

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA III**

**FLÁVIO LUÍS DE OLIVEIRA
PAULO CÉSAR CORRÊA BORGES**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Flávio Luís de Oliveira, Paulo César Corrêa Borges – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-353-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetividade da Justiça. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA III

Apresentação

A parceria do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI com o Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA propiciou a realização do XXV CONGRESSO DO CONPEDI, no período de 7 a 10 de dezembro de 2016, com o tema “Cidadania e Desenvolvimento: O papel dos atores no Estado Democrático de Direito”.

No Grupo de Trabalho “PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA III”, houve um intenso debate com a participação de pesquisadores de todo o Brasil, doutores/as, doutorandos/as, mestres/as e mestrandos/as e, inclusive, de um ilustre professor francês, coautor de artigo apresentado. Vale destacar também que as contribuições não se restringiram a processualistas, mas, participaram especialistas de outras temáticas, cujo recorte epistemológico dialogava com a temática central da efetividade da Justiça, em diversas dimensões.

Como coordenadores, tivemos o privilégio de conhecer diferentes pesquisas na temática do GT, tendo como ponto de convergência a profundidade com que os artigos foram elaborados e apresentados, além de viabilizar espaço para as intervenções que enriqueceram os blocos de debates entre participantes e autores/as.

Tratando do processo, da jurisdição e da efetividade da Justiça, os debates giraram em torno do novo Código de Processo Civil e de outras temáticas correlatas ao processo e à efetividade da Justiça, tais como: CONSTITUCIONALIDADE DO SISTEMA DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS; LIMITES TERRITORIAIS DA COISA JULGADA EM AÇÕES COLETIVAS; CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE E FORÇA VINCULANTE; COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL: OS EFEITOS DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE; OS PRECEDENTES VINCULANTES NAS TRADIÇÕES DA CIVIL LAW E DA COMMON LAW; EFETIVIDADE DA PUBLICIDADE DAS DECISÕES EM PROCESSOS COLETIVOS POR MEIO DA ARQUITETURA DA INTERNET; MEIOS DE RACIONALIZAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS; APLICAÇÃO DIFERENCIADA DAS ASTREINTES NO DIREITO AMBIENTAL PARA GARANTIR A EFETIVIDADE DA SUA PROTEÇÃO; PERSPECTIVA DO INSTITUTO DA EVICÇÃO; A ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA DECORRENTE DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE; AS FACES DA RESPONSABILIDADE CIVIL FRENTE AS GARANTIAS E OS DIREITOS

CONSTITUCIONAIS; AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE RESPONSABILIDADE POR DANOS CAUSADOS AOS INVESTIDORES NO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS; A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL DIANTE DA POSTURA DA FAZENDA PÚBLICA; FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS; AS CONVENÇÕES PROCESSUAIS E OS REQUISITOS DE VALIDADE; A GARANTIA DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO; A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA ANTECIPADA ANTECEDENTE; ASPECTOS CONTROVERTIDOS DO NOVO INSTITUTO DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA SATISFATIVA DE URGÊNCIA; ANÁLISE DOS DIREITOS SOCIAIS E A EFICIÊNCIA DA 'LAW AND ECONOMICS' DE RICHARD POSNER; AS IMPLICAÇÕES E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA; A ATUAÇÃO PEDAGÓGICA DO MAGISTRADO; e, A ASSISTEMATICIDADE NA APLICAÇÃO DO IRDR AO SISTEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS.

As contribuições dos autores e autoras de cada um dos artigos incluídos nesta publicação do CONPEDI são relevantíssimas e terão impacto na produção científica em relação às temáticas desenvolvidas, diante da seriedade das pesquisas realizadas, com grande potencial de se tornarem referência para as pesquisas desenvolvidas e que tangenciam ou se vinculam ao tema do Grupo de Trabalho “Processo, Jurisdição e efetividade da Justiça”.

Esta contribuição final do Grupo de Trabalho n. 36, revela o compromisso com a qualidade da produção científica de pesquisadores da Área do Direito, fortalecendo o Sistema Nacional de Pós-graduação.

Prof. Dr. Flávio Luís de Oliveira – ITE/Bauru

Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges – UNESP/Franca

**A ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA NO RITO ORDINÁRIO, A EXTINÇÃO DA
PUNIBILIDADE E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

**THE SUMMARY ABOLITION IN THE ORDINARY PROCEDURE, THE
PUNISHMENT EXTINCTION AND PRINCIPLE OF HUMAN DIGNITY**

**Carolina Sabbag Salotti
Paulo César Corrêa Borges**

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo analisar a absolvição sumária no rito ordinário, elucidando a polêmica em torno da aplicabilidade (ou não) deste instituto aos casos de extinção da punibilidade do agente, sob a luz do princípio da dignidade da pessoa humana. Para isso, primeiramente serão analisadas as três primeiras causas de extinção da punibilidade: a antijuridicidade, a culpabilidade e a atipicidade. Depois, far-se-á uma análise dos casos de extinção da punibilidade. Por fim, adentrar-se-á ao objetivo acima mencionado. Com este intuito, utilizamos a técnica de pesquisa revisão bibliográfica, partindo da análise de doutrinas de relevância nacional e internacional.

