da modificação possa resultar a concessão de liberdade provisória ao acusado. Para justificar seu entender, cita Frederico Marques¹⁹:

A qualificação do fato delituoso, na denúncia, só por si não basta para autorizar a prisão obrigatória. Se o juiz entender que esse fato se enquadra em norma penal que não autoriza a prisão preventiva compulsória, só será decretada a custódia

¹⁸ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 14.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 466.

¹⁹ MARQUES, Frederico *apud* NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 10.ed. São Paulo: RT, 2011, p. 648.

cautelar se presente também um dos pressupostos do art. 312.

Com o devido respeito ao eminente magistrado paulista, é imperioso discordar de tal entendimento, pois não há que se falar em prisão preventiva "compulsória" à luz do processo penal moderno, sob pena de ofensa ao princípio da individualização da pena. A prisão cautelar não pode se basear na gravidade do crime *in abstracto*, devendo ser fundamentada apenas no artigo 312 do Código de Processo Penal. Por tal motivo, aliás, é que o Supremo Tribunal Federal já considerou a vedação automática da concessão de liberdade provisória incompatível com a presunção de inocência (ou de não-culpabilidade).²⁰

Na esteira da melhor lição doutrinária, deve-se considerar que a *emendatio libelli* na fase de recebimento da denúncia não só é plenamente possível, como é desejável, em atenção aos princípios do contraditório e da razoável duração do processo.

Conforme já exposto anteriormente, não se pode partir da premissa de que o réu se defende apenas dos fatos que lhe são imputados, e não da capitulação jurídica que lhes é dada. Sendo assim, a aplicação do art. 383 do CPP no momento da sentença (ou seja, após toda a instrução processual) teria, no mínimo, que ser precedida por manifestação das partes sobre a nova capitulação jurídica vislumbrada pelo juiz, e isto após toda a instrução processual ter se baseado na capitulação anterior. Não é possível admitir tal aplicação *inaudita altera parte*:

A defesa do réu não se restringe à refutação dos fatos que lhe são imputados ou das circunstâncias em que teriam ocorrido. Eventuais controvérsias a respeito do tipo penal no qual se subsumem tais fatos podem e devem ser exploradas pela defesa no curso do processo e especialmente na petição de alegações finais. Por exemplo, podem ser suscitadas questões sobre o alcance e significado de determinada expressão contida no tipo, se ela de fato corresponde à situação fática debatida nos autos etc. Consideramos, pois, perfeitamente possível que a parte acabe sendo cerceada em sua atuação, ao ser surpreendida pela modificação da classificação jurídica efetivada pelo juiz no momento da sentença ou, pior ainda, pelo Tribunal, no julgamento da apelação (art. 617 do CPP).²¹

²⁰ Por todos: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 103.595/SP. Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Ayres Britto. j. 07/02/2012.

²¹ SCHREIBER, Simone; AMARAL, Thiago Bottino do. *Direito Processual Penal I*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 57.

Em vista da nova capitulação judicial do fato, as partes poderão pleitear inclusive a realização de novas diligências, o que somente atrasará o deslinde do feito, e, por conseguinte, colocará em risco a razoável duração do processo. Assim, será muito melhor a aplicação da *emendatio libelli* pelo magistrado o mais cedo possível, i.e., no primeiro contato seu com a denúncia, que ocorre justamente quando da decisão de seu recebimento. Como bem aponta Aury Lopes Jr.²², "quanto mais cedo for aplicado o art. 383, melhor".

5. RECURSOS CABÍVEIS CONTRA A DECISÃO E SEU PANORAMA NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

A decisão que rejeita a denúncia desafia recurso em sentido estrito, mas dentre o rol taxativo de decisões que desafiam tal recurso não está a que recebe a denúncia.

Também não é o caso de apelação, recurso reservado apenas às sentenças. Qual seria, então, o recurso cabível contra a decisão de recebimento da peça acusatória? A doutrina vem defendendo a utilização do *habeas corpus* em tal hipótese.

À primeira vista, pode-se pensar que tal quadro violaria a igualdade processual (ou paridade de armas) entre as partes, pois o acusado só teria a seu favor a via estreita do *habeas corpus*. Não é o caso, porque as decisões de rejeição e recebimento ostentam consequências distintas.

A decisão que rejeita a denúncia impede o prosseguimento da ação, enquanto a decisão de recebimento permite ao acusado que, exercendo o direito de defesa, convença o juiz da improcedência da ação. A primeira decisão esgota a jurisdição, enquanto a segunda apenas dá início a seu exercício. É claro, portanto, que o Ministério Público, na hipótese de rejeição da denúncia, precisaria manejar um recurso que permitisse a ampla análise de fatos e provas.

²² LOPES JR., *op. cit.*, p. 393.

Já a impetração de *habeas corpus*, meio mais restrito de impugnação às decisões judiciais, se prestaria, nesse momento processual, apenas àquelas hipóteses de manifesto *error in procedendo* ou de evidente falta de alguma das condições da ação penal, evitando-se, assim, a insurgência prematura do acusado, que, antes de levar questões de mérito à 2ª instância, permanecerá exercendo seu direito de defesa até a sentença, sem prejuízo da interposição da apelação.

