



O RECEBIMENTO IMPLÍCITO OU TÁCITO DA DENÚNCIA NO PROCESSO PENAL COMO HIPÓTESE DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES

RECEIPT OR IMPLIED WITHDRAWAL OF TACIT IN CRIMINAL PROCEDURE AS VIOLATION OF CIRCUMSTANCES DUE TO THE PRINCIPLES OF LAWSUIT AND MOTIVATION OF DECISIONS

¹Marcelo Serrano Souza

²Jussara Maria Moreno Jacintho

RESUMO

O presente artigo analisa o recebimento implícito ou tácito da denúncia no processo penal à luz dos princípios constitucionais do devido processo legal e da motivação das decisões. O estudo apresenta a necessidade de um discurso racional para legitimar as decisões judiciais em relação ao jurisdicionado. A temática é abordada pelo método dedutivo, por meio de pesquisa doutrinária e jurisprudencial. O artigo pretende responder se e em que medida o recebimento implícito ou tácito da denúncia implica violação ao devido processo legal e à motivação das decisões, sob a ótica de um sistema jurídico coerente.

Palavras-chave: Recebimento implícito ou tácito da denúncia, Princípio da motivação das decisões, Sistema jurídico incoerente

ABSTRACT

This article analyzes the implicit or tacit receipt of the complaint in criminal proceedings in the light of constitutional principles of due process and the reasons for decisions. The study shows the need for a rational discourse to legitimate judicial decisions in relation to the claimants. The issue is addressed by the deductive method, through doctrinal and jurisprudential research. The article aims to answer whether and to what extent the implicit or tacit receipt of the complaint involves a violation of due process and the reasons for decisions from the perspective of a coherent legal system.

Keywords: Implicit or tacit receipt of the complaint, The principle of the reasons for decisions, Incoherent legal system

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Sergipe, UFS – SE, (Brasil).

E-mail: celo_serrano@hotmail.com

² Doutora em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC – SP, (Brasil).

Professora de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe, UFS – Se, (Brasil).

E-mail: j.jacinto@uol.com.br



1. INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende analisar o momento processual referente ao recebimento implícito ou tácito da denúncia no processo penal à luz do princípio constitucional da motivação das decisões.

Em primeira análise, a abordagem recai sobre a dogmática jurídico-penal e a construção de um discurso racional, de tudo a demonstrar que a pretensão de convencimento em relação ao cidadão é um caminho a ser perseguido pelo magistrado para obter um voto de credibilidade.

E, mais, essa estrutura lógico-normativa simboliza a representação argumentativa do Poder Judiciário a fim de conferir maior legitimidade às decisões. O estudo também abrange a concepção de que quanto maior o número de relações de fundamentação entre duas declarações, maior será a coerência do sistema jurídico. No caso específico, a primeira declaração seria a apresentação da denúncia e a segunda a decisão que a recebe.

O presente artigo propõe a ideia de que a motivação da decisão realiza os valores da segurança jurídica e da legitimidade dos juízes, bem assim viabiliza o controle racional da decisão pela instância judicial superior. Nesse sentido, um dos objetivos é demonstrar que o constituinte optou por conceber o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal como garantia processual de motivação de todas as decisões judiciais, uma espécie de desdobramento do devido processo legal.

A abordagem será realizada pelo método dedutivo, por meio de pesquisa doutrinária, em especial do direito constitucional e do direito processual penal, bem como do exame de textos legais e da análise da jurisprudência pátria. A contraposição de argumentos e dados existentes na doutrina e na jurisprudência será desenvolvida pelo método dialético, a fim de obter uma conclusão juridicamente embasada.

A título de justificativa do presente artigo, a sua relevância está em que o recebimento da denúncia consubstancia o início de uma ação penal que pode resultar em graves consequências ao convívio familiar e social do indivíduo processado. Nesse contexto, pretende-se saber se a ausência de fundamentação para o ato jurisdicional que recebe a peça acusatória ofende os princípios do devido processo legal e da motivação das decisões.

Ao final, após a exposição da jurisprudência no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, bem como de doutrina relacionada ao tema, busca-se concluir



se e em que medida o recebimento implícito ou tácito da denúncia implica violação ao devido processo legal e ao princípio da motivação das decisões, sob a ótica de um sistema jurídico coerente.

2. A DOGMÁTICA JURÍDICA E A CONSTRUÇÃO DE UM DISCURSO RACIONAL

De início, sabe-se que a legitimidade dos poderes Executivo e Legislativo é democrática, ao passo que a legitimidade do Poder Judiciário é argumentativa. Em outras palavras, a representação política seria desempenhada pelo parlamento e a representação argumentativa seria exercida pelos juízes (ALEXY, 2015a, p. 53).

Nesse ponto, surge a relevância do discurso racional como elemento de pacificação social por meio de estrutura lógico-normativa que, de certa forma, afasta decisões judiciais arbitrárias e fundadas simplesmente no poder.

Robert Alexy sustenta que “o discurso precisa do direito para obter realidade e o direito do discurso para obter legitimidade” (ALEXY, 2015a, p. 33). Em linhas gerais, o direito como norma que regula a vida em sociedade qualifica o discurso como real, bem como o discurso – sobretudo o racional – confere legitimidade à ciência jurídica perante os membros dessa mesma sociedade.

