

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO
LEVI DAVET ALVES FILHO

AUTONOMIA DA JUSTA CAUSA NO ART. 395 DO CÓDIGO DE PROCESSO
PENAL

CURITIBA
2009

LEVI DAVET ALVES FILHO

AUTONOMIA DA JUSTA CAUSA NO ART. 395 DO CÓDIGO DE PROCESSO
PENAL

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito pela
Universidade Federal do Paraná.

Orientador. Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda
Coutinho

CURITIBA

2009

TERMO DE APROVAÇÃO

LEVI DAVET ALVES FILHO

AUTONOMIA DA JUSTA CAUSA NO ART. 395 DO CÓDIGO DE PROCESSO
PENAL

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho – Professor Orientador

Clara Maria Roman Borges – Primeiro Membro

Erica de Oliveira Hartmann – Segundo Membro

Curitiba, 19 de novembro de 2009

Dedico este trabalho a todos aqueles que estiveram ao meu lado durante o curso, em especial à minha mãe, e a todos os que enfrentam a angustiante experiência de um processo penal instaurado de maneira injusta.

AGRADECIMENTOS

Agradecer não é uma tarefa simples... Mormente porque a ajuda que recebemos enquanto estamos fazendo um trabalho acadêmico é sempre inestimável, por menor que seja a contribuição dada por uma ou outra pessoa.

Neste ano, essa ajuda foi ainda mais importante, porque enfrentei alguns problemas que me abalaram profundamente. O apoio das pessoas queridas foi fundamental para que eu deixasse as adversidades para trás e continuasse seguindo em frente. Por isso, já considero uma vitória o simples fato de eu ter conseguido concluir este trabalho, em meio a tantos obstáculos.

Primeiramente, desejo agradecer ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho pela orientação na realização deste trabalho, bem como pelos ensinamentos por ele dados em sala de aula. E, quando falo em ensinamentos, não me refiro apenas ao estudo do processo penal, mas às lições de vida que nos foram passadas nesses dois anos em que o Prof. Jacinto acompanhou a nossa turma. Ele é uma das pessoas que mais levam a sério a Universidade e é impossível não se deixar contagiar por essa dedicação.

Agradeço também à Ana Lúcia, que me deu a sugestão de buscar a orientação do Prof. Jacinto para o meu trabalho.

Agradeço à minha família, em particular a meu pai, minha mãe e minha irmã, responsáveis pelas minhas origens. O clima entre nós nem sempre foi o melhor, mas a vida seria muito sem graça se não fosse movimentada...

Agradeço à Ana Maria, ao Fernando Sielski, à Indiyara Bekin e à Joseana, por sempre terem acreditado em mim.

Agradeço à Larizza Gaglianone, que foi quem me deu um ultimato para começar de uma vez este trabalho. Espero não a ter desapontado...

Agradeço à Renata Giacomitti, que me mostrou um caminho de luz.

Agradeço ao Bruno Milanez, que me deu uma dica de um livro que provou ser fundamental para este trabalho.

Agradeço ao pessoal da 2ª Vara Federal Criminal de Curitiba, em especial ao Dr. Flavio Antônio da Cruz, pela oportunidade de estágio que me foi dada. O aprendizado que tive lá foi certamente muito valioso, inclusive para esta monografia.

Evidentemente, não poderia esquecer dos meus colegas da Graduação, especialmente Diego, Douglas, Edna, Erick, Everson, Henrique, Julian, Juliana Chevônica (pelas horas no MSN!), Lígia, Manuela, Osna, Pedro (sem o qual eu não teria terminado este trabalho), Ralph, Spack, Starke, Ton... Enfim, foi muito legal estudar e viver esta faculdade ao lado de vocês!

Finalmente, agradeço à Katia Suzana Wendling, mãe da Joseana, pela excelente correção da versão final do presente trabalho.

“No free man shall be arrested or imprisoned or disseised or outlawed or exiled or in any way victimized, neither will we attack him or send anyone to attack him, except by the lawful judgment of his peers or by the law of the land.”

(Artigo 39 da Magna Carta de 1215)

RESUMO

O presente trabalho se propõe a demonstrar a posição da justa causa para a ação penal no direito brasileiro enquanto condição autônoma da ação penal condenatória, frente à reforma do Código de Processo Penal de 1941 promovida pela Lei 11.719/08, que incluiu expressamente a falta de justa causa entre as hipóteses de rejeição liminar da denúncia ou da queixa. O tema será introduzido mediante uma explanação sobre as diferentes teorias acerca do direito processual de ação, culminando na teoria dita “ecclética”, proposta por Enrico Tullio Liebman, a qual permeia o estudo das condições da ação no direito pátrio. Em seguida, será realizado um exame dos caminhos traçados pela doutrina nacional ao teorizar sobre as condições da ação no processo penal brasileiro. Mais adiante, cuidar-se-á de verificar a etimologia da expressão “justa causa” e sua conceituação jurídica, para então analisá-la enquanto condição da ação penal. Por fim, será dedicada atenção ao tratamento dado à justa causa para a ação penal pela Lei 11.719/08, com vistas a concluir que, diante da reforma do Código de Processo Penal, a justa causa deve ser entendida como condição autônoma da ação penal no direito brasileiro.

Palavras-chave: Ação. Admissibilidade. Autonomia. Causa. Condições da ação. Justa causa. Justiça. Liebman. Processo penal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 TEORIAS SOBRE A AÇÃO E CONDIÇÕES DA AÇÃO. DAS PRIMEIRAS FORMULAÇÕES À PROPOSTA DE LIEBMAN	11
1.1 DIREITO DE AÇÃO E AUTONOMIA DO DIREITO PROCESSUAL. A POLÊMICA ENTRE WINDSCHEID E MUTHER	11
1.2 TEORIAS SOBRE A AÇÃO POSTERIORES À “POLÊMICA”. AS POSTURAS DE WACH, DEGENKOLB e BÜLOW	13
1.3 O ENTENDIMENTO DE CHIOVENDA	14
1.4 LIEBMAN E A TEORIA “ECLÉTICA” DA AÇÃO	18
1.4.1 O desenvolvimento da teoria liebmaniana	18
1.4.2 As condições da ação segundo o pensamento de LIEBMAN: legitimação para agir, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido.....	22
2 AS CONDIÇÕES GENÉRICAS DA AÇÃO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	25
2.1 A NECESSIDADE DE UM DIREITO DE AÇÃO PENAL CONDICIONADO. OS DOIS CAMINHOS TOMADOS PELA DOUTRINA.....	25
2.2 A POSIÇÃO UNITARISTA. A CRENÇA (FUNDADA?) EM UMA TEORIA GERAL DO PROCESSO	28
2.2.1 Possibilidade jurídica do pedido	29
2.2.2 Interesse de agir.....	33
2.2.3 Legitimação para agir	35
2.3 A CORRENTE DUALISTA E O CLAMOR POR UMA TEORIA AUTÔNOMA DO PROCESSO PENAL.....	36
2.3.1 Tipicidade aparente/abstrata.....	39
2.3.2 Punibilidade concreta	41
2.3.3 Legitimidade de parte.....	42
2.3.4 Justa causa	43
3 JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. TERMINOLOGIA E CONCEITO(S)	44
3.1 ETIMOLOGIA	44
3.1.1 Causa.....	44
3.1.2 Justo (justiça)	47
3.1.3 A expressão “justa causa”.....	50
3.2 JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL	51
3.2.1 Breve análise histórica	51
3.2.2 Conceito de justa causa para a ação penal	54
4 A JUSTA CAUSA COMO CONDIÇÃO DA AÇÃO PENAL: FUNDAMENTO, POSIÇÕES E CRÍTICAS	59
4.1 A JUSTA CAUSA COMO PARTE DO CONTEÚDO DE UMA OUTRA CONDIÇÃO DA AÇÃO	59
4.2 JUSTA CAUSA ENQUANTO CONDIÇÃO AUTÔNOMA DA AÇÃO PENAL: OS DIFERENTES ENFOQUES	62
4.3 A LEI 11.719/08. A POSIÇÃO DA JUSTA CAUSA NA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1941.....	70

CONCLUSÃO	73
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	74

INTRODUÇÃO

Em sede de suas teorizações sobre o direito de ação no âmbito do processo civil, ENRICO TULLIO LIEBMAN procurou se afastar do radicalismo preconizado pela teoria abstrata da ação, surgida em meio a um clamor pela autonomização dos estudos de direito processual em relação ao direito material, o qual teve seu estopim na famosa “Polêmica sobre a ação” entre BERNARD WINDSCHEID e THEODOR MUTHER. Ao sustentar que o direito de ação processual seria atribuível a todo e qualquer indivíduo, independentemente de qualquer vínculo entre a pretensão deduzida em juízo e o caso concreto, a teoria abstrata apresentava uma falha crucial. Sua adoção poderia levar ao processamento de demandas sem qualquer perspectiva de sucesso, comprometendo o funcionamento racional do Poder Judiciário.

Fazia-se necessária a realização de uma checagem prévia de um vínculo instrumental entre a pretensão deduzida em juízo e o direito material posto sob escrutínio, de maneira a se proceder a uma verdadeira “filtragem” de pedidos. Dessa forma, seriam aceitos somente aqueles em que, constatada a existência de determinados requisitos, fosse revelada a existência do vínculo supramencionado. Esses requisitos, LIEBMAN denominou “condições da ação”.

Como muitos dos conceitos desenhados para o processo civil, as condições da ação foram trasladadas ao direito processual penal. No Brasil, a doutrina tradicional ou unitarista, que advoga a existência de uma teoria geral do processo, buscou adaptar ao processo penal os conceitos inicialmente cunhados para o processo civil. Posteriormente, com o impulso do desenvolvimento de uma teoria do direito processual penal liberta em relação ao processo civil, uma parcela da doutrina brasileira se lançou à criação de conceitos distintos, entendidos como mais adequados à lógica do processo penal.

O problema da justa causa, em direito processual penal, insere-se nesse contexto. A partir dos anos 60, a falta de justa causa, inicialmente associada à ilegalidade da prisão, passou a ser utilizada como justificativa para o trancamento da ação penal, tornando-se verdadeiro requisito de admissibilidade da acusação, papel que, por excelência, é atribuído às condições da ação. Com base nesse desenvolvimento, a doutrina e a jurisprudência brasileiras se empenharam na

tentativa de situar o lugar conceitual da justa causa no processo penal brasileiro, com resultados diversos.

A alteração recente do Código de Processo Penal, promovida pela Lei 11.719/08, fez o art. 395 daquele diploma dirigir-se expressamente à falta de “justa causa para o exercício da ação penal” como causa de rejeição da denúncia ou queixa, ao lado da falta de “condição para o exercício da ação penal”. A nova redação, aparentemente, estabeleceria que a justa causa seria algo distinto das condições da ação, uma vez que estas foram mencionadas no inciso II do art. 395 e aquela, no inciso III. Contudo, no meio científico, não é de bom alvitre chegar a conclusões apressadas.

O objetivo deste trabalho é o de, mediante o estudo das teorizações sobre a justa causa para a ação penal no direito brasileiro, aferir se essa primeira impressão seria verdadeira. Em primeiro lugar, será feita uma abordagem das diferentes teorias sobre a ação, até se chegar ao pensamento de LIEBMAN, que permeia as discussões sobre as condições da ação no direito nacional. Em seguida, serão examinadas as diferentes construções acerca das condições da ação no processo penal brasileiro. Finalmente, proceder-se-á à análise da justa causa para a ação penal, com o intuito de se chegar a uma conclusão sobre a natureza jurídica da justa causa no direito processual penal pátrio, frente ao novo contexto introduzido pela reforma do Código de Processo Penal de 1941 promovida pela Lei 11.719/08.

1 TEORIAS SOBRE A AÇÃO E CONDIÇÕES DA AÇÃO. DAS PRIMEIRAS FORMULAÇÕES À PROPOSTA DE LIEBMAN

Considerando que o objetivo principal deste trabalho é a averiguação da natureza jurídica da justa causa para a ação penal ante a reforma do Código de Processo Penal introduzida pela Lei 11.719/08, faz-se necessário desenvolver o tema, adotando-se como ponto de partida a exposição das diversas teorias sobre o direito de ação processual, em particular da teoria - dita "ecclética" - elaborada por ENRICO TULLIO LIEBMAN. É com base em referida teoria que se assentam os debates atuais acerca das condições da ação no direito pátrio, muito embora LIEBMAN - como se verá adiante - não tenha sido o primeiro autor a utilizar tal expressão.

1.1 DIREITO DE AÇÃO E AUTONOMIA DO DIREITO PROCESSUAL. A POLÊMICA ENTRE WINDSCHEID E MUTHER

Até meados do século XIX, soava inconcebível falar em um direito processual autônomo em relação ao direito material. Os estudiosos em geral, largamente influenciados pelo direito romano, transpunham para a realidade de então a fórmula concebida por CELSO, consoante a qual "nada mais é a ação que o direito de perseguir em juízo o que é devido" (*nihil est actio quam ius quod sibi debeat iudicio persequendi*)¹. Seus trabalhos os levavam a concluir que a ação (vista como paralelo da *actio* romana) não possuía independência face ao direito material subjetivo, muito embora se pudesse extrair dos textos romanos que a *actio* poderia caber mesmo a quem não houvesse sofrido qualquer violação em um seu direito².

As teorias construídas à época, naturalmente, espelhavam essa concepção. Mostram-se dignos de menção os pensamentos de SAVIGNY, para quem a *actio* era um direito surgido da violação do direito material e, portanto, ainda a este atrelado; e de PUCHTA e BÖCKING, cuja opinião era no sentido de que a *actio* era simples

¹ WINDSCHEID, Bernard; MUTHER, Theodor. *Polémica sobre la "actio"*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974, p. XI ("Introducción" de Giovanni Pugliese).

² *Idem*.

elemento anexo ao direito material³. Esses autores, assim como seus contemporâneos (à exceção de HASSE), concordavam, igualmente, com a idéia de que o direito de ação se dirigia contra o adversário (indivíduo que teria violado o direito material), não “contra” o ente que detivesse poder para processar e julgar as demandas (no caso, o Estado)⁴.

Os trabalhos de WINDSCHEID representaram verdadeiro divisor de águas nesse campo, contribuindo para romper o vínculo entre o direito germânico então vigente e as fontes do direito romano⁵.

Ao confrontar a *actio* romana com a ação moderna (*Klagerecht*), WINDSCHEID constatou não haver paralelo entre esses conceitos, uma vez que a *actio* se adequava melhor ao conceito de pretensão (*Anspruch*), isto é, o poder, derivado do direito material, de exigir de outrem uma ação ou omissão frente a esse direito⁶.

Explica PUGLIESE⁷ que, para WINDSCHEID, a incompatibilidade entre os conceitos advinha da própria estrutura dos ordenamentos considerados. A força criativa do direito romano residiria na *actio*, da qual o direito era apenas consequência, porque criado a partir do pronunciamento do pretor sobre o caso. No direito moderno, verificar-se-ia justamente o contrário: os direitos é que precederiam a ação. Dessa forma, não haveria como transplantar o conceito de *actio* para o direito moderno, equiparando-o à ação, pois os ordenamentos jurídicos modernos trabalham com a linguagem de “direito”, e proceder de outro modo implicaria desnaturar a lógica fundante desses mesmos ordenamentos.

WINDSCHEID optou por não examinar cuidadosamente a ação moderna, mas aduziu que esta seria algo distinto do direito material e pertenceria ao campo do processo⁸.

As exposições de WINDSCHEID motivaram a resposta de MUTHER, que rechaçou a tese de que, em Roma, a *actio* tinha prioridade sobre o direito.

³ *Ibidem*, p. XII.

⁴ *Idem*.

⁵ *Idem*.

⁶ *Idem*.

⁷ *Idem*.

⁸ *Idem*.

Assim como WINDSCHEID, desgarrou das concepções anteriores, que prendiam a ação ao direito material, mas formulou conceito distinto para a *actio*: para MUTHER, esta era um direito dirigido ao Estado e que visava à obtenção da tutela judicial. Embora se revelasse inadequado para explicar a correta natureza da *actio* no direito romano⁹, o conceito cunhado por MUTHER ajustava-se muito bem ao direito moderno, que tem como uma de suas características a subordinação do juiz à lei e o reconhecimento de direitos aos particulares frente ao Estado ou aos órgãos públicos¹⁰.

A polêmica entre WINDSCHEID e MUTHER, aliada a outros fatores¹¹, levou à consolidação da autonomia científica do direito processual face ao direito material, uma vez que as antigas teorias que desenhavam a ação como simples derivado do direito subjetivo material foram superadas. De outro lado, os posicionamentos defendidos por ambos os juristas inspiraram fortemente os estudos subsequentes sobre a natureza jurídica da ação processual.

1.2 TEORIAS SOBRE A AÇÃO POSTERIORES À “POLÊMICA”. AS POSTURAS DE WACH, DEGENKOLB e BÜLOW

Os escritos de WINDSCHEID e MUTHER cimentaram a autonomia do direito processual, sendo natural o florescimento, após a “Polêmica” antes referida, de variados estudos sobre o processo e, em particular, o direito de ação processual.

ADOLF WACH foi responsável por uma das construções teóricas sobre a ação mais influentes no direito moderno, em especial entre os estudiosos alemães. No dizer de WACH, a ação (*Rechtsschutzanspruch*) é um direito público subjetivo, que corresponde ao cidadão que tem razão, para que o Estado lhe conceda a tutela jurídica¹². Trata-se de conceito cujas raízes remontam à formulação de MUTHER

⁹ *Ibidem*, p. XXXIV. PUGLIESE sustenta que as fontes do direito romano reputam inequivocamente ser a *actio* um poder a ser dirigido contra o adversário, não contra o Estado; ademais, a obrigação do Estado romano de prestação da tutela judicial só teria surgido na época do Império.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ *Ibidem*, p. XIV.

¹² CHIOVENDA, Giuseppe. *Princípios de Derecho Procesal Civil*. t. I. Madrid: Editorial Réus, 1922, p. 69.

sobre a ação (o que é confirmado por CHIOVENDA¹³) e que teve o mérito de fazer ressaltar definitivamente a autonomia da ação face ao direito material, servindo como ponto de partida à moderna ciência processual¹⁴. Referida teoria tornou-se conhecida como “teoria concreta” da ação, pelo fato de WACH ter vinculado a existência da ação à efetiva existência do direito material cuja proteção se busca em juízo.

DEGENKOLB e PLÓSZ delinearão os contornos do que veio a ser chamada de “teoria abstrata da ação”. Segundo essa construção, a ação seria um direito público subjetivo de ser ouvido em juízo, o qual caberia a qualquer pessoa que, de boa-fé, acreditasse ter razão acerca da matéria de direito material a ser discutida¹⁵. A ação é reputada como direito “abstrato”, pois caberia efetivamente a qualquer indivíduo, independentemente de este ser ou não titular do direito pleiteado.

Afirma PUGLIESE¹⁶ que o conceito de ação como direito abstrato seria decorrência lógica das teorizações de WINDSCHEID, que, ao afastar o suposto paralelismo entre a *actio* e a ação, consignou ter esta última conteúdo meramente processual, sem vínculo com o direito material (item 1.1, *supra*).

