

Opinião: Juízo de admissibilidade da acusação e limitação do poder

Não há dúvidas sobre a importância do estudo da base do Direito Processual Penal, aqui entendida como aquilo que a dogmática trata por: ação, jurisdição e processo [1]. Entre os temas, foi o primeiro deles que José Frederico Marques nomeou de "escabroso" [2]. Curiosamente, parte das críticas a respeito do tratamento que se dá (e se deu) à ação tem a ver com uma concepção de Direito Processual Penal que deita raízes na teoria geral do processo (defendida pelo autor paulista). Basta ver, e. g., o que dizem os autores da obra clássica sobre teoria geral do processo, em terras brasileiras: "*Trata-se de direito ao provimento jurisdicional, qualquer que seja a natureza deste — favorável ou desfavorável, justo ou injusto — e, por tanto, direito de natureza abstrata. É, ainda, um direito autônomo (que independe da existência de direito subjetivo material. Nesse sentido, é conexo a uma situação jurídica concreta)*"

E prosseguem os autores: "*o estudo da natureza jurídica da ação, com as conclusões a que chegamos, como também ao processo penal*" [3].



De outro norte, partindo para a construção do que é ação por

meio de uma teoria própria do Direito Processual Penal, é possível definir ação da seguinte forma: "*Ação processual penal é o poder conferido ao Ministério Público, outras autoridades públicas e sujeitos privados, de provocar a jurisdição em relação a um caso penal, visando à instauração de um processo penal principal (ação processual penal em sentido estrito, acusação) ou o conhecimento de outra questão que deva ser objeto de um provimento jurisdicional (modalidades diversas de ação processual penal)*" [4]. Assim, adotando-se essa perspectiva, sobretudo no que se refere à ação processual penal em sentido estrito (acusação), conclui-se que: se a ação é poder, este deve ser limitado, principalmente em face dos direitos do cidadão acusado [5].

Desse modo, entre as garantias constitucionais que limitam o poder punitivo, está o contraditório (artigo 5º, inciso LV, da CF) [6], elemento fundamental para que uma acusação — e respectiva condenação, caso ocorra — seja exercida de maneira legítima [7].

Curiosamente, levando em consideração um suposto juízo de admissibilidade da acusação, é perceptível que o contraditório ficou somente no papel (melhor: "somente" na Constituição), uma vez que o Código de Processo Penal (CPP), na maioria dos casos [8], não estabeleceu um debate prévio entre o órgão acusador e a defesa técnica — melhor forma de se extirpar excessos acusatórios e ilegalidades [9].

Marco Aurélio Nunes da Silveira, prescindindo de modificação legislativa, informa o caminho dado por Lenio Luiz Streck, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Antônio Acir Breda para estabelecer um contraditório prévio ao recebimento (ou não) da acusação: "(...) *A declaração, pelo Supremo Tribunal Federal, da inconstitucionalidade do juízo de admissibilidade sem contraditório prévio, embora sem redução de texto, mediante simples reinterpretação das expressões 'citação', no artigo 396, e 'intimação', no artigo 399. Assim, onde se lê 'citação', ler-se-ia 'intimação', e onde se lê 'intimação', ler-se-ia 'citação'*" [10].

Infelizmente, ainda que se adote a saída citada acima, outro problema atinge a constituição de um Direito Processual Penal democrático: em que pese esteja estabelecido pela Constituição Federal que as decisões do Poder Judiciário deverão ser fundamentadas (artigo 93, inciso IX), e que isso deva ser aplicado no momento de decidir sobre o recebimento da acusação (ainda mais com a interpretação extensiva que deve se fazer do artigo 315, §2º, do CPP), a jurisprudência trata da decisão judicial que recebe a denúncia como mera formalidade, vale dizer, ato que sequer mereceria uma fundamentação concreta [11].

Por derradeiro, pelo tratamento que recebem os temas ação processual penal e juízo de admissibilidade da acusação, necessária uma real mudança no marco legislativo, a fim de se estabelecer, entre outras coisas, um verdadeiro contraditório, informado pelo debate prévio entre acusação e defesa, antes do possível recebimento de uma denúncia ou queixa. Só assim o Direito Processual Penal estará mais bem equipado para limitar o excesso acusatório e, por isso mesmo, o excesso de poder.

