

**MARCO AURÉLIO NUNES DA SILVEIRA**

**A AÇÃO PROCESSUAL PENAL ENTRE POLÍTICA E CONSTITUIÇÃO:  
OUTRA TEORIA PARA O DIREITO PROCESSUAL PENAL**

**Tese apresentada como requisito parcial à  
obtenção do título de Doutor em Direito,  
Programa de Pós-graduação em Direito, Setor  
de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do  
Paraná.**

**Orientador:** Prof. Dr. Jacinto Nelson de  
Miranda Coutinho

**CURITIBA**

**2012**

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

MARCO AURELIO NUNES DA SILVEIRA

**A AÇÃO PROCESSUAL PENAL ENTRE POLÍTICA E CONSTITUIÇÃO:  
OUTRA TEORIA PARA O DIREITO PROCESSUAL PENAL**

**Tese aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Direito do Estado, Programa de Pós-graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela Banca Examinadora formada pelos professores:**

Orientador: Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho  
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Membro: Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Clara Maria Roman Borges  
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Membro: Prof. Dr. Fauzi Hassan Choukr  
Faculdade de Direito, FADISP

Membro: Prof. Dr. Luiz Antonio Câmara  
Faculdade de Direito, UNICURITIBA

Membro: Prof. Dr. Rubens Roberto Rebello Casara  
Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas, IBMEC – RJ

**Curitiba, 10 de Agosto de 2012**

Para Joana,  
por todo o amor, carinho e compreensão

## AGRADECIMENTOS

Primeiro a Deus, pela vida cheia de bênçãos, e à Curitiba,  
berço frio e belo em que vim nascer;

Em especial, a *Rafael*, meu irmão querido, por todo o apoio,  
e *Sara*, melhor coisa que já fiz, pelos anos de convivência roubada;

Ao caríssimo *Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*,  
por ser mais do que orientador;

À cidade de Bolonha e à *Alma Mater Studiorum (Università di Bologna)*, pela  
acolhida, bem como aos Professores Doutores *Massimo Pavarini* e *Renzo Orlandi*,  
pela oportunidade de diálogo, pelo apoio e pelas valiosas lições;

Aos amigos todos, que deixo de nominar para evitar a iniquidade de  
algum esquecimento, mas que foram – e são – partícipes,  
em diferentes formas, deste trabalho e de minha vida.

A todos, minha gratidão.

## SUMÁRIO

<b>RESUMO.....</b>	<b>vii</b>
<b>ABSTRACT .....</b>	<b>viii</b>
<b>RIASSUNTO.....</b>	<b>ix</b>
<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>1</b>
 <b>PARTE I - DO CONHECIMENTO SOBRE A AÇÃO NO PROCESSO PENAL E SEUS PRESSUPOSTOS EPISTEMOLÓGICOS FUNDAMENTAIS</b>	
<b>1 CONSIDERAÇÕES EPISTÊMICAS E METODOLÓGICAS SOBRE O DISCURSO CIENTÍFICO DO DIREITO PROCESSUAL PENAL.....</b>	<b>6</b>
1.1 Para um discurso científico crítico no direito processual penal .....	6
1.2 Uma autonomia reclamada e [ainda] não reconhecida. A cientificidade esquecida .....	22
1.3 A teoria geral do processo entre a impossibilidade e a inadequação.....	28
1.4 A origem autoritária do Código de Processo Penal brasileiro. Desconformidade constitucional.....	51
1.5 A propósito de conclusão: letargia epistemológica e atrofia teórica .....	64
 <b>2 O ESTADO ATUAL DO CONHECIMENTO SOBRE A AÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL PENAL: COLONIZAÇÃO DISCURSIVA E AUSÊNCIA DE ENFOQUES AUTÔNOMOS.....</b>	<b>70</b>
2.1 Demonstrando uma lacuna no campo do conhecimento jurídico processual penal .....	70
2.2 Sobre o fundamento político da ação processual penal: inadequação do discurso da proibição da autotutela dos direitos .....	72
2.3 O desenvolvimento histórico do conceito de ação processual: sua origem no direito processual civil .....	76
2.4 O estado atual do discurso sobre a ação no direito processual penal: colonização discursiva e adoção irrefletida de conceitos processuais civis .....	101

## **PARTE II - POR UMA (RE)CONSTRUÇÃO TEÓRICA DA AÇÃO PROCESSUAL PENAL: A NECESSÁRIA ADOÇÃO DE MATRIZES TEÓRICAS PROCESSUAIS PENAS AUTÔNOMAS**

### **3 UMA PROPOSTA DE MATRIZ TEÓRICA AUTÔNOMA PARA O TEMA DA AÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL PENAL .....105**

3.1 Primeiros passos a uma tentativa de (re)compreensão: a inaplicabilidade do modelo teórico processual civil fundado no binômio *jus-actio*..... 105

3.2 Sobre a ação processual como um conceito relativo ..... 112

3.3 Em busca de um núcleo teórico fundamental: a ação como ato de provocação da jurisdição e sua pluralidade ..... 119

3.4 Revisitando o binômio abstrato-concreto em relação à ação processual penal: a ação e seu conteúdo político..... 127

### **4 DA AÇÃO PROCESSUAL PENAL NO DIREITO BRASILEIRO: CONSIDERAÇÕES NUCLEARES SOBRE A PROVOCÇÃO DA JURISDIÇÃO EM RELAÇÃO AO CASO PENAL ..... 138**

4.1 Aportes iniciais: a ação processual em sua pluralidade..... 139

4.2 Panorama atual do tratamento legal da ação processual penal em sentido estrito e seus princípios normativos fundamentais..... 151

4.3 Discussões sobre o conceito e a natureza jurídica da ação processual penal ..... 167

4.4 Considerações fundamentais sobre as formas de controle da ação processual penal: (re)compreensão teórica sobre o princípio da obrigatoriedade ..... 178

4.5 As formas de controle sobre o exercício da ação penal em sentido estrito: as condições à atuação jurisdicional visando à resolução do caso penal..... 185

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS: A AÇÃO PROCESSUAL PENAL E O PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO .....222**

### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....229**

## RESUMO

Com o objetivo de analisar o instituto da *ação processual penal*, esta pesquisa, desde uma abordagem constitucional, trata do tema visando à reformulação teórica. Deste modo, a ação processual penal é descrita no âmbito de uma teoria do direito processual penal descomprometida com as tentativas, empreendidas pela majoritária doutrina brasileira, de construção científica de uma teoria unitária do processo. Considera-se que uma leitura autônoma da teoria do direito processual penal é condição de possibilidade de uma adequada compreensão dos fenômenos que compõem seu objeto científico. Ademais, a construção teórica unitária do processo, atualmente proposta pela doutrina, está baseada, fundamentalmente, sobre o conceito de *lide* – e/ou suas derivações –, que é epistemologicamente imprestável ao processo penal. A ação processual penal, independentemente de possíveis semelhanças com o instituto processual civil equivalente, é um elemento da teoria do direito processual penal, referido às suas próprias vicissitudes e características. Neste contexto, a pesquisa reconhece e explora a constatação de que o conceito de ação processual penal é relativo, desde um ponto de vista histórico-político, isto é, dependente do estatuto político estatal vigente, mas também numa perspectiva estritamente jurídica. Assim, rejeita-se a possibilidade de construção de uma teoria da ação processual absoluta e totalizante, capaz de explicar o instituto de forma atemporal e descontextualizada da concreta realidade normativa. Apesar disso, é possível – e necessário – reconhecer a existência de um núcleo teórico básico, inerente ao instituto, identificado com o fato de que toda ação processual representa um *ato de provocação da jurisdição*. Daqui, ainda, pode-se concluir que a ação processual penal é plúrima, reconhecendo-se, em verdade, a existência de diversas ações processuais penais. As consequências desta constatação são extremamente importantes para uma compreensão constitucional do instituto, que deve efetivamente representar um mecanismo de garantia. No aspecto político, todavia, a ação processual só é capaz de alcançar aquele escopo quando inserida na estrutura de um sistema processual penal verdadeiramente acusatório.