OSKAR VON BÜLOW, a seu turno, sustentou que não haveria direito de ação anterior à persecução em juízo, pois o direito de obter uma sentença justa somente nasceria após a propositura da demanda¹⁷. Em crítica a esse posicionamento, CHIOVENDA afirma que BÜLOW teria, em verdade, construído uma teoria negativa da ação, confundindo-a com os direitos públicos processuais que nascem com a demanda e que as partes detêm no curso do processo¹⁸.

1.3 O ENTENDIMENTO DE CHIOVENDA

Dando continuidade ao breve estudo histórico das teorias sobre o direito de ação, cabe examinar a relevante formulação sustentada por GIUSEPPE

¹³ *Idem*.

¹⁴ *Ibidem*, p. 70.

¹⁵ *Ibidem*, p. 71.

¹⁶ WINDSCHEID; MUTHER, *op. cit.*, p. XV.

¹⁷ CHIOVENDA, *op. cit.*, p. 72.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 72-3.

CHIOVENDA, de importância acentuada para o presente trabalho, visto se tratar de uma das primeiras teorias a incorporar o conceito de condições da ação, ainda que em termos distintos dos da construção promovida mais tarde por LIEBMAN.

À diferença de WACH, DEGENKOLB e PLÓSZ, CHIOVENDA inclui a ação entre os chamados direitos potestativos. Estes seriam poderes jurídicos que produzem uma situação favorável de um indivíduo em relação a outro, o qual nada pode fazer senão sujeitar-se a esse poder¹⁹. Difeririam, portanto, dos direitos subjetivos, para cuja satisfação é necessária a atuação ou omissão de outro indivíduo, o qual se acha obrigado em relação ao titular do direito.

CHIOVENDA define a ação, enquanto direito potestativo, como o poder jurídico de dar vida à condição para a atuação da vontade concreta da lei²⁰. Esse poder seria dirigido ao adversário (ao qual cabe apenas uma postura de sujeição em relação a esse poder), não ao Estado-juiz (que assume uma simples posição de administrador da justiça²¹), e nasceria em decorrência da violação, por parte de um indivíduo, de uma norma garantidora de um bem da vida - da violação, portanto, de um direito subjetivo²². Tal postura coloca CHIOVENDA entre os partidários do direito concreto de ação, uma vez que a existência da ação está atrelada à violação do direito material e, por conseguinte, à procedência da demanda movida pelo sujeito que sofre tal violação.

Impõe-se mencionar que CHIOVENDA não considera a ação um direito público, uma vez que esta se propõe à tutela de um interesse e, portanto, assumirá a natureza deste último, podendo ser pública ou privada, patrimonial ou extrapatrimonial²³.

No entender de CHIOVENDA, a autonomia da ação em relação ao direito subjetivo do qual emana residiria em que, apesar de ambos poderem estar coordenados a um mesmo interesse econômico, possuem conteúdo diverso, na medida em que a vontade concreta da lei que corresponde a uma obrigação tem

¹⁹ *Ibidem*, pp. 55 e 57.

²⁰ *Ibidem*, p. 60.

²¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. **L'azione nella teoria del processo civile**. In: *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano Editore, 1962, p. 28.

²² CHIOVENDA, *op. cit.*, p. 61.

²³ *Ibidem*, p. 76.

objeto muito mais amplo do que a própria obrigação²⁴. E isso ocorre porque, enquanto o objeto da obrigação é proporcionar um bem da vida ao credor mediante a realização da prestação pelo devedor, a vontade concreta da lei impõe a atribuição do bem ao credor por todos os meios possíveis²⁵.

No entanto, apesar de distintos, o direito potestativo de ação e o direito subjetivo material, unidos, levam ao mesmo lugar, vale dizer, à vontade concreta da lei (expressão do direito objetivo no que toca a determinado caso concreto), de maneira que se não pode negar a existência de um liame estreito entre ação e obrigação, os quais podem ser vistos como direitos subjetivos concorrentes²⁶: a obrigação, se satisfeita pela prestação do devedor, extingue a ação; por sua vez, a satisfação do conteúdo da ação pela execução extingue a obrigação²⁷.

Com relação ao presente estudo, assume importância destacada o fato de CHIOVENDA ter desenvolvido um conceito de “condições da ação” (embora haja notícia de que a existência de “condições da ação” tenha sido proposta anteriormente por WACH²⁸), não obstante sua construção divirja das fórmulas mais atuais, profundamente impregnadas pela teoria de LIEBMAN.

Em CHIOVENDA, as condições da ação, ou condições para a atuação da lei, seriam as condições necessárias para a obtenção de uma resolução favorável²⁹. Estas seriam distintas e independentes dos pressupostos processuais, que diriam respeito à regularidade da relação processual e seriam as condições necessárias para a concessão de um provimento qualquer, fosse este favorável ou desfavorável ao demandante³⁰. Tal conceito não deixa dúvidas acerca do caráter concreto da teoria da ação desenvolvida por CHIOVENDA.

²⁴ *Ibidem*, p. 62.

²⁵ *Idem*.

²⁶ *Ibidem*, pp. 62-3.

²⁷ *Ibidem*, p. 63.

²⁸ STASIAK, Vladimir. *As condições da ação penal: perspectiva crítica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004, p. 112. Conforme WACH as condições da ação seriam: a existência de um direito lesado ou ameaçado; a legitimação; a possibilidade jurídica do pedido.

²⁹ CHIOVENDA, op. cit., p. 114.

³⁰ *Ibidem*, p. 115.

As condições da ação seriam variáveis conforme a natureza da resolução, mas, para a obtenção de uma sentença condenatória, poderiam ser estipuladas, na maioria dos casos, em número de três³¹. A primeira seria a existência de uma vontade da lei que garantisse a alguém um bem, obrigando o demandado à realização de uma prestação. Em seguida, a qualidade ou legitimação, isto é, a identificação do autor com a pessoa favorecida pela lei e do demandado com a pessoa obrigada. Por fim, o interesse jurídico de obter o bem mediante a atuação dos órgãos públicos³².

A matéria alcançada pelas condições da ação diria respeito ao mérito da causa e, para a concessão da tutela ao autor, bastaria que elas se mostrassem presentes ao momento da prolação da sentença³³. A falta de qualquer das condições da ação implicaria, pois, decisão favorável ao demandado, reconhecendo um bem a este e produzindo coisa julgada³⁴.

Contudo, a extensão dos efeitos da coisa julgada assumiria diferente grau conforme se reputasse uma ou outra condição como faltante³⁵. Em se tratando de falta de legitimação ou de interesse, não haveria obstáculo ao nascimento da ação relativamente ao mesmo direito subjetivo caso a ausência fosse futuramente suprida³⁶. No entanto, se o juiz decidir que a ação não é cabível ao autor por inexistência de uma vontade da lei a amparar o seu pedido, a absolvição do demandado será, nas palavras de CHIOVENDA, completa e definitiva, não podendo o autor propor nova ação, a menos que passe a estar novamente sob proteção da vontade da lei, devido à ocorrência de algum fato novo³⁷.

³¹ *Idem.*

³² *Idem.*

³³ *Ibidem*, pp. 117-8.

³⁴ *Ibidem*, p. 117.

³⁵ *Idem.*

³⁶ *Idem.*

³⁷ *Ibidem*, pp. 117-8.

CHIOVENDA considera a questão acerca da vontade da lei como a mais importante dentro do processo, em relação à qual todas as outras devem ser vistas como preliminares³⁸.

Finda a explanação sobre o pensamento chiovendiano, é tempo de prosseguir à análise da teoria de LIEBMAN, que procurou, por meio de uma nova construção, corrigir e eliminar os defeitos das formulações anteriores.

1.4 LIEBMAN E A TEORIA “ECLÉTICA” DA AÇÃO

1.4.1 O desenvolvimento da teoria liebmaniana

Antes de LIEBMAN, as discussões sobre o direito de ação processual giravam em torno da oposição diametral entre as teorias concretas, dentre as quais se destacavam os posicionamentos de WACH e CHIOVENDA (entre outros), e a teoria abstrata, desenvolvida primeiramente por DEGENKOLB e PLÓSZ, estando desde há muito superadas as chamadas teorias unitárias, que enxergavam na ação algo indissociável do direito subjetivo material que lhe provinha de anteparo.

Ao se debruçar sobre o eterno problema da ação, LIEBMAN considerou que os fenômenos processuais apresentam distintas facetas, conforme observados sob o ponto de vista das partes ou do Estado-juiz³⁹. Isso ocorre porque as partes (autor e réu) efetivamente experimentam o conflito de interesses trazido a juízo; demandante e demandado, por conseguinte, vivenciam o processo da mesma forma, não obstante se encontrem em posição de combate entre si⁴⁰. Ao invés, o juiz se situa acima e sobre o conflito de interesses entre as partes, sendo esse distanciamento condição de seu correto atuar e corolário lógico da noção de jurisdição⁴¹.

De outro lado, o processo é o momento de convergência entre o direito material e o direito processual, dado que o primeiro lhe fornece o objeto e o segundo a disciplina⁴². No processo, convivem o espírito do direito privado, que busca a

³⁸ *Ibidem*, p. 118.

³⁹ LIEBMAN, *L'azione...*, p. 22.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 23.

⁴¹ *Idem*.

⁴² *Idem*.

proteção aos direitos subjetivos que formam a sua substância, e que é representado pelas partes; e o espírito do direito público, caracterizado pela função pública do Estado de impor a observância da ordem jurídica vigente, consubstanciado na figura do magistrado⁴³. E, ao final da caminhada processual, é imposta uma regra jurídica concreta mediante a qual é alcançada a finalidade perseguida pelo Estado e são satisfeitas as razões subjetivas das partes⁴⁴.

Entende LIEBMAN que essas questões tornam problemática a sistematização teórica dos conceitos fundamentais do processo civil, bem como induz os juristas a um estado de confusão acerca de referidos conceitos, porquanto lançam seus olhares sobre o processo adotando fundamentos diferentes para cada instituto processual⁴⁵. A solução para esse impasse consistiria na adoção de um ponto de vista unitário para lastrear as idéias a serem concebidas, e LIEBMAN acredita que esse ponto de vista seja aquele que considere o processo objetivamente, conforme a posição e a função que lhe cabe na ordem jurídica⁴⁶.

As teorias concretas não tiveram êxito em resolver o impasse sobre a ação, explica LIEBMAN, por serem decorrência de uma apreciação do processo sob o ponto de vista das partes, particularmente, daquela que tem razão⁴⁷.

Em crítica a CHIOVENDA, LIEBMAN aduz que, para chegar à conclusão de que a ação é exercida diretamente sobre o demandado, aquele autor desconsidera a função e o trabalho do juiz no processo, o que é um grave equívoco, pois somente ao Estado pertence o poder de impor um efeito jurídico à parte sucumbente. Ademais, a fórmula chiovendiana incorreria em inexatidão ao condicionar a existência do direito de ação à procedência do pedido do autor, já que “o conteúdo concreto do provimento depende de condições objetivas de direito substancial e processual e da avaliação que o juiz fará delas, condições todas que fogem ao

⁴³ *Ibidem*, p. 24.

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ *Idem*.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 28.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 29.

controle da vontade do autor.”⁴⁸ Em razão disso, LIEBMAN consigna que o direito de ação constitui-se em um direito ao meio, não ao fim⁴⁹.

No que diz respeito à teoria de WACH, LIEBMAN reputa cabíveis as mesmas críticas válidas contra o pensamento de CHIOVENDA. De outro lado, opõe-se à concepção de WACH quando este se reporta à ação como direito contra o Estado, pois, ao julgar, o Estado cumpre uma função pública, satisfazendo um interesse geral da sociedade que não poderia constituir o conteúdo de uma obrigação sua com o particular⁵⁰.

As teorias unitárias ou imanentistas sofreriam de vícios ainda maiores. Ao analisar a posição de SATTA (para quem a ação seria um poder indissolúvel do direito, tendo ambos em comum a natureza substancial), LIEBMAN afirma que a adoção de uma postura unitária excluiria do conceito de ação todas as ações que não tivessem como pressuposto um direito subjetivo, como as ações cautelares⁵¹.

Por fim, a teoria abstrata igualmente não forneceria uma solução adequada ao problema. O direito que DEGENKOLB e PLÓSZ teriam considerado como a ação seria, na verdade, o seu pressuposto de direito constitucional, “um poder de direito público genérico e indeterminado, sem particulares relações com uma *fattispecie* concreta e por isso [...] inexaurível e inconsumível”⁵². Esse poder não teria qualquer relevância na vida do processo, pois, ao não se referir a um caso determinado, não permitiria estabelecer uma relação entre o processo e o fato em virtude do qual ele é instaurado, relação essa considerada por LIEBMAN como “a essência da ação”.

Para LIEBMAN, a ação está enquadrada no sistema do direito processual, que é composto por normas instrumentais, as quais dizem com a forma e o encadeamento dos atos no processo, com a criação de posições jurídicas subjetivamente relevantes, voltadas ao cumprimento desses atos e com a atribuição de poderes aos órgãos responsáveis pelo provimento jurisdicional. A ação seria,

⁴⁸ *Ibidem*, p. 31. No original: “il contenuto concreto del provvedimento dipende da condizioni oggettive di diritto sostanziale e processuale e dalla valutazione che il giudice ne farà, condizioni tutte che sfuggono al controllo della volontà dell'autore.”

⁴⁹ *Idem*.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 40.

⁵¹ *Ibidem*, p. 37.

⁵² *Ibidem*, p. 41. No original: “un potere di diritto pubblico, del tutto generico e indeterminato, senza particolari rapporti con una *fattispecie* concreta e perciò [...] inesauribile ed inconsumabile.”

portanto, um direito instrumental, relacionada a uma norma instrumental que, ao regular a atividade do órgão julgador, confere à parte o poder exclusivo de promovê-la e estimulá-la⁵³.

Desse modo, entende LIEBMAN que a ação seria “a situação subjetiva que consiste no poder de pôr a condição em virtude da qual o órgão se põe em movimento, seguindo as regras internas que disciplinam a sua função.”⁵⁴ O conceito é semelhante ao de CHIOVENDA, com a natural objeção de que, para este último, a condição para a movimentação do aparato jurisdicional não se refere à atuação de uma “vontade da lei” que atribui a razão, desde logo, a um ou outro sujeito; mas ao desencadeamento do processo segundo as normas instrumentais próprias que regulamentam a função dos órgãos julgadores, as quais podem estatuir, inclusive, que a pretensão do autor não é digna de julgamento, devendo ser terminada *prima facie*.

A sujeição imposta à parte sucumbente é correlata da ação, mas não é atuada por um poder que compete ao autor, senão pelo desempenho, por parte do Estado, de sua função jurisdicional, descoberta que LIEBMAN atribui a CARNELUTTI⁵⁵⁵⁶.

A ação é vista por LIEBMAN como um direito subjetivo de iniciativa e impulso, dirigido ao Estado, porém não contra ele, na medida em que não possui conteúdo obrigacional. O Estado não está obrigado a exercer a jurisdição; faz isso, entretanto, porque, segundo as normas instrumentais que regulam o poder de julgar dos órgãos jurisdicionais, a propositura da demanda é condição para o exercício efetivo do poder jurisdicional pelo Estado.

Se, por um lado, a ação não tem natureza concreta, pois o juiz, ao decidir, orienta-se pela sua convicção sobre a causa, de outro, não pode ser considerada completamente abstrata. A única maneira de assegurar a quem tem razão a possibilidade de impor o seu reconhecimento em juízo consiste em permitir que

⁵³ *Ibidem*, p. 45.

⁵⁴ *Idem*. No original: “la situazione soggetiva che consiste nel potere de porre la condizione, in virtù della quale l’organo si pone in movimento in obbedienza alle regole interne che disciplinano la sua funzione.”

⁵⁵ *Ibidem*, pp. 44-5.

⁵⁶ CARNELUTTI vê a jurisdição como poder e como função processual que se caracteriza pelo juízo (*giudizio*) e pelo juiz (*giudice*), o órgão de atuação. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989, p. 33.

todos tragam os seus pedidos aos tribunais; a isso, explica LIEBMAN, corresponde o direito cívico (constitucional) cujo conteúdo é o poder de agir em juízo⁵⁷. Diversamente, a ação, enquanto direito subjetivo processual, só caberá ao sujeito em se fazendo presentes determinados requisitos, verificáveis caso a caso, que denotam uma ligação instrumental entre o processo desencadeado e o caso concreto⁵⁸. Esses requisitos se denominam “condições da ação”, e serão examinados mais detidamente a seguir.

1.4.2 As condições da ação segundo o pensamento de LIEBMAN: legitimação para agir, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido

Consoante exposto no item anterior, LIEBMAN não considera o direito de ação como completamente abstrato. A abstratidade seria inerente ao poder genérico e indeterminado, atribuído a todo e qualquer cidadão, de provocar a atuação dos órgãos jurisdicionais. Tal poder situar-se-ia no plano do direito constitucional e seria distinto do direito subjetivo processual de ação, o qual nada tem de genérico, porquanto guarda referência a uma situação determinada e concreta, decorrente de uma alegada lesão a direito ou a interesse legítimo do seu titular⁵⁹.

Essa conexão (que segundo LIEBMAN possui natureza instrumental) entre a ação e a situação de fato à qual aquela se reporta, pode ser verificada pela existência de certos requisitos que dizem com aludida situação concreta: as condições da ação.

É certo que, para LIEBMAN, as condições da ação se referem à existência mesma do direito processual de ação⁶⁰⁶¹, devendo ser analisadas no processo como questões preliminares ao mérito. Presentes as condições da ação, surge para o

⁵⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil* (trad. Cândido Rangel Dinamarco). v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 150.

⁵⁸ *Idem*.

⁵⁹ *Idem*.

⁶⁰ *Ibidem*, pp. 153-4.

⁶¹ No entanto, a doutrina brasileira manifesta-se em peso no sentido de que as condições diriam respeito ao exercício do direito de ação (item 2.1, *infra*).

magistrado a necessidade de julgar o pedido; “elas podem, por isso”, diz ele, “ser definidas também como condições de admissibilidade do julgamento do pedido, ou seja, como condições essenciais para o exercício da função jurisdicional com referência à situação concreta [*concreta fattispecie*] deduzida em juízo”⁶².

Por outro lado, a ausência de qualquer das condições resulta em carência de ação. Afirma LIEBMAN que nesses casos não há verdadeiro exercício da jurisdição, mas tão-somente uso das suas formas para efetuar uma seleção preliminar, que se presta a excluir *prima facie* as causas em que as condições da ação se revelam faltantes⁶³.

Conforme a construção original de LIEBMAN, seriam três as condições da ação: legitimação para agir, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido.

O interesse de agir corresponderia ao interesse em obter o provimento solicitado e seria o elemento material do direito de ação⁶⁴. Trata-se de um interesse processual, instrumental em relação ao interesse substancial primário lesado pela parte contrária, e é representado pela relação entre a situação antijurídica denunciada e o provimento que se pede para saná-la com a aplicação do direito⁶⁵.

Existe interesse de agir quando o provimento solicitado tem utilidade para proporcionar ao interesse lesado a proteção concedida pelo direito⁶⁶. E o provimento será útil quando for necessário à proteção do interesse substancial e adequado a remover a lesão⁶⁷. Daí o entendimento corrente na doutrina brasileira de que o interesse de agir deve ser visualizado sob triplo aspecto: interesse-necessidade, interesse-utilidade e interesse-adequação⁶⁸.