Palavras-chave: Absolvição sumária, Extinção da punibilidade, Dignidade da pessoa humana

Abstract/Resumen/Résumé

This work aims to analyze the summary abolition in the ordinary rite, clarifying the controversy about the applicability (or not) of this institute in cases of punishment extinction, in the light of the principle of human dignity. First of all, three causes of punishment extinction will be studied: “antijuridicidade”, culpability and “atipicidade”. Then, the cases of punishment extinction will be analyzed. Finally, we will be focus on the main purpose of this issue. Furthermore, the literature review, based on national and international papers, will be used.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Summary abolition, Punishment extinction, Principle of human dignity

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo explicar a respeito da absolvição sumária no rito ordinário, em especial, no que se refere à extinção da punibilidade do agente. Por se tratar de um instituto fundamental para a celeridade processual e que traz benefícios aos agentes do Direito Penal, na medida em que impede que o processo criminal se estenda para além do necessário, garantindo a estes cidadania e o respeito aos direitos fundamentais, especialmente a dignidade da pessoa humana, é de extrema importância que este instituto seja estudado nas suas mais diversas entrâncias. Ademais, trata-se de um tema com pontos controvertidos e polêmicos e que precisam ser elucidados para sua melhor compreensão, principalmente no que se refere à questão da extinção da punibilidade, vez que, ao considerá-la ou não como causa de absolvição sumária, pode-se beneficiar ou prejudicar objetiva e subjetivamente o direito do acusado, afrontando-se princípios constitucionais, como, por exemplo, o da dignidade da pessoa humana.

Para isso, sobretudo por meio da utilização da técnica de pesquisa revisão bibliográfica de obras e artigos (LAKATOS; MARCONI, 2007, p. 80-85), primeiramente, analisaremos, com base no artigo 397, *caput* e incisos, do Código de Processo Penal brasileiro (CPP), a absolvição sumária de forma geral, detalhando, em um segundo momento, as hipóteses em que esta é admitida. Assim, explanaremos a respeito das excludentes de antijuridicidade, das excludentes de culpabilidade e dos fatos atípicos. No que se refere à exclusão da culpabilidade, abordaremos, além dos seus pontos centrais, a questão da inimputabilidade, que gera certa discussão. Por fim, buscaremos elucidar a questão da extinção da punibilidade do agente e de sua relação com a absolvição sumária, destrinchando toda a polêmica que envolve o tema.

Cabe frisar que, ao longo do trabalho, julgados de relevância também serão utilizados para maior detalhamento e exemplificação do tema.

1. A ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA NO RITO ORDINÁRIO

A absolvição sumária, no que se refere ao rito ordinário, encontra-se preceituada no artigo 397, *caput* e incisos, do Código de Processo Penal brasileiro, tendo sido modificada pela Lei 11.719/08. De acordo com este artigo, o juiz pode absolver sumariamente o réu quando verificar a existência manifesta de alguma causa que exclua a ilicitude do fato (inciso I) ou de alguma causa excludente da culpabilidade do agente, com exceção da

inimputabilidade (inciso II); quando verificar que o fato narrado, de forma evidente, não constitui crime (inciso III); e quando extinta a punibilidade do agente (inciso IV).

Antes da consolidação da absolvição sumária, havia o entendimento de que, se existisse nos autos do inquérito policial provas de que o indiciado agira sob o manto de alguma das excludentes de ilicitude ou de culpabilidade, *ad cautelam*, o Ministério Público denunciaria o agente e, caso a denúncia fosse recebida, o processo iria se arrastar por toda a instrução, sendo o acusado absolvido, ao final, caso se comprovasse a existência de alguma das excludentes. Com o surgimento da absolvição sumária, os processos penais que contavam com questões dessa monta passaram a ser resolvidos de maneira mais célere, o que começou a contribuir para retirar a sobrecarga dos Cartórios Criminais (TOURINHO FILHO, 2009, p. 58).

De acordo com o artigo 396, do Código de Processo Penal, a absolvição sumária ocorre após a apresentação das alegações defensivas, que são obrigatórias (CAPEZ, 2004, p. 537), vez que, se o acusado não apresentar resposta no prazo legal, ou se este, citado, não constituir defensor, o juiz irá nomear um para oferecer a defesa prévia, concedendo a ele vista dos autos por dez dias. Assim, após o recebimento da denúncia ou da queixa pelo juiz, se este não as rejeitar liminarmente, havendo, portanto, a completa formação do processo e o início da instrução, e após a citação do acusado, ordenada pelo juiz na mesma decisão de recebimento da peça de acusação (NUCCI, 2014, p. 626), o acusado tem 10 dias para apresentar a defesa prévia, por escrito, ressaltando-se o caso da citação por edital, em que o prazo para a apresentação da defesa começa a fluir a partir do comparecimento do acusado ou de seu defensor constituído.

Ainda de acordo com este diploma legal, a defesa em questão deve conter toda a matéria que for interessante para a parte, como preliminares, oferecimento de documentos e justificações, especificação de provas pretendidas, apresentação do rol de testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação quando necessário e apresentação de exceções. Somente após o recebimento da defesa prévia é que poderá o juiz absolver o acusado sumariamente, conforme o artigo 397, *caput* e incisos, do CPP. Caso não haja a absolvição sumária, dá-se início à instrução (NUCCI, 2014, p.626-627).