## ABSTRACT

Intending to accomplish an analysis of the *criminal legal action*, this research, from a constitutional approach, deals with the subject aiming the reconstruction of its theory. Thus, the *criminal action* is described in the context of a *theory of criminal procedural law* uncompromised with the attempts, undertaken by the majority of the Brazilian doctrine, to build an *unitary theory of the procedural law* (comprising its civil and criminal branches). It's considered that an independent reading of the criminal procedural law theory is a condition of possibility to the proper understanding of the phenomena involving its scientific field. Moreover, the *General Theory of the Process* is based fundamentally on the concept of *litis* – and/or its derivatives – which is epistemologically useless to the criminal procedural law. The *criminal legal action*, regardless of possible similarities with its equivalent concept in the fields of *civil procedural law*, has to be understood as an element of the *theory of criminal procedural law*, referred to its own affairs and features. In this context, the research recognizes and exploits the fact that the concept of *legal action* is relative, from a historical and political point of view, i.e., it depends on the political *status quo* of each specific country, but also from a strictly legal perspective. Thus, it rejects the possibility of building an absolute and *totalizing* theory of *criminal legal action*, allegedly able of to explain it on an atemporal way, decontextualized from the concrete reality. Nevertheless, it is possible – and necessary – to recognize the existence of a basic theoretical core, inherent to the *legal action*, identified with the fact that every single one of them can be understood as an act of provocation of the *jurisdictio*. Hence, it's also possible to conclude that the *criminal legal action* is plural, recognizing the existence, in fact, of several types of *criminal legal actions*. The consequences of this conclusion are extremely important when it's necessary to understand the subject of this research from a constitutional approach. In the political arena, however, the *legal action* is only able to achieve this scope when inserted into the structure of a truly accusatory criminal justice system.



## RIASSUNTO

Con lo scopo di analizzare l'istituto dell'azione processuale penale, questa ricerca, da un abordaggio costituzionale, tratta del tema mirando alla riformulazione teorica. Di questo modo, la azione penale è descritta nell'ambito di una teoria del diritto processuale penale disimpegnata dai tentativi, intrapresi dalla maggioritaria dottrina brasiliana, di costruzione scientifica di una teoria unitaria del processo. Si considera che una lettura autonoma della teoria del diritto processuale penale è condizione di possibilità di una adeguata comprensione dei fenomeni che compongono il suo oggetto di studio. Inoltre, la costruzione teorica unitaria del processo, attualmente proposta dalla dottrina, è basata, fondamentalmente, sul concetto di *lite* – e/o le sue derivazioni –, che è di epistemologia inservibile al processo penale. L'azione penale, indipendentemente da possibili somiglianze con l'istituto processuale civile equivalente, è un elemento della teoria del diritto processuale penale, riferito alle sue proprie vicissitudini e caratteristiche. In questo contesto, la ricerca riconosce e esplora la constatazione che il concetto di azione processuale penale è relativo, da un punto di vista storico-politico, cioè, dipendente dallo statuto politico statale vigente, ma anche in una prospettiva strettamente giuridica. Così, si rifiuta la possibilità di costruzione di una teoria dell'azione processuale assoluta e totalitaristica, capace di spiegare l'istituto di forma atemporale e fuori dal contesto della concreta realtà normativa. Nonostante ciò, è possibile – e necessario – riconoscere l'esistenza di un nucleo teorico basico, inerente all'istituto, identificato con quello che ogni azione processuale rappresenta, un *atto di provocazione della giurisdizione*. Di qui, ancora, si può concludere che l'azione processuale penale è plurima, riconoscendosi in verità, l'esistenza di diverse azioni processuali penali. Le conseguenze di questa constatazione sono estremamente importanti per una comprensione costituzionale dell'istituto, che deve effettivamente rappresentare un meccanismo di garanzia. Nell'aspetto politico, però l'azione processuale è soltanto capace di raggiungere quello scopo quando inserita nella struttura di un sistema processuale penale veramente accusatorio.

## INTRODUÇÃO

Esta pesquisa tem como tema a ação processual penal, um dos mais árduos e controversos institutos do direito processual penal. Tamaña dificuldade fez com que José Frederico MARQUES o reputasse “tema verdadeiramente escabroso”.<sup>1</sup>

Nada obstante, pretende-se demonstrar que muito do embaraço tem relação com certas escolhas teóricas que, quando feitas, submeteram o direito processual penal à condição de uma ciência apequenada e despojada da dignidade que merece, e da qual carece.

Tais escolhas dizem com a ainda hegemônica *teoria geral do processo* (*rectius* teoria do direito processual civil aplicada ao processo penal), pretendida como a panaceia que prometia curar o processo penal do atraso científico e cultural em que se encontrava, fruto de sua histórica vinculação teórica e legislativa com o direito penal. Esta “cura” veio da Itália, principalmente pelas mãos de um eminente processualista civil daquele país, Enrico Tullio LIEBMAN, em meados dos anos 40.

Fundada por CARNELUTTI, nos primeiros decênios do século passado, e por ele própria negada nos anos 40; na Itália, dela pouco se ouve dizer desde então. No Brasil, porém, o que se fala do processo penal, fala-se pelo idioma processual civil, até os dias atuais.

De fato, o remédio criou uma espécie de dependência: embora livre, em tese, da teoria do direito penal, o processo penal agora se vê envolvido numa gramática ainda mais estrangeira. O patrimônio linguístico processual civil, à toda evidência, não se adapta. Seus referenciais semânticos são muito diversos: lide, pretensão, interesse e direito subjetivo, entre muitos outros, são significantes, aqui, quase desprovidos de conteúdo.

Muito especialmente em relação ao tema da ação processual, esta dependência encontra um ambiente extremamente propício, notadamente quando se considera que o instituto é originário do direito processual civil – onde sempre teve uma vinculação

---

<sup>1</sup> MARQUES, J. F. **Elementos de direito processual penal**. v. I, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1965, p. 305.

muito significativa com o direito subjetivo material –, e foi artificialmente inserido no seio do processo penal por razões ligadas ao favorecimento da imparcialidade jurisdicional.

Inegável que a separação das funções de acusar e julgar é uma conquista de indiscutível importância, de modo que a ação processual merece um lugar na teoria do direito processual penal. Porém, este lugar se quer livre das cadeias dogmáticas da ciência-irmã, principal razão para a dificuldade do tema.

Ainda, como outro motivo decisivo, é preciso não se olvidar que o Código de Processo Penal nasce em um momento político do Brasil republicano que esteve comprometido com uma ideologia autoritária. O *Codex* vigente é fruto do Estado Novo, de Getúlio Vargas, tendo sofrido uma influência muito grande da legislação italiana fascista do regime de Benito Mussolini; em verdade, trata-se de uma reprodução muito fiel do *Codice Rocco* (1930), lei marcada pelo princípio inquisitivo, obra de Vincenzo Manzini, articulada pela batuta de Arturo Rocco, por encomenda de *Il Duce*.

Com tal linhagem, é fácil entender que, após a promulgação da democrática e garantista Carta Magna de 1988, a inadequação constitucional passa a ser uma doença crônica da qual padece a legislação processual brasileira.