O referido jusfilósofo ainda leciona que se deve buscar um discurso do qual ninguém seja excluído e que não haja dominação de qualquer agente, sempre com argumentação clara e precisa baseada em suposições acertadas ou prováveis sobre as circunstâncias fáticas. (ALEXY, 2015a, p. 29).

A propósito, Luís Roberto Barroso anuncia que a argumentação é “a atividade de fornecer razões para a defesa de um ponto de vista, o exercício de justificação de determinada tese ou conclusão” (BARROSO, 2015, p. 378). Por isso, nada mais coerente do que a decisão judicial percorrer um processo racional e discursivo a fim de demonstrar a correção e a justiça da solução adotada para o caso concreto.

O texto e a vontade (lei), os precedentes e a dogmática constituem as bases do discurso racional. Em regra, a aplicação da lei se dá por meio da subsunção do fato à norma, circunstância em que o magistrado indica qual é o direito vigente mais adequado ao caso

concreto. Os precedentes contribuem para a racionalidade do discurso e, por consequência, da decisão judicial, porquanto a identificação de similitudes fáticas e jurídicas em casos já apreciados tem o condão de evitar decisões contraditórias no âmbito do próprio Poder Judiciário.

Como terceiro elemento do discurso racional, a dogmática jurídica nada mais é do que “uma tentativa de se dar uma resposta racionalmente fundamentada a questões axiológicas que foram deixadas em aberto pelo material normativo previamente determinado”. Desse modo, a identificação do conjunto normativo mais adequado ao caso concreto pressupõe valorações e, por consequência, fundamentação. (ALEXY, 2015b, p. 36).

O caminho para a construção de um processo racional e discursivo para identificar a solução justa para um caso concreto passa por três elementos fundamentais: a linguagem, as premissas como ponto de partida e as regras de passagem dessas premissas à conclusão. Segundo Luís Roberto Barroso, a substituição da lógica formal ou dedutiva pela razão prática, sobretudo com o desenvolvimento da argumentação jurídica, conduz ao controle da racionalidade das decisões judiciais. (BARROSO, 2015, p. 379).

Ao justificar uma decisão, o magistrado não só expõe um discurso informativo, mas também um discurso persuasivo para que os destinatários do processo – as partes e a sociedade – tenham credibilidade na função jurisdicional. A ideia é convencer as partes de que o direito aplicado ao caso concreto é a solução mais adequada dentro do ordenamento jurídico. Essa é a doutrina do professor Tércio Sampaio Ferraz Jr.:

O discurso dogmático sobre a decisão não é só um discurso ‘informativo’ sobre como a decisão deve ocorrer, mas um discurso ‘persuasivo’ sobre como se faz para que a decisão seja acreditada pelos destinatários. Visa despertar uma atitude de crença. Intenta motivar condutas, embora não se confunda com a eficácia das próprias normas. Por isso a ‘verdade’ decisória acaba se reduzindo, muitas vezes, à decisão prevalecente, com base na motivação que lhe dá suporte. (FERRAZ JR., 1994, p. 344).

A dogmática jurídica fixa aspectos fundamentais em relação aos atos decisórios e sua respectiva motivação, de modo a reconhecer seu caráter complementar e instrumental em prol da efetivação de inúmeras normas constitucionais e processuais, a exemplo do livre e motivado convencimento do juiz, da independência e da imparcialidade da função judicante e do devido processo legal, todos sob a égide de um Estado Democrático de Direito.

Ao dissertar sobre as propriedades da estrutura da fundamentação de um sistema jurídico, Robert Alexy adverte que “uma exigência mínima de coerência é que entre as



declarações de um sistema, no fundo, existam relações de fundamentação”. (ALEXY, 2015a, p. 120).

Dessa forma, quanto maior o número de relações de fundamentação entre duas declarações, maior será a coerência do sistema jurídico. A ideia proposta pelo presente artigo – e que será abordada em tópico próprio – é analisar se o recebimento implícito ou tácito da denúncia traduz uma coerência aceitável para um sistema jurídico que homenageia não só a necessidade de motivação de todas as decisões judiciais, mas a prevalência de direitos e garantias fundamentais.

Por oportuno, destaque-se que há diferença entre persuasão e convencimento. Na visão de Robert Alexy, “quem busca somente o acordo de um auditório particular, persuade; quem se esforça em alcançar o auditório universal, quer convencer”. (ALEXY, 2008, p. 171).

Nota-se, portanto, que o livre e motivado convencimento do julgador não se dirige a um público restrito, mas sim a todos que tiverem acesso à sua decisão, seja para efeito de facilitar o controle das razões pela instância superior, seja para efeito de angariar legitimidade argumentativa dos jurisdicionados.

Segundo a lição do professor Ricardo Maurício Freire Soares, o dever de motivação mantém íntima relação com o sistema da livre convicção, razão pela qual quanto maior a discricionariedade do juiz, maior a necessidade de fundamentar sua decisão. E, mais, à luz do sistema da livre convicção ou da verdade real, “o juiz forma livremente o seu convencimento, porém dentro de critérios racionais, lógico-jurídicos preestabelecidos, os quais devem ser expressamente indicados”. (SOARES, 2008, p. 78).

Ainda, segundo Robert Alexy, aquele que fundamenta algo pretende aceitar o outro como parte na fundamentação e não simplesmente exercer sobre ele coerção ou se apoiar na coerção de outros agentes do discurso. Em outras palavras, “pretende assegurar sua asserção não só perante seu interlocutor, mas perante qualquer um”. (ALEXY, 2008, p. 194).