Para Nucci (2014, p. 626-627), o instituto aqui analisado corresponde ao julgamento antecipado da lide, presente no processo civil, e permite ao magistrado absolver o acusado, finalizando o processo penal, uma vez que aquele conheceu a defesa do réu, inédita até então, a qual pode estar instruída com novas provas e, também, com novos documentos.

Complementa o doutrinador mencionando que esta situação, apesar de possível, não é, a seu ver, comum, uma vez que o juiz, antes do recebimento da denúncia ou da queixa, toma ciência das provas existentes no inquérito policial. Desse modo, é muito difícil que o réu consiga, na defesa prévia, demonstrar o desacerto da continuidade da instrução (NUCCI, 2014, p.626-627).

Por fim, no que se refere ao recurso cabível nos casos de absolvição sumária, há que se mencionar que, regra geral, utiliza-se a apelação, de acordo com o artigo 593, I, do CPP, uma vez que esta decisão implica em “extinção do processo com julgamento de mérito”. Caso o apelo não seja recebido, cabe recurso em sentido estrito, com base no artigo 581, XV, do CPP. Por fim, não sendo este também recebido, cabe oposição de carta testemunhável, de acordo com os artigos 639 e 640, do CPP (TOURINHO FILHO, 2009, p. 59-60). No que se refere à extinção da punibilidade, especificamente, há polêmica no que diz respeito ao tipo de recurso a ser interposto, o que será elucidado de maneira mais detalhada no tópico 2.

1.1. AS EXCLUDENTES DE ANTIJURIDICIDADE

De acordo com o que pudemos acima apreender, a existência manifesta de causa excludente de ilicitude enseja a absolvição sumária (art. 397, I, CP). Apesar de excludentes de ilicitude ser o termo utilizado em nossa legislação, estas podem ser denominadas de diversas outras formas, quais sejam: causas legais de exclusão de antijuridicidade, causas de justificação, causas justificantes, causas de exclusão do crime, além de outras (BITENCOURT, 2012, p. 394).

Antijuridicidade é uma contradição existente entre a conduta de um agente e o ordenamento jurídico. Desse modo, até que se prove o contrário, o fato típico é aquele que, ajustando-se ao tipo penal, é também antijurídico. Entretanto, nosso Código Penal (CP) preceitua nos incisos de seu artigo 23, as causas de exclusão de ilicitude: estado de necessidade (inciso I); legítima defesa (inciso II); e estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito (inciso III). Assim, a tipicidade é o indício da antijuridicidade, a qual será excluída caso haja alguma das excludentes acima destacadas (MIRABETE; FABRINI, 2008, p. 167-168).

É importante ressaltar que estas causas só podem ser utilizadas dentro dos limites do comportamento autorizado, vez que os excessos, tanto dolosos quanto culposos, são antijurídicos e puníveis, de acordo com o artigo 23, parágrafo único, do CP.

Caso haja qualquer dúvida por parte do magistrado acerca da presença de uma das causas de exclusão da antijuridicidade, ele não poderá absolver o acusado sumariamente, devendo sanear o processo e designar audiência (BONFIM, 2012, p.597). Ou seja, a dúvida, nesse caso, milita em favor da sociedade, *in dubio pro societate* (CAPEZ, 2004, p.539).

Especificamente no que se refere ao estado de necessidade, art. 24, CP, há que se mencionar que este se configura quando uma pessoa, diante de perigo atual, que não provocou por sua vontade e nem podia, de outro modo, evitar, sacrifica um bem jurídico ameaçado pela situação em questão, visando salvar outro bem, seu ou de outrem, cuja perda não é razoável exigir.

Três são as teorias utilizadas para explicar a questão: a unitária, a diferenciadora ou de diferenciação e a da equidade. Segundo a primeira, o estado de necessidade sempre vai dar causa à exclusão da ilicitude. A segunda, a seu turno, só considera excludente quando o bem sacrificado for de menor valor do que aquele que foi salvo. A terceira, por fim, defende que o estado de necessidade não exclui nem a ilicitude do ato e nem a culpabilidade do agente, deixando este de ser punido por questões de equidade. Nosso ordenamento jurídico adota a teoria unitária. Desse modo, sempre que se configurar estado de necessidade, este será considerado causa excludente de antijuridicidade (CAPEZ, 2004, p.256).

Os requisitos para a configuração do estado de necessidade, no que se refere à situação de perigo, são que este: seja atual, ameace direito próprio ou alheio, que não tenha sido causado voluntariamente pelo agente e que este não tenha dever legal de enfrentá-lo. No que se refere ao perigo ter sido causado voluntariamente, divergem os autores, alguns (DAMASIO apud CAPEZ, 2004, p.260-261) acreditando que somente a ação dolosa desconfiguraria o estado de necessidade e outros (HUNGRIA apud CAPEZ, 2004, p.259) sustentando que tanto a ação dolosa quanto a culposa trariam esta desconfiguração.

Já no que se refere ao comportamento lesivo, são requisitos: que o comportamento do agente tenha sido inevitável, que seu sacrifício tenha sido razoável e que fosse do seu conhecimento a existência da situação justificante (CAPEZ, 2004, p.260-261).