Em verdade, a cultura inquisitória que marca o direito processual penal brasileiro desde a legislação portuguesa do Brasil-colônia até o Estado Novo, nos dias atuais, faz-se perceber muito fortemente nas denúncias, nos inquéritos policiais e sentenças, no comportamento de juízes, delegados de polícia e membros do Ministério Público, mas também dos advogados. Pouco se questiona as práticas contemporâneas, já inseridas indissociavelmente na consciência jurídica vigente.

Por outro lado, é evidente que há muitas vozes dissonantes, entre magistrados, promotores de justiça, defensores públicos e advogados, todos profissionais de frente democrática, mas também uma sempre crescente doutrina crítica, permanentemente inquieta em relação ao *status quo*, teóricos que são um verdadeiro sinal de uma possível mudança de postura e avanço cultural. Construir uma teoria do direito

processual penal autêntica e focada em seus próprios fenômenos, assim, é uma necessidade que se impõe.

Ainda, consigne-se que, para teorizar sobre a ação processual penal, imprescindível é conhecer seus fundamentos e finalidades políticas, antes e depois da Constituição. A teoria, aqui, não pode estar desconectada das questões sociais, econômicas e políticas que conformam a *res publica*.

Neste sentido, propõe-se um conceito de ação processual penal erigido sobre uma base essencialmente processual penal, atento ao fato de que se trata de um instituto cuja compreensão é relativa – e variável no tempo e no espaço segundo critérios políticos e jurídicos –, embora contemple um núcleo teórico básico, imutável, consistente no fato de que é sempre um *ato de provocação da jurisdição*, mesmo quando se considera sua pluralidade de escopos, conteúdos e formas.

Aqui, deve-se entender que sua base teórica está ancorada no princípio da *imparcialidade* da jurisdição, razão da introdução de um terceiro sujeito na estrutura procedimental, existente para subtrair ao juiz o papel de acusar. É inidônea, pois, a tentativa, empreendida pela doutrina brasileira, de dotar a ação processual penal de um fundamento teórico emprestado do direito processual civil e baseado na histórica construção do conceito de ação desde a relação entre o direito material e a ação. Este modelo, como se demonstrará, é inútil ao entendimento do tema no direito processual penal.

Isto é especialmente importante no tocante à questão das condições de admissibilidade da ação processual penal, assunto em que se faz perceber de forma evidente, com efeitos deletérios na vida concreta dos acusados, as incoerências teóricas produzidas pela imposição do modelo processual civil à ação processual penal. Concretamente, pode-se concluir que não são condições de existência – ou ao exercício – da ação (o ato de provocação é existente e foi exercido), mas também não são, estritamente, condições à atuação da jurisdição em relação ao caso penal, como tem sustentado a melhor doutrina. Ao invés, por um dever de tutela constitucional, a jurisdição deve *atuar* em favor do réu, inclusive no mérito, em casos excepcionais, mesmo quando ausentes certas *condições da ação*.

Neste sentido, aqui, elas serão apresentadas não como requisitos à existência ou ao exercício da ação processual penal, tampouco como um limite a toda forma de atuação jurisdicional, mas como meras condições à deflagração da fase processual da persecução penal, isto é, à reputação de idoneidade da *imputação*, a partir do que se deve submeter o réu ao procedimento instrutório, visando uma reconstituição contraditória do fato e a resolução do caso penal.

O texto está dividido em duas partes, de modo que, em primeiro lugar, propore-se-á uma discussão sobre os pressupostos epistemológicos da disciplina, com a finalidade de estabelecer um conteúdo teórico-filosófico básico a partir do qual se discutirá a ação processual penal, seguida da reconstituição histórica do desenvolvimento do conceito de ação no direito processual civil e sua transposição, via *teoria geral do processo*, de forma acrítica e irrefletida, ao direito processual penal.

Concluída esta seção, à segunda parte restará a propositura dos fundamentos teóricos que servirão de base para o entedimento do instituto no direito processual penal brasileiro, visando uma nova compreensão, além da discussão de seu papel político e seus mecanismos de controle.

**PARTE I**

**DO CONHECIMENTO SOBRE A AÇÃO NO PROCESSO PENAL E SEUS  
PRESSUPOSTOS EPISTEMOLÓGICOS FUNDAMENTAIS**

## 1 CONSIDERAÇÕES EPISTÊMICAS E METODOLÓGICAS SOBRE O DISCURSO CIENTÍFICO DO DIREITO PROCESSUAL PENAL

O direito processual penal já foi chamado de *Cenerentola* (Cinderela) por Francesco CARNELUTTI<sup>2</sup>, numa referência à posição secundária e subordinada que a disciplina tradicionalmente ocupou e, de certa forma, ocupa. Muito lhe foram impostas as vestes e o lugar de suas irmãs mais afortunadas, ora o direito penal, ora o direito processual civil. Em relação ao direito processual penal brasileiro, todavia, esta *Cenerentola* ainda não floresceu; faltam-lhe a fulgência e a dignidade que merece.

Eis o que justifica iniciar este escrito com uma ligeira discussão sobre as bases estruturais de um discurso sobre a disciplina que se possa dizer científico. Importa sobremaneira afirmar que o direito processual penal tem objeto e método de conhecimento próprios, que reclamam uma compreensão autônoma, única maneira de adequadamente estudar qualquer um de seus temas. Este capítulo, pois, deve dirigir a leitura dos demais.

### 1.1 Para um discurso científico crítico no direito processual penal

Não se fará, aqui, um grande esforço de fundamentação epistemológica da disciplina. A despeito de opiniões contrárias, o conceito contemporâneo de ciência não pode mais ser aquele vigente ao paradigma newtoniano-cartesiano; antes, se lhe quer livre do funesto dogmatismo que dita a herança positivista do que se diz científico, tão ainda em voga no Direito, convém enxergar que a *ciência* tem hoje um escopo muito mais amplo.

No tocante às *ciências jurídicas*, mas não só a elas, despojar o já velho e roto costume positivista implica, por um lado, a falta de um estrito rigor metodológico (o

---

<sup>2</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Cenerentola**. *Rivista di diritto processuale*. Pádua: CEDAM, 1946, v. I, pp. 73-75

que, em vários aspectos, pode-se considerar uma vantagem<sup>3</sup>), e, por outro, o surgimento de um profícuo e amplo campo de compreensão, capaz de articular outros saberes no âmbito do jurídico, não como mero empréstimo, mas na medida da *n*-dimensionalidade do objeto de conhecimento.

Assim, é evidente que aqui não se fala de uma ciência positivista do Direito, como a Teoria Pura do Direito (Hans KELSEN), que de forma frustrada, embora fruto de seu tempo, pretendeu dar ao Direito uma conformação científica própria das ciências naturais então vigentes, segundo a compreensão epistemológica moderna newtoniana-cartesiana. O conhecimento jurídico não é e não pode ser este. Seus pressupostos são distintos e sua conformação científica decorre de uma compreensão contemporânea de ciência.