Registre-se que a atual conjuntura constitucional exige um processo cooperativo pautado em um constante diálogo intersubjetivo entre as partes, o magistrado e, em alguns casos, outros sujeitos intervenientes, de tudo a permitir a efetiva participação do cidadão na formação do convencimento judicial e, por corolário, da vontade estatal manifestada no caso concreto.

No tocante à carga de argumentação, é relevante ressaltar que quem pretende tratar uma pessoa de modo diferenciado em relação a outra, atrai para si a obrigação de fundamentar sua posição. Na medida em que “as regras de razão fundamentam uma presunção em favor da igualdade”, devem ser apresentadas razões para justificar eventual desvio de tratamento. (ALEXY, 2008, p. 197).

Apenas a título de nota, até porque a regra é a igualdade entre todos os brasileiros – ao menos, formal –, consoante disposto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, bem assim que, à luz do direito processual penal, a presunção é de inocência e não de culpabilidade, o ato decisório que afasta o cidadão dessa regra constitucional atrai para si o ônus da argumentação jurídica.

Segundo Luigi Ferrajoli, a igualdade jurídica é precisamente a igualdade em direitos, isto é, uma relação que une a classe de sujeitos à titularidade de certos direitos, os quais podem ser universais ou fundamentais, se garantidos a todos e em igual medida. (FERRAJOLI, 2001, p. 80-81).

As discriminações são as desigualdades antijurídicas, situação em que o princípio da igualdade é violado por uma situação fática de desrespeito a um direito fundamental. É um tratamento desigual em relação a diferenças tuteladas pelo princípio da igualdade. O objetivo de qualquer política democrática de direito é remover as discriminações por meio de garantias idôneas. (FERRAJOLI, 2001, p. 83).

Portanto, segundo as bases do discurso racional, a opção do magistrado por eventual tratamento diferenciado a um indivíduo exige um processo racional e democrático de fundamentação e não autoriza a restrição das razões da decisão ao seu próprio autor.

Desse modo, a motivação pode ser definida como a apresentação ou exposição das razões que levam um magistrado a proferir determinada decisão, inclusive com as necessárias justificativas fáticas e jurídicas determinantes para o caso concreto.

A racionalidade e, por consequência, a legitimidade da decisão em face dos jurisdicionados são extraídas de uma adequada e lógica fundamentação e não de convicção interna, reservada e – quiçá – arbitrária do magistrado.



3. O DIREITO PENAL – SUA LEGITIMAÇÃO E SEUS OBJETIVOS

Sabe-se que o Direito Penal deve ser utilizado como *ultima ratio* na solução de conflitos sociais, razão pela qual a sua incidência – notadamente na esfera de liberdade do indivíduo – somente há de ocorrer quando não existir outra medida de controle sociopolítico menos gravosa aos direitos fundamentais do cidadão.

Segundo a doutrina de Claus Roxin, a legitimação do Direito Penal para proporcionar a todos uma existência pacífica, livre e igualitária surge sempre que outras soluções menos onerosas aos direitos e às garantias individuais não sejam passíveis de adoção, a exemplo da proteção a bens jurídicos no âmbito do Direito Civil, do Direito Administrativo ou de outras medidas judiciais de caráter preventivo nos demais ramos do direito. (ROXIN, 2008, p. 32-33).

Por outro lado, Zaffaroni menciona a existência de um caráter seletivo do Direito Penal, intrinsecamente relacionado a uma forma de contenção da criminalidade. Além disso, ao longo da história, o poder punitivo do Estado discriminou determinados grupos de indivíduos, muitas vezes com a adoção de tratamento que em nada correspondia à condição de pessoa titular de direitos e garantias. (ZAFFARONI, 2007, p. 11).

A punição alcançava seres humanos que estavam à margem do poder e, portanto, mais vulneráveis a todo o tipo de violência e de arbitrariedade. Por considerá-los inimigos da sociedade, o controle deveria recair sobre esses seres discriminados.

De acordo com Foucault, a infração da lei penal contrapõe o indivíduo à sociedade que, a partir de então, assume uma espécie de legitimidade para impor uma punição contra aquele que – em tese, se admitida a hipótese de início da ação penal com o oferecimento de uma denúncia – atentou contra a paz social.

Na visão do referido jurista, esse cenário apresenta uma luta desigual, em que o infrator é, agora, inimigo comum da sociedade que, por sua vez, exerce o poder punitivo por meio de órgãos e instituições bem estruturados para fazer valer a norma penal. (FOUCALT, 2011, p. 86).

Diante desse contexto, nota-se que, sobretudo no processo penal, a racionalidade da decisão está em sua motivação. E, mais, a legitimação do Direito Penal depende, de certo modo,



da aceitabilidade social da norma penal, enquanto que sua justificação ocorre por meio dos fins por ela perseguidos ou almejados.

A dogmática jurídico-penal desempenha função instrumental que se baseia em pressupostos lógicos e racionais para justificar o monopólio do *ius puniendi* do Estado, bem assim para que o jurista aplique ao caso concreto aquilo que o legislador entendeu relevante para manter a paz e a ordem na sociedade.