A legítima defesa, por sua vez, de acordo com o artigo 25, do CP, se configura quando alguém, usando de forma moderada os meios necessários, repele uma agressão injusta a direito seu ou a direito alheio, sendo esta agressão atual ou iminente.

Analisando o fundamento desta excludente de ilicitude, há que se frisar que este se apresenta de maneira dual: a legítima defesa reside tanto na necessidade de defesa de bens jurídicos quanto na necessidade de preservação do ordenamento jurídico, uma vez que repele o cometimento de um ilícito (PRADO, 2007, p. 404-405).

Seus requisitos objetivos são: que a agressão seja atual ou iminente, além de ser injusta; que agrida direito próprio ou alheio; e que sejam empregados os meios necessários com moderação. Os requisitos subjetivos, por sua vez, são: o conhecimento da agressão e a vontade de defesa, *animus defendi* (PRADO, 2007, p. 405).

O estrito cumprimento do dever legal, a seu turno, ocorre quando o agente pratica fato em busca de cumprir, estritamente, um dever legal que a ele é imposto. Em verdade, caso ele se omita, nestes casos, poderá estar praticando ilícito administrativo ou mesmo crime contra a Administração Pública. Desse modo, entende-se que quem está cumprindo um dever imposto pela lei, não pode, ao mesmo tempo, estar cometendo um ilícito típico por praticá-lo. Apesar de esta excludente prever, em geral, a atuação de um agente do poder público, o particular, desde que exercendo função pública, como jurado, perito, por exemplo, também pode invocá-la (QUEIROZ, 2008, p. 278-279).

Para que se aplique a excludente de antijuridicidade em tela, o dever tem que emanar de lei, decreto, regulamento, não sendo válida convenção social, religiosa, entre outras. Ademais, a excludente só é considerada dentro do limite do cumprimento do dever legal. Caso haja excesso, o agente deverá, em virtude deste, ser penalizado. Por fim, há que se mencionar que o estrito cumprimento do dever legal pode ser utilizado conjuntamente com outra excludente de ilicitude (QUEIROZ, 2008, p. 278).

O exercício regular de direito também é considerado uma excludente de antijuridicidade, uma vez que a pessoa que o realizar estará utilizando uma faculdade que legalmente lhe é concedida. Da mesma forma que o estrito cumprimento do dever legal, a ação só é admitida como excludente caso seja praticada dentro dos limites legais, sendo o excesso passível de punição (QUEIROZ, 2008, p. 279).

Por fim, cabe mencionar o caso específico do consentimento do ofendido, que segundo Queiroz (2008, p.279), dependendo da circunstância, pode funcionar como causa de exclusão da tipicidade ou como causa de exclusão da antijuridicidade, apesar de não se enquadrar como causa preceituada em lei para esta exclusão. Para que figure como causa de exclusão da tipicidade, é necessário que o tipo penal importe o consentimento do ofendido, como no caso do estupro, conforme artigo 213, do CP, e da violação de domicílio, de acordo com o artigo 150, do CP, entre outros. Caso não tenha a necessidade de consentimento no tipo penal, então, este é considerado causa de exclusão de antijuridicidade. Entretanto, muitos pensadores, como Roxin (apud QUEIROZ, 2008, p. 279), acreditam que este consentimento só pode ser utilizado na primeira hipótese, sendo, portanto, para estes, somente causa de exclusão de tipicidade.

1.2. AS EXCLUDENTES DE CULPABILIDADE

A existência manifesta de alguma causa excludente de culpabilidade também enseja a absolvição sumária, com exceção do caso de inimputabilidade (art. 397, II, CP).

Mirabete e Fabrini (2008, p.192) definem culpabilidade como sendo a reprovabilidade de uma conduta que é típica e, também, antijurídica. De acordo com Capez (2004, p. 286-287), várias são as correntes que buscaram explicar a culpabilidade ao longo do tempo. As principais são: a teoria psicológica da culpabilidade; a teoria psicológico-normativa ou normativa da culpabilidade; a teoria normativa pura da culpabilidade; a teoria estrita ou extremada da culpabilidade; e a teoria limitada da culpabilidade. A primeira delas considera que os pressupostos exigidos para se responsabilizar o agente é a imputabilidade plena, associada ao dolo ou à culpa. A segunda, por sua vez, preceitua que, além dos pressupostos aceitos pela primeira corrente, é necessária a exigibilidade de conduta diversa.

A terceira, a seu turno, afirma que os três pressupostos para se configurar a culpabilidade são: inimputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. A quarta considera que toda espécie de discriminante putativa constitui erro de proibição, diferentemente da quinta que considera que o erro que recai sobre a situação de fato é erro de tipo, enquanto o que recai na existência ou nos limites de uma causa de justificação é erro de proibição, sendo esta última corrente a adotada por nosso Código Penal (CAPEZ, 2004, p. 288-299).

Ademais, nosso ordenamento considera três pressupostos para a caracterização da culpabilidade do agente: inimputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa (PRADO, 2007, p. 405; 434-439).

Nesse viés, podemos considerar como excludentes de culpabilidade a inimputabilidade; o erro de proibição; a coação moral irresistível e a obediência hierárquica (PRADO, 2007, p. 434-444). À exceção da inimputabilidade, as demais causas de exclusão da culpabilidade ensejam a absolvição sumária do agente quando devidamente comprovadas.