Neste ponto, parece muito útil o entendimento que o jurista Francesco CARNELUTTI tinha acerca do que é ciência jurídica, ao descrever uma noção que se aprofundaria apenas em filósofos de algumas décadas depois, como Gaston BACHELARD e Karl POPPER. O processualista italiano afirma: “Qualquer intento de descobrir as regras da vida, por grosseiro que seja o método e por incerto que seja o resultado, é obra de ciência”.<sup>4</sup> Tais palavras correspondem, de forma rudimentar, à

---

<sup>3</sup> Veja-se o chamado paradigma indiciário de Carlo GINZBURG, para quem os fios pelos quais se trama a pesquisa, segundo o *paradigma indiciário*, assemelham-se a fios de tapeçaria. Recolhidos os *indícios* e *pistas* relacionados ao problema de pesquisa, vê-se formar uma “trama densa e homogênea”, tecida segundo o enfoque teórico proposto. “A coerência do desenho é verificável percorrendo o tapete com os olhos em várias direções”. O resultado, assim, é um saber que o autor designa como venatório, divinatório, indiciário ou semiótico: “trata-se, evidentemente, de adjetivos que não são sinônimos, mas que remetem a um modelo epistemológico comum, articulado em disciplinas diversas, frequentemente ligadas entre si pelo empréstimo de métodos ou termos-chave”. Diante de uma realidade opaca, comum às ciências sociais, propõe que se busque “zonas privilegiadas” (indícios, sinais), que tornem possível seu conhecimento. Eis o ponto nodal do paradigma indiciário ou semiótico, que se infiltrou em diversos âmbitos cognoscitivos e serviu de modelo para as ciências humanas. Ocorre, porém, que tal “método” (ou ausência de método) não é e não pode ser rigoroso. O rigor da ciência de Galileu é não apenas inatingível, mas de todo indesejável: o rigor flexível (que o próprio autor designa por oximoro) do paradigma indiciário “se mostra ineliminável. Trata-se de formas de conhecer tendencialmente mudas – no sentido em que (...) suas regras não se prestam a ser formalizadas e tampouco ditas. (...) Neste tipo de conhecimento, entram em jogo (costuma-se dizer) elementos imponderáveis: faro, golpe de vista, intuição” (**Miti, emblemi, spie: morfologia e storia**. Turim: Einaudi, 2000, pp. 158-193).

<sup>4</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Metodologia del diritto**. Padova: Cedam, 1939, p. 9. [Tradução livre de: “*Qualunque tentativo di scoprire le regole della vita, per quanto rozzo ne sia il metodo e per quanto incerto il risultato, è opera di scienza.*”]



visão que a epistemologia contemporânea tem da ciência, notadamente após a ruptura do paradigma<sup>5</sup> filosófico da consciência (Jürgen HABERMAS)<sup>6</sup>, mesmo que se não saiba exatamente o que está em seu lugar.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> A noção de *paradigma* que se adotará neste texto é aquela de Thomas Samuel KUHN, em “*The Structure of Scientific Revolutions*”, de 1962. Aquele autor lida com dois possíveis sentidos para o termo: “De um lado, indica toda a constelação de crenças, valores, técnicas, etc., partilhadas pelos membros de uma comunidade determinada. De outro, denota um tipo de elemento dessa constelação: as soluções concretas de quebra-cabeças que, empregadas como modelos ou exemplos, podem substituir regras explícitas como base para a solução dos restantes quebra-cabeças da ciência normal”. E conclui: “Um paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade científica partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que partilham um paradigma” (KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000, pp. 218-219). Fritjof CAPRA, com partida em KUHN, define *paradigma* como “uma constelação de concepções, valores, de percepções e de práticas compartilhadas por uma comunidade científica, que dá forma a uma visão particular da realidade, a qual se constitui a base da maneira como a comunidade se organiza” (CAPRA, Fritjof. **A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos**. São Paulo: Cultrix, 1996, p. 25).

<sup>6</sup> Jürgen HABERMAS aplica “à história da filosofia o conceito de *paradigma*, oriundo da história da ciência, e dividir as épocas históricas com o auxílio de *ser, consciência e linguagem*” (**Pensamento pós-metafísico**. Trad. Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, pp. 21-22). O paradigma do *ser*, segundo Celso Luiz LUDWIG, se refere ao pensamento filosófico grego antigo e medieval — perspectivas, de compreensão da realidade, *cosmológica e teocêntrica*, respectivamente —, superado pelo racionalismo, a partir da filosofia moderna, na medida em que a Razão passou a ser o fundamento de compreensão do real, a perspectiva *antropocêntrica*, onde se assenta o paradigma da *consciência* ou do *sujeito* (**Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo**. Florianópolis: Conceito, 2006, pp. 19-29). Sem embargo, cumpre observar, na esteira de Boaventura de Souza SANTOS, que a passagem de paradigmas não prejudica apenas o instrumental metodológico e conceitual do paradigma anterior, mas, inclusive, o próprio entendimento do real que dele se tinha (**A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 5ª ed. São Paulo: Cortez, 2005, p. 18). Observe-se, porém, que, segundo Karl-Otto APEL, o novo paradigma não anula, em absoluto, o que foi elaborado pelo anterior, mas se apropria do que lhe não é incompatível, no sentido da *suprassunção* (*aufhebung* — negar, conservar e elevar) hegeliana, o que quer dizer que cada momento nega, mas conserva e eleva o anterior (**Fundamentação última não-metafísica?** In: STEIN, E.; BONI, L. A. (Org.) *Dialética e liberdade*. Petrópolis: Vozes, 1993).

<sup>7</sup> Em KUHN, a noção de paradigma é utilizada para explicar o modo pelo qual a ciência se desenvolve. Para tanto, utiliza-se das noções de *ciência normal* e *ciência revolucionária*, que são, para o autor, as duas fases do desenvolvimento científico. Na primeira, os fundamentos da ciência não são objeto de crítica profunda e seu desenvolvimento é baseado nas realizações científicas passadas. Porém, em determinado momento — que nem sempre é claramente definido —, surgem situações que não podem ser resolvidas dentro dos limites do paradigma vigente. É o que o autor denomina *crise*, que constitui uma pré-condição para o surgimento de um novo paradigma, *revolucionário*. Pelo esforço na superação daqueles problemas, chega-se à conclusão de que os princípios fundamentais do modelo de racionalidade precisam ser revistos. Eis o ponto em que nasce a *ciência revolucionária*. Esse é o conteúdo da idéia de ruptura de paradigma, e é de onde se pode concluir que a ciência evolui através de saltos qualitativos, descontinuamente. Exemplos — observados na experiência científica real —, utilizados por KUHN, são a “Astronomia Ptolomaica” ou “Copernicana”, a “Dinâmica Aristotélica” ou “Newtoniana”, entre outros (**A estrutura... Op. cit., passim**). É reconhecida, atualmente, uma crise no paradigma da ciência moderna (fundado no paradigma filosófico da

Eis o primeiro pressuposto que orientará, metodologicamente, esta pesquisa: *o reconhecimento da superação da epistemologia moderna inserida no âmbito do paradigma mecanicista newtoniano-cartesiano e da necessidade de um discurso científico crítico em relação ao direito processual penal*. O conceito de ciência presente no imaginário popular, e no senso comum teórico dos juristas (WARAT),<sup>8</sup> vai marcado pelos postulados do *cientificismo* e da *neutralidade axiológica*, dogmatismo ainda tão em voga nos quartéis da ciência jurídica brasileira. É vital deter alguma atenção a esta questão, notadamente para que se compreenda o papel do discurso científico jurídico.

Um excelente referencial teórico nacional quanto ao tema é a obra de

---

consciência). Todavia, ainda que se admita esta idéia de crise, segundo Boaventura de Souza SANTOS, a compreensão do paradigma emergente “só pode obter-se por via especulativa. Uma especulação fundada nos sinais que a crise do paradigma actual emite mas nunca por eles determinada. Aliás, como diz René Poirier e antes dele disseram Hegel e Heidegger, ‘a coerência global das nossas verdades físicas e metafísicas só se conhece retrospectivamente’” (**A crítica... Op. cit.**, p. 74).