A legitimação para agir é, nas palavras de LIEBMAN, “a pertinência subjetiva da ação”⁶⁹, e diz respeito à individualização da pessoa a quem pertence o interesse

⁶² *Ibidem*, p. 154.

⁶³ LIEBMAN, *L'azione...*, p. 47.

⁶⁴ LIEBMAN, *Manual...*, p. 154.

⁶⁵ *Ibidem*, pp. 154-5.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 156.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 155.

⁶⁸ Vide GRINOVER, Ada Pellegrini. As condições da ação penal. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 69. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov./dez. 2007, p. 185.

⁶⁹ LIEBMAN, *Manual...*, p. 159.

de agir (legitimação ativa) e a pessoa com referência à qual ele existe (legitimação passiva); estas são as pessoas que devem estar presentes para que o juiz possa julgar sobre determinado objeto⁷⁰. A avaliação da legitimação precede a do interesse de agir, “porque só em presença dos dois interessados diretos é que o juiz pode examinar se o interesse exposto pelo autor efetivamente existe e se ele apresenta os requisitos necessários”⁷¹.

Finalmente, a possibilidade jurídica do pedido seria a previsão, em abstrato, de que o provimento requerido pelo autor é admitido pela ordem jurídica⁷². A partir da 3ª edição do *Manuale*, LIEBMAN não mais fez referência a essa condição da ação, pois, como explica DINAMARCO⁷³ em nota à edição brasileira do livro, em 1970, após a entrada em vigor da lei que instituiu o divórcio na Itália, desaparecia o maior exemplo de impossibilidade jurídica da demanda no ordenamento italiano. Dessa forma, LIEBMAN revisou sua teoria, incluindo as hipóteses de falta de possibilidade jurídica do pedido entre os casos de falta de interesse de agir⁷⁴.

A teoria da ação de LIEBMAN representou um marco no direito processual brasileiro, atingindo seu apogeu ao ser expressamente albergada pelo Código de Processo Civil de 1973, sendo impossível ignorar sua influência sobre os juristas pátrios. A grande repercussão dessa teoria no processo civil implicou inúmeras tentativas de transposição para o processo penal, obedecendo a premissas metodológicas distintas, com resultados variados. No próximo capítulo serão estudadas essas tentativas, as quais ora pressupõem a existência de uma teoria geral do processo, ora entendem haver a necessidade de cunhar conceitos para o processo penal que se diferenciem daqueles oriundos do processo civil.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 157.

⁷¹ *Idem*.

⁷² *Ibidem*, p. 161.

⁷³ *Ibidem*, p. 160-1.

⁷⁴ *Idem*.

2 AS CONDIÇÕES GENÉRICAS DA AÇÃO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

2.1 A NECESSIDADE DE UM DIREITO DE AÇÃO PENAL CONDICIONADO. OS DOIS CAMINHOS TOMADOS PELA DOUTRINA

A justificativa mais frequentemente empregada pelos processualistas para sustentar a necessidade de haver uma categoria como a das condições da ação no processo civil é a de que, ao se condicionar a existência do direito processual de ação à presença de requisitos relativos a uma conexão instrumental entre a ação e o caso concreto, estar-se-ia contendo o problema causado pela instauração de processos fundados em demandas temerárias, sem qualquer vínculo com os fatos. Negando-se a ação a indivíduos cujas demandas não preenchem tais requisitos, estar-se-ia a coibir um eventual exercício abusivo da ação.

Era de se esperar, portanto, que a teoria de LIEBMAN fosse transposta ao processo penal, em que o cuidado com acusações levianas e/ou temerárias deve ser ainda maior, visto que, no âmbito processual penal, é a liberdade do acusado que se discute em primeiro plano (não a propriedade, como no processo civil)⁷⁵. Em decorrência disso, para seguimento estrito dos princípios constitucionais que governam o processo penal (igualdade, liberdade, contraditório, devido processo legal, apenas para ficarmos com alguns exemplos), exige-se que a acusação (quer parta do Ministério Público, quer parta de um legitimado extraordinário) seja apreciada sob rigorosos critérios de legalidade e juridicidade, devendo ser rejeitada se não passar incólume por esse primeiro exame. Infelizmente, não é o que costuma acontecer no Judiciário brasileiro⁷⁶.

JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO, inspirado na obra de LIEBMAN, demonstrou ser imperioso o condicionamento do direito de ação penal. Referido direito seria instrumentalmente conexo a um caso penal, que corresponde à “reconstituição de um fato pretérito, o crime, na medida de uma verdade

⁷⁵ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 2. ed., v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 34.

⁷⁶ Vide LOPES JR., *op. cit.*, p. 345. O autor cita o exemplo dos Juizados Especiais Criminais, que, em nome da eficiência e celeridade, não raro se limitam a uma análise superficial das condições da ação, sob a justificativa de que, como os casos de competência dos JECrims se referem a crimes menos graves, a exigência probatória e o rigor formal poderiam ser abrandado, o que, em consideração ao princípio constitucional da igualdade, é um evidente absurdo.

processualmente válida e evidenciadora da culpabilidade ou da periculosidade”⁷⁷. Da existência desse liame resulta que o direito de ação penal não é ilimitado, “pois não se trata do direito de qualquer um, mas de todos aqueles que preencham determinados requisitos, ou condições”⁷⁸.

Ainda na esteira da teoria liebmaniana, COUTINHO, citado por AURY LOPES JR.⁷⁹, ensina que o direito de ação penal comportaria duas dimensões. A primeira delas, de caráter constitucional, corresponderia ao poder de invocar a tutela estatal, que seria incondicionado e abstrato; a segunda, de cunho processual penal, situar-se-ia logicamente após a invocação do aparato judiciário estatal e representaria o momento em que seria posto sob escrutínio o pedido da acusação relativamente ao caso concreto trazido a juízo, resultando daí um pronunciamento jurisdicional sobre a existência, no campo processual, do direito de ação. Por isso COUTINHO define o direito de ação como um “direito de dois tempos”⁸⁰.

AURY LOPES JR. complementa a lição de COUTINHO, sustentando que a conexão instrumental entre a ação e o caso penal é uma exigência do princípio da necessidade⁸¹. O direito penal não teria realidade concreta, nem poder coercitivo fora do processo; por conseguinte, o delito só pode ser apurado no curso do processo⁸². Aduz LOPES JR., ainda, que essa conexão está ligada à noção de instrumentalidade constitucional do processo, já que este é um instrumento para a apuração do fato, condicionado pela obediência ao sistema de garantias constitucionais⁸³.

Não obstante, LOPES JR.⁸⁴, invocando anotações de AFRÂNIO SILVA JARDIM⁸⁵, subscreve tese segundo a qual as condições da ação seriam condições

⁷⁷ COUTINHO, *op. cit.*, p. 134.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 145.

⁷⁹ LOPES JR., *op. cit.*, p. 330.

⁸⁰ *Idem*.

⁸¹ *Ibidem*, p. 329.

⁸² *Idem*.

⁸³ *Idem*.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 330.

⁸⁵ JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública: Princípio da Obrigatoriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 32. Nas palavras de JARDIM: “são as chamadas condições da ação que, na realidade, não

para o regular exercício do direito de ação. Reserva-se, aqui, o direito de discordar dos autores supramencionados, porquanto aludida tese vai de encontro à posição de LIEBMAN acerca do tema⁸⁶.

Consciente da necessidade de conceber o direito de ação penal como um direito cuja existência se subordina à presença de condições da ação, a doutrina trilhou caminhos distintos com o intuito de demonstrar quais seriam essas condições no processo penal. Os autores que defendem a possibilidade de construção de uma teoria geral do processo (e assumem, portanto, uma postura monista ou unitarista) optaram por adaptar os antigos conceitos liebmanianos (pensados para o processo civil) ao direito processual penal, obtendo resultados variados. Por sua vez, os doutrinadores que, sob orientação dualista, advogam a necessidade do desenvolvimento de uma teoria do processo penal desvincilhada do processo civil (uma vez que a teoria geral do processo seria, em verdade, uma teoria geral do processo civil) se lançaram à criação de conceitos mais adequados ao sistema e à realidade processual penal.

Antes de tratar do assunto, porém, um aviso: neste capítulo se cuidará das chamadas condições genéricas da ação penal, cuja existência consagra o vínculo instrumental entre a ação e o caso penal lançado à apreciação judicial e que, por isso mesmo, devem estar presentes em toda e qualquer acusação. Não se está a estudar aqui as denominadas condições específicas (ou condições de procedibilidade), que, consoante ilustra ANTONIO ACIR BREDA, são “autorizações

são condições para a existência do direito de agir, mas condições para o seu regular exercício. Por ser abstrato, o direito de ação existirá sempre”. Esse posicionamento confunde as dimensões constitucional e processual da ação. As condições da ação se referem à sua dimensão processual, não à constitucional, que é reconhecidamente ilimitada.

⁸⁶ Interessante notar que a doutrina brasileira costumeiramente se refere às condições da ação como condições para o exercício da ação, muito embora não haja na obra de LIEBMAN qualquer referência às condições da ação como requisitos para o seu exercício, mas para a sua existência. E não poderia ser diferente, vez que, na verdade, a questão do exercício se coloca no plano do direito constitucional, em que a garantia da ação é genérica e indeterminada: todos tem o direito de provocar o aparato jurisdicional e, portanto, exercer a ação. Ademais, o efeito resultante da ausência de uma das condições é a carência de ação, não a impossibilidade do seu exercício.

A confusão ganha dimensões maiores no processo penal porque, no velho art. 43, III, CPP, era enumerada como hipótese de rejeição da denúncia a ausência de “condição para o exercício da ação penal”. Vale lembrar, entretanto, que a redação do CPP era de 1941 e a *prolusione* de Turim (em que LIEBMAN primeiro expôs sua teoria da ação) é datada de 1949, razão pela qual não se pode pretender interpretar o pensamento liebmaniano à luz do que dispunha aquela norma.

para proceder”, referidas apenas a determinados tipos penais, cuja falta acarretará a nulidade do processo⁸⁷.

2.2 A POSIÇÃO UNITARISTA. A CRENÇA (FUNDADA?) EM UMA TEORIA GERAL DO PROCESSO

Como se viu no item anterior, uma das opções dos doutrinadores brasileiros para o estudo das condições da ação no processo penal foi a de trasladar e adaptar os conceitos originalmente elaborados por ENRICO TULLIO LIEBMAN para o processo civil.

Essa opção estaria fundada na suposta possibilidade de se construir uma teoria geral do processo. Entendem CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO que os distintos ramos processuais seriam aspectos diferentes de um mesmo fenômeno, dado que “como é una a jurisdição, expressão do poder estatal igualmente uno, uno também é o direito processual, como sistema de princípios e normas para o exercício da jurisdição”⁸⁸, de modo que seria possível a elaboração de estruturas unitárias de igual (ou ao menos semelhante) aplicação nos processos civil, penal e do trabalho. Essas estruturas poderiam ser estudadas com suporte em uma teoria geral do processo, a qual envolveria, sob seu manto, as diferentes ramificações do direito processual.

Consoante JARDIM, as bases da teoria geral do processo foram construídas historicamente à luz da conceituação e sistematização de três categorias principais: ação, processo e mérito⁸⁹.

A ação, enquanto direito subjetivo público, autônomo e abstrato de invocar a tutela jurisdicional do Estado, seria conceito uno⁹⁰, diferindo apenas, de ramo a ramo processual, a natureza da norma que se pretende ver aplicada com o exercício da

⁸⁷ BREDÁ, Antonio Acir. Efeitos da declaração de nulidade no processo penal. *In: Revista do Ministério Público do Estado do Paraná*. a. 9, n. 9. Curitiba, 1980, p. 179.

⁸⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 48.

⁸⁹ JARDIM, *op. cit.*, p. 32.

⁹⁰ Posição ratificada por JOSÉ FREDERICO MARQUES: “A ação penal tem os mesmos caracteres básicos da ação em geral, isto é, da ação como instituto da teoria geral do processo. Tal como a ação civil, ou ação para pedir a tutela da jurisdição civil, o pressuposto da ação penal é sempre o litígio, ou pretensão insatisfeita” (grifos no original). *In: FREDERICO MARQUES, José. Tratado de Direito Processual Penal*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 25.

jurisdição pela máquina julgadora estatal; logo, a ação seria penal se o Estado fosse conclamado a promover a efetivação de uma norma penal ou processual penal. O mérito seria o exame acerca da procedência ou improcedência da pretensão manifestada pelo autor; em outras palavras, se a pretensão é fundada ou não. Por fim, o processo seria o conjunto de atos, unidos pelo elemento teleológico e de forma sistemática, o qual se apresenta necessário ao julgamento ou atendimento prático da pretensão do autor, ou de sua admissibilidade⁹¹.

A aplicação, no processo penal, das mesmas condições da ação do processo civil ainda encontraria lastro no art. 3º, do Código de Processo Penal, o qual estatui que “a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”. Com base nessa regra, seria aplicável analogicamente ao processo penal o art. 267, VI, do CPC⁹², que arrola, como condições da ação no processo civil, aquelas descritas por LIEBMAN.

FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, ao defender a aplicação das mesmas condições da ação no processo civil e no processo penal, sustenta que, em sendo controvertido o tema, “enquanto a doutrina não puser os pés no chão, com firmeza e seguridade, o melhor, para fins didáticos [...] é mantermos nosso ponto e vista anterior, à espera de melhor sedimentação.”⁹³

2.2.1 Possibilidade jurídica do pedido

O transporte do conceito de possibilidade jurídica do pedido ao direito processual penal envolve alguns dilemas.

Como se teve a oportunidade de expor anteriormente (item 1.4.2, *supra*), LIEBMAN definiu a possibilidade jurídica do pedido como a admissibilidade, em abstrato, do provimento pedido.

⁹¹ JARDIM, *op. cit.*, p. 32.

⁹² “Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:
(...)

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual.”

⁹³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 27. ed. rev. e atual., v. 1. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 512.

Deduz-se de tal enunciado, portanto, que essa condição da ação é concebida em termos positivos, visto serem admissíveis em juízo somente os pedidos expressamente previstos pelo ordenamento jurídico. Não obstante, segundo EGAS DIRCEU MONIZ DE ARAGÃO, só se pode falar em possibilidade jurídica do pedido, no processo civil, em termos negativos, ou seja, quando o ordenamento não contenha regra proibitiva acerca do pedido postulado⁹⁴; e isso porque o direito brasileiro, historicamente, sempre admitiu que o magistrado solucionasse o caso discutido em juízo, ainda que o pedido formulado pelo autor não encontre guarida no direito positivo⁹⁵.

Demonstra ADA GRINOVER que os exemplos comumente utilizados para denotar a falta de aludida condição da ação (o pedido de divórcio, onde o ordenamento não o permita; a pretensão fundada em dívida de jogo; o mandado de segurança normativo) são todos de pedidos alvejados por alguma vedação jurídica⁹⁶, o que corrobora o posicionamento de MONIZ DE ARAGÃO.

Ademais, alerta GRINOVER, quanto ao pedido fundado em dívida de jogo, o problema não estaria propriamente no pedido (condenação ao pagamento de quantia certa), que é admitido pelo ordenamento, mas em seu fundamento, a causa de pedir (dívida de jogo), de forma que a possibilidade jurídica do pedido passou a abranger também a causa de pedir⁹⁷.

No processo penal, entretanto, a doutrina se mantém fiel à formulação liebmaniana, sustentando que a possibilidade jurídica do pedido se define em termos positivos⁹⁸. E, ao fazer isso, perfilhou duas rotas distintas.

Conforme o primeiro entendimento, a possibilidade jurídica do pedido deve ser examinada em face do pedido, pura e simplesmente. Dessa maneira, se, na denúncia (ou queixa-crime), a acusação formulasse pedido de imposição de alguma

⁹⁴ MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9. ed. rev. e atual., v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 398.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 394. Hoje se tem o disposto no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

⁹⁶ GRINOVER, *op. cit.*, p. 186.

⁹⁷ *Idem*.

⁹⁸ Por todos: FREDERICO MARQUES, *Tratado...*, p. 20.

das penas vedadas pelo art. 5º, XLVII, da Constituição da República⁹⁹, esse pedido seria juridicamente impossível e a inicial acusatória deveria ser rejeitada pelo juiz. É a posição esposada por JARDIM (1988, p. 35).

VLADIMIR STASIAK critica o posicionamento acima, uma vez que a acusação penal se concretizaria na imputação legal. Assim, ainda que fosse postulada a aplicação de uma pena proscrita pelo ordenamento, a denúncia seria recebida, mas tal pena jamais seria aplicada, incidindo, em caso de condenação, a pena cominada para a hipótese delitiva em que foi enquadrado o caso¹⁰⁰.

De semelhante teor é a crítica veiculada por EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA, para quem “ainda que se requeira a condenação do acusado à pena de morte, por exemplo [...], nada impede que a ação penal se desenvolva regularmente, porque ao juiz permite-se a correta adequação do fato à norma penal correspondente, por força da *emendatio libelli* prevista no art. 383 do CPP”¹⁰¹.

De outro lado, há os que alegam que, no processo penal, o exame acerca da possibilidade jurídica do pedido deveria abranger tanto o pedido como a causa e pedir. Adverte TOURINHO FILHO que,

[...] embora sejam distintas as condições da ação e a *causa petendi*, não se pode negar, no plano concreto, um profundo liame entre elas. [...] Em todo caso, não cremos que na apreciação das condições da ação seja possível um absoluto e completo alheamento da relação-conteúdo, vale dizer, da relação jurídico-material. [...] Queiram ou não, as condições da ação servem de cordão umbilical entre a *causa petendi* e o exercício do direito de ação.¹⁰²

Completa STASIAK que a possibilidade jurídica do pedido deve ser analisada considerando-se o disposto no vetusto art. 43, I, do CPP, o qual determina que a

⁹⁹ “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XLVII – não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis.”

¹⁰⁰ STASIAK, *op. cit.*, pp. 166-7.

¹⁰¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 87.

¹⁰² TOURINHO FILHO, *op. cit.*, p. 519.

denúncia será rejeitada “quando o fato evidentemente não constituir crime”. Logo, “parece razoável [...] que seja ela (a impossibilidade jurídica) sustentada diante da existência, ou não, da previsão da conduta entre os tipos penais, decorrendo, por conseguinte, da verificação da causa de pedir [...]”¹⁰³.

ADA GRINOVER, em trabalho publicado em 1977, entendia que a tipicidade não poderia servir de parâmetro para o exame da possibilidade jurídica do pedido, pois diria respeito ao mérito e as condições da ação somente poderiam versar sobre questões processuais¹⁰⁴, no que foi acompanhada por JARDIM¹⁰⁵.

Mais tarde, no entanto, a autora reviu seu posicionamento, passando a subscrever o posicionamento acima defendido por TOURINHO FILHO, de acordo com o qual a análise da possibilidade jurídica do pedido deve passar pela tipicidade da conduta¹⁰⁶. Não obstante, GRINOVER sustenta que essa condição da ação deve ser formulada em termos negativos (impossibilidade jurídica), porque “o ordenamento só permite a acusação se esta se propõe a demonstrar a existência de um fato delituoso”¹⁰⁷.