Ante a influência liberal, o Direito Penal tem como objetivo assegurar direitos fundamentais do indivíduo em face do Estado, daí a relevância da dogmática penal como mecanismo que concretiza a segurança jurídica e, por consequência, racionaliza o discurso e a decisão judicial no Estado Democrático de Direito.

Além de configurar obstáculo à arbitrariedade e à violência privada, a interferência estatal por meio do Direito Penal visa garantir a paz, a segurança e a convivência social harmônica, em especial para que o respeito aos direitos fundamentais fortaleça o sentimento constitucional do cidadão.

Malgrado as breves considerações sobre a legitimação e os objetivos do Direito Penal, em especial sob o viés do constitucionalismo e dos direitos fundamentais dos indivíduos, a motivação de um ato decisório no processo penal traduz a indispensável racionalidade para que a sociedade tenha ciência das razões pelas quais determinado comportamento justifica o direito de punir do Estado.

4. O PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS COMO DECORRÊNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

É certo que, inserido no ápice do sistema jurídico como vetor axiológico de interpretação das demais normas, o princípio da dignidade da pessoa humana informa os objetivos a serem alcançados pelos cidadãos e pela sociedade em geral, de maneira a irradiar seus efeitos sobre o “direito positivo pátrio, inclusive, iluminando a compreensão do sentido e alcance do devido processo legal”. (SOARES, 2008, p. 70-71).

Em sua acepção formal ou procedimental, o devido processo legal apresenta um extenso rol de garantias constitucionais – em regra, enunciadas na forma de princípios jurídicos – que assegura o exercício de direitos e faculdades processuais às partes e, ao mesmo tempo, legitima a função jurisdicional. (SOARES, 2008, p. 73-74).



O artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, dispõe que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”, de tudo a revelar a opção do constituinte pela garantia processual da motivação das decisões, uma espécie de desdobramento do princípio do devido processo legal, previsto no texto constitucional em seu artigo 5º, inciso LIV.

Além de tornar o processo judicial mais transparente e democrático, a exposição da motivação racional que conduz o magistrado à solução do caso concreto permite que a parte possa impugnar precisa e pontualmente as razões da decisão, assim como viabiliza o seu controle pela instância superior. Em síntese, o ato de motivar significa justificar ou fundamentar uma escolha ou decisão do magistrado.

Cumprido salientar que o dever de motivação das decisões judiciais é um elemento essencial à legitimidade do Poder Judiciário perante a sociedade, de modo a exigir que o magistrado seja “consistente e transparente quando estiver expondo as razões de decidir, sob pena da própria nulidade do ato judicial”. (MARMELSTEIN, 2014, p. 186).

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal sufragou entendimento de que “o referido dispositivo constitucional exige que o órgão jurisdicional explicita as razões do seu convencimento, dispensando o exame detalhado de cada argumento suscitado pelas partes”. (STF, ARE 830201 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 25.11.2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-242 DIVULG 10.12.2014 PUBLIC 11.12.2014).

Por outro lado, é mediante a motivação que o magistrado demonstra se e em que medida “apreendeu os fatos e interpretou a lei que sobre eles incide, propiciando, com as indispensáveis clareza, lógica e precisão, a perfeita compreensão da abordagem de todos os pontos questionados e, conseqüente e precipuamente, a conclusão atingida”. (TUCCI, 2011, p. 196).

Dessa forma, a legitimidade do discurso decisório decorre da efetiva possibilidade de que o sujeito processual alcançado pela atividade judicante tenha meios viáveis para que suas pretensões e angústias sejam levadas em consideração pelo magistrado. Aliás, “é por meio da publicidade da motivação que os destinatários do *decisum* poderão se inteirar dos contornos intencionais que circundaram a sua construção”. (MELO, 2014, p. 85).

No plano subjetivo, a finalidade da motivação é justamente explicitar as razões que construíram a decisão ainda no âmbito da intuição do julgador. Já o plano objetivo pretende convencer as partes do processo, em especial a desfavorecida pelo ato decisório, no sentido de



que o magistrado “se ateuve à realidade fática e jurídica retratada nos autos do processo”. (TUCCI, 2011, p. 196).

Nos termos da doutrina de Ricardo Maurício Freire Soares, a motivação da decisão realiza os valores da segurança jurídica e da legitimidade dos juízes, “conferindo aos cidadãos a garantia de que serão julgados conforme o devido processo legal e que não estarão sujeitos ao voluntarismo do Poder Judiciário”. (SOARES, 2008, p. 78-79).

O próprio texto constitucional compreende o direito processual “não mais como mero conjunto de regras acessórias de aplicação do direito material, mas, cientificamente, como instrumento público de realização da justiça”. (CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO, 2014, p. 99).

E esse ideal de justiça encontra um rol extenso de garantias fundamentais no artigo 5º da Constituição Federal, a exemplo do princípio do devido processo legal. O professor Ingo Wolfgang Sarlet afirma que a maioria dos direitos previstos no referido dispositivo constitucional integra a categoria de “direitos-garantia” que, “além de sua função instrumental (assecuratória e protetiva), podem ser consideradas autêntico direito subjetivo”. (SARLET, 2015, p. 186).

A motivação das decisões judiciais é elemento propulsor da efetiva participação dos sujeitos nas etapas do processo e na formação do livre convencimento do juiz. O princípio processual da motivação pode ter como referência o *status activus processualis* de Peter Häberle, “integrando a categoria dos direitos à participação na organização e procedimento, o que se aplica principalmente às garantias de cunho processual”. (SARLET, 2015, p. 186-187).