No que se refere, especificamente, à inimputabilidade, é necessário, primeiramente, que entendamos seu significado. A imputabilidade é a capacidade de entender o caráter ilícito de um fato e de poder determinar-se de acordo com esta compreensão. Ela se exclui pela presença de doença mental, que é a perturbação tanto mental quanto psíquica, de qualquer ordem, a qual elimina ou mesmo afeta tanto a capacidade do agente de entender que um fato é criminoso quanto a sua capacidade de determina-se conforme esta compreensão; de desenvolvimento mental incompleto, que ocorre quando o desenvolvimento do agente ainda

não se encontra concluído, quer seja pela pouca idade cronológica que possui- menores de dezoito anos-, quer seja por sua falta de convívio em sociedade- por exemplo, silvícolas que não têm contato com esta; de desenvolvimento mental retardado, quando o desenvolvimento mental do agente está abaixo do que se espera para a sua idade; e de embriaguez acidental completa proveniente de caso fortuito ou de força maior e embriaguez patológica completa (CAPEZ, 2004, p. 289-291).

A embriaguez acidental é aquela que ocorre quando há caso fortuito, situação em que, por exemplo, alguém ingere bebida sem saber que se trata de conteúdo alcoólico, ou nos casos de força maior, quando, por exemplo, ocorre coação física ou moral irresistível, obrigando o agente a ingerir o conteúdo alcoólico contra a sua vontade. A embriaguez patológica, a seu turno, é aquela que ocorre no caso dos alcoólatras ou dependentes que, em virtude do vício, não conseguem deixar de consumir a droga. Nestes casos, a embriaguez precisa ser completa para ensejar a exclusão da culpabilidade do agente (CAPEZ, 2004, p. 297-299).

Nesse viés, cabe mencionar que nosso diploma, para explicar a inimputabilidade, utiliza o sistema biopsicológico, que une as ideias tanto do sistema biológico quanto as do sistema psicológico. De acordo a corrente biopsicológica, considera-se o agente inimputável quando ele possuir uma doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, (corrente biológica) e se, no momento da ação ou da omissão, ele não tinha capacidade de entender o caráter ilícito de sua conduta e de determinar-se de acordo com esta compreensão (corrente psicológica) (CAPEZ, 2004, p. 292-293).

Há que se frisar, ainda, os casos de culpabilidade diminuída. Os agentes fronteiriços, que apresentam quadros residuais ou atenuados de psicoses, de oligofrenias, além dos portadores de transtornos mentais transitórios, se enquadram entre aqueles que possuem capacidade diminuída. Nesses casos, não há exclusão da culpabilidade do agente. Ocorre, em verdade, uma diminuição dessa culpabilidade (BITENCOURT, 2012, p. 473).

Como acima exposto, apesar de a inimputabilidade ser causa de exclusão da culpabilidade, o artigo 397, II, do CP, não admite a absolvição sumária nesses casos.

Entretanto, de acordo com Tourinho Filho (2009, p.58, grifo do autor):

Tratando-se de inimputabilidade, é preciso cuidado. Embora o inc. II, do art.397 tenha expressamente excluído a hipótese de a absolvição sumária abranger, também, a inimputabilidade, não haverá motivo para não fazê-lo se, por acaso, estiver bem claro não ter sido o acusado o autor do fato, à semelhança do que se dá, no mesmo caso, no procedimento dos crimes de competência do Júri, à dicção do parágrafo único do art.415 do CPP. Se ficasse provado não ter sido o acusado o autor de crime, haveria

ilegitimidade *ad causam* passiva, e o Juiz nem sequer poderia ter recebido a peça acusatória.

Já no que concerne ao erro de proibição, há que se mencionar que este é aquele erro que tem incidência sobre a ilicitude de um fato. Nesse caso, o agente, por erro, supõe ser lícita uma conduta que, em verdade, não o é. Quando este erro for inevitável, a culpabilidade do agente é excluída e ele não pode receber nenhum tipo de punição, uma vez que não há crime sem culpabilidade (BITENCOURT, 2012, p. 491-505).

A coação moral, por sua vez, ocorre quando o coacto é ameaçado, não podendo expressar, livremente, a sua vontade. Para que seja enquadrada como excludente de culpabilidade é fundamental que ela seja irresistível, podendo ser dirigida tanto ao coacto quanto a alguém que esteja de maneira sentimental a ele relacionada (MIRABETE; FABRINI, 2008, p. 204).

A seu turno, a ordem hierárquica, para ensejar a exclusão da culpabilidade, necessita de três requisitos: que ela seja emanada por autoridade que possua competência para tal; que o agente tenha atribuições para praticar o ato; e que a ordem dada não seja manifestamente ilegal. Não se enquadram nessa situação relações familiares, de emprego e nem religiosas, uma vez que, nelas, não há hierarquia. Há que se ressaltar, também, que esta excludente não pode ser aplicada quando o agente souber ou puder saber da ilicitude do ato que está cometendo (MIRABETE; FABRINI, 2008, p. 204).

Cabe esclarecermos, ainda, que a emoção e a paixão e o caso fortuito e a força maior, apesar de algumas polêmicas que os envolvem, não são causas de exclusão da culpabilidade.