De outra parte, aduz GRINOVER neste estudo mais recente, as chamadas condições específicas da ação penal deveriam também integrar o exame da possibilidade jurídica do pedido. Ao estudar as condições de procedibilidade concernentes à representação do ofendido e à requisição do Ministério da Justiça, afirma que “à falta de representação, o ordenamento veda o provimento condenatório requerido pelo MP, porque não se observou o requisito prévio exigido pela lei para que se obtenha o provimento jurisdicional”¹⁰⁸.

Por fim, GRINOVER inclui a justa causa no conceito de possibilidade jurídica do pedido¹⁰⁹, o que será analisado com mais cuidado no Capítulo 4.

¹⁰³ STASIAK, *op. cit.*, p. 167.

¹⁰⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Condições da Ação Penal (Uma tentativa de revisão)*. São Paulo: José Bushatsky, 1977, p. 131.

¹⁰⁵ JARDIM, *op. cit.*, pp. 35-6.

¹⁰⁶ GRINOVER, *As condições da ação penal*, p. 188.

¹⁰⁷ *Idem*.

¹⁰⁸ *Ibidem*, pp. 192-3.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 189.

2.2.2 Interesse de agir

A adaptação do interesse de agir ao processo penal é normalmente feita a partir do desdobramento de referido conceito, por parte dos civilistas, no conhecido trinômio necessidade-adequação-utilidade¹¹⁰, o que, de certa forma, facilita o estudo.

Quanto ao interesse-necessidade, a doutrina é praticamente uníssona ao sustentar que estaria implícito em toda acusação, por força do princípio *nulla poena sine iudicio*, consolidado no direito brasileiro pelo art. 5º, LIV, da Constituição.

No que toca ao interesse-utilidade, recente posição doutrinária e jurisprudencial se formou no sentido de que não haveria utilidade no provimento jurisdicional toda vez que, no momento de oferta da acusação, a pretensão punitiva estatal em relação ao fato tido como delituoso estivesse na iminência de ser encoberta pela prescrição retroativa; ou então quando, devido ao longo decurso de tempo entre a data em que o crime teria sido supostamente cometido e o tempo em que fora oferecida a denúncia, houvesse grande probabilidade de, ao momento da prolação de eventual sentença condenatória, o fato já estar prescrito. É a chamada prescrição antecipada ou “em perspectiva”, construção que ganhou muitos adeptos¹¹¹.

Referida posição, entretanto, encontra certa resistência entre os juristas pátrios, em particular na jurisprudência. O Supremo Tribunal Federal consolidou entendimento segundo o qual é inadmissível a prescrição em perspectiva no direito brasileiro, por ausência de previsão legal¹¹². Ademais, é digno de menção o seguinte pronunciamento da 7ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região sobre o assunto:

De outro lado, é certo que pode e deve o magistrado, examinar a prescrição, mesmo de ofício (art. 61 CPP). No entanto, data vênica, a interessante e econômica criação jurisprudencial da prescrição antecipada ou em perspectiva, surgida com especial ênfase nesta Corte, foi afastada pelas Cortes Superiores deste país, inclusive sem restar quaisquer divergências naqueles Tribunais, o que mesmo por

¹¹⁰ STASIAK, *op. cit.*, p. 168.

¹¹¹ Vide GRINOVER, As condições da ação penal, pp. 196-7; OLIVEIRA, *Curso...*, p. 84, entre outros.

¹¹² Sobre o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, remete-se ao Informativo nº 415, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo415.htm>> (acesso em 07 de outubro de 2009).

um juízo de segurança coletiva, de final decisão esperada (dos Tribunais Superiores) não recomenda dissenso por este Tribunal [...]. Acrescento que concordo com o entendimento manifestado reiteradamente pelas Cortes Superiores. Não é possível a prescrição antecipada porque não prevista em lei, que expressamente detalhou as formas de prescrição e seus termos de início, interrupção e suspensão. Não é possível a prescrição antecipada porque realiza o magistrado processo de adivinhação da pena, a ser proferida em momento final da causa penal. Não é possível a prescrição antecipada porque não se sabe sequer se durante o processo penal surgirão provas de maus antecedentes, de personalidade criminosa, de maiores danos ou mesmo de reincidência.

Mesmo esta Corte, que antes reconhecia amplamente a prescrição antecipada, passou a afirmar que restringia esses casos a hipóteses excepcionais (RCCR 200304010365334/RS, Rel. Élcio Pinheiro de Castro).

Como já acima expus, rejeito, em qualquer situação, a possibilidade de extinção da punibilidade, de prescrição pela “pena concretizada na imaginação” (como afirma o Ministro Marco Aurélio no HC 83.458-2/BA), pois bem manifestou o Ministro Felix Fischer (RESP Nº 551550/RS) que tal prescrição “não encontra, conforme entendimento predominante na denominada instância incomum e, em boa parte, na doutrina, o menor amparo jurídico. Se não bastasse a excessivamente benevolente estrutura da sistemática legal, em nosso Direito Penal, acerca da prescrição (difícil encontrar qualquer sistema similar), a ampliação através de paralogismos não pode mesmo ser acolhida.¹¹³

MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA também rejeita a noção de prescrição antecipada. Segundo essa autora, referida noção seria incompatível com o interesse de agir, já que este não é atingido pela extinção da punibilidade¹¹⁴. Ademais, a aplicação da prescrição antecipada partiria de previsões e suposições que conduziriam à formação de um juízo antecipado de culpa, o que acarretaria ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal e da presunção de inocência¹¹⁵. De outro lado, anota a autora que o provimento que reputa inocente o acusado também seria útil, pois se trata, igualmente, de resposta ao *ius puniendi*, tal qual a condenação¹¹⁶.

¹¹³ TRF 4ª Região, 7ª Turma, HC 2007.04.00.026730-8, relator Des.Federal Néfi Cordeiro, julgado em 18/09/2007. Esse precedente do TRF4 pode ser encontrado no seguinte endereço: <http://www.trf4.jus.br/trf4/jurisjud/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=1913617> (acesso em 07 de outubro de 2009).

¹¹⁴ MOURA, Maria Thereza de Assis. *Justa causa para a ação penal*: Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 213.

¹¹⁵ *Ibidem*, pp. 213-4.

¹¹⁶ *Ibidem*, pp. 214-5.

Aliás, MOURA acredita que a própria idéia de interesse-utilidade não encontraria guarida no processo penal, visto que a aplicação da pena não encerra qualquer vantagem para o Estado¹¹⁷. Ademais, a noção seria incompatível com o princípio da obrigatoriedade¹¹⁸, porquanto o interesse lesado pela prática de um ilícito penal pertenceria a toda a coletividade e seria indisponível, o que impõe a obrigatoriedade, em regra, da ação penal¹¹⁹.

Finalmente, no que se refere ao interesse-adequação, ADA GRINOVER sustenta que estaria ausente, por exemplo, no caso de ação penal proposta contra menor de 18 anos, pois o provimento invocado não é adequado à aplicação de medidas sócio-educativas ao menor de idade¹²⁰.

De outro lado, é necessário mencionar que o interesse-adequação é frequentemente identificado com a justa causa para a ação penal, o que será abordado mais adiante.

Sem atentar para o trinômio necessidade-adequação-utilidade, HÉLIO TORNAGHI argumenta que faltaria interesse de agir quando demonstrada a existência de uma circunstância excludente de antijuridicidade¹²¹. Objeção contra esse pensamento foi lançada por ADA GRINOVER na obra de 1977, para quem a antijuridicidade se confundiria com o mérito¹²².

2.2.3 Legitimação para agir

A legitimação para agir, ou *legitimatío ad causam*, não suscita maiores controvérsias em seara processual penal¹²³, não sendo exagerado afirmar que os autores entendem integralmente aplicável a noção de legitimidade de parte no processo penal.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 211.

¹¹⁸ *Idem*.

¹¹⁹ *Idem*.

¹²⁰ GRINOVER, As condições da ação penal, p. 197.

¹²¹ TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Penal*. v. 2, t. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 86.

¹²² GRINOVER, *As Condições da Ação Penal (Uma tentativa de revisão)*, p. 131.

¹²³ STASIAK, *op. cit.*, p. 171.

De relevante, cabe lembrar que a legitimação ativa, ao contrário do que acontece no processo civil, decorre única e exclusivamente do direito positivo, como bem pontuou TOURINHO FILHO¹²⁴ (2005, p. 521), pois o Ministério Público não pode ser considerado titular de uma posição de direito material relativamente ao caso concreto discutido em juízo¹²⁵.

Há alguma divergência doutrinária sobre a posição do acusado menor de 18 anos.

Quanto à sua legitimação ativa (a qual é, evidentemente, extraordinária, pois a titularidade da ação penal é constitucionalmente atribuída ao Ministério Público em caráter privativo¹²⁶), não haveria grandes problemas. Concordam MOURA¹²⁷ e TOURINHO FILHO¹²⁸ que o menor possui *legitimatío ad causam*, porém lhe faltaria capacidade para estar em juízo, ou *legitimatío ad processum*, de maneira que o direito de queixa deverá ser exercido por um seu representante legal, atendendo-se, na sua falta, o disposto no art. 33 do CPP¹²⁹.

Maiores dúvidas surgiriam no que concerne à hipótese de o menor figurar como legitimado passivo em ação penal. Como exposto no item anterior, GRINOVER afirma que o caso seria de falta de interesse de agir, porquanto ausente o interesse-adequação. FREDERICO MARQUES, a seu turno, sustenta que haveria falta de legitimidade passiva¹³⁰.

2.3 A CORRENTE DUALISTA E O CLAMOR POR UMA TEORIA AUTÔNOMA DO PROCESSO PENAL

As tentativas de adequação das condições da ação do processo civil para a realidade do processo penal partem, em última análise, do pressuposto de que é

¹²⁴ TOURINHO FILHO, *op. cit.*, p. 521.

¹²⁵ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 86.

¹²⁶ “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
I – Promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei (...).”

¹²⁷ MOURA, *op. cit.*, p. 195.

¹²⁸ TOURINHO FILHO, *op. cit.*, p. 522.

¹²⁹ MOURA, *op. cit.*, p. 195.

¹³⁰ FREDERICO MARQUES, José. *Elementos de direito processual penal*. v. 1. Campinas: Bookseller, 1997, p. 295.

possível a elaboração de uma teoria geral do processo. Os adeptos dessa construção assumem que os diferentes campos do direito processual são múltiplas faces de um fenômeno único, governado por um mesmo sistema de princípios e dentro do qual podem ser concebidos institutos e categorias de aplicação universal nos vários ramos do direito processual.

No entanto, como se teve a oportunidade de demonstrar na seção anterior, essa transposição de conceitos resulta quase sempre problemática, e raramente é possível realizar a passagem ao processo penal sem que, ou haja necessidade de modificações profundas em referidos conceitos - como a ampliação do conceito de possibilidade jurídica do pedido, para que abranja também a causa de pedir/tipicidade, a punibilidade da conduta, e a justa causa enquanto presença de prova da materialidade e indícios suficientes de autoria¹³¹ - ou se reconheça que as construções idealizadas para o processo civil são supérfluas - caso do interesse-necessidade, porquanto sempre presente no processo penal, o que é decorrência do princípio *nulla poena sine iudicio*¹³²¹³³ - e/ou inaceitáveis¹³⁴ na seara processual penal. O único conceito remotamente aplicável seria o de legitimidade para agir, e isso simplesmente por dizer com a pertinência subjetiva da ação¹³⁵.

¹³¹ LOPES JR., *op. cit.*, p. 333.

¹³² *Ibidem*, p. 332.

¹³³ Vide FOWLER, Fernando Newton Bittencourt. Anotações em torno da ação penal pública no projeto de reforma. *In: Revista do Ministério Público do Estado do Paraná*. a. 6, n. 7. Curitiba, 1977, p. 92. Explica o autor: "Convém afirmar desde logo que inaproveitável para o nosso campo é o conceito que o processo civil elaborou em torno do interesse de agir. Não faria o mínimo sentido falar-se em processo penal que o interesse de agir repousaria na necessidade ou utilidade do ajuizamento da ação penal para a obtenção da prestação jurisdicional. A tal se contrapõe o caráter de indisponibilidade da ação penal pública e a inevitabilidade do processo como via para a imposição da pena."

¹³⁴ COUTINHO, *A lide...*, p. 146. Na obra, COUTINHO sustenta que, como o conceito de possibilidade jurídica do pedido só pode ser trabalhado de forma negativa no processo civil, o seu transporte ao processo penal enquanto conceito de índole positiva seria inaceitável. A questão é que não haveria problema em se trabalhar com um conceito positivo de possibilidade jurídica do pedido no processo penal, porquanto se trataria de conceito mais fiel ao pensamento original de LIEBMAN, que concebia referida condição da ação em termos positivos. A deturpação do conceito adstringe-se ao processo civil e não precisaria vir ao processo penal. Não obstante, a crítica tecida por COUTINHO é pertinente porque, sendo impensável tratar a possibilidade jurídica do pedido em termos negativos no processo penal, não haveria como aproveitar o que sobre ela se teorizou no processo civil, o que ratifica a posição segundo a qual as condições da ação, tal como pensadas para o processo civil, não podem ser aplicadas ao processo penal.

¹³⁵ LOPES JR., *op. cit.*, p. 331.

Na verdade, esse empréstimo de conceitos do processo civil é o exemplo mais emblemático do tratamento dispensado ao processo penal pelos processualistas brasileiros. A partir de LIEBMAN, a ciência processual brasileira desenvolveu-se a ritmo galopante; da pesada e onipresente influência daquele autor, entretanto, acabou resultando uma proeminência do processo civil em relação ao processo penal, dado que os juristas brasileiros beberam da fonte de um teórico que não demonstrou grande empenho em se aventurar pelos tortuosos caminhos do processo penal¹³⁶. Logo, explica COUTINHO, “ficou também a consciência precitada e a ineludível vontade de ver tudo no direito processual com aqueles olhos (do processo civil)”¹³⁷, de modo que “tudo foi montado, no nosso processo penal, com aquela consciência antes aludida, influenciando, por falta de outra opção, a todos”¹³⁸.

Seguindo essa tendência, realizou-se a passagem da teoria liebmaniana sobre a ação ao processo penal. Quando a doutrina se deparou com situações próprias do processo penal, que colocavam em xeque a aplicabilidade das condições da ação do processo civil, não se questionou acerca da validade dos conceitos até então utilizados; antes, tentou adequar essas situações a conceitos que originalmente não haviam sido cunhados para elas, dando como justificativa uma crença cega¹³⁹ de que o direito processual é uno e, portanto, os conceitos devem valer no processo penal, da mesma forma que no processo civil; ou que, como nos processos civil e penal o direito de ação apresenta a mesma estrutura e função, seria natural que as condições da ação fossem as mesmas nos dois ramos¹⁴⁰. O resultado: imprecisão e incompatibilidade(s).

A reação contra o pensamento monista motivou o surgimento de uma corrente doutrinária que procurou empreender a construção de uma base teórica própria ao processo penal. Em matéria de condições da ação, o pioneiro foi

¹³⁶ COUTINHO, *A lide...*, p. 118.

¹³⁷ *Idem*.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 119.

¹³⁹ *Vide* GRINOVER, *As condições da ação penal*, p. 187. Nesse artigo, a autora não apresenta qualquer justificativa para a necessidade de que a configuração das condições da ação deva obedecer a um só critério nos processos civil e penal.

¹⁴⁰ *Vide* FREDERICO MARQUES, *Tratado...*, pp. 12-20 e 25.

ANTONIO ACIR BREDA (1980, pp. 177-9), que, ao analisar o revogado art. 43 do CPP (que tratava das hipóteses taxativas de rejeição da denúncia), viu estarem contidas no texto legal, *a contrario sensu*, as condições da ação penal, as quais serão abordadas a seguir, sob nomenclatura cunhada por COUTINHO¹⁴¹.

2.3.1 Tipicidade aparente/abstrata

Essa condição da ação foi extraída do art. 43, I, CPP, segundo o qual a denúncia deve ser rejeitada quando o fato narrado evidentemente não constituir crime. Ou seja, nas palavras de BREDA (1980, p. 177), deve estar presente “um fato penalmente relevante, isto é, a ocorrência de um tipo penal objetivo”.

Explica JOÃO PEDRO GEBRAN NETO (1996, p. 46) que aludida condição é decorrência lógica do princípio da reserva legal, pois somente as condutas que se amoldem à descrição legal é que podem estar sujeitas à sanção previamente estabelecida em lei.

Sendo a tipicidade matéria que diz com o mérito da causa, houve objeções no sentido de que não poderia figurar como condição da ação penal, pois implicaria um julgamento antecipado do processo¹⁴², preocupação que não afligia a doutrina mais antiga¹⁴³, ainda não sedada pelo pensamento liebmaniano.

Entretanto, adverte COUTINHO que “o problema deve ser observado à luz da interpretação da expressão **evidentemente**, elementar do inciso I, do precitado art. 43, do CPP”¹⁴⁴ (grifo no original). Dessa forma, é necessário que o fato narrado na denúncia seja típico na “aparência”, isto é, que, conforme as provas colhidas durante a investigação, o fato seja passível de ser considerado típico a partir de um primeiro

¹⁴¹ COUTINHO, *A lide...*, p. 145.

¹⁴² GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 75.

¹⁴³ *Vide* ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. 3. ed., v. 1. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954., p. 429: “Assim, pela circunstância de não constituir crime o fato, de que a queixa ou denúncia dá a narração, é óbvio não pode ser recebida a queixa ou denúncia, dando corpo a uma ação penal sem significação alguma, por evidente falta de finalidade”.

¹⁴⁴ COUTINHO, *A lide...*, p. 147.

exame¹⁴⁵; classificação que, por óbvio, não é definitiva, pois o contraditório poderá quebrar essa aparente tipicidade¹⁴⁶.

Acompanhando a lição original de BREDA, GEBRAN NETO lembra ainda que deve ser “aparente” a tipicidade pois, nesse primeiro juízo acerca do fato, a atenção se volta apenas para o tipo objetivo; quanto aos elementos normativos e subjetivos do tipo, devem ser aferidos na instrução processual¹⁴⁷.

No entanto, COUTINHO assevera que, com o advento da teoria finalista da ação, a doutrina tem exigido também a demonstração da aparente tipicidade quanto ao tipo subjetivo¹⁴⁸, composto pelo dolo e, nos tipos congruentes assimétricos, por outros elementos subjetivos. A exigência de alguma comprovação do tipo subjetivo assume importância destacada em se tratando dos chamados crimes societários, em que uma pessoa jurídica é utilizada como instrumento para a prática de delitos. O não-reconhecimento da necessidade de demonstração da aparente tipicidade quanto ao tipo subjetivo poderia levar à instauração de processo em desfavor até de indivíduos que figurem como meros executores do crime, sem, contudo, terem agido com qualquer *animus delicti*.