Essa possibilidade de controle das decisões judiciais não se restringe às impugnações previstas na norma processual, conhecida como controle endoprocessual, mas deve se garantir, sobretudo, a possibilidade de um “controle ‘generalizado’ e ‘difuso’ sobre o modo como o Estado administra a Justiça”, o que evidencia a possibilidade de um controle extraprocessual pelo cidadão (WAMBIER, 2007, p. 314).

Há autores que salientam essa função política inerente à motivação das decisões judiciais, na medida em que não só as partes e a instância recursal são seus destinatários, mas qualquer um do povo “com a finalidade de aferir-se em concreto a imparcialidade do juiz e a legalidade e justiça das decisões”. (CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO, 2014, p. 87).



Por essas razões, até mesmo para que o devido processo legal seja realizado na maior medida possível no Estado Democrático de Direito, a motivação é pressuposto para a própria racionalidade das decisões judiciais e, por conseguinte, para a participação inclusiva do cidadão na formação da vontade estatal.

5. O RECEBIMENTO IMPLÍCITO OU TÁCITO DA DENÚNCIA NO PROCESSO PENAL: UMA HIPÓTESE DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Como já foi dito em tópico precedente, o Direito Penal simboliza um dos poderes estatais mais temidos pelo indivíduo, seja porque sua execução pressupõe, de certa maneira, uma violência direta contra as pessoas, seja porque a relação entre autoridade e liberdade e entre segurança social e direitos individuais é, por si só, um terreno fértil para conflitos das mais diversas naturezas. (FERRAJOLI, 2006, p. 15).

Segundo o professor Aury Lopes Júnior, “a pessoa submetida ao processo penal perde sua identidade, sua posição de respeitabilidade social, passando a ser considerada desde logo como delinquente, ainda antes mesmo da sentença e com o simples indiciamento”. Ainda, diz que a condição social do processado se altera substancialmente e, até mesmo, sua identidade é degradada perante seus pares e sua família. (LOPES JÚNIOR, 2001, p. 51).

O início de uma ação penal pública se dá com o oferecimento da denúncia pelo membro do Ministério Público que, dentre outros requisitos, deve conter a exposição do fato delituoso “com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas”, consoante o disposto no artigo 41 do Código de Processo Penal.

Percebe-se, desde já, certa preocupação do legislador a fim de evitar denúncias lastreadas em meras suposições ou ilações, sobretudo em razão da inevitável angústia que a simples instauração de uma ação penal causa ao indivíduo.

Em especial quanto aos procedimentos sumário e ordinário, “oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias”, nos termos do artigo 396 do Código de Processo Penal.

Da leitura do dispositivo supracitado, verifica-se que o juiz tem a faculdade de rejeitar liminarmente a inicial acusatória, desde que manifestamente inepta, falte pressuposto



processual ou condição para o exercício da ação penal ou, ainda, não esteja presente a justa causa para a ação penal, tudo em conformidade ao disposto no artigo 396 do Código de Processo Penal.

Na prática, o que se observa é que, para rejeitar a denúncia, o magistrado apresenta motivação expressa, ao passo que, para receber a peça acusatória, há apenas uma determinação para que o réu seja citado para apresentar defesa e a designação de audiência, sem qualquer menção às razões pelas quais a denúncia foi recebida.

Seria possível sustentar que o pronunciamento que analisa a admissibilidade da denúncia é um despacho ordinatório ou de mero expediente e, por isso, dispensaria qualquer fundamentação pelo magistrado? Para responder a essa questão, tem-se que avaliar a existência ou não de carga decisória no ato que recebe a inicial acusatória.

Primeiramente, o professor Fernando da Costa Tourinho Filho afirma que “os despachos de expediente são atos singelos, pertinentes à movimentação do processo”. (TOURINHO FILHO, 2000, p. 82).

Diante desse conceito, bem como das gravosas consequências decorrentes da instauração de uma ação penal que, ao fim, pode resultar na restrição de um dos mais caros bens jurídicos do indivíduo – a liberdade –, o presente artigo adota o entendimento de que o recebimento da denúncia é ato jurisdicional de forte teor decisório. Ainda, ousa-se pensar que se está diante de uma das mais importantes decisões que o magistrado pode proferir no curso do processo penal.

O juízo positivo de admissibilidade da denúncia não significa outra coisa senão a constatação da própria viabilidade da persecução penal, diante dos elementos narrados pelo órgão ministerial e das provas por ventura anexadas à peça de acusação. Como dito alhures, há uma espécie de estigmatização do indivíduo pelo simples fato de figurar como processado/acusado.

Por certo, o Estado Democrático de Direito não é compatível com um ato de tamanha carga decisória, como o é o recebimento da denúncia, sem a necessária e racional fundamentação, sobretudo para que o indivíduo compreenda as razões que levaram o Estado a exercer o *ius puniendi* e, com isso, possa melhor exercer seu direito ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa.



Há outros fundamentos para se considerar o recebimento da denúncia como ato decisório e não de mero expediente. Destaque-se que, ajuizada e recebida a ação penal, a hipótese é de prevenção do juízo competente, nos moldes do artigo 83 do Código de Processo Penal.