No caso da emoção e da paixão, aquela pode ser entendida como “o sentimento intenso e passageiro que altera o estado psicológico do indivíduo, provocando ressonância fisiológica (ex. angústia, medo, vingança, tristeza)”. Esta, a seu turno, é a “chamada emoção-sentimento-é a ideia permanente ou crônica por algo (ex. cupidez, amor, ódio, ciúme)”. Por serem sentimentos cotidianos, a emoção e a paixão não excluem a culpabilidade do agente, a menos que se enquadrem em estados patológicos, circunstâncias em que poderão agir como excludentes de culpabilidade pela inimputabilidade. Ademais, a emoção e a paixão podem agir como atenuantes, de acordo com o artigo 65, III, c, do CP ou como causas de diminuição da pena, conforme artigo 121, § 1º, do CP (PRADO, 2007, p. 437).

No que se refere ao caso fortuito e à força maior, na lição de Hungria (apud BITENCOURT, 2012, p.491-492- grifo do autor): “Costuma-se distinguir entre *caso fortuito* e *força maior*: no primeiro, o resultado, se fosse previsível, seria evitável; na segunda, ainda

que previsível ou previsto o resultado, é inevitável.” Na realidade, nem o caso fortuito, nem a força maior podem ser considerados excludentes de culpabilidade, uma vez que têm repercussão em um estágio valorativo anterior ao acontecimento fático (BITENCOURT, 2012, p.492).

1.3. OS FATOS ATÍPICOS

De acordo com o inciso III, do artigo 397, do CPP, a absolvição sumária pode ocorrer, também, quando o fato narrado evidentemente não constituir crime. Desse modo, há que se mencionar que um fato que não constitui crime é um fato que não é dotado de tipicidade.

A tipicidade se define como sendo a conformidade existente entre o fato praticado por um agente e a configuração abstrata deste fato na lei penal. A adequação típica pode ocorrer de forma imediata ou de forma mediata. No primeiro caso, o fato se enquadra imediatamente na norma penal, não precisando de nenhuma outra norma para se caracterizar como fato típico. Por exemplo, quando um indivíduo mata outro, se considera adequação típica imediata, pois o artigo 121 já tipifica a conduta do agente, não necessitando de nenhuma norma complementar para caracterizá-la. Por outro lado, quando a adequação típica é mediata quer dizer que é necessária a concorrência de normas para a caracterização do fato típico. Exemplificam este último caso a tentativa, a participação em sentido estrito, entre outros (BITENCOURT, 2012, p.338.).

Quando esta adequação não ocorre, nem de forma imediata e nem de forma mediata, estamos diante de uma conduta atípica, ou seja, de uma conduta que não tem relevância para o Direito Penal, mesmo sendo ilícita para outros ramos jurídicos, como para as esferas cível e administrativa (BITENCOURT, 2012, p.337). O erro de tipo inevitável, por exemplo, erro que recai sobre uma circunstância que se revela elemento essencial do tipo, não podendo ser evitado, pode ser considerado uma causa que exclui a tipicidade (BITENCOURT, 2012, p.360).

Assim, oferecida a denúncia ou queixa onde consta o fato atípico, o juiz deve, rejeitá-la, de plano, uma vez que existe a impossibilidade jurídica do pedido, de acordo com o que preconiza o artigo 395, II, do CPP. Entretanto, se a atipicidade for verificada somente após a resposta prévia, o magistrado deverá absolver sumariamente o acusado (BONFIM, 2012, p. 579).

2. A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

De acordo com o inciso IV, do artigo 397, do CPP, quando a punibilidade do agente estiver extinta, ele deve ser absolvido sumariamente.

Nesse sentido, é importante elucidar que a pena não é elemento do crime, sendo, em verdade, consequência deste. Entretanto, após a prática do fato típico, podem ocorrer causas que excluam a punibilidade do agente (BITENCOURT, 2012, p.860), devendo o magistrado, de ofício, reconhecer esta extinção, de acordo com o artigo 61, do CPP (MANZANO, 2010, p. 189).

No artigo 107, incisos I a IX, do Código Penal, podemos encontrar as seguintes causas de exclusão da punibilidade: a morte do agente; a anistia, que se refere ao esquecimento jurídico do ilícito, em regra, em crimes políticos, militares, eleitorais, excluindo-se os crimes comuns; a graça, que, em geral, se refere a crimes comuns e se destina a uma pessoa determinada que esteja condenada de forma irrecorrível; ou o indulto, que, de maneira genérica, se destina a um grupo indeterminado de condenados e tem limitação de natureza do crime, quantidade de pena, além de outros requisitos legais que a lei pode estabelecer; a retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso, *abolitio criminis*; a prescrição, que extingue a pretensão- ação- que protege o direito; a decadência, que atinge o direito de iniciar a ação penal, ou a perempção, que atinge o direito de prosseguir com a ação penal; a renúncia do direito de queixa ou o perdão aceito, nos crimes de ação privada; a retratação do agente, nos casos em que a lei admite; o perdão judicial, nos casos previstos em lei, casos em que é facultado ao juiz não aplicar a pena ao réu em virtude de determinadas circunstâncias expressamente determinadas (BITENCOURT, 2012, p. 861-865).