Ao discorrer sobre o efeito preventivo das normas penais relativas a crimes societários, CARLOS MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ assim se manifesta:

[...] neste sentido, um proceder metodologicamente correto exige que se atenda a dois aspectos [...]. De um lado, as mencionadas estruturas de imputação deverão de ser perfeitamente aptas a atribuir o ato delituoso aos verdadeiros responsáveis (em sentido criminológico), que estão situados em um nível hierarquicamente superior ao que ocupam os executores materiais; somente desta maneira poder-se-ão satisfazer plenamente as necessidades preventivas. De outro lado, dever-se-á evitar a introdução, mais ou menos dissimulada, de formas de responsabilidade objetiva, com o fim de respeitar escrupulosamente as exigências garantísticas do Direito penal. (tradução livre)¹⁴⁹

¹⁴⁵ *Idem*.

¹⁴⁶ *Idem*.

¹⁴⁷ GEBRAN NETO, João Pedro. *Inquérito policial: o arquivamento e o princípio da obrigatoriedade*. Curitiba: Juruá, 1996, p. 48.

¹⁴⁸ COUTINHO, A *lide...*, p. 148.

¹⁴⁹ PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. *Derecho penal económico: parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, p. 198. No original: “[...] en este sentido, un proceder metodológicamente correcto exige atender a dos aspectos [...]. De um lado, las mencionadas estructuras de imputación habrán de ser perfectamente aptas para atribuir el hecho delictivo a los verdaderos responsables (en sentido criminológico), que están situados en un nivel jerárquicamente superior al que ocupan los ejecutores

Arremata COUTINHO que, se o juiz, por alguma razão, adentrar na discussão da prova, e, sem dúvida razoável, reputar ausente essa aparência de delito e decidir pelo arquivamento do inquérito policial, proferirá verdadeira decisão de mérito, de natureza absolutória, a qual, transitada em julgado, será imunizada pela coisa julgada material¹⁵⁰.

2.3.2 Punibilidade concreta

Retira-se a noção de punibilidade concreta do velho art. 43, II, do CPP, nos termos do qual a inicial acusatória não será acolhida toda vez que estiver presente uma causa de extinção de punibilidade, como as enumeradas no art. 107 do CP.

A punibilidade, explica FOWLER, deve ser entendida no plano de sua efetiva concretização, não apenas normativamente¹⁵¹.

Entende-se que, estando a punibilidade extinta em relação ao fato narrado na denúncia, não haveria qualquer razão para a instauração de um processo, já que este nunca atingiria seu objetivo, qual seja, o da obtenção de uma decisão final de mérito sobre um fato supostamente criminoso imputado a um indivíduo¹⁵². Guardadas as devidas proporções, trata-se de situação análoga¹⁵³ – mas não idêntica¹⁵⁴, é bom que se diga - à de falta de interesse de agir, no processo civil.

materiales; solo de esta manera se podrán satisfacer plenamente las necesidades preventivas. De otro lado, empero, habrá que evitar la introducción, más o menos solapada, de formas de responsabilidad objetiva, con el fin de respetar escrupulosamente las exigencias garantísticas del Derecho penal.”

¹⁵⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A natureza cautelar da decisão de arquivamento do inquérito policial. *In: Revista de Processo*. a. 9, n. 70. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1993, pp. 49-58.

¹⁵¹ FOWLER, Fernando Newton Bittencourt. Anotações em torno da ação penal pública no projeto de reforma. *In: Revista do Ministério Público do Estado do Paraná*. a. 6, n. 7. Curitiba, 1977, p. 92.

¹⁵² GEBRAN NETO, *op. cit.*, p. 49.

¹⁵³ STASIAK, *op. cit.*, p. 190.

¹⁵⁴ FOWLER, *op. cit.*, p. 92. Para esse autor, a punibilidade concreta compõe o conceito de legítimo interesse no processo penal, juntamente com a noção de justa causa.

A decisão que rejeita a denúncia por restar extinta a punibilidade assume contornos de decisão de mérito, tal qual a sentença terminativa prolatada no curso do processo¹⁵⁵.

2.3.3 Legitimidade de parte

Sustenta BREDA (1980, p. 177) que a exigência de legitimidade de parte se faz presente no processo penal em razão do que estatui o revogado art. 43, III, 1ª parte, do CPP, de acordo com o qual a denúncia deverá ser rejeitada “quando manifesta a ilegitimidade de parte”.

Não há muito o que dizer acerca da legitimidade no processo penal, vez que, como já se afirmou anteriormente, o conceito construído para o processo civil pode ser integralmente aproveitado no direito processual penal, com a ressalva de que, na esfera do processo penal, a legitimação ativa obedece a critérios de direito positivo, não a um vínculo com uma situação de direito material, de maneira que a posição do Ministério Público enquanto parte assume contornos estritamente formais. Ensina GEBRAN NETO que essa condição da ação só encontra relevância no processo penal em face da dicotomia entre ação de iniciativa pública e privada¹⁵⁶.

A posição do querelante enquanto legitimado à propositura da ação penal é foco de alguma controvérsia.

É majoritário o entendimento da doutrina segundo o qual o querelante seria legitimado extraordinário, atuando como substituto processual em relação ao Ministério Público¹⁵⁷. Contudo, AURY LOPES JR., em construção voltada ao processo penal, defende tese contrária, ao afirmar que o querelante possui verdadeira legitimação ordinária ativa, pois,

Compreendido que o Estado exerce o poder de punir no processo penal não como acusador, mas como juiz, tanto o Ministério Público como o querelante exercitam um poder que lhes é próprio (*ius ut procedatur*, pretensão acusatória), ou seja, o poder de acusar. Logo, não corresponde o poder de punir ao acusador, seja ele público ou privado, na medida em que ele detém a mera pretensão acusatória.

¹⁵⁵ COUTINHO, A natureza..., p. 56.

¹⁵⁶ GEBRAN NETO, *op. cit.*, p. 50.

¹⁵⁷ Por todos: FREDERICO MARQUES, *Elementos...*, v. 1, p. 295.

Assim, em hipótese alguma existe substituição processual no processo penal.¹⁵⁸

No que diz respeito à legitimidade passiva, remete-se o leitor ao item 2.2.3, *supra*, visto que as mesmas considerações teóricas são adequadas a uma teoria do processo penal autônoma em relação à do processo civil.

A decisão que rejeita a denúncia por ilegitimidade de parte perfaz coisa julgada formal apenas¹⁵⁹; a falta de legitimidade é causa de nulidade do processo (art. 564, II, CPP), sendo, pois, plenamente cabível a repetição do ato para sanar o vício, como, aliás, estatua o art. 43, parágrafo único, do CPP.

2.3.4 Justa causa

Finalmente, segundo o pensamento dualista, é relevante mencionar que a justa causa insere-se como uma quarta condição da ação penal, correspondendo, na construção de BREDA, à prova da materialidade do fato e de indícios suficientes de autoria¹⁶⁰.

O tema será tratado com maior profundidade nos capítulos subsequentes, para os quais se remete o leitor.

¹⁵⁸ LOPES JR., *op. cit.*, p. 338.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 339.

¹⁶⁰ BREDA, *op. cit.*, p. 178.

3 JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. TERMINOLOGIA E CONCEITO(S)

Após uma necessária introdução ao tema das condições da ação, cabe passar ao exame do conceito de justa causa para a ação penal, tendo em mente o objetivo deste trabalho, que é o de promover uma investigação sobre o instituto supramencionado enquanto condição genérica da ação penal, em atenção à reforma do Código de Processo Penal introduzida pela Lei 11.719/08.

Dessa forma, urge primeiro analisar semanticamente os termos linguísticos que compõem a expressão “justa causa” para, mais adiante, proceder ao arrolamento de conceitos elaborados pela doutrina na tentativa de explicar ontologicamente o instituto em epígrafe.

3.1 ETIMOLOGIA

3.1.1 Causa

A palavra “causa”, de conteúdo generalíssimo, comporta um sem-número de significados.

ARISTÓTELES foi quem primeiro realizou um estudo histórico-crítico da causa, a partir da Metafísica, conferindo quatro acepções diferentes ao termo: o que dá forma a determinada substância, constituindo sua essência (causa formal); matéria ou substância de que se constitui algo (causa material); o que produz o movimento, a propulsão (causa eficiente); fim de cada gênese e movimento, finalidade, objetivo (causa final)¹⁶¹¹⁶².

Seguiu-se o pensamento racionalista, que definiu a causa como o fato de que resulta outro fato, conforme um critério lógico¹⁶³. A seu turno, os empiristas

¹⁶¹ MOURA, *op. cit.*, p. 33.

¹⁶² Assim se referiu ARISTÓTELES às quatro causas: “É pois manifesto que a ciência a adquirir é a das causas primeiras (pois dizemos que conhecemos cada coisa somente quando julgamos conhecer a sua primeira causa); ora, causa diz-se em quatro sentidos: no primeiro, entendemos por causa a substância e a quiddidade (o ‘porquê’ reconduz-se pois à noção última, e o primeiro ‘porquê’ é causa e princípio); a segunda [causa] é a matéria e o sujeito; a terceira é a de onde [vem] o início do movimento; a quarta [causa], que se opõe à precedente, é o ‘fim para que’ e o bem (porque este é, com efeito, o fim de toda geração e movimento)”. A propósito, *vide* ARISTÓTELES. **Metafísica**. *In: Os Pensadores*: Aristóteles. v. 2. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 16.

¹⁶³ MOURA, *op. cit.*, p. 36.

conceberam-na como relação de sucessão temporal, que não podia ser percebida pelos sentidos¹⁶⁴.

Em KANT, a causalidade é tratada como conceito puro ou categoria do pensamento¹⁶⁵.

Explica MIGUEL REALE que, de um lado, o criticismo de KANT se aproxima do empirismo, já que a experiência fornece o material cognoscível; de outro, flerta com o racionalismo, dado que “o conhecimento de base empírica não pode prescindir de elementos racionais, tanto assim que só adquire validade universal quando os dados sensoriais são ordenados pela razão”¹⁶⁶. A apreensão do conhecimento empírico dar-se-ia por meio das chamadas “formas” de sensibilidade – espaço (referente a todas as coisas que podem aparecer ao sujeito exteriormente) e tempo (relativo às coisas que somente aparecem interiormente) - presentes *a priori* no sujeito cognoscente e que seriam o modo de funcionamento da sensibilidade humana, que, ao receber os dados sensoriais, naturalmente os organiza¹⁶⁷. Depois de absorvido, o conhecimento obtido pela experiência é unificado e ordenado pelo intelecto sob uma representação comum, por meio de modos que igualmente existem *a priori* no sujeito, chamados por KANT de “conceitos puros” ou “categorias” do entendimento (ou do pensamento). A causalidade seria uma dessas “categorias”¹⁶⁸.

Logo, no âmbito do pensamento kantiano, pode-se dizer que a causalidade é determinada da seguinte maneira: um fenômeno, envolvendo fatos distintos, existente no mundo empírico, é apreendido pelo sujeito segundo as “formas” de sensibilidade e processado pelo intelecto segundo uma “categoria” do entendimento, resultando definida, a partir desse processo racional, a relação causal entre os fatos.

¹⁶⁴ *Idem.*

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 37.

¹⁶⁶ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 8. ed. rev. e atual., v. 1. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 100.

¹⁶⁷ REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da Filosofia: Do Humanismo a Kant*. v. 2. São Paulo: Paulinas, 1990, p. 879.

¹⁶⁸ *Ibidem*, pp. 884-5.

No Direito, predominam as acepções de causa como causa eficiente e causa final¹⁶⁹, cujas origens remontam ao direito romano.

Não há consenso entre os estudiosos a respeito da acepção de “causa” adotada pelos romanos. Alguns autores consideram que a causa, entre os romanos, teria se aproximado da causa eficiente; nesse caso, a causa seria um fato, natural ou voluntário, que antecedia o(s) fato(s) trazido(s) aos juriconsultos e que poderia ser valorado no plano do Direito de forma positiva (*iusta causa*) ou negativa (*iniusta causa*)¹⁷⁰. Outros estudiosos, como EMILIO BETTI, asseveraram que, no direito romano, a causa seria uma circunstância que determinava, fundamentava e justificava um dado comportamento¹⁷¹, assumindo, portanto, um significado mais próximo ao de causa final.

Por sua vez, o direito canônico teria dado ao vocábulo “causa” o significado de “motivo” ou então “litígio”, “demanda”¹⁷². Com o acréscimo do adjetivo “justo”, a expressão daí resultante - “justa causa” - passava a significar “o motivo racional e harmônico que motiva a autoridade eclesiástica a tomar qualquer providência e, particularmente, a conceder qualquer dispensa ou derrogação da lei canônica” (MOURA, 2001, p. 49), assumindo um significado mais próximo ao de “causa final”, nos moldes daquele cunhado por BETTI para o Direito Romano¹⁷³.

Modernamente, no direito processual penal - ramo que interessa ao presente estudo - o termo “causa”, segundo MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, encontraria sinonímia com a expressão “caso penal”¹⁷⁴. Contudo, é importante assinalar que, no entender de MOURA, “caso penal” teria o significado de “controvérsia penal”¹⁷⁵, não aquele cunhado por JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO (item 2.1, *supra*).

¹⁶⁹ MOURA, *op. cit.*, p. 40. Além dessas acepções, MOURA recorda o uso do termo “causa” como sinônimo aos de “contenda judicial, lide, litígio, pleito, demanda, juízo, ação, querela, pendência judicial, processo”, que corresponde ao emprego corrente e costumeiro da palavra “causa” na praxe forense.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 45.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 47.

¹⁷² *Ibidem*, p. 48.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 50.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 61.

¹⁷⁵ *Idem*.

3.1.2 Justo (justiça)

Os termos “justo” e “justiça” foram empregados ao longo da História para designar um juízo de valor de natureza ética e social¹⁷⁶, cujo conteúdo, sem exageros, foi definido de tantas formas diferentes quantos foram os estudiosos que se debruçaram sobre tão árdua tarefa.

Inicialmente identificada com a obediência ao Direito, a justiça confundia-se conceitualmente com este último¹⁷⁷. Os gregos teriam sido os primeiros a estudar os dois conceitos separadamente¹⁷⁸.

PLATÃO concebeu a justiça como totalidade, como uma virtude (idéia) que, se presente, conferiria harmonia e equilíbrio a todas as outras virtudes, assegurando a ordem entre elas¹⁷⁹. A realização da justiça implicaria que a cada homem seria atribuída a sua parte, lugar e função no conjunto da sociedade¹⁸⁰.

ARISTÓTELES, por sua vez, considerou que a justiça é uma virtude atribuível ao homem, não isolada em si mesma, mas sempre referida aos outros homens. Justo seria o que é prescrito pela lei e compatível com a igualdade. A caracterização deveria ser vista sob uma perspectiva relacional, obedecendo a duas formas de justiça: comutativa (as trocas entre os indivíduos devem ser iguais) e distributiva (cada indivíduo deve receber o que é seu por mérito)¹⁸¹.

A visão aristotélica foi aproveitada mais tarde por SÃO TOMÁS DE AQUINO, que acrescentou às duas formas supramencionadas uma terceira, a justiça legal ou social, que se refere ao bem de toda a coletividade¹⁸².

Os pensadores modernos passaram a analisar a idéia de justiça não apenas sob um aspecto subjetivo (virtude), mas também objetivo, como “realização da

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 96.

¹⁷⁷ *Ibidem*, pp. 74-5.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 75.

¹⁷⁹ *Ibidem*, pp. 76-7.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 77.

¹⁸¹ *Ibidem*, pp. 78-9.

¹⁸² *Ibidem*, pp. 83-4.

ordem social justa, ‘resultante de exigências transpessoais imanentes ao processo de viver coletivo’¹⁸³.

NORBERTO BOBBIO sustentou ser o conceito de justiça ligado ao fim último do Direito, que, no transcorrer da História, foi identificado com a paz social, a igualdade e a liberdade¹⁸⁴. De outro lado, KELSEN reportou-se à justiça como qualidade moral, com base na qual seria possível valorar condutas que envolvam o tratamento dispensado por um indivíduo a outro¹⁸⁵. STAMMLER associou-a à fiel aplicação do direito vigente e ao julgamento das questões jurídicas segundo uma noção fundamental de Direito justo, que, para ele, deveria ser pautado por princípios de respeito e solidariedade, com vistas a eliminar a arbitrariedade das relações humanas¹⁸⁶.

MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA manifesta-se em favor do conceito apresentado por JOHN RAWLS, de forte teor contratualista. De acordo com ele, anota MOURA, a noção de justiça dependerá da concepção de sociedade seguida por determinada comunidade, a ser adotada mediante o processo de escolha de uma constituição justa, cujas etapas prévias envolveriam a eleição dos princípios a regulamentarem a atribuição de direitos e deveres básicos e a divisão dos bens em sociedade, bem como a avaliação, com base nesses mesmos princípios, das exigências sociais formuladas pelos indivíduos¹⁸⁷.

DOMENICO CORRADINI BROUSSARD, por sua vez, parte da oposição entre “validez” e “valor” para cunhar sua noção de justiça.

Tanto “validez” como “valor” são palavras cuja etimologia remonta ao verbo “valer” (*valere*, em latim)¹⁸⁸. Em Roma, o imperativo “vale!” tinha o significado de “está bem!” e este significado passou a ambos os termos supramencionados, de

¹⁸³ *Ibidem*, p. 85.

¹⁸⁴ *Idem*.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 87.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 88.

¹⁸⁷ *Ibidem*, pp. 91-2.

¹⁸⁸ BROUSSARD, Domenico Corradini. Os direitos fundamentais e o primeiro dever fundamental. *In: Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. a. 30, v. 30. Curitiba: [s.n.], 1998, p. 14.

maneira que, em linguagem coloquial atual, anota BROUSSARD, tanto um como o outro significam que algo está bem, que tem força¹⁸⁹.

Contudo, no plano filosófico, “validez” e “valor” não seriam sinônimos¹⁹⁰. A primeira palavra denotaria uma categoria transcendental ligada apenas ao mundo do direito; dizer que uma norma vale para e no direito é afirmar que algo está de acordo com uma norma que lhe é imediatamente superior, em uma progressão hierárquica que termina na chamada norma hipotética fundamental¹⁹¹. Por outro lado, “valor” seria uma categoria transcendental ligada somente à ética, e, para algo valer eticamente, é necessário que seja justo¹⁹².

Assim, o direito justo, para BROUSSARD, é o que está conforme a ética. Ética seria nada mais que amor, amor pelo “outro”, e esse amor exige que haja paridade ontológica e axiológica entre cada indivíduo¹⁹³.

BROUSSARD opta pelo termo “paridade”, em substituição a “identidade”, que seria típica e exclusiva dos computadores; e a “igualdade”, pois a igualdade trazida pela lei esconde a desigualdade que por trás dela existe¹⁹⁴. Ademais, deve essa paridade ser ontológica, pois cada um é, existe; e axiológica, porque todos tem valor¹⁹⁵.

A relação entre os homens, entende BROUSSARD, deve sempre ser pensada tendo em vista a paridade ontológica e axiológica¹⁹⁶. É relação entre o “eu” e o “outro”; e o “eu” só se designa indivíduo porque é algo indiviso, ou seja, não dividido do “outro”¹⁹⁷. Como resultado, cada um deve ser responsável (em sentido etimológico) pelo “outro”, sob todos os aspectos¹⁹⁸.

¹⁸⁹ *Idem*.

¹⁹⁰ *Idem*.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 15.

¹⁹² *Ibidem*, pp. 15-6.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 16.