<sup>8</sup> Sobre o senso comum teórico dos juristas, Luis Alberto WARAT: “Cremos que, em princípio, a crítica do direito, vista como um deslocamento epistêmico, pode concretizar-se a partir do reconhecimento dos limites, silêncios e funções políticas da epistemologia jurídica oficial. Desse modo, tentar-se-ia explicar o sentido político da normatividade que a epistemologia clássica instaura quando efetua julgamentos sobre a cientificidade dos discursos que os juristas elaboram em nome da verdade. É importante ressaltar que o deslocamento epistemológico não deve ser realizado nem pela supremacia da razão sobre a experiência, tampouco da experiência sobre a razão, mas sim, pelo primado da política sobre ambas. Portanto, a análise das verdades jurídicas exige a explicitação das relações de força, que formam domínios de conhecimento e sujeitos como efeitos do poder e do próprio conhecimento. *A ortodoxia epistemológica do direito não realiza a análise acima referida, visto que está preocupada, - como o restante da epistemologia das ciências sociais - com o enclausuramento lógico referencial dos discursos produzidos em nome da ciência*. Com isso, aliena o conhecimento científico em sua expressão material, como acontecimento significativo, politicamente determinado. Assim, a ortodoxia epistemológica reduz as significações a conceitos. *Trata-se de uma demarcação conceitual, que procura colocar, fora de dúvidas e fora da política, a fala da ciência*”. E, ao falar do que chama de regiões do senso comum teórico dos juristas (região das crenças ideológicas, região das opiniões éticas, região das crenças epistemológicas e região dos conhecimentos vulgares), arremata: “*podemos apontar a ‘região das crenças epistemológicas’ que dizem respeito às evidências fornecidas pela prática institucional dos cientistas. Assim, poderíamos falar dos hábitos intelectuais, que regulam as condições de produção do conhecimento, como também, das interpretações vulgarizantes dos conceitos, fruto de suas desvinculações dos marcos teóricos sistemáticos em que foram produzidos (como se os conceitos tivessem uma força explicativa intrínseca). Também, poder-se-ia falar das grandes verdades elementares, dos reconhecimentos metafóricos do real e das propostas reificantes das idéias como fundamento da produção do conhecimento. E, também, porque não, da crença na eficiência do método para produzir a objetividade e a verdade. [...]. Todas essas regiões influem, consciente ou inconscientemente, na formação do espírito jurídico; num saber que provocando conotativamente a opacidade das relações sociais, afasta os juristas da compreensão do papel do direito e do seu conhecimento na sociedade.*” (**Saber crítico e senso comum teórico dos juristas**. Revista *Seqüência*, UFSC, Florianópolis, n. 5, jun., 1982, sem grifos no original).

Agostinho Ramalho MARQUES NETO, para quem as principais correntes epistemológicas modernas (*empirismo* e *racionalismo*) se elevam igualmente sobre aqueles mesmos dogmas científicos (concebidos por COMTE, na seara do empirismo) do *cientificismo* e da *neutralidade axiológica* do cientista. O *cientificismo*, fruto da física newtoniana, na condição de dogma, significa que “o conhecimento científico expressa verdades absolutas e inabaláveis e, por isso, constitui a forma válida por excelência de conhecer”. Já, agora, a *neutralidade científica absoluta* prega que o cientista deve ser completamente neutro, do ponto de vista ideológico, na apreensão do objeto.<sup>9</sup>

O *racionalismo* nasce com DESCARTES (1596-1650) e se desenvolve, entre outros, com LEIBNIZ (1646-1716), a partir da crítica ao *empirismo* de LOCKE (1632-1704) – este último (o *empirismo*) ganha seus contornos mais radicais com o *positivismo* de COMTE (1798-1857) –, porém, com ele, configuram-se as duas principais correntes epistemológicas modernas. Num esforço de generalização, é comum dizer que no *empirismo*, o vetor epistemológico (fluxo de conhecimento) vai do real (objeto) para o racional (sujeito), sendo “transparente” o objeto, eis que se apresenta como é na realidade, e o sujeito, a quem cabe desempenhar o papel de uma “câmara fotográfica”, deve apenas registrar o objeto, descrevendo-o como ele é. Por outro lado, *a contrariu sensu*, o *racionalismo* coloca o papel fundamental do ato cognitivo no sujeito, representando o objeto um mero ponto de referência — e, às vezes, é completamente ignorado, como se dá no *idealismo*, forma extremada de racionalismo. Aqui, o vetor epistemológico vai do sujeito para o objeto, que seria uma idéia erigida pela razão.<sup>10-11</sup>

Ainda, KANT (1724-1804), embora pretenda superar o debate empirismo-

---

<sup>9</sup> MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **Ciência do direito: conceito, objeto, método**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 15.

<sup>10</sup> MARQUES NETO, A. R. **Ciência...** *Op. cit.*, pp. 3-6.

<sup>11</sup> A velha oposição entre o empirismo e o racionalismo, em última análise, reflete a oposição entre o pensamento platônico e aristotélico (resguardada a diferença fundamental de “perspectiva de compreensão da realidade”, *cosmocêntrica* na Antiguidade e *antropocêntrica* na Idade Moderna), o primeiro sugerindo que o ser é *ideia*, e, o segundo, que o ser é *substância*.

racionalismo em sua perspectiva clássica,<sup>12</sup> quando sustenta que o vetor epistemológico segue a linha racional-real e coloca a razão como *a priori* do conhecimento, não deixa de ser um racionalista.<sup>13</sup>

Representantes principais, mas não únicos do paradigma, foram DESCARTES, pelo método do pensamento analítico, e NEWTON (1643-1727), baseado no primeiro, pela mecânica newtoniana, e, ainda, GALILEU (1564-1642) antes deles. Consagraram o modelo cognitivo mecanicista: nas palavras de CAPRA: “o mundo como uma máquina perfeita governada por leis matemáticas”<sup>14</sup>.

Os dogmas do *cientificismo* e da *neutralidade científica absoluta*, que caracterizam o paradigma cartesiano, também exerceram influência sobre a racionalidade jurídica ocidental, especialmente pelos aportes ditos *positivistas* da ciência jurídica, surgidos na Europa continental a partir do Século XIX.

Em nome de uma “ciência jurídica” que só se considerava possível a partir dos postulados cartesianos, operou-se uma cisão no conhecimento jurídico, compartimentando-o em duas partes independentes e absolutamente estanques, uma lógica e outra axiológica. Aquela se preocupa com as normas, objeto da ciência jurídica, enquanto esta trata dos valores subjacentes e buscados pela ordem jurídica. A verdadeira ciência do direito residiria na primeira, que cuida do “*estudo das normas jurídicas positivas* – de sua estrutura, fontes, validade formal, atos e fatos jurídicos, sujeito de direito e personalidade jurídica, direito subjetivo e objetivo, divisão do direito positivo, interpretação, aplicação, etc.”. Por seu turno, à segunda, a ser especulada apenas “por quem tiver o lazer por cultivar os *jogos do espírito*”, caberiam as “questões de validade intrínseca, dos fundamentos do direito, e, de maneira geral, de suas relações com o social, questões essas a serem tratadas fora da seara

---

<sup>12</sup> KANT, em relação à epistemologia, busca demonstrar que, por um lado, não há conhecimento sem experiência e, por outro, o conhecimento de base empírica não pode prescindir de elementos racionais (são vazios os conceitos sem as instituições – sensíveis; e são cegas as instituições sem os conceitos). Importa, porém, a relação entre sujeito e objeto de conhecimento.