Há que se ressaltar que a renúncia, a decadência, a perempção e o perdão do ofendido ocorrem sempre antes do trânsito em julgado da sentença e comunicam todos os autores, partícipes do ato ilícito e coautores, com exceção da decadência (BITENCOURT, 2012, p.189).

A renúncia é um ato unilateral que se refere à desistência do direito de ação por parte daquele que é o ofendido, só extinguindo a punibilidade quando for formulada por este ou por seu representante legal (pessoalmente ou por meio de procurador), podendo ser expressa ou tácita. No primeiro caso, ela tem que constar de declaração que deve estar assinada pelo ofendido, pelo seu representante legal ou por procurador com poderes especiais. A tácita, por sua vez, ocorre quando o querelante pratica algum ato que contraria a vontade de exercer a queixa. Ela se refere somente à ação penal privada, não se aplicando aos casos de ação penal pública condicionada à representação. Na ação penal privada subsidiária da pública, também

se aplica a renúncia. Há que se ressaltar que, depois de iniciada a ação penal, a renúncia não é mais cabível (MANZANO, 2010, p.152-154).

A decadência, a seu turno, cabível tanto na ação penal privada exclusiva quanto na ação privada subsidiária, se refere à perda do direito de ação privada ou de representação em decorrência da perda do prazo legal para tal. Com exceção de disposição expressa em contrário, o ofendido decai em seu direito de queixa ou de representação, no prazo de seis meses, contados do dia em que o ofendido ficou sabendo da autoria ou, no caso do artigo 100, § 3º, do CP, do último dia em que se pôde apresentar a denúncia, de acordo com o artigo 103, do CP e do artigo 38, do CPP. Caso o ofendido seja menor de dezoito anos, o prazo decadencial começa a ser contado a partir da data em que completa a maioridade. No caso de crime continuado, o prazo decadencial deve ser contado individualmente (MANZANO, 2010, p.154-157).

A preempção, por sua vez, se refere à perda do direito de prosseguir com a ação penal privada, sendo uma sanção ao querelante diante da inércia deste ou de sua negligência. Caso a ação penal seja subsidiária, não há a ocorrência de preempção, uma vez que o Ministério Público pode assumir a ação como sendo parte principal. Não ocorre preempção, ainda, se o querelante não for intimado, se a sua inércia for justificada ou se esta se dever a motivo de força maior. A preempção se encontra tutelada no artigo 60, *caput* e incisos, do CPP, e ocorre, também, quando houver a morte do querelante nos delitos cujo objeto seja de ação privada personalíssima. A desistência, apesar de não estar expressa em lei como excludente de punibilidade, pode ocorrer caso o queixoso se desinteresse em prosseguir com o feito (MANZANO, 2010, p.157-161).

O perdão do ofendido, por fim, ocorre somente em caso de ação exclusivamente privada, sendo um ato bilateral, somente produzindo efeito caso o perdão seja aceito. Quando isso ocorrer, a punibilidade do agente deve ser declarada extinta pelo magistrado (MANZANO, 2010, p.161-163).

De acordo com Manzano (2010, p.189), esta enumeração não é taxativa, mas sim exemplificativa. Desse modo, ele cita alguns outros exemplos de excludentes de punibilidade, quais sejam: o ressarcimento do dano nos casos de peculato culposo (art.312, § 3º, CP), o cumprimento da pena que é imposta em transação penal; o transcurso do período de prova existente no *sursis*, no *sursis* processual e no livramento condicional.

3. A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE COMO CAUSA ENSEJADORA DE ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A extinção da punibilidade como uma das hipóteses que ensejam a absolvição sumária é um assunto muito polêmico. Quando se considera que esta é uma das causas de absolvição sumária, beneficia-se o acusado na medida em que ele é absolvido, não pairando dúvidas sobre o autor no que se refere ao fato criminoso. De outra banda, quando se considera a extinção da punibilidade sentença terminativa de mérito ou declaratória, não podendo, portanto, ensejar absolvição, sumária no caso, apesar de o acusado não sofrer a sanção penal, ainda pairarão sobre ele dúvidas a respeito do ato delituoso, o que traz inúmeros prejuízos, sobretudo de cunho subjetivo ao acusado, chegando a afrontar princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana.

Muitos doutrinadores, como Bonfim (2012, p. 597), consideram que houve um equívoco do legislador ao elencar as excludentes de punibilidade em um dos incisos do artigo 397. A seu ver, a sentença que julga a extinção da punibilidade do agente é terminativa de mérito, e não irá absolver, nem condenar o acusado.

Nucci (2014, p.627), nesse viés, menciona não considerar adequada a inserção da extinção da punibilidade entre as hipóteses de absolvição sumária. Para ele, se trata de uma decisão meramente declaratória, que não examina mérito para que resulte em absolvição.

Capez (2004, p. 540) completa:

Note-se que o art. 61 do CPP prevê que “Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-la de ofício”. E, segundo a Súmula 18 do STJ: “A sentença concessiva de perdão judicial é declaratória da extinção de punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório”. Desse modo, consoante o entendimento majoritário, a sentença que declara a extinção da punibilidade não é absolutória, pois não realiza qualquer análise quanto à inocência ou culpabilidade do agente, à procedência ou improcedência do pedido.