¹⁹⁴ *Idem*.

¹⁹⁵ *Idem*.

¹⁹⁶ *Idem*.

¹⁹⁷ *Idem*.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 18.

3.1.3 A expressão “justa causa”

Como visto acima, as dificuldades em apontar um significado para a expressão “justa causa” não se resolvem ao se isolar os termos que a integram e compõem, uma vez que, enquanto “causa” possui significado vago e ambíguo, “justo” constitui um valor¹⁹⁹.

Disso resulta que a expressão “justa causa” é de definição quase impossível, de maneira que só se poderá precisar seu significado a partir da imposição de um conceito-limite por meio do qual se possa determinar, com imperfeito (porém razoável) grau de certeza, o alcance semântico de referida expressão²⁰⁰.

Levando-se em consideração o conteúdo axiológico da expressão “justa causa”, conferido pelo vocábulo “justo”, toda tentativa de fixação de um conceito deverá atentar para o momento político vivido por uma dada comunidade²⁰¹. E, em razão desse suporte que o conceito de “justa causa” deve encontrar na realidade social, pode-se entender que aludido conceito funciona como uma ponte a ligar a realidade social à realidade do mundo jurídico, adequando a aplicação do Direito posto às agruras vivenciadas pela sociedade em determinada época histórica²⁰². Dessa forma, haveria uma aproximação entre o conceito de “justa causa” e os chamados “conceitos-válvula”²⁰³.

Em tom semelhante, ao comentar a respeito da conceituação jurídico-processual penal da expressão “justa causa” no Anteprojeto Frederico Marques, ANTONIO ACIR BREDA defende que não se pode pretender fixar um conceito de justa causa *a priori*, no direito positivo²⁰⁴. Essa tarefa, pensa BREDA, deve caber à doutrina²⁰⁵ - que, aliás, pode acompanhar as mudanças sociais com velocidade e êxito muito maiores.

¹⁹⁹ MOURA, *op. cit.*, p. 97.

²⁰⁰ *Idem.*

²⁰¹ *Ibidem*, p. 99.

²⁰² *Idem.*

²⁰³ *Idem.*

²⁰⁴ BREDA, Antonio Acir. Sugestões ao novo Código de Processo Penal. *In: Revista do Ministério Público do Estado do Paraná*. a. 3, n. 4, 1974, p. 110.

²⁰⁵ *Idem.*

MOURA entende justa causa, em sentido amplo, como “o fato ou o conjunto de fatos que justificam determinada situação jurídica, ora para excluir uma responsabilidade, ora para dar-lhe certo efeito jurídico”²⁰⁶. Como se pode observar, o núcleo do conceito acima referido é a acepção aristotélica de causa como “causa final” (item 3.1.1, *supra*).

Estabelecidas essas premissas, é necessário proceder à apreciação do conceito de justa causa, tal como desenvolvido no processo penal.

3.2 JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL

3.2.1 Breve análise histórica

O instituto da justa causa teria sido introduzido no sistema processual penal brasileiro durante o tempo do Império, com o Código do Processo Criminal de Primeira Instância²⁰⁷, de 1832, que a associava à legalidade da prisão.

Com efeito, o art. 353 daquele diploma estatuiu expressamente, à época, que “A prisão julgar-se-á ilegal: I – quando não houver justa causa para ela”. Revelava-se, desde logo, um elo entre a justa causa e o *habeas corpus*, já que, conforme a legislação imperial, o remédio poderia ser concedido a todo indivíduo que houvesse sofrido coação ilegal por parte da autoridade impetrada²⁰⁸.

Com o advento da Constituição de 1891 e a subsequente criação dos Códigos de Processo Penal dos Estados, foi mantido o entendimento anterior, salvo algumas exceções²⁰⁹. O Código de Processo Penal do Rio Grande do Sul, em seu art. 255, estatuiu que a ordem poderia ser concedida quando o fato imputado não constituísse crime, ainda que já condenado ou pronunciado o acusado; este entendimento foi posteriormente adotado pelos tribunais, ao identificarem a justa causa com a tipicidade do fato apurado²¹⁰.

²⁰⁶ MOURA, *op. cit.*, p. 100.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 137.

²⁰⁸ *Idem*.

²⁰⁹ STASIAK, *op. cit.*, p. 283.

²¹⁰ BREDA, *Sugestões...*, p. 109.

O Código de Processo Penal de 1941, ainda vigente nos dias atuais, igualmente não provocou grandes alterações na matéria quando de sua entrada em vigor. O art. 648, inc. I preceitua que a coação será ilegal “quando não houver justa causa”, fundamentando a concessão de *habeas corpus*, preservando o caráter da justa causa como requisito para a prisão.

Entretanto, a partir da década de 60, os tribunais brasileiros passaram a consolidar entendimento segundo o qual a hipótese do art. 648, inc. I, CPP seria aplicável analogicamente aos chamados casos de coação processual²¹¹. Estes seriam casos em que o acusado teria sido denunciado e processado sem que o fato narrado na inicial acusatória constituísse, em tese, um crime. Tratava-se, enfim, de um exame realizado ainda no campo da tipicidade, portanto, de forma abstrata²¹².

Influenciada por aludido posicionamento jurisprudencial, a doutrina brasileira passou a estudar a justa causa no âmbito da ação penal, como requisito necessário à fundamentação da acusação. Contudo, embora fosse pensamento corrente entre a doutrina que a justa causa para a ação penal era um problema a ser analisado *in concreto*, ou seja, caso a caso, ainda se sustentava que o exame deveria ser feito *in abstracto*, por se atrelar à tipicidade do fato imputado²¹³.

Com o tempo, a averiguação da presença de justa causa para a coação processual passou a servir como pretexto para que os tribunais exercessem um amplo juízo de admissibilidade sobre a acusação, o qual não mais se restringia à verificação da tipicidade da conduta²¹⁴.

Não obstante, o controle de admissibilidade havia sido disciplinado pelo art. 43 do CPP, cujo inciso I já trazia a atipicidade da conduta como uma das causas de rejeição da denúncia. Na busca por um pressuposto de legitimação do processo penal, e com o objetivo de afastar a possibilidade de instauração de um processo leviano e temerário²¹⁵, os tribunais, mormente o STF, passaram a reputar presente a

²¹¹ MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. *Da justa causa para a ação penal: Na perspectiva do processo como procedimento em contraditório*. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 2006, pp. 23-25.

²¹² BRENDA, Sugestões..., p. 110.

²¹³ *Idem*.

²¹⁴ MARQUES, *op. cit.*, pp. 26-7.

²¹⁵ *Ibidem*, pp. 27-8.

justa causa apenas se a acusação estivesse fundada em lastro probatório suficiente²¹⁶.

E, com a crescente incorporação do pensamento de ENRICO TULLIO LIEBMAN pelo processualismo brasileiro²¹⁷ (que teve como auge a edição do Código de Processo Civil de 1973), a doutrina não demorou a situar a justa causa como uma das condições a limitar o direito processual de ação titularizado pelo acusador²¹⁸.

Com a promulgação da Lei de Imprensa (Lei 5.250/67), restou consolidado, no campo legislativo, o entendimento segundo o qual a denúncia ou queixa poderia ser rejeitada se não houvesse justa causa para a acusação²¹⁹.

Esta também foi a orientação do Anteprojeto Frederico Marques (Projeto de Lei 633/75), que a identificou com a noção de “legítimo interesse”, que abrangeria o chamado “fundamento razoável” para a acusação²²⁰. Ao identificar o legítimo interesse, no art. 227, II, como uma das condições da ação (erroneamente referidas, segundo BREDÁ e FOWLER, como “condições de procedibilidade”²²¹²²²), o Anteprojeto deu guarida ao pensamento de que a natureza da justa causa era a de condição da ação, embora não autônoma.

O Projeto de Lei 1.655/83, a seu turno, não se afastou da concepção defendida por JOSÉ FREDERICO MARQUES quando da apresentação de seu Anteprojeto²²³.

Após a promulgação da Lei 11.719/08, que reformou parcialmente o Código de Processo Penal de 1941 no que tange aos procedimentos ordinário e sumário, a justa causa para a ação penal passou a ser mencionada expressamente no art. 395,

²¹⁶ BREDÁ, Sugestões..., p. 110.

²¹⁷ Ver, a propósito, item 2.3, *supra*.

²¹⁸ MARQUES, *op. cit.*, p. 29.

²¹⁹ *Ibidem*, p. 30.

²²⁰ FOWLER, *op. cit.*, pp. 83-4.

²²¹ BREDÁ, Sugestões..., p. 112.

²²² FOWLER, *op. cit.*, p. 87.

²²³ STASIAK, *op. cit.*, p. 284.

inc. III, do referido diploma²²⁴. À primeira vista, conforme se depreende da leitura do texto legislativo, a justa causa teria sido arrolada como requisito para o exercício da ação penal, distinto em relação às chamadas “condições para o exercício da ação penal” - as quais, por sua vez, permaneceram inominadas na legislação - reacendendo o debate acerca da natureza jurídica desse controvertido instituto.

3.2.2 Conceito de justa causa para a ação penal

O instituto da justa causa, aplicado ao processo penal, passou por várias alterações desde sua introdução no direito brasileiro. Consoante exposto no item anterior, tal peculiaridade acabou por fazer surgir entre os pensadores inúmeros conceitos que buscam explicar tanto a natureza jurídica da justa causa como a sua função no sistema processual penal nacional, tornando hercúlea a tarefa de eleger o conceito que melhor se amolda às necessidades teóricas e práticas do jurista que lida com as vicissitudes do processo penal.

Some-se a essa dificuldade o fato de a expressão “justa causa” ser composta por vocábulos de significação nebulosa, que pouco auxiliam na busca do conceito mais adequado a uma formulação teórica do processo penal que prime pela precisão técnica.

PLÍNIO DE OLIVEIRA CORRÊA afirma que, no processo penal brasileiro, haveria pelo menos oito diferentes posicionamentos acerca da expressão “justa causa”²²⁵, os quais serão expostos e examinados a seguir.

O primeiro deles relaciona a justa causa à legalidade da prisão. Trata-se do conceito, digamos, “original” de justa causa no direito processual penal brasileiro, tal qual prenunciado pelo Código de Processo Criminal de 1832 (item 3.2.1, *supra*). Segundo CORRÊA, tal conceito seria criticável porque o juízo a ser feito acerca da prisão deve ser o de legitimidade, não de legalidade, pois “a prisão pode ser legal,

²²⁴ “Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

I – for manifestamente inepta;

II – faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou

III – faltar justa causa para o exercício da ação penal.”

²²⁵ CORRÊA, Plínio de Oliveira. Teoria da justa causa: análise do sistema processual penal brasileiro com vista à ordem jurídica dos países da América Latina. In: *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. a. XXIV, n. 70. Porto Alegre: [s.n.], jul. 1997, p. 266.

como ocorriam com as prisões administrativa, disciplinar e para averiguação, e inexistir legitimidade para qualquer uma delas²²⁶.

Digna de menção é, igualmente, a crítica tecida por MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. Entendendo a justa causa para a ação penal, em sentido amplo, como a causa lícita, legitimada pela ordem jurídica (causa *secundum ius*, ou conforme o ordenamento jurídico), MOURA sustenta que “a norma (jurídica) obriga não simplesmente porque é válida, mas também porque contém valor, razão pela qual, sob o plano axiológico, não há como negar que a justa causa seja a causa legítima, ou a causa que a ordem jurídica prevê²²⁷. A averiguação da legitimidade deverá ser feita primeiramente com lastro na Constituição (como instância normativa suprema), passando pelos tratados internacionais de que o Brasil seja parte, pela legislação infraconstitucional, pelos princípios gerais de Direito e pela equidade²²⁸.

Em outras palavras, a causa em exame deverá ser confrontada com o ordenamento em sua totalidade, não apenas com uma de suas facetas (a lei).

A segunda posição arrolada por CORRÊA é a que permite fundamentar a concessão de *habeas corpus* por falta de justa causa para a acusação, porque o fato imputado ao acusado não constitui crime²²⁹. Teria sido adotada pelos Códigos estaduais do Rio Grande do Sul (1898) (item 3.2.1, *supra*), do Distrito Federal (1910) e de Santa Catarina (1928). Com lastro no velho art. 43 do CPP²³⁰ (revogado pela Lei 11.719/08), CORRÊA aduz que, caso o fato narrado na denúncia não se mostre delituoso, a denúncia deve ser rejeitada de plano, em atenção ao preceito contido no antigo art. 43, inc. I, do CPP, razão pela qual esse posicionamento não merece ser adotado²³¹.

²²⁶ *Ibidem*, p. 267.

²²⁷ MOURA, *op. cit.*, p. 170.

²²⁸ *Ibidem*, pp. 170-1.

²²⁹ CORRÊA, Teoria..., pp. 267-8.

²³⁰ “Art. 43. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:
I – o fato narrado evidentemente não constituir crime;
II – já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa;
III – for manifesta a ilegitimidade de parte ou faltar condição exigida por lei para o exercício da ação penal.”

²³¹ CORRÊA, Teoria..., p. 268.

Por sua vez, a terceira corrente defende que a falta de justa causa equivaleria à ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no revogado art. 43 do CPP²³². Para CORRÊA, essa posição combina institutos de diferentes naturezas e os reúne de forma assistemática sob uma mesma expressão, tornando sem identidade o conceito de justa causa²³³.

A quarta corrente seria análoga à anterior, quando advoga que a falta de justa causa seria equivalente a todos os outros casos de coação ou constrangimento ilegal enumerados no art. 648, CPP e que fundamentam a concessão da ordem de *habeas corpus*²³⁴. Esse seria o posicionamento defendido, em parte, por JOSÉ FREDERICO MARQUES, que aduz, com fulcro no dispositivo legal supramencionado, que a justa causa seria “uma norma genérica de encerramento”²³⁵.

Ao mesmo entendimento se filiou MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. Ao definir justa causa como a causa *secundum ius*, ela argumenta que “a justa causa constitui (...) o conjunto de elementos de Direito e de fato que tornam legítima a coação”²³⁶, correspondendo, dessa forma, a todo fundamento sustentado pela acusação.

Referida concepção padece, consoante CORRÊA, dos mesmos defeitos atribuídos à terceira corrente. Entende ele que:

Com efeito, ao analisarmos as hipóteses do art. 648 do CPP, constatamos a presença de questões relativas à competência, aos pressupostos processuais, à prestação de fiança, a nulidades processuais, excesso de prazo na prisão, entre outras. Por conseguinte, aqui também é inconcebível a utilização da justa causa como expressão ‘universal’ para identificar os mais variados institutos e as mais diversas instituições jurídicas. A identificação pretendida nesta posição, assim como a equivalência sugerida na anterior, não passam de meras opiniões destituídas de qualquer valor científico.²³⁷ (1997, p. 269).

²³² *Idem*.

²³³ *Ibidem*, p. 269.

²³⁴ *Idem*.

²³⁵ FREDERICO MARQUES, José. *Elementos de direito processual penal*. v. 4. Campinas: Bookseller, 1997, p. 366.

²³⁶ MOURA, *op. cit.*, p. 248.

²³⁷ CORRÊA, Teoria..., p. 269.

De acordo com a quinta posição, estaria presente a justa causa para a ação penal com a simples descrição do fato típico na denúncia (ou na queixa)²³⁸. CORRÊA a critica sob o fundamento de que a justa causa não se restringe aos elementos formais da denúncia; vai mais além, albergando a prova material do fato trazido à baila na acusação²³⁹.

O sexto posicionamento seria aplicável somente aos casos de ação penal de iniciativa privada e consistiria na identificação da presença da justa causa com a existência de “indícios ou suspeitas fundadas” acerca do fato e de sua autoria²⁴⁰. Sua adoção seria temerária, pois implicaria dizer que um processo penal poderia ser instaurado em relação a um fato que poderia sequer existir²⁴¹. Ao contrário da autoria, em relação à qual são suficientes indícios, o fato supostamente delituoso deve estar devidamente provado, sob pena de violação do princípio processual do *onus probandi* (art. 156, CPP) e do princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5.º, LVII, CR/88)²⁴².

De outro lado, a justa causa, entendida como requisito necessário para tornar idônea a acusação, possuiria, segundo FOWLER, uma função política de “garantia do *status libertatis* do cidadão, que só deve sofrer o gravame que o processo sempre representa, quando a acusação intentada contiver visos de viabilidade”²⁴³.

A sétima posição teria o objetivo de expurgar do sistema a expressão “justa causa”, sob o argumento de que esta seria de parca precisão semântica e possuiria tratamento heterogêneo conforme sua aplicação²⁴⁴. A crítica tecida por CORRÊA é no sentido de que, como a expressão existe há muito tempo no direito brasileiro - seria, inclusive, “coisa nossa”, por inexistir similar na literatura estrangeira²⁴⁵ - tendo

²³⁸ *Ibidem*, pp. 269-70.

²³⁹ *Ibidem*, p. 270.

²⁴⁰ *Idem*.

²⁴¹ *Idem*.

²⁴² *Idem*.

²⁴³ FOWLER, *op. cit.*, p. 89. FOWLER afirma que essa função política é realizada por todas as condições da ação.

²⁴⁴ CORRÊA, Teoria..., p. 270.

²⁴⁵ CORRÊA, Plínio de Oliveira. *Legitimidade da prisão no direito brasileiro*. Porto Alegre: Editora da Universidade, 1984, p. 93.

seu uso sido incorporado pelos nossos juristas, não faria o menor sentido fechar os olhos para ela e fingir sua inexistência, em injustificável ficção²⁴⁶.

Finalmente, aduz CORRÊA, há a oitava corrente de pensamento, de acordo com a qual a justa causa seria uma das condições da ação penal²⁴⁷, posição que será abordada minuciosamente a seguir.

²⁴⁶ *Idem*, Teoria..., p. 271.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 271.

4 A JUSTA CAUSA COMO CONDIÇÃO DA AÇÃO PENAL: FUNDAMENTO, POSIÇÕES E CRÍTICAS

A partir do momento em que a justa causa passou a servir para fundamentar a coação resultante da existência de um processo penal contra um determinado indivíduo, a doutrina brasileira enamorou-se da idéia de alçá-la à categoria das condições da ação.

Explica-se essa postura porque, tal como idealizado por LIEBMAN a partir de sua teoria da ação, o direito processual de ação reporta-se instrumentalmente a uma *fattispecie* determinada e exatamente individuada²⁴⁸, e deve sofrer um condicionamento para que não sejam trazidas a juízo demandas sem perspectiva alguma de sucesso. Ao funcionar como obstáculo à propositura de uma ação penal que não esteja lastreada em um mínimo de realidade - portanto, uma acusação em que se constata inexistente o vínculo instrumental entre o direito processual de ação e o direito material invocado - e que, por falta de base material, está fadada à improcedência, a justa causa teria uma função no sistema muito semelhante à das condições da ação elaboradas pelo pensamento liebmaniano. Por essa razão, alguns setores da doutrina lhe conferiram *status* de condição da ação.

Delimitado o conteúdo da justa causa para a ação penal (item 3.2.1, *supra*), viabilizou-se a criação de um conceito que lhe garantisse um lugar bem definido no sistema processual penal, embora não haja consenso sobre a sua posição enquanto condição autônoma da ação.