<sup>13</sup> MARQUES NETO, A. R. *Ciência... Op. cit.*, pp. 9-10.

<sup>14</sup> CAPRA, F. A *teia... Op. cit.*, p. 35.

propriamente jurídica, pelos *filósofos* ou *sociólogos* do direito”.<sup>15</sup>

Em seu ápice, pelas mãos de Hans KELSEN (1881-1973), essa racionalidade jurídica de matriz moderna, buscando dar foros de cientificidade ao *positivismo* jurídico, deu nascimento ao *dogmatismo normativo*. Nesse sentido, ao supor ter criado uma ciência jurídica com objeto *essencialmente jurídico e puro*, extirpando de influências políticas, sociais, econômicas e, principalmente, ideológicas, no prefácio de sua obra principal, a *Teoria Pura do Direito*, afirma:

Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda ideologia política e de todos os elementos da ciência natural, uma teoria jurídica consciente de sua especificidade porque consciente da legalidade específica de seu objeto. Logo desde o começo foi meu intento elevar a Jurisprudência, que – aberta ou veladamente – se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito. Importava explicar, não as suas tendências endereçadas à formação do Direito, mas as suas tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do Direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda ciência: objetividade e exatidão.<sup>16</sup>

Note-se, aqui, a completa influência do paradigma epistemológico então dominante. Ainda, a corrente se declara neutra, supostamente isenta de ideologias. Nada obstante, o discurso se torna evidentemente ideológico<sup>17</sup> e “termina por desembocar no formalismo lógico-jurídico, cuja premissa fundamental consiste justamente na pretensão de conhecimento do direito separado de toda e qualquer ideologia. Nessas condições, o estudo e a investigação do direito se realizam em um sistema fechado, cujos pressupostos são aprioristicamente tidos como verdadeiros e cujo objeto mostra-se imune à crítica e distante dos problemas sociais reais. Em nome da autonomia da ‘ciência do direito’, assim construída e limitada, aferram-se os

<sup>15</sup> AZEVEDO, Plauto Faraco. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: SAFE, 1989, p. 18.

<sup>16</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1974, p. 7.

<sup>17</sup> Aqui, no sentido dado por André LALANDE: “O pensamento teórico que julga desenvolver-se abstratamente sobre seus próprios dados, mas que é em verdade expressão de fatos sociais, particularmente de fatos econômicos, dos quais aquele que a constrói não tem consciência, ou, ao menos não se dá conta de que eles determinam seu pensamento” (**Vocabulaire technique et critique de la philosophie**. 10. ed. Paris: Presses universitaires de France, 1968, vocábulo *idéologie*, tradução livre).

juristas àquilo que é ‘puramente’ jurídico”.<sup>18</sup>

Nos campos de aplicação prática do direito, nota-se a alienação dos atores jurídicos, ainda vinculados à racionalidade positivista, limitada à dogmática jurídica. Dentro de suas fronteiras, encontra-se o suposto obrar neutro e científico do jurista, que realizaria um trabalho de descrição lógico-sistemática das normas jurídicas positivas. Nesse sentido, os fatos da vida vivida e os fundamentos filosóficos, sociológicos, econômicos, políticos, entre vários outros, determinantes da produção e da aplicação do direito, são considerados dados extrajurídicos dispensáveis ao objeto da ciência jurídica. “Desemboca-se, por essa forma, no reducionismo logicista e formalista pelo qual se quer constituir uma ciência jurídica tão perfeita que termina por não dever satisfação à vida e aos dramas humanos”.<sup>19</sup>

No entanto, mesmo em seu lugar de mais profícua elaboração – as ciências naturais –, mas também de maneira geral, aqueles dogmas da ciência moderna já restaram negados por inúmeras leituras críticas de diferentes matizes. É o que se costuma chamar de crise do paradigma newtoniano-cartesiano da ciência.

Aqui, um dos primeiros passos foi dado por Albert EINSTEIN, ao tratar da relatividade do espaço-tempo, por demonstrar inconcebíveis o tempo e o espaço absolutos de NEWTON, pressuposto básico da possibilidade de existência de verdades absolutas, como prega o dogma do *cientificismo*.<sup>20</sup>

Em relação à *neutralidade axiológica absoluta*, por seu turno, é de se reconhecer que o sujeito jamais poderia ser neutro em sua análise do objeto. Veja-se que o pesquisador, na condição de ser humano, detém conhecimentos prévios sobre sua área de pesquisa e, mais do que isto, é portador de valores, preconceitos e idiosincrasias. Assim, quando observa, o sujeito não pode se despir deste conjunto de elementos que orientam sua “visão” do objeto, de modo que o próprio objeto é construído, nessa medida, pelo sujeito. Pode-se dizer que o mito positivista da pureza e objetividade do conhecimento científico, que eleva este último a graus de verdade

---

<sup>18</sup> AZEVEDO, P. F. *Crítica... Op. cit.*, p. 21.

<sup>19</sup> *Id. Ibid.*, p. 29.

<sup>20</sup> Cf. SANTOS, B. S. *A crítica... Op. cit.*, p. 68. MARQUES NETO, A. R. *Ciência... Op. cit.*, p. 48.

absoluta, contém, por esta mesma razão, inegável carga ideológica.<sup>21</sup> Como ensina Max WEBER, o conhecimento se encontra “ligado a premissas ‘subjectivas’ pelo facto de apenas se ocupar daqueles elementos da realidade que apresentem alguma relação, por muito indirecta que seja, com os acontecimentos a que conferimos uma *significação cultural*”.<sup>22</sup>

No tocante à ciência jurídica, a despeito de sua auto-proclamada isenção ideológica, percebe-se que há uma ideologia implícita no kelsenianismo. Ao desligar as normas jurídicas de sua matriz “extrajurídica”, o dogmatismo normativista de KELSEN afirma serem válidas todas as regras jurídicas que tenham sido regularmente criadas e estejam vigentes, desconectando o problema da validade das normas de qualquer possível juízo valorativo social. Nesse sentido, não há que se fazer qualquer indagação acerca da validade social das normas jurídicas. Ideologicamente, ao contrário do que afirmaria o autor, tal doutrina serviria de base para a fundamentação de qualquer forma de Estado autoritário que se revestisse de uma legalidade formal.<sup>23</sup> Sobre a questão, nas lapidares palavras de LYRA FILHO, “a pseudoneutralidade da *ciência* quer esconder o gato, mas ele logo põe o rabo de fora. E de forma bastante confusa, pois, segundo KELSEN, até o direito nazista é um direito possível”.<sup>24</sup>

O positivismo jurídico, à evidência, não dá conta do fenômeno jurídico, que se não resume às normas jurídicas ou, em outras palavras, à forma jurídica. Com efeito, o Direito deve enfrentar um fenômeno social dinâmico que não cabe no formalismo jurídico. Michel MIAILLE afirma que “acreditar que se possa estudar um mundo de puras formas, sem nunca as referir aos conteúdos socioeconômicos, de que elas são a expressão, é pura ilusão para os juristas mais honestos ou pura hipocrisia para os juristas que conhecem as realidades que as formas escondem”.<sup>25</sup>

Todavia, se já não parece difícil concluir que a epistemologia moderna, com

---

<sup>21</sup> MARQUES NETO, A. R. *Ciência... Op. cit.*, pp. 14-15 e 57.

<sup>22</sup> WEBER, Max. **Sobre a teoria das ciências sociais**. Trad. Carlos Grifo Babo. 2ª ed. Lisboa: Presença, 1977, pp. 63-64.