Ademais, há de se ressaltar que o recebimento da denúncia qualifica o juiz como possível autoridade coatora para se definir eventual competência para impetrar *habeas corpus* em face de constrangimento ilegal consistente, a título de exemplo, na ausência de justa causa para o exercício da ação penal.

No âmbito do direito material, o recebimento da denúncia é hipótese de interrupção da prescrição da pretensão punitiva do Estado, segundo o disposto no artigo 117, inciso I, do Código Penal.

A título de nota, é relevante registrar que o Projeto de Lei n. 4.207/2001, em sua redação original, pretendia a reforma parcial do Código de Processo Penal, inclusive para constar no seu artigo 396 que "o juiz, **fundamentadamente**, decidirá sobre a admissibilidade da acusação, recebendo ou rejeitando a denúncia ou queixa". (grifou-se).

Apesar da tentativa de aproximação entre a lei ordinária e o texto constitucional, principalmente para efetivar o princípio da motivação das decisões judiciais, a verdade é que o referido projeto de lei foi convertido na Lei Federal n. 11.719/2008 e a exigência expressa de fundamentação para o recebimento da denúncia foi suprimido do texto definitivo.

Não fossem suficientes esses argumentos para firmar posicionamento no sentido de que o ato que recebe a denúncia é decisão e, portanto, exige fundamentação, é importante citar o procedimento especial da Lei Federal n. 8.038/90, que trata das ações penais originárias perante os tribunais. O seu artigo 4º prevê que o acusado terá a oportunidade de apresentar defesa antes que o magistrado receba a denúncia.

Dado o procedimento específico que privilegia o contraditório e a ampla defesa, com a alegação dos mais variados argumentos, o recebimento da denúncia em ação penal originária ocorre de maneira fundamentada e em conformidade ao disposto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Outro exemplo em que a decisão que recebe a denúncia é proferida com fundamentação expressa é o previsto no artigo 514 do Código de Processo Penal, procedimento especial para o processamento de crimes funcionais supostamente cometidos



por servidores públicos. A finalidade de se garantir a defesa prévia é justamente reduzir os riscos de uma denúncia formulada sem o lastro de um inquérito policial.

Não se defende nesse artigo que o magistrado deva exercer juízo exauriente sobre a causa, mas apenas de cognição sumária e, portanto, restrito à verificação do *fumus commissi delicti* para efeito de admitir o início da ação penal.

Em um processo penal democrático, a eficácia dos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e, até mesmo, o da presunção de inocência tem íntima relação com a decisão do juiz e o seu modo de conduzir o processo.

Não por outra razão, Luigi Ferrajoli defende a relevância do cognitivismo processual, elemento epistemológico do garantismo penal composto por dois enunciados: a) jurisdiicionalidade estrita, sob as vertentes da verificabilidade ou da refutabilidade da tese de acusação por meio da comprovação empírica; e b) o princípio da legalidade restrita, segundo o qual “ninguém pode ser punido senão por um fato já cometido e exatamente previsto na lei como delito”. (FERRAJOLI, 2006, p. 45).

Ainda segundo Ferrajoli, a atuação do juízo penal deve ocorrer em observância ao que denomina de “saber-poder”. Dessa forma, as decisões judiciais seriam motivadas por meio da preponderância do “saber”, o que constituiria instrumento idôneo e efetivo de controle da racionalidade, em especial no tocante ao grau de convencimento do magistrado em relação à autoria e à materialidade do delito. Nas palavras do jurista italiano, o “saber” ou conhecimento dos fatos pode legitimar o “poder” coercitivo e punitivo do Estado, desde que esteja presente a motivação. (FERRAJOLI, 2006, p. 49).

Conforme exposto em tópico anterior, quanto mais racional a argumentação apresentada pelo magistrado, maior será a possibilidade de controle pela instância recursal ou pelo próprio cidadão. É certo que, no âmbito da motivação utilizada pelo juiz, deve constar a norma penal que tipifica a conduta do indivíduo como sendo um desvio punível pelo ordenamento jurídico, além da própria descrição dos fatos e dos respectivos meios de comprovação empírica. Esse é o percurso racional em que o “saber” prevalece sobre o “poder”.

No sistema jurídico brasileiro, mormente para a realização do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, todas as decisões do Poder Judiciário devem ser motivadas, sob pena de nulidade absoluta, consoante o disposto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, e no artigo 381, inciso III, do Código de Processo Penal. A única



ressalva constitucional fica por conta dos jurados, no âmbito do Tribunal do Júri, cuja decisão se dá pelo sistema da íntima convicção das provas apresentadas e, por isso, dispensam a expressa motivação.

De outro lado, na linha doutrinária do professor Eugênio Pacelli de Oliveira, a liberdade que o magistrado possui quanto ao seu próprio convencimento não o exime, contudo, de declinar a necessária fundamentação ou motivação de seu ato decisório. (OLIVEIRA, 2005, p. 286).

Seja para decisões definitivas, terminativas ou interlocutórias, a fundamentação é imprescindível e sua ausência é causa de nulidade absoluta, sobretudo ante os mandamentos constitucionais dos artigos 5º, inciso LIV, e 93, inciso IX. Nessa linha de intelecção, o professor Rogério Lauria Tucci defende que, quanto aos atos decisórios, “sejam eles finais, sejam interlocutórios, devem ser devidamente fundamentados, representando a falta de fundamentação afronta à garantia da motivação, e, portanto, causa de nulidade insanável”. (TUCCI, 2011, p. 201).