Entretanto, apesar das críticas apontadas por grande parte dos doutrinados, parte da jurisprudência vem tendendo a reconhecer a extinção da punibilidade como hipótese que enseja a absolvição sumária, mostrando-se mais progressista e condizente com a garantia de dignidade aos acusados e de respeito à cidadania destes. Nesse sentido:

PROCESSO-CRIME DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA - PREFEITO MUNICIPAL - CONTRAVENÇÃO PENAL - PERTURBAÇÃO DO SOSSEGO ALHEIO - PENA MÁXIMA IN ABSTRATO - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO - ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. - Verificando que entre a data do fato e a do presente julgamento para o recebimento da denúncia transcorreu prazo suficiente para o reconhecimento

da prescrição pela pena in abstracto, *necessária é a declaração da extinção da punibilidade do denunciado, absolvendo-o sumariamente.* (TJ- MG, 5ª C., AP: 10000110767860000 MG, Rel. Min. Adilson Lamounier, 04/02/2014).

Ainda nesse viés:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. INQUÉRITO ARQUIVADO EM RAZÃO DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO TRANSCURSO DO PRAZO DECADENCIAL PARA O OFERECIMENTO DE QUEIXA-CRIME, NO QUAL SE APURAVAM OS MESMOS FATOS PELOS QUAIS É PROCESSADO O PACIENTE. SENTENÇA EXTINTIVA DA PUNIBILIDADE QUE TRANSITOU EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. SEGURANÇA JURÍDICA. 1. Paciente processado pelos mesmos fatos que foram objeto de inquérito policial arquivado mediante sentença transitada em julgado para a acusação, na qual se declarou a extinção da punibilidade pelo transcurso do prazo decadencial para o ajuizamento de queixa-crime, assentando que se tratava de crime contra as marcas (lei n. 9.279/96, art. 189), de iniciativa privada (lei n. 9.279/96, art. 199). 2. Prevalência do direito à liberdade com esteio em coisa julgada sobre o dever estatal de acusar. Segurança jurídica. 3. *Superveniência da Lei n. 11.719/08, que, ao alterar o art. 397 do Código de Processo Penal, passou a reconhecer a extinção da punibilidade - independentemente de sua causa - como hipótese de absolvição sumária.* 4. Ordem concedida. (STF, 1ª T., HC: 94982 SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, 31/03/2009).

CONCLUSÃO

Do exposto, podemos concluir o quanto a absolvição sumária se mostra um instituto progressista e garantidor, na medida em que contribui, sobremaneira, para a razoável duração do processo e para assegurar o princípio da dignidade humana aos acusados, uma vez que, nas hipóteses preceituadas nos incisos do artigo 397, do CPP, tal instituto impede que o processo criminal seja postergado para além do necessário.

Além disso, do analisado, puderam-se constatar, sobretudo, dois assuntos controvertidos. O primeiro deles diz respeito à inadmissibilidade da aplicação de absolvição sumária aos inimputáveis. Conforme pudemos observar, apesar de a legislação vetar esta aplicação, há posições que defendem que, havendo ausência de dúvidas sobre a autoria do fato, não sendo, portanto, autor o acusado, a despeito de sua inimputabilidade, deve ele ser absolvido sumariamente, o que mostra um respeito à dignidade deste, vez que ele não terá mais qualquer conexão com o crime, sendo absolvido.

O segundo ponto polêmico e, também, o mais controverso, diz respeito às excludentes de punibilidade como hipótese de absolvição sumária. Grande parte da doutrina não considera cabível que isso se dê, vez que, para esta, a sentença que declara a extinção da punibilidade é terminativa de mérito ou declaratória e não tem o condão nem de condenar e nem de absolver o acusado, diferentemente do que ocorre nos casos de absolvição sumária. Entretanto, nossa jurisprudência vem entendendo de modo diverso, considerando a possibilidade de absolvição sumária caso se comprove a extinção da punibilidade do agente.

A posição de nossos tribunais tem se mostrado mais progressista e garantidora na medida em que dá fim à conexão do agente com o fato delituoso, absolvendo-o. Isso faz com que princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana sejam respeitados, infligindo-se menos sofrimento ao agente acusado do cometimento de um ilícito, posição com a qual concordamos, apesar da devida vênia às críticas acima apontadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Código de processo penal: promulgado em 3 de outubro de 1941. *Vade Mecum*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Código penal: promulgado em 7 de dezembro de 1940. *Vade Mecum*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. (1. Turma). HC 94982 -SP. Paciente: Nelson Kao Wei Chin e Nelson Kao Wi Chin. Impetrante: Janaína Conceição Paschoal e outro. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, 31/03/2009. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4064291/habeas-corpus-hc-94982-sp>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. (5. Câmara). Apelação 10000110767860000- MG. Apelante: Crislaine Aparecida Laurindo. Apelado: Ministério

Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Adilson Lamounier, 04/02/2014. Disponível em:< <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/234141899/apelacao-criminal-apr-10430100011179001-mg>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Curso de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Metodologia científica*. 5. ed. São Paulo: Atlas: 2007.

MANZANO, Luís Fernando de Moraes. *Curso de processo penal*. 1.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal: parte geral*. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 7.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. 4.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 31.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.