4.1 A JUSTA CAUSA COMO PARTE DO CONTEÚDO DE UMA OUTRA CONDIÇÃO DA AÇÃO

Esta visão do instituto da justa causa para a ação penal é característica – mas não exclusiva – de setores da doutrina comprometidos com uma abordagem monista do direito processual e consiste essencialmente numa tentativa de adequação da justa causa às condições da ação importadas do processo civil. Com efeito, o pensamento monista entende que as condições da ação seriam as mesmas nos

²⁴⁸ LIEBMAN, *L'azione...*, p. 46.

processos civil e penal; logo, a justa causa, enquanto instituto relativo ao juízo de admissibilidade da inicial, deveria estar envolta pelo manto dos antigos conceitos.

A maioria dos partidários desse entendimento preconiza que a justa causa seria integrante da noção de interesse de agir (mais precisamente, do interesse-adequação) e estaria ligada à idoneidade do pedido²⁴⁹.

FREDERICO MARQUES anota que a existência do interesse de agir se subordina à formulação, pelo autor, de “uma pretensão adequada à satisfação do interesse contido no direito subjetivo de que se diz titular”, sendo que a pretensão só seria adequada se idônea²⁵⁰. O interesse de agir identificar-se-ia com a causa do pedido, a qual, se injusta, motivaria a rejeição da denúncia em razão da ameaça de coação ilegal gerada pela acusação inidônea (art. 43, III c/c art. 648, I, CPP)²⁵¹. Assim, a justa causa seria verdadeira condição da ação penal, mas presa ao interesse de agir.

Por sua vez, a tentativa de TOURINHO FILHO é pautada por uma crítica à idéia de que o interesse de agir, no processo penal, restaria confinado ao interesse-necessidade e seria, portanto, conceito supérfluo, uma vez que inerente a toda acusação. Para ele, adotar referida postura seria enxergar apenas um dos aspectos do problema, pois o interesse de agir exigiria um *plus*, qual seja, a existência de elementos razoáveis de convicção acerca do fato apurado e de sua autoria²⁵², o que se aproxima do conceito de justa causa elaborado por BREDÁ (item 4.2, *infra*), de maneira a repelir acusações infundadas. Conclui TOURINHO FILHO que o interesse de agir, no processo penal, consistiria “na idoneidade do pedido consubstanciado na peça inaugural, seja denúncia, seja queixa, e nos elementos que lhe servem de suporte fático. Quer dizer, então, que o pedido se diz idôneo quando arrimado em elementos de convicção quanto à prática da infração penal e sua autoria”²⁵³.

FOWLER, ao analisar o Anteprojeto Frederico Marques, manifesta-se no sentido de que o interesse de agir deve albergar as noções de punibilidade concreta

²⁴⁹ GRINOVER, *As condições da ação penal...*, pp. 110-5.

²⁵⁰ FREDERICO MARQUES, *Tratado...*, p. 21.

²⁵¹ *Idem*, *Elementos...*, v. 1, p. 294.

²⁵² TOURINHO FILHO, *op. cit.*, pp. 526-7.

²⁵³ *Ibidem*, p. 528.

e de justa causa, esta última identificada com a existência de prova da materialidade do fato e de indícios suficientes de autoria²⁵⁴. É necessário lembrar, contudo, que FOWLER se distancia das outras posições citadas, por sustentar que o conceito de interesse de agir do direito processual civil seria inapropriado para o processo penal (item 2.3, *supra*).

ADA GRINOVER, em sua obra de 1977, valeu-se da diferença entre interesse substancial e interesse processual para refutar o posicionamento esposado por FREDERICO MARQUES e TOURINHO FILHO. O interesse substancial seria orientado à obtenção de um bem da vida, enquanto o processual teria como objetivo um provimento jurisdicional, sendo que a este último corresponderia o interesse de agir²⁵⁵. Sustentava GRINOVER que a justa causa, entendida como o *fumus boni iuris*, estaria relacionada ao mérito da causa – logo, ao interesse material – porquanto o juiz, ao analisá-la, deveria avaliar a existência do direito material alegado pelo autor. Como as diferentes hipóteses de improcedência do pedido não poderiam ser objeto de gradação, não seria cabível afirmar que o pedido infundado *prima facie* levaria à simples inadmissibilidade da acusação, pois, toda vez que o juiz adentrasse no exame da prova, estaria apreciando o direito material invocado e, portanto, o *meritum causae*²⁵⁶.

Para GRINOVER, a análise do lastro probatório pelo juiz diante da acusação apresentada seria necessária devido à própria natureza do processo penal, de maneira a evitar a instauração de um processo fundado em uma acusação temerária²⁵⁷²⁵⁸.

²⁵⁴ FOWLER, *op. cit.*, p. 84.

²⁵⁵ GRINOVER, *As condições da ação penal...*, p. 117.

²⁵⁶ *Ibidem*, pp. 119 e 123.

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 127.

²⁵⁸ Com a devida vênia, é imperativo esclarecer que o argumento esposado por GRINOVER carece de base científica. Ora, a alegação acerca da “natureza do processo penal” pode servir de justificativa para uma infinidade de situações controversas no campo do direito processual penal. Ademais, essa indefinição traz o problema de se tentar descobrir qual é, afinal, a natureza do processo penal. As diferentes respostas a essa pergunta poderiam levar inclusive à desnecessidade de que se reúna um mínimo de prova para acusar alguém.

Considere-se, hipoteticamente, que a natureza do processo penal diga respeito à busca da verdade, a todo custo, como nos tempos do sistema inquisitorial. O inquisidor poderia, mediante mera suspeita - uma denúncia anônima, por exemplo - iniciar uma devassa na vida do investigado, reunindo elementos devidamente fabricados de modo a se construir uma verdade, a qual é coroada pela confissão do acusado. A busca pela verdade era direito absoluto do inquisidor, que competia apenas a ele; o processo corria sem o conhecimento e participação do acusado. *Vide*, a propósito:

Em trabalho recente, GRINOVER, utilizando-se de idênticos fundamentos, passou a considerar a justa causa como condição da ação penal, ainda que não autônoma, por estar subordinada à possibilidade jurídica do pedido²⁵⁹. A mudança deveu-se à inclusão da falta de tipicidade entre os casos de impossibilidade jurídica do pedido (item 2.2.1, *supra*). A antiga crítica de GRINOVER à associação entre tipicidade e possibilidade jurídica do pedido – o fato de a atipicidade ser matéria de mérito e conseqüentemente não poder servir de parâmetro para avaliar a admissibilidade do pedido – foi superada, abrindo-se espaço para que a autora também considerasse a justa causa como necessária para tornar juridicamente possível o pedido feito pela acusação.

4.2 JUSTA CAUSA ENQUANTO CONDIÇÃO AUTÔNOMA DA AÇÃO PENAL: OS DIFERENTES ENFOQUES

O entendimento de que a justa causa seria condição autônoma da ação penal é prevalente entre a doutrina de índole dualista, isto é, que busca construir uma teoria própria para o processo penal, rejeitando a teoria geral do processo. Não houve maiores impedimentos para isso dentro da corrente dualista, devido ao esforço em afastar os conceitos elaborados para o processo civil, o que deu maior liberdade para que a justa causa fosse visualizada separadamente em relação às demais condições da ação penal.

ANTONIO ACIR BREDA afirma que a justa causa seria a existência de prova do fato supostamente delituoso e de indícios suficientes de sua autoria²⁶⁰. Com fulcro na redação do Código de Processo Penal anterior à entrada em vigor da Lei 11.719/08, BREDA sustentou que a exigência de justa causa para a ação penal, no direito brasileiro, seria resultado de uma interpretação conjunta dos arts. 18 e 43, inc. III, segunda parte, do CPP²⁶¹.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir* (trad. Raquel Ramalhete). 32. ed. Petrópolis: Vozes, [s.d.], pp. 32-5.

Em conclusão, a referência à “natureza do processo penal” abre espaço para relativismos inadmissíveis dentro do pensamento científico, razão pela qual não pode ser aceita como justificativa para a necessidade de devida fundamentação da inicial acusatória.

²⁵⁹ GRINOVER, As condições da ação penal, p. 191.

²⁶⁰ BREDA, *Efeitos...*, p. 178.

²⁶¹ *Ibidem*, pp. 177-8.

O art. 43, III, segunda parte, estatua que a denúncia deve ser rejeitada quando “faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal”. Segundo o raciocínio de BREDA, o Ministério Público deve pedir o arquivamento do inquérito policial quando reputar configuradas quaisquer das hipóteses antigamente previstas no art. 43 do CPP. Contudo, há uma outra situação prevista na lei em que o *Parquet* deverá requerer o arquivamento do inquérito: é a declinada no art. 18 do CPP, que estabelece que o arquivamento deverá ser ordenado em caso de falta de base para a denúncia²⁶².

Para BREDA, as condições da ação penal estariam enumeradas no revogado art. 43 do CPP, *a contrario sensu* – pois a norma se refere a situações em que a denúncia será rejeitada, não a requisitos para que ela seja recebida ou mesmo exercida²⁶³. A construção aberta “condição exigida pela lei para o exercício da ação penal”, constante do inciso III desse dispositivo, permitiria que se contemplasse a justa causa como condição da ação penal, no mesmo nível das demais hipóteses, quando interpretada em conjunto com o art. 18 do CPP²⁶⁴, pois este último dispositivo exige que a autoridade judiciária archive o inquérito quando entender não haver lastro probatório suficiente para justificar o processamento do caso.

Compartilha da mesma posição PLÍNIO DE OLIVEIRA CORRÊA, para quem a justa causa, “como condição primeira para o exercício da ação penal, consiste na prova indubitosa da existência de uma hipótese delitiva e, pelo menos, em indícios idôneos de sua autoria”²⁶⁵. Conforme CORRÊA, o direito brasileiro teria acolhido a concepção de justa causa como condição da ação penal a partir da Lei 5.250/67 (Lei de Imprensa), que, em seu art. 44, § 1.º, estabelecia que a denúncia ou queixa deveria ser rejeitada quando não houvesse justa causa para a ação penal. Ademais, a exigência de justa causa para a ação penal seria uma imposição do princípio constitucional da presunção de inocência²⁶⁶.

²⁶² *Idem.*

²⁶³ *Ibidem*, p. 177.

²⁶⁴ *Ibidem*, pp. 177-8.

²⁶⁵ CORRÊA, Teoria..., p. 272.

²⁶⁶ *Idem.*

Acolhem o conceito proposto por BREDA, ainda, JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO²⁶⁷, FERNANDO BITTENCOURT FOWLER²⁶⁸, JOÃO PEDRO GEBRAN NETO²⁶⁹, AURY LOPES JR.²⁷⁰, entre outros.

AFRÂNIO SILVA JARDIM, a seu turno, assevera que o conceito de justa causa seria mais amplo do que o proposto por BREDA, envolvendo também a prova da antijuridicidade da conduta e da culpabilidade do agente a quem se atribui a autoria do suposto delito²⁷¹.

Aludido pensamento foi esposado por VLADIMIR STASIAK, para quem justa causa seria:

uma condição genérica autônoma da ação penal condenatória, e que se caracteriza pelo fundamento razoável necessário à imputação, o que se evidencia na prova da materialidade e da autoria, a qual, indiscutivelmente, há que se identificar com o *fumus boni iuris* da acusação, ou seja, a fumaça, o indício de um crime e sua autoria. A justa causa é, assim, a exteriorização material dos fundamentos da causa de pedir.²⁷²

De acordo com STASIAK, o conceito acima declinado poderia ser extraído mediante uma interpretação conjunta dos arts. 18 e 648, inc. I, do CPP²⁷³. Conforme exposto quando se abordou a posição de BREDA, o art. 18 estabelece que o inquérito deverá ser arquivado quando faltar base para a propositura da denúncia; de outro lado, o art. 648, inc. I, preleciona que a coação será ilegal quando feita sem justa causa.

De uma primeira análise do conceito de justa causa elaborado por STASIAK, inspirado em JARDIM, infere-se, portanto, que a noção de materialidade foi alargada para designar não somente a prova do fato que se supõe criminoso, mas a prova suficiente, para a acusação, de todos os elementos que compõem o conceito analítico de crime (ação típica, antijurídica e culpável), uma vez que seria necessária

²⁶⁷ COUTINHO, *A lide...*, p. 142.

²⁶⁸ Com a ressalva de que FOWLER situa a justa causa dentro do interesse de agir (item 4.1, *supra*).

²⁶⁹ GEBRAN NETO, *op. cit.*, pp. 51-2.

²⁷⁰ LOPES JR., *op. cit.*, p. 341.

²⁷¹ JARDIM, *op. cit.*, p. 37.

²⁷² STASIAK, *op. cit.*, p. 287.

²⁷³ *Idem*.

a presença de indício de crime, não apenas de prova do fato apurado. E, de acordo com STASIAK, esses elementos devem ser examinados sob o enfoque da teoria finalista do delito, desenvolvida por HANS WELZEL²⁷⁴.

Assim, para restar configurada a tipicidade da conduta trazida à apreciação judicial, seria necessário, além da prova do fato supostamente delituoso (tipo objetivo), que a acusação providenciasse à autoridade judicial prova da existência do dolo e, quando pertinente, de outros elementos subjetivos ligados à orientação psicológica do agente, que compõem, nos tipos de injusto dolosos, o chamado tipo subjetivo. Quanto aos tipos culposos, igualmente, não bastaria a prova do fato; impor-se-ia a demonstração da existência de culpa do imputado, entendida como elemento normativo do tipo²⁷⁵.

A antijuridicidade, por sua vez, também deverá ser demonstrada pela acusação²⁷⁶; entretanto, configurado o tipo, faz-se presente, *a priori*, a antijuridicidade, em atenção à função indiciária do tipo penal²⁷⁷.

De igual modo, haveria necessidade de prova da culpabilidade do agente, cuja ausência levaria à falta de justa causa para a ação penal, salvo, lembra STASIAK, no que se refere à imputabilidade²⁷⁸. Caso o acusado tenha idade inferior

²⁷⁴ Vide WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán: parte general* (trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez). 11. ed (4. ed castelhana). Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, pp. 39-40: "Ação humana é exercício de atividade final. A ação é, por isso, acontecer 'final', não apenas 'causal'. A finalidade ou o caráter final da ação se baseia em que o homem, graças a seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as conseqüências possíveis de sua atividade, estabelecer, para tanto, fins diversos e dirigir sua atividade, conforme o seu plano, à realização desses fins. Em virtude de seu saber causal prévio pode dirigir os vários atos de sua atividade de modo tal que oriente o acontecer exterior causal a um fim e assim o sobredetermine de modo final. Atividade final é um obrar orientado conscientemente desde o fim, enquanto que o acontecer causal não está dirigido desde ao fim, sendo tão-somente a resultante causal dos componentes causais existentes em cada caso." (tradução livre).

²⁷⁵ STASIAK, *op. cit.*, pp. 294-5.

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 295.

²⁷⁷ São oportunas as lições de BITENCOURT: "O tipo circunscreve e delimita a conduta penalmente ilícita e delimita a conduta penalmente ilícita. A circunstância de uma ação ser típica indica que, provavelmente, será também antijurídica. (...) a adequação do fato ao tipo faz surgir o indício de que a conduta é antijurídica, e essa *presunção* somente cederá ante a configuração de uma *causa de justificação*" (grifos no original). Por conseguinte, deve-se falar em prova de antijuridicidade *a contrario sensu*, ou seja, ausência de prova demonstrativa da presença de alguma das causas excludentes de ilicitude (legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de direito, estrito cumprimento de dever legal, consentimento do ofendido). In: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 11. ed. atual., v. 1. São Paulo: Saraiva, 2007.

²⁷⁸ STASIAK, *op. cit.*, p. 296.

a 18 anos, a consequência não seria a carência de ação, mas a nulidade do processo por ausência de um pressuposto processual de validade - a *legitimatío ad processum* ou capacidade de estar em juízo. Em se tratando de acusado portador de enfermidade mental, a inimputabilidade não obsta ao recebimento da denúncia; o processo segue seu curso normal, com a evidente diferença de que, comprovada a inimputabilidade do acusado, haverá prolação de sentença absolutória imprópria e consequente imposição de uma medida de segurança, nos moldes do art. 97 do Código Penal²⁷⁹.

A eventual presença de uma excludente de antijuridicidade ou de culpabilidade levaria, segundo JARDIM, à falta de justa causa para a ação penal, por ausência de prova acerca da ilicitude da conduta²⁸⁰.

Finalmente, argumenta STASIAK, faltaria justa causa para a acusação sempre que a conduta do acusado constituísse lesão ínfima ao bem jurídico tutelado pela norma prescritiva do tipo imputado, por força do princípio da insignificância²⁸¹. Para isso, seria necessária a demonstração da existência de “fortes indícios de que se está diante de um caso de criminalidade de bagatela”²⁸². Somente a prova inequívoca de que a conduta é insignificante para o direito penal material levaria a um julgamento de mérito sobre o caso²⁸³.

A afirmação de que a insignificância da conduta levaria à falta de justa causa para a ação penal é referendada por AURY LOPES JR., que faz alusão ao “controle processual do caráter fragmentário do direito penal”²⁸⁴. No entanto, ao contrário de STASIAK, LOPES JR. entende que toda decisão nesse sentido disporia sobre o mérito da causa, produzindo-se plenamente a coisa julgada material nesses casos²⁸⁵.

A posição defendida por JARDIM e STASIAK é passível de algumas críticas.

²⁷⁹ *Ibidem*, pp. 296-7.

²⁸⁰ JARDIM, *op. cit.*, p. 39.

²⁸¹ STASIAK, *op. cit.*, pp. 298-303.

²⁸² *Ibidem*, p. 303.

²⁸³ *Idem*.

²⁸⁴ LOPES JR., *op. cit.*, pp. 341-3.

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 343.

Primeiramente, é importante consignar que, levando-se em conta a noção de tipicidade material, não se pode desvincular a antijuridicidade – ou o que se costumeiramente denomina de “antijuridicidade” - da tipicidade. Ensina LUIZ ALBERTO MACHADO que, efetivamente, tipo e “antijuridicidade” configuram uma única estrutura, pois o injusto penal caracteriza-se por ser típico²⁸⁶.

Aduz MACHADO que o termo “antijuridicidade” seria inadequado para descrever a contrariedade ao direito desencadeada pela atuação do tipo. Os atos ilícitos também se inserem no âmbito da juridicidade, uma vez que a eles é ligada uma consequência jurídica, vale dizer, uma sanção. Dessa forma, tanto o valor e o desvalor pertencem ao campo do jurídico; a conduta criminosa é portadora de um desvalor, mas, ainda assim, deve ser considerada jurídica²⁸⁷.

A norma que veicula o tipo penal contém, segundo MACHADO, um preceito implícito, cujo teor é contrário à descrição típica – ou seja, estatui uma proibição quanto à realização da conduta típica²⁸⁸. Atuar o tipo implica, de regra, violar esse preceito implícito, o que leva à aplicação da sanção penal; por isso, pode-se dizer que o ajuste da conduta ao tipo “é sempre desvalor, antinormatividade, o que inoocorre no mundo jurídico como regra geral”²⁸⁹.