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, já se acolheu a tese de que “se se exige a rejeição da denúncia (ato negativo) em despacho fundamentado, também a decisão que a recebe (ato positivo) há de ser, sempre e sempre, devidamente fundamentada”. Na ocasião, o Tribunal da Cidadania concluiu que, se a motivação não fosse exigida para o recebimento da denúncia, estar-se-ia privilegiando a pretensão punitiva em desfavor da liberdade, o que, segundo os ministros, seria um contrassenso sob a ótica do sistema jurídico brasileiro em que a regra é justamente a liberdade do indivíduo. (STJ, HC n. 76.319/SC, Rel. Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 11.12.2008, DJe 23.03.2009).

Da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento no sentido de que seria necessária fundamentação para efeito de recebimento da denúncia, sob pena de configurar hipótese de nulidade, *verbis*:

EMENTA: AÇÃO PENAL. Denúncia. Rejeição pelo juízo de primeiro grau. Recebimento em recurso em sentido estrito. Repúdio ao fundamento da decisão impugnada. Acórdão carente de fundamentação sobre outros aspectos da inicial. Nulidade processual caracterizada. Não conhecimento do recurso extraordinário. Concessão, porém, de habeas corpus de ofício. É nula a decisão que recebe denúncia sem fundamentação suficiente sobre a admissibilidade da ação penal. (STF, RE 456673, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 31.03.2009, DJe-094 DIVULG 21.05.2009 PUBLIC 22.05.2009 EMENT VOL-02361-05 PP-01086).



Entretanto, o recente e diametralmente oposto entendimento perfilhado pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal considera válido o recebimento da denúncia sem qualquer fundamentação – até mesmo concisa –, inclusive por meio de decisões que se limitam a determinar a prática de atos no sentido do prosseguimento da ação penal, a exemplo da simples designação de data para audiência de instrução e julgamento, *litteris*:

TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ARTIGOS 33 E 35 DA LEI 11.343/2006). RECEBIMENTO IMPLÍCITO DA DENÚNCIA. DESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. POSSIBILIDADE. MÁCULA NÃO CARACTERIZADA.

1. O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal possuem o entendimento de que é possível presumir o recebimento implícito da exordial acusatória quando o Juiz designa data para audiência de instrução e julgamento, isto é, quando pratica atos no sentido do prosseguimento da ação penal deflagrada.

2. No caso dos autos, conquanto não tenha afirmado expressamente que a denúncia havia sido recebida, a togada singular agendou audiência para o dia 17.9.2009, o que revela que, ainda que tacitamente, acolheu a vestibular apresentada pelo órgão ministerial.

(STJ, Habeas corpus 194.601/BA, Relator: Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 13.08.2013).

EMENTA Recurso ordinário em habeas corpus. Crime de formação de quadrilha (CP, art. 288, caput) e corrupção passiva (CP, art. 317, caput e §

1º). Pretensão ao reconhecimento de nulidade da decisão de recebimento da denúncia, diante de proclamada ausência de fundamentação válida (CF, art.

93, IX). Decisão do Superior Tribunal de Justiça negando conhecimento ao writ por ser ele substitutivo do recurso ordinário cabível. Precedentes da Corte. Nulidade inexistente. Ausência de prejuízo. Recurso não provido.

[...] 2. É firme a jurisprudência do Supremo Tribunal no sentido de que a “a decisão de recebimento da denúncia prescinde de fundamentação por não se equiparar a ato decisório para os fins do art. 93, inc. IX, da Constituição da República” e de que “o princípio do pas de nullité sans grief exige, sempre que possível, a demonstração de prejuízo concreto pela parte que suscita o vício”. Precedentes.

3. Recurso a que se nega provimento.

(STF, RHC 118379, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 11.03.2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-063 DIVULG 28.03.2014 PUBLIC 31.03.2014).

Data venia, o presente artigo se filia ao entendimento jurisprudencial anterior, sobretudo porque o ato jurisdicional que recebe a denúncia tem elevada carga decisória e inegável impacto na vida do cidadão processado, inclusive com nefastas consequências para o seu convívio social e familiar.

Outrossim, o recebimento implícito ou tácito da inicial acusatória não se coaduna com o Estado Democrático de Direito e todos os direitos e garantias fundamentais por ele concebidos, a exemplo do devido processo legal e do seu corolário princípio da motivação das decisões, previsto no artigo 93, inciso IX, do texto constitucional.



A propósito, a dogmática jurídico-penal e o discurso racional impõem seja o ato que inicia a ação penal devidamente fundamentado, de modo que não basta a afirmação da coexistência do fundamento razoável da acusação e do legítimo interesse do Estado. Nesse ponto, o professor Rogério Lauria Tucci adverte que “é absolutamente necessário que o órgão jurisdicional justifique-os, em consonância e perfeita harmonia com os elementos colhidos nos autos de investigação criminal ou constantes das peças de informação”. (TUCCI, 2011, p. 210).

A teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, já referenciada nesse artigo, demonstra que a representação argumentativa do Poder Judiciário é a solução mais adequada para conquistar a credibilidade do cidadão, considerando que a representação política é do Parlamento.