[1] "(...) *Aqueles tidos como bases estruturais da trilogia do Direito Processual Penal: ação, jurisdição e processo*" (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. In *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, a. 30, n. 30. 1998, p. 163-198, p. 165). Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1892>. Acesso em: 21/05/2021.

[2] "*È certo que este ainda é — e sempre será — um texto em construção, mas alegro-me com o fato de entregar ao mundo jurídico uma compilação de minha contribuição ao estudo do 'tema verdadeiramente escabroso', como bem definiu José Frederico MARQUES*" (NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. *Por uma teoria da ação processual penal: aspectos teóricos atuais e considerações sobre a necessária reforma acusatória do processo penal brasileiro*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 27). Sobre o livro citado, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, no prefácio: "Ninguém, que se conheça, nos últimos anos (pelo menos uma década), estudou o tema da ação, no direito processual penal, como o Prof. Dr. Marco Aurélio Nunes da Silveira. Isso faz dele, como é sintomático, um grande especialista da matéria, daquele que não se pode olvidar quando se vai tratar do tema".

[3]

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 30º ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 275-276.

[4] NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. *Por uma teoria da ação processual penal...*, p. 227.

[5] A par de ser um eminente penalista e criminólogo, Juarez Cirino dos Santos, quando incursionou no processo penal não deveu nada a nenhum processualista: "O monopólio estatal do poder de punir exclui a *vingança privada* nas sociedades modernas, com alguns desdobramentos necessários. (...) a proteção de inocentes contra abusos do poder punitivo do Estado pressupõe a criação de garantias constitucionais e legais, sintetizadas no conceito de *processo legal devido* (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 9º ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 643).

[6] Aury Lopes Jr. menciona que, para o jurista italiano Fazzalari, o contraditório incorpora a própria noção de processo, distinguindo este do procedimento; e assevera: "Concluindo, entendemos que o pensamento de Fazzalari é da maior relevância para a construção de um processo penal democrático (...). Contudo, sozinho não dá conta de explicar a complexidade do processo penal" (LOPES JÚNIOR, Aury. *Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 310).

[7] Falando exatamente sobre a legitimidade do poder, Aury Lopes Jr. aduz: "Essa é uma premissa básica que norteia toda a obra: questionar a legitimidade do poder de intervenção, por conceber a liberdade como valor *primevo* do processo penal" (LOPES JÚNIOR, Aury. *Fundamentos do Processo Penal...*, p. 7. Vale dizer: no marco de um Estado Democrático de Direito a liberdade não precisa ser justificada, o poder punitivo sim.

[8] Com exceção de alguns procedimentos especiais (crimes funcionais e ações penais originárias), a grande massa das acusações é feita sem contraditório, como ficou estabelecido pela lei 11.719/08, que reformou o procedimento comum (em especial o ordinário).

[9] Num paralelo possível com a literatura, se nota que o mestre português José Saramago parece ter tratado do assunto: "(...) dizia que todo homem é uma ilha, eu, como aquilo não era comigo, visto que sou mulher, não lhe dava importância, tu que achas, **Que é necessário sair da ilha para ver a ilha** (grifo do autor)" (SARAMAGO, José. *O conto da ilha desconhecida*. São Paulo: Companhia Das Letras, p. 40-41). Pois bem, para se ter uma melhor cognoscibilidade a respeito da acusação, é necessário sair dela para melhor enxergá-la. A única forma de fazer isso é analisando o discurso da defesa, que dará uma visão muito mais abrangente da hipótese acusatória.

[10] NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. *Por uma teoria da ação processual penal...*, p. 309-310.

[11] Sobre o tema, pesquisando, entre os anos de 2008 e 2019, as decisões (107 acórdãos) do STJ – em sede de HC e RHC – que julgaram o tema da "decisão de admissibilidade da denúncia", João Henrique de Andrade, Nestor Eduardo Araújo Santiago e Uinie Caminha chegaram à seguinte conclusão: "Por fim, em 4 julgados entendeu-se que o juiz deve apresentar fundamentação concreta" (ANDRADE, João Henrique; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; CAMINHA, Uinie. Decisão de admissibilidade da denúncia no Superior Tribunal de Justiça: uma pesquisa quali-quantitativa. In *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 7, n. 1, p. 511-534, jan./abr. 2021, p. 529). Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i1.389>. Acesso em: 22/05/2021.

Date Created

25/05/2021