<sup>23</sup> MARQUES NETO, A. R. *A ciência... Op. cit.*, pp. 168-169.

<sup>24</sup> LYRA FILHO, Roberto. **Porque estudar direito, hoje?** Brasília: Nair, 1984, p. 32.

<sup>25</sup> MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao Direito**. 2. ed. Lisboa: Estampa, 1994, p. 298.

o positivismo jurídico aí incluso, calcada no paradigma da consciência (paralelo ao paradigma científico newtoniano-cartesiano), não “dá conta” da ciência contemporânea, tarefa não tão fácil é descobrir que epistemologia deve assumir o lugar daquela. Apresentar-se-á, deste objetivo, algumas pistas.

Em primeiro lugar, a partir da superação do paradigma científico newtoniano-cartesiano, deve-se afirmar que o conhecimento científico é permanentemente provisório.

Neste ponto, vale mencionar a obra de Gaston BACHELARD, que insere o conhecimento científico na cisão entre o objeto real (que engloba a coisa em si mesma, que existiria a despeito de nossa capacidade de apreensão intelectual, o *númeno* kantiano, além de suas manifestações perceptíveis, o *fenômeno*) e o objeto de conhecimento, que seria “construído” e frequentemente “reconstruído” por processos cognitivos. O conhecimento científico, assim, seria um permanente processo de *retificação de verdades estabelecidas*, visando a aproximação, operada a cada nova abordagem teórica, do objeto de conhecimento em relação ao objeto real.<sup>26</sup>

Com conclusões semelhantes, a partir de premissas distintas, Karl Raimund POPPER, cujo discurso tem foco nas ciências naturais, nega o dogma do *cientificismo* ao dizer que, por mais completas e exaustivas que sejam as observações sobre determinado objeto, jamais se poderá afirmar que a totalidade das situações observáveis foi considerada. Para este autor, o critério de cientificidade é dado não pela natureza inquestionável do conhecimento, mas por sua *falseabilidade*. Em síntese, uma teoria que ainda não foi refutada pode ser considerada confirmada, porém, deve sempre deixar margem à crítica, que pode infirmá-la ou afirmá-la.<sup>27</sup> Nesta toada, a

---

<sup>26</sup> BACHELARD, Gaston. **O novo espírito científico**. Trad. António José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 1996, pp. 16 e 120: “O espírito científico é essencialmente uma rectificação do saber, um alargamento dos quadros do conhecimento. Julga o seu passado histórico condenando-o. A sua estrutura é a consciência dos seus erros históricos. Cientificamente, pensa-se o verdadeiro como rectificação histórica de um longo erro, pensa-se a experiência como rectificação da ilusão comum e primeira” (p. 120).

<sup>27</sup> POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. Trad. Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 11ª ed. São Paulo: Cultrix, 2004, pp.41-43; 89-92. Ainda, em passagem lapidar, ensina o autor que não é adequado elevar uma discussão acerca do método científico ao nível de uma discussão puramente lógica: “o Jogo da Ciência é, em princípio, interminável. Quem decida, um dia, que os



abertura metodológica se torna fundamental, e se torna possível dizer que o pensamento de POPPER é um dos marcos fundadores da epistemologia crítica.<sup>28</sup>

A despeito de tais referenciais teóricos, como já dito, não se pode afirmar com precisão qual seria a essência do paradigma epistemológico emergente. Todavia, a paradoxal noção de permanente provisoriedade do conhecimento científico parece ser um de seus caracteres fundamentais. Esta ideia é compatível tanto com as epistemologias ditas dialéticas,<sup>29</sup> como com as fundadas no paradigma filosófico da linguagem.<sup>30</sup> Aquelas alegam ultrapassada a cisão metafísica operada pela ciência moderna entre sujeito e objeto de conhecimento, de modo que a concreta relação entre eles é que se deve levar, historicamente, em consideração no ato cognitivo. Estas, porém, partem da idéia de que a linguagem é o móvel operacional do conhecimento, que “cria” o objeto e, inclusive, o sujeito. Assim, o objeto seria fruto de uma convenção linguística entre os sujeitos, ou seja, o conhecimento decorre de um consenso intersubjetivo através da linguagem. Todas as duas correntes negam a existência de um vetor epistemológico entre sujeito e objeto, centrando o problema epistemológico na relação entre sujeitos de conhecimento, fundada na linguagem, ou numa relação concreta entre sujeito e objeto.

Seja como for, não seria meta exequível para este texto a definição da melhor

---

enunciados científicos não mais exigem prova, e podem ser vistos como definitivamente verificados, retira-se do jogo” (p. 56).

<sup>28</sup> MARQUES NETO, A. R. *Ciência... Op. cit.*, p. 85.

<sup>29</sup> Segundo MARQUES NETO, defensor de uma epistemologia dialética, Karl MARX (Materialismo Histórico), Jean PIAGET (Epistemologia Genética) e Gaston BACHELARD (Epistemologia Histórica) sustentam modelos de pensamento científico fundados na dialética (*Ciência... Op. cit.*, pp. 22-28).

<sup>30</sup> Segundo Lenio Luiz STRECK, é a partir da “*viragem (ou reviravolta) lingüística*”, isto é, desde que se reconhece que a relação de conhecimento se dá, segundo a lição de HABERMAS, entre sujeitos, “que fica excluída (aque)la evidência primeira, seja racional (como em Descartes) ou empírica (como em Locke) (...), *passando o homem a orientar-se no mundo e nele agir mediante a e pela linguagem*, como, no dizer de Quine, ‘o que há no mundo não depende em geral do nosso uso da linguagem, mas já depende deste uso o que podemos dizer que há’; Heidegger, para quem a ‘*linguagem é a casa do ser*’; Gadamer, para quem ‘*ser que pode ser compreendido é a linguagem*’, e Seiffert, que diz não ser exagero ‘*se designarmos a época da linguagem como a terceira era da filosofia, depois da época do ser (antiguidade e idade média) e da época da consciência (idade moderna até a análise da linguagem)*’. Passa-se, enfim, da essência para a significação, onde o importante e decisivo não está em se saber o que são as coisas em si, mas *saber o que dizemos quando falamos delas*” (**Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**, pp. 61-62).

conformação para o novo paradigma epistemológico. É suficiente compreender um panorama de complexidade que se apresenta, que só é apreensível por um viés crítico. Vale lembrar as palavras de MIAILLE: “esta experiência de crítica do direito abre o campo a uma nova maneira de tratar o direito. Não se trata de realizar o conhecimento jurídico que se torne, em substituição do antigo, um novo dogma, a nova ortodoxia (...) Na verdade, as pistas críticas apenas estão indicadas: o terreno é imenso e é agora, sector por sector, ramo por ramo, que será preciso operar este repór em questão sistemático”.<sup>31</sup>

O pensamento crítico do Direito, que abarca um amplíssimo espectro de abordagens jurídico-científicas, pode ser, genericamente, identificado, como fez Luiz Roberto BARROSO, como um “conjunto de movimentos e idéias que questionam o saber jurídico tradicional na maior parte de suas premissas: cientificidade, objetividade, neutralidade, estatalidade, completude. Funda-se na constatação de que o Direito não lida com fenômenos que se ordenem independentemente da atuação do sujeito, seja o legislador, o juiz ou o jurista. Este engajamento entre sujeito e objeto compromete a pretensão científica do Direito e, como consequência, seu ideal de objetividade, de um conhecimento que não seja contaminado por opiniões, preferências, interesses e preconceitos”.<sup>32</sup> Sem embargo da valia do argumento, note-se, porém, que uma pretensão científica do Direito só estaria comprometida quando se lhe enxerga num sentido cartesiano, o que não exclui a construção de uma ciência do Direito a partir dos postulados epistemológicos surgidos com a epistemologia contemporânea.