Portanto, até mesmo em atenção à isonomia processual das partes no processo penal, se o magistrado fundamenta a rejeição de uma denúncia, também deve fazê-lo para o seu recebimento. Caso contrário, a pretensão punitiva do Estado terá um valor superior à liberdade do cidadão, reflexão já formulada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Como ressaltado no primeiro tópico desse artigo, quanto mais relações de fundamentação entre duas declarações distintas, maior será a coerência do sistema jurídico. O recebimento implícito ou tácito da denúncia traduz uma coerência aceitável para um sistema jurídico que prevê a motivação de todas as decisões judiciais e, ao mesmo tempo, a proteção de direitos e garantias fundamentais?

De acordo com a temática do presente artigo, ao menos, seria possível apontar duas declarações distintas: a) a afirmação de que o acusado praticou conduta tipificada como crime, acompanhada de todas as circunstâncias e dos meios preliminares de prova (denúncia); e b) o juízo positivo de admissibilidade da tese acusatória sem motivação expressa (decisão de recebimento implícito ou tácito da denúncia).

No caso, a decisão que recebe a denúncia sem demonstrar o percurso lógico-normativo do convencimento do juiz não estabelece nenhuma relação de fundamentação com a tese de acusação, razão pela qual esse sistema não apresenta traços mínimos de coerência e, por conseguinte, carece de um discurso racional.



Com efeito, a expressa motivação das decisões judiciais tem como consequência imediata a evolução da persuasão de um auditório particular para o convencimento de um auditório universal. Em um Estado que se denomina Democrático e de Direito, a racionalidade do discurso e das decisões é pressuposto para a legitimidade dos juízes.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

6.1. A legitimidade dos poderes Executivo e Legislativo é democrática, enquanto que a legitimidade do Poder Judiciário é argumentativa, ou seja, o parlamento desempenha a representação política e os juízes exercem a representação argumentativa;

6.2. A substituição da lógica formal ou dedutiva pela razão prática, em especial por meio da argumentação jurídica, possibilita o controle da racionalidade das decisões judiciais. Em relação à estrutura da argumentação, quanto mais relações de fundamentação entre duas declarações, maior a coerência do sistema jurídico;

6.3. O Direito Penal tem como objetivo preservar direitos fundamentais do indivíduo em face do Estado, daí a relevância da dogmática penal como mecanismo que concretiza a segurança jurídica e, por consequência, racionaliza o discurso e a decisão judicial no Estado Democrático de Direito;

6.4. Além de tornar o processo judicial mais transparente e democrático, a exposição da motivação racional que conduz o magistrado à solução do caso concreto permite que a parte possa impugnar precisa e pontualmente as razões da decisão, assim como viabiliza o seu controle pela instância superior;

6.5. A motivação das decisões judiciais é elemento que impulsiona a efetiva participação dos sujeitos nas etapas do processo e na formação do livre convencimento do juiz. A possibilidade de controle das decisões judiciais não se restringe ao controle endoprocessual, mas avança para um controle generalizado e difuso sobre a forma como o Estado administra a Justiça, cenário que configura o controle extraprocessual pelo cidadão;

6.6. Em um processo penal democrático, a eficácia dos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e, até mesmo, o da presunção de inocência tem íntima relação com a decisão do juiz e o seu modo de conduzir o processo. Seja para decisões definitivas, terminativas ou interlocutórias, a fundamentação é imprescindível e



sua ausência é causa de nulidade absoluta, sobretudo ante os mandamentos constitucionais dos artigos 5º, inciso LIV, e 93, inciso IX;

6.7. O ato jurisdicional que recebe a denúncia tem elevada carga decisória e inegável impacto na vida do cidadão processado, inclusive com nefastas consequências para o seu convívio social e familiar. A decisão que recebe a denúncia sem demonstrar o percurso lógico-normativo do convencimento do juiz não estabelece nenhuma relação de fundamentação com a tese de acusação, razão pela qual esse sistema não apresenta traços mínimos de coerência e, por conseguinte, carece de um discurso racional.

7. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015a.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2015b.

_____. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 28 nov. 2015.

_____. **Código Penal**. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 30 nov. 2015.

_____. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 30 nov. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. RHC n. 118.379, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 11.03.2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-063 DIVULG 28.03.2014 PUBLIC 31.03.2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 27 nov. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal**, ARE n. 830201 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 25.11.2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-242



DIVULG 10.12.2014 PUBLIC 11.12.2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 30 nov. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário n. 456.673, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 31.03.2009, DJe-094 DIVULG 21.05.2009 PUBLIC 22.05.2009 EMENT VOL-02361-05 PP-01086. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 27 nov. 2015.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus 194.601/BA, Relator: Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 13.08.2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 27 nov. 2015.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus n. 76.319/SC, Rel. Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 11.12.2008, DJe 23.03.2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 27 nov. 2015.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 2 ed. rev. ampl. São Paulo: RT, 2006.

_____. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1994.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 39 ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2011.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MELO, Alexandre Campos. O artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal e a necessidade de justificação-legitimação das decisões judiciais. In: Flavia Moreira Guimarães Pessoa (Org). **Constituição e Processo**. Aracaju: Evocati, 2014. p. 73-89.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 5. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. 2. ed. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.



SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Devido Processo Legal** – uma visão pós-moderna. Salvador: Juspodivm, 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 22. ed. rev. atual. e ampl. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2000.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do Processo e da Sentença**. 6.ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.