

A Possibilidade Jurídica da Acusação Penal

Warley Belo

Haverá possibilidade de acusação se a causa de pedir se fundar em fato previsto como delito e o pedido for previsto e não defeso em lei. No processo civil, diz-se que a pretensão sobre dívida de jogo, v.g., é expressamente vedada, dizendo-se impossível juridicamente o *pedido*. Mas, o *pedido*, tecnicamente, é possível, qual seja, condenação a pagamento de quantia certa. Assim, a impossibilidade jurídica reside, precisamente, na causa de pedir e não no pedido em si. Faltando a previsão legislativa sobre o pedido – ou a causa de pedir –, no processo civil, não é causa de impossibilidade jurídica do pedido, pois o juiz decidirá mesmo assim.

No processo penal, a ordem jurídica deve prever a providência pretendida pelo interessado. A possibilidade jurídica da acusação é uma questão de tipicidade a ser observada no recebimento. Se há previsão, a causa de pedir – e não o pedido – é juridicamente perfeita e, atendendo-se às outras condições, é possível que se alcance a decisão de mérito. O pedido seria juridicamente impossível se pretendesse a prisão perpétua ou a pena de morte, por exemplo, já que vedadas pelo ordenamento.

Calmon de Passos, tratando do assunto no âmbito processual civil, critica a inserção da possibilidade jurídica do pedido como uma condição da ação. Para o insigne processualista, haveria a possibilidade jurídica sempre que a pretensão (substancial) não estivesse expressamente vedada pelo ordenamento jurídico, e não quando faltasse nele a previsão, em abstrato, da pretensão postulada.

No processo civil, a possibilidade se define negativamente (*impossibilidade jurídica*) quando o ordenamento jurídico não veda, em tese, o pedido (ex.: testamento de pessoa viva, contrato sobre dívida de jogo etc.). No processo penal, somente é possível o provimento se expressamente permitido, expressamente admitido, tanto no que tange a causa de pedir (típica, em tese) quanto ao pedido (típico e não vedado).

No âmbito penal, o princípio da legalidade (*nullum crimen nulla poena sine praevia lege scripta, stricta et certa*) é reinante e absoluto, e não se faz juízo negativo, mas positivo. Isso porque essa condição da ação penal refere-se à pretensão expressamente prevista no ordenamento jurídico (causa de pedir). Assim, matar alguém é crime (art. 121 do CP). O órgão do Ministério Público denuncia pretendendo a aplicação da pena cabível e não proibida (pedido). Logo, há possibilidade jurídica da acusação e não, tão somente, do pedido. Assim, se alguém comete um ato incestuoso próprio, haverá impossibilidade jurídica da acusação, levando o autor a ser carecedor da ação. Tal sistemática decorre mesmo da função garantidora do tipo penal, donde se conclui que a inexistência de possibilidade jurídica da acusação acarreta a carência da ação.

E se o juiz receber a ação penal na circunstância do incesto próprio, v.g.? Haverá carência de ação? Por evidência que não, se – e somente se – não constatar a impossibilidade jurídica da acusação no momento adequado, qual seja, no

recebimento. É claro que não se deve esperar pela análise do mérito, em hipótese como essa. Deve-se, sim, decidir sobre a admissibilidade ou não da ação penal.

Não se obtém mérito sem processo e sem contraditório. O réu só toma conhecimento do processo após a citação válida. É concluir: só após o recebimento da ação penal, nunca antes. Se há processo, deve haver contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV, da CF/88). Mérito no recebimento é concepção eminentemente concretista, o que a doutrina vem rechaçando.

O recebimento da denúncia (ou queixa) importa em cognição sumária; ou seja, o juiz não deve aprofundar no exame do mérito, pois seria verdadeiramente um julgamento antecipado. Todavia, caso o fato narrado evidentemente não constitua crime, i.e., a *prima facie* já se nota a atipicidade, desnecessário o processo, e a peça inaugural não deverá ser recebida e nem haverá julgamento do mérito. É somente no julgamento meritocrático que se analisarão os fatos provados. No juízo de prelibação, o juiz deverá renunciar a esse exame detido.

Se há impossibilidade jurídica da acusação constatada no recebimento, o juiz deverá declarar o autor carecedor da ação (art. 395, CPP (modificado pela Lei nº 11.719/08)). É impensável que, por exemplo, um cidadão seja denunciado por fato atípico, e o juiz julgue o mérito em pleno juízo de prelibação, e, o pior, já se sabendo que, na hipótese, não poderia ter sido pedida a aplicação da sanção penal (já que se trata de conduta atípica). Se o juiz, num momento de dúvida, recebe a ação penal, que pede a condenação por fato atípico, temos aí uma nulidade. Se, persistindo o processo, alcançar a sentença tratar-se-á de decisão de mérito (art. 386, III, do CPP).

Ao juiz cumpre indeferir a inicial por carência, se averiguada no recebimento. Deve declarar extinto o processo sem julgamento de mérito, por nulo que é, se averiguada, a impossibilidade, entre o recebimento e a sentença. Há, todavia, julgamento de mérito se averiguada na sentença. Uma coisa é o julgamento das condições da ação (*actionem esse fundatam*) e outra a decisão do pedido (*actionem esse probatam*).

Por todos esses motivos, a inicial que é recebida, sendo a acusação impossível juridicamente, está a contrariar a legislação constitucional e infraconstitucional. Haverá flagrante abuso do poder-dever de acusar. O caminho do réu poderá ser dois: impetrar *habeas corpus* para trancar a ação penal por nulidade ou aguardar a decisão de mérito e pleitear absolvição com base no art. 386, III, do CPP.