Entretanto, é possível que se pratique uma conduta passível de subsunção a um tipo penal e, ao mesmo tempo, essa conduta esteja conforme o direito, de maneira a afastar a incidência do preceito implícito contido na norma penal. É o caso da ocorrência de uma excludente de ilicitude (como a legítima defesa), ou da realização de uma conduta que não lese de forma significativa um bem jurídico protegido por norma penal (como os crimes de bagatela, alcançados pelo princípio da insignificância). Nessa hipótese, assevera MACHADO, houve composição formal do tipo, ou seja, o ajuste da conduta à descrição legal; mas não foi violada a proibição implícita veiculada pela norma penal, de forma que restaria ausente a chamada tipicidade material²⁹⁰.

²⁸⁶ MACHADO, Luiz Alberto. *Direito Criminal (Parte Geral)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 119.

²⁸⁷ *Ibidem*, p. 120.

²⁸⁸ *Idem*.

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 121.

²⁹⁰ *Idem*.

Em outras palavras, a reunião de tipicidade e “antijuridicidade” sob uma única estrutura implica que a tipicidade deve ser visualizada mediante duplo aspecto. O primeiro, formal, diz respeito ao simples encaixe da conduta criminosa na descrição típica trazida pela norma penal. O segundo, material, se refere à antinormatividade resultante da violação do preceito implícito - contido nessa mesma norma - que estatui a proibição da realização da conduta típica.

Feitas essas considerações, torna-se perfeitamente possível situar os casos de presença de uma excludente de ilicitude ou de insignificância da conduta como casos em que a acusação careceria do direito processual de ação por falta de tipicidade aparente, e não por falta de justa causa.

Ainda que se dispense a noção de tipicidade material, característica de um conceito de crime que obedece a uma estrutura bipartida, e se opte pelo conceito tripartite - como fez STASIAK ao listar hipóteses que, para ele, seriam de falta de justa causa para a ação penal – os casos de ausência de ilicitude poderiam ser alcançados pela tipicidade aparente. Manifesta-se MARCO AURÉLIO NUNES DA SILVEIRA no sentido de que a solução seria o emprego da expressão “tipo de injusto”²⁹¹, que, em seu entender, indicaria com precisão o conteúdo da tipicidade aparente e serviria tanto para a estrutura bipartida como para a tripartida²⁹².

Em tempo, lembra MARCO NUNES DA SILVEIRA que “no caso da ausência de ilicitude, a grande maioria dos casos penais exige maior dilação probatória e deve levar à instauração do processo”²⁹³. Ora, a falta de tipicidade aparente só pode ser alegada se inequívoca a licitude do fato. Caso contrário, a dúvida sobre a (i)licitude

²⁹¹ Sobre o conceito de “tipo de injusto”, vide CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: ICPC-Lumen Juris, 2007, p. 106: “A teoria do tipo como *ratio essendi* da antijuridicidade – e não como simples *ratio cognoscendi*, predominante na literatura brasileira – é muito difundida na ciência moderna do Direito Penal e conduziu à teoria dos *elementos negativos do tipo*, bem como à discussão da autonomia da tipicidade em relação à antijuridicidade, como categoria sistemática do conceito de crime, com as resultantes concepções bipartida e tripartida do sistema de fato punível. A *teoria dos elementos negativos do tipo* unifica o tipo legal e a antijuridicidade, como *descrição* e *valoração* da ação humana realizada ou omitida, no conceito de **tipo de injusto**, porque o tipo legal descreve as características *positivas* do tipo de injusto, enquanto os preceitos permissivos excludentes da antijuridicidade constituem características *negativas* do tipo de injusto, separadas dos tipos legais por motivos técnicos, porque seria impraticável ler o *tipo de injusto* deste modo: *matar alguém, exceto em legítima defesa, em estado de necessidade etc.* – ou seja, homicídio em legítima defesa seria *ação atípica* e não *ação típica justificada* [...]” (grifos no original).

²⁹² SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. *A Tipicidade e o Juízo de Admissibilidade da Acusação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 83.

²⁹³ *Idem*.

mantém presente a aparência de delito necessária ao processamento do caso penal²⁹⁴. A regra é a de que o juízo de admissibilidade da denúncia (ou queixa) não deve ser o momento adequado para a apreciação de matérias que exijam instrução probatória e que, portanto, estejam ligadas ao mérito²⁹⁵.

Por fim, no que se refere à culpabilidade, trata-se, igualmente, de matéria que demanda dilação probatória – logo, vinculada ao mérito da causa - e que costumeiramente abre espaço a juízos de ordem subjetiva, razão pela qual, explica MARCO NUNES DA SILVEIRA, a suposta presença de uma excludente de censurabilidade não poderia levar à falta de tipicidade aparente²⁹⁶, tampouco à falta de justa causa. Ademais, a inimputabilidade por doença mental, ainda que patente, nunca é obstáculo à instauração do processo.

Desse modo, o conceito de justa causa que melhor serve ao processo penal, em que pese a ausência de consenso na doutrina, seria o proposto por ANTONIO ACIR BREDÁ. O conceito de BREDÁ foi construído pensando-se em uma teoria do processo penal livre das amarras da famigerada teoria geral do processo; por conseguinte, uma teoria dissociada do patrimonialismo que permeia o processo civil e mais comprometida com a preservação e a efetivação do direito à liberdade. De outro lado, ao menos até a entrada em vigor da Lei 11.719/08, referido conceito gozava de respaldo no direito positivo. Finalmente, não padece das imperfeições presentes nos demais conceitos abordados.

²⁹⁴ FOWLER, *op. cit.*, p. 94. Transcreve-se parte do pensamento endossado por FOWLER: “Uma distinção aqui se faz necessária entre o juízo de admissibilidade da acusação e aquele destinado ao julgamento do mérito da causa. Na etapa prévia o que se examina é se o direito de ação reúne as condições mínimas para que seja conhecido e se possa proceder. Basta a dúvida a respeito de que um fato concreto tenha aparência de delito para que se viabilize a instauração do processo. Trata-se, portanto, de um juízo de probabilidade. (...) Não há nesta fase um julgamento prévio do mérito da causa simplesmente porque este não está ainda em pauta. Julga-se apenas se a acusação possui a consistência necessária para justificar a instauração do processo. Superada esta etapa, filtrada com o reconhecimento da admissibilidade da acusação intentada, instaura-se o processo justamente para que em sua fase instrutória perquirar-se sobre o conteúdo da acusação, na plenitude do contraditório, na busca da certeza em torno da existência ou não do delito que constitui o objeto da imputação.”

²⁹⁵ SILVEIRA, *op. cit.*, p. 87.

²⁹⁶ *Idem.*

4.3 A LEI 11.719/08. A POSIÇÃO DA JUSTA CAUSA NA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1941

Como se pôde observar ao longo deste trabalho, no direito brasileiro existe uma tendência de se considerar a justa causa como uma condição da ação penal, que diz respeito aos elementos probatórios suficientes para que se justifique a instauração do processo. Essa tendência começou a se desenhar nos anos 60, quando os magistrados passaram a “trancar” a ação penal por ausência de justa causa, e logo passou à legislação infraconstitucional, com a edição da Lei de Imprensa em 1967.

Os Projetos de Lei 633/75 (Anteprojeto Frederico Marques) e 1.655/83 – ambos tentativas frustradas de criação de um novo Código de Processo Penal – procuraram reforçar e consolidar a tendência antes aludida, não deixando dúvidas de que a justa causa teria a natureza de condição da ação penal.

A subordinação da admissibilidade da acusação à presença de provas bastantes que a fundamentem não é novidade. Com efeito, o *grand jury* inglês, cujas origens são comumente associadas ao *Assize of Clarendon*, editado por Henrique II em 1166²⁹⁷, já realizava um juízo de admissibilidade da acusação baseado na quantidade de evidência existente contra o acusado. Em um primeiro momento, essa evidência poderia advir do próprio conhecimento dos jurados acerca dos fatos e pessoas envolvidos, ou então ser apresentada pelo ofendido ou por um representante da Coroa²⁹⁸.

O *quantum* de evidência necessária para levar o acusado ao *petit jury* – ao qual competia julgar a causa – foi objeto de intensos debates na Inglaterra durante os séculos seguintes. Em termos epistemológicos, a questão poderia ser proposta com relação ao nível de probabilidade de que o acusado tivesse realmente cometido o crime, o qual, evidentemente – devido à natureza institucional do *grand jury* enquanto órgão intermediário entre a acusação e o julgamento – deveria estar entre zero e cem por cento e seria diretamente proporcional à força da evidência

²⁹⁷ SHAPIRO, Barbara J. *“Beyond Reasonable Doubt” and “Probable Cause”*: Historical Perspectives on the Anglo-American Law of Evidence. Berkeley-Los Angeles-London: University of California Press, [s.d.], p. 46.

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 47.

existente²⁹⁹. A discussão girava em torno de dois padrões de prova, os quais refletiam duas ordens de sentimento acerca do *grand jury*. O posicionamento que defendia a necessidade de existência de provas vigorosas para a aceitação da acusação era costumeiramente defendido pelos que consideravam o *grand jury* como uma instituição que poderia proteger os cidadãos contra a autoridade central da Coroa inglesa. Por outro lado, os que viam o *grand jury* com desconfiança, porque supostamente integrado por homens suscetíveis à corrupção e à parcialidade, advogavam por um padrão de prova mais fraco, mais distante da certeza de que o acusado teria cometido o crime³⁰⁰.

Com base nesses referenciais, chega-se à seguinte conclusão: o uso da categoria de “condição da ação” para classificar um instituto definido como a presença de elementos probatórios suficientes para que seja admitida a acusação – sendo esses elementos, na dicção de BRENDA, a prova da materialidade do fato e de indícios bastantes de autoria – decorre da forte influência de LIEBMAN no processo penal brasileiro moderno. Segundo a teoria liebmaniana, as condições da ação é que fixam os parâmetros para a admissibilidade do julgamento do pedido (item 1.4.2, *supra*); assim, o processualista brasileiro, afeto às construções de LIEBMAN pela falta de outro referencial teórico convincente (item 2.3, *supra*), aprendeu a pensar que tudo o que envolva a admissibilidade do pleito formulado pelo autor teria a natureza de condição da ação. Dessa forma, no Brasil, as condições da ação seriam, por excelência, os conceitos jurídicos que dizem com o juízo de admissibilidade acerca do pedido postulado; e a justa causa, como instituto voltado ao controle da admissibilidade da acusação por meio da aferição da existência de lastro probatório suficiente para fundamentar a instauração do processo, teria, em razão disso, a natureza de condição da ação.

A reforma do Código de Processo Penal de 1941 empreendida pela Lei 11.719/08, entretanto, teria ido de encontro a essa tradição do direito brasileiro. O inciso II do novo art. 395 do CPP estabelece que a denúncia (ou queixa) deverá ser rejeitada quando “faltar condição para o exercício da ação penal”. Por sua vez, o inciso III do mesmo dispositivo fixa a rejeição da inicial acusatória se “faltar justa causa para o exercício da ação penal”.

²⁹⁹ *Ibidem*, pp. 44-5.

³⁰⁰ *Ibidem*, p. 43.

A redação desse artigo permaneceu praticamente inalterada em comparação com a redação original do Projeto de Lei 4.207/01³⁰¹, que deu origem à lei em comento, e poderia levar a uma eventual dúvida sobre a natureza jurídica da justa causa para a ação penal no Código reformado. Referir-se a “condições para o exercício da ação” e a “justa causa para o exercício da ação” em incisos distintos poderia levar a uma conclusão apressada de que se estaria a falar de coisas diferentes. Não é esse o caso.

Com efeito, segundo o art. 395 do CPP, o direito de ação penal estaria condicionado a alguns requisitos: as condições da ação e a justa causa. Mas se, assim como as condições da ação, a justa causa é requisito para a existência (“exercício”, no texto legislativo) do direito processual de ação, não seria ela própria, também, uma condição da ação? Se se respondesse negativamente a essa pergunta, o que, então, seria a justa causa? Como poderia ser deixado de fora do rol de condições da ação penal um instituto que desempenha função idêntica no sistema? Em atenção a esses questionamentos, outra não pode ser a conclusão senão que a justa causa foi acolhida expressamente pela Lei 11.719/08 como uma verdadeira condição da ação penal. Não só isso: como condição autônoma em relação às demais (sejam elas quais forem), haja vista a referência que a ela se faz em separado.

Frise-se, ainda, que a aparente atecnia do texto legislativo restou utilíssima. Caso nenhuma menção houvesse sido feita à justa causa como requisito para o exercício (*rectius*: existência) do direito processual de ação, as condições da ação penal permaneceriam completamente inominadas na legislação processual penal, ao contrário do que acontecia antes da reforma, quando, como acertadamente demonstrou BRENDA, elas podiam ser extraídas do art. 43 do CPP.

Em resumo: frente ao atual sistema do Código de Processo Penal, com as alterações empreendidas pela Lei 11.719/08, a justa causa deve ser considerada como condição autônoma da ação penal, em virtude de sua natureza enquanto requisito de admissibilidade da acusação, bem como de expressa previsão legislativa a ancorar tal pensamento.

³⁰¹ O texto integral pode ser acessado no *site* da Câmara dos Deputados: <www.camara.gov.br>.

CONCLUSÃO

1. Primeiramente, é necessário afirmar que a refutação da teoria geral do processo é um passo importante para o estudo adequado do processo penal e, como consequência, das condições da ação penal. A tentativa de adaptação dos conceitos do processo civil ao direito processual penal, como demonstrado, resulta na desvirtuação desses conceitos, bem como em infundáveis controvérsias, as quais somente podem ser solucionadas satisfatoriamente pelo abandono dos conceitos do processo civil em favor de novas construções desenvolvidas especialmente para o processo penal. Ademais, a lógica patrimonialista do processo civil não deve encontrar espaço no processo penal, em que se discute, em primeiro plano, o direito à liberdade.

2. Não obstante árdua a tarefa de conceituação jurídica de uma expressão de semântica vaga como “justa causa”, é possível dizer que a justa causa para a ação penal encontra sua mais precisa elaboração no conceito proposto por ANTONIO ACIR BRENDA. Referida construção é pensada sob uma perspectiva dualista do processo – insere-se, portanto, em uma teoria autônoma do processo penal – e é a que melhor captura a natureza da justa causa enquanto requisito cuja presença é avaliada ao se realizar o juízo de admissibilidade da acusação, momento no qual a matéria examinada é de cunho eminentemente processual, sem ligação com o mérito.

3. Por fim, a justa causa deve ser considerada como condição autônoma da ação penal, por sua natureza enquanto requisito de admissibilidade da acusação e pelo que se pode extrair da leitura conjugada dos incisos II e III do art. 395 do CPP, na redação que lhe foi dada pela Lei 11.719/08.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. **Metafísica**. In: *Os Pensadores: Aristóteles*. v. 2. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 11. ed. atual., v. 1. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 4.207/01. Disponível em: <www.camara.gov.br>. Acesso em 05 de novembro de 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Prescrição da Pretensão Punitiva Antecipada. Informativo n. 415. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo415.htm>>. Acesso em 07 de outubro de 2009.

_____. Tribunal Regional Federal (4. Região). Penal. Processual Penal. *Habeas Corpus*. Contraditório. Ciência dos documentos do processo. Prazo razoável. Prescrição antecipada pela pena em perspectiva. Inadmissibilidade. Suspeição do magistrado. Nulidades. Inocorrência. Prescrição pela pena abstratamente cominada. Reconhecimento de ofício. Extinção da punibilidade. HC n. 2007.04.00.026730-8. Impetrante: Ali Salami Comparsi Harbouki. Paciente: Claudia Alejandra Aguilera Bustamante. Impetrado: Juízo Federal da 1ª Vara Federal e Juizado Especial Federal Criminal e Previdenciário de Uruguaiana/RS. Relator: Des. Federal Néfi Cordeiro. Porto Alegre, 18 de setembro de 1997. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/jurisjud/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=1913617>. Acesso em 07 de outubro de 2009.

BREDA, Antonio Acir. Efeitos da declaração de nulidade no processo penal. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Paraná*. a. 9, n. 9. Curitiba: [s.n.], 1980.

_____. Sugestões ao novo Código de Processo Penal. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Paraná*. a. 3, n. 4. Curitiba: [s.n.], 1974.

BROUSSARD, Domenico Corradini. Os direitos fundamentais e o primeiro dever fundamental. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. a. 30, v. 30. Curitiba: [s.n.], 1998.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Princípios de Derecho Procesal Civil*. t. 1. Madrid: Editorial Réus, 1922.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: ICPC-Lumen Juris, 2007.

CORRÊA, Plínio de Oliveira. *Legitimidade da prisão no direito brasileiro*. Porto Alegre: Editora da Universidade, 1984.

_____. Teoria da justa causa: análise do sistema processual penal brasileiro com vista à ordem jurídica dos países da América Latina. *In: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. a. XXIV, n. 70. Porto Alegre: [s.n.], jul. 1997.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989.

_____. A natureza cautelar da decisão de arquivamento do inquérito policial. *In: Revista de Processo*. a. 9, n. 70. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1993.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. 3. ed., v. 1. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir* (trad. Raquel Ramallete). 32. ed. Petrópolis: Vozes, [s.d.].

FOWLER, Fernando Newton Bittencourt. Anotações em torno da ação penal pública no projeto de reforma. *In: Revista do Ministério Público do Estado do Paraná*. a. 6, n. 7. Curitiba, 1977.

FREDERICO MARQUES, José. *Elementos de direito processual penal*. 4 v. Campinas: Bookseller, 1997.

_____. *Tratado de Direito Processual Penal*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1980.

GEBRAN NETO, João Pedro. *Inquérito policial: o arquivamento e o princípio da obrigatoriedade*. Curitiba: Juruá, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. As condições da ação penal. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 69. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov./dez. 2007.

_____. *As Condições da Ação Penal (Uma tentativa de revisão)*. São Paulo: José Bushatsky, 1977.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública: Princípio da Obrigatoriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **L'azione nella teoria del processo civile**. *In: Problemi del processo civile*. Napoli: Morano Editore, 1962.

_____. *Manual de direito processual civil* (trad. Cândido Rangel Dinamarco). v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 2. ed., v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MACHADO, Luiz Alberto. *Direito Criminal (Parte Geral)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. *Da justa causa para a ação penal: Na perspectiva do processo como procedimento em contraditório*. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 2006.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9. ed. rev. e atual., v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MOURA, Maria Thereza de Assis. *Justa causa para a ação penal: Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. *Derecho penal económico: parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 8. ed. rev. e atual., v. 1. São Paulo: Saraiva, 1978.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da Filosofia: Do Humanismo a Kant*. v. 2. São Paulo: Paulinas, 1990.

SHAPIRO, Barbara J. *"Beyond Reasonable Doubt" and "Probable Cause": Historical Perspectives on the Anglo-American Law of Evidence*. Berkeley-Los Angeles-London: University of California Press, [s.d.].

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. *A Tipicidade e o Juízo de Admissibilidade da Acusação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

STASIAK, Vladimir. *As condições da ação penal: perspectiva crítica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Penal*. v. 2, t. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 27. ed. rev. e atual., v. 1. São Paulo: Saraiva, 2005.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán: parte general* (trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez). 11. ed (4. ed castelhana). Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

WINDSCHEID, Bernard; MUTHER, Theodor. *Polémica sobre la "actio"*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974.