Superadas as questões recursais, é importante a análise do recebimento da denúncia à luz do Projeto de Lei nº 156/2009 do Senado Federal, que foi por ele aprovado em 2011 e enviado à Câmara dos Deputados para apreciação e votação.

O novo Código deixa claro que a denúncia não é recebida antes da citação do acusado. Embora permaneça o sistema de dupla decisão, o juiz somente recebe a denúncia de modo definitivo após a defesa do acusado. O projeto tem o mérito mencionar o recebimento da denúncia apenas na segunda decisão do magistrado, "se não for o caso de seu indeferimento liminar"²³ (art. 271, que equivale ao art. 396 do CPP atual). Assim, a segunda decisão, que hoje é a reapreciação da denúncia já recebida, passa a ser o próprio recebimento, o que possui importantes efeitos em matéria de interrupção da prescrição (art. 117, I, CP).

A previsão do juiz de garantias também é salutar, na medida em que tal figura é que resolverá qualquer questão que demande apreciação judicial ainda no curso do inquérito policial. O magistrado que analisar a denúncia terá o primeiro contato com os autos, o que reafirma sua imparcialidade em fase tão decisiva para o acusado.

Lamentavelmente, porém, o projeto deixa de dar tratamento adequado ao instituto da *emendatio libelli*, tratando-o ainda como um instituto com aplicação na sentença, e sem mencionar qualquer necessidade de contraditório, o que, como já visto, contraria tudo o que a melhor doutrina já desenvolveu a respeito do tema.

²³ BRASIL. Projeto de Lei do Senado Federal nº 156/2009. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>>. Acesso em: 01.abr.2012.

Não se fala, também, em qualquer necessidade de fundamentação da decisão que recebe a denúncia (embora tal previsão, na verdade, já exista na Constituição Federal, em relação a todas as decisões judiciais).

Apesar de tais omissões, o novo Código melhora sensivelmente o sistema recursal contra as decisões em estudo. A decisão que rejeita a denúncia, agora, será objeto de apelação, o que tecnicamente é mais acertado, já que tal decisão representa verdadeiro esgotamento da jurisdição pelo magistrado de 1º grau, pondo fim ao processo.

O recurso em sentido estrito deixa de existir, adotando-se o agravo como recurso idôneo ao ataque de decisões interlocutórias, na linha do processo civil. A principal inovação, nesse contexto, seria a recorribilidade expressa da decisão de recebimento da denúncia, conforme o art. 473, I, do projeto. *A priori*, a impetração de *habeas corpus* não será mais necessária em tal fase²⁴, embora seja defensável a permanência da cognoscibilidade limitada do agravo, que se prestaria a atacar apenas os casos em que a denúncia é recebida sem alguma condição da ação.

CONCLUSÃO

O recebimento da denúncia é uma decisão com importantes implicações no processo penal, pelo gravame que traz ao acusado. É preciso que o juiz adote uma postura atenta nessa fase, em atenção ao princípio do devido processo legal.

Os requisitos de admissibilidade da denúncia devem ser analisados detidamente. Não há que se falar em decisão absolutamente desprovida de fundamentação, tampouco na mitigação à observância de alguns requisitos, como a correta capitulação jurídica. A ideia de que o acusado se defende exclusivamente dos fatos que lhe são imputados é inverídica.

²⁴ Controverte-se a respeito da possibilidade de impetração de *habeas corpus* diante do cabimento de outro recurso. Há recentes decisões do STJ impedindo o manejo do *writ* em tal hipótese.

Por outro lado, é possível e desejável que o juiz aplique a *emendatio libelli* no momento de recebimento da denúncia, em atenção às garantias do contraditório e da ampla defesa. Embora tais garantias pudessem ser asseguradas no momento de prolação da sentença, resultariam, nessa situação, em indevido atraso na conclusão do feito, o que contraria a garantia de duração razoável do processo garantida na Constituição. O ideal, portanto, é que o processo se inicie com a correta capitulação jurídica.

Não é cabível recurso contra a decisão que recebe a denúncia, sendo possível impugnar tal decisão pela via do *habeas corpus*. Tal instrumento constitucional nos parece adequado a tal finalidade, inclusive porque é de cognição estreita, ideal para a fase inicial do processo, em que serão impugnadas apenas as condições da ação.

Por fim, é possível concluir que o anteprojeto do novo Código de Processo Penal mantém um sistema de dupla decisão de análise da denúncia (antes e após o oferecimento da defesa), fixando o recebimento da peça na segunda decisão, o que melhor atende ao princípio da presunção de inocência. O projeto, porém, revela postura conservadora em relação aos demais temas concernentes ao recebimento da denúncia, já que perpetua a precariedade no regramento de institutos como a *emendatio libelli*.

REFERÊNCIAS

DUCLERC, Elmir. *Direito Processual Penal*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LYRA, Roberto. *Direito penal normativo*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1975.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 10.ed. São Paulo: RT, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 10.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo*

Penal e sua jurisprudência. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 14.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCHREIBER, Simone; AMARAL, Thiago Bottino do. *Direito Processual Penal 1*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 3. ed. Salvador: Juspodium, 2009.