Nesse sentido, é possível concluir que a quebra do paradigma filosófico da consciência e, conseqüentemente, a assunção do paradigma emergente demandam uma nova racionalidade jurídica: “o processo hermenêutico deve ser um devir. Interpretar é dar sentido. E o que é dar sentido? ‘É construir sítios de significância (delimitar

---

<sup>31</sup> MIAILLE, M. **Introdução...** *Op. cit.*, pp. 326-7.

<sup>32</sup> BARROSO, Luiz Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro.** In: *Revista da Acadêmica Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, a. 1, n.º 1, 2001, p. 28.

domínios), é tornar possíveis gestos de interpretação’.<sup>33</sup> Para tanto, ‘nenhum intérprete pode pretender estar frente ao texto normativo livre de pré-compreensões, pois isto equivaleria a estar fora da história e a fazer emudecer a norma’, sendo que ‘*a norma é muda enquanto não for interrogada, reclamada e trazida a um presente espaço-temporal, de onde há de mostrar as suas potencialidades*’. Somente então será compreendida em ‘seu sentido’.<sup>34</sup> Em conseqüência, o Direito, a partir da necessária *superação do paradigma normativista-(neo)liberal-individualista e do paradigma epistemológico da filosofia da consciência*, deve ser compreendido não como sucessão de textos com sentidos latentes, pré-construídos, (re)clamando apenas que o intérprete-hermeneuta lhes dê vida, e sim, *como textos que permanentemente (re)clamam sentidos*. Desse modo, é razoável que este processo em que se dá/produz o sentido deve ser assumido como inexorável’.<sup>35</sup>

Com efeito, “o intérprete do Direito é um sujeito inserido/jogado, de forma inexorável, em um (meio)ambiente cultural-histórico, é dizer, em uma tradição. Quem interpreta é sempre um sujeito histórico concreto, mergulhado na tradição. Para ter acesso a um texto (e compreendê-lo), *é impossível ao intérprete fazê-lo como se fosse uma mônada psíquica, utilizando o cogito herdado da filosofia da consciência. O intérprete é já, desde sempre, integrante de um mundo lingüístico*. Entretanto, como bem lembra Fernández-Largo, simultaneamente, esse sujeito/intérprete não está atado indefectivelmente a uma compreensão, pois entender é sempre uma atitude de abertura e antesala a algo criador e complementário do passado. *Na ciência jurídica nunca se ressaltará suficientemente que a interpretação é uma nova leitura das normas jurídicas e que cada caso será uma nova aplicação*, algo assim como se o direito recobrasse o seu vigor cada vez que é aplicado ou cumprido’.<sup>36</sup>

Em suma, um pensamento jurídico crítico se impõe, sob pena de se seguir sob o jugo de um dogmatismo que produz uma ciência jurídica ingênua e servil, incapaz de

---

<sup>33</sup> ORLANDI, Eni P. **O discurso fundador**. Campinas: Pontes, 1993.

<sup>34</sup> FERNÁNDEZ-LARGO, Antônio Osuna. **La hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer**. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1993, pp. 88-89.

<sup>35</sup> STRECK, L. L. **Hermenêutica... Op. cit.**, pp. 326-7.

<sup>36</sup> *Id. Ibid.*, p. 328.

compreender as demandas que a realidade social e política lhe atravessa.

Desde esta nova epistemologia, todavia, surge questão a resolver quanto à conformação científica que se poderia atribuir ao Direito. E, para tanto, importa discutir o próprio conceito de ciência ali concebido.

Segundo MARQUES NETO, superadas as premissas modernas, pode-se dizer que “ciência é discurso, teoria, que resulta de um processo de construção e retificação de conceitos”.<sup>37</sup>

Para aquele autor, a noção de *teoria*, ou mais precisamente de *enfoque teórico*, tem relevância decisiva para a compreensão do conceito de ciência. A teoria, assim, “constitui o objeto de conhecimento; é através dela que se elaboram os métodos condizentes com a natureza de cada pesquisa; é ela que se aplica nas realizações práticas, técnicas, das ciências; é, finalmente, em função dela que a realidade pode apresentar algum *sentido*”.<sup>38</sup> Assim, por sua função constitutiva, o *enfoque teórico* exerce papel central na “construção” do conhecimento científico. Como todas as demais, a ciência jurídica “decorre de um trabalho de construção da teoria, do método, do objeto, etc. Por isso, suas proposições nunca são absolutas, mas aproximadas e retificáveis”.<sup>39</sup> E, é neste ponto que surgem conclusões importantes para a pesquisa, assentadas sobre o problema do objeto científico do Direito.

Considerando que o termo “ciência” designa a construção de conhecimentos retificáveis sobre um objeto de conhecimento – que se não confunde com o objeto real, embora busque sempre uma aproximação cada vez maior com ele –, motivo pelo qual a teoria desempenha um papel constitutivo do discurso científico, é possível concluir que o próprio objeto de conhecimento é determinado pelo enfoque teórico que orienta a pesquisa científica.

Note-se que certos fenômenos do mundo natural e social podem compor o objeto de diferentes ciências: “o funcionamento do coração, por exemplo, pode constituir objeto de diversas disciplinas, quais a Biologia, a Anatomia, a Fisiologia,

---

<sup>37</sup> MARQUES NETO, A. R. *Ciência... Op. cit.*, p. 238.

<sup>38</sup> *Id. Ibid.*, pp. 51-52.

<sup>39</sup> *Id. Ibid.*, p. 239.

etc., consoante sejam abordados dentro dos enfoques conceituais e problemáticos particulares a cada uma dessas formas de conhecer”.<sup>40</sup> Igualmente, em relação às ciências sociais, um bom exemplo é o *crime*, que pode ser investigado sob enfoques teóricos bastante diversos, não raro sob forma multidisciplinar: sociológico, jurídico, econômico, político, moral, religioso, etc.<sup>41</sup> Isto é, o *objeto de conhecimento* vai determinado pela abordagem teórica proposta pela pesquisa.

Sobre a ciência jurídica, MARQUES NETO, ao questionar acerca do *objeto real*, sustenta que a ela importa o *fenômeno jurídico*, “que se gera e se transforma no interior do espaço-tempo social por *diferenciação* das relações humanas, tal qual acontece com os demais fenômenos sociais específicos: políticos, econômicos, morais, artísticos, religiosos etc. O fenômeno jurídico, embora específico, jamais se encontra em *estado puro* na sociedade, visto que existe mesclado com fenômenos de outras naturezas, sendo conseqüentemente *n-dimensional*”.<sup>42</sup>

No início deste capítulo, resgatou-se a obra de Francesco CARNELUTTI, por sua compreensão sobre o problema da ciência jurídica, à qual se recorre novamente. Ao que MARQUES NETO chama de *fenômeno jurídico*, o jurista italiano chama de *experiência jurídica*, quando nega que o conjunto das normas jurídicas seja o objeto da ciência do Direito: “São pois, as regras que estão sobre o direito, as que buscamos para ensinar a construir, a manobrar, a observar as regras que estão dentro do direito; em outros termos, buscamos a lei da lei”.<sup>43</sup> Esta “regra sobre o direito” é chamada pelo autor de “regras da *experiência jurídica*”, que seriam o objeto da ciência jurídica e que se não esgotam nas questões ligadas à interpretação lógico-sistemática do direito, mas, “ao lado delas, deve-se ter em conta as de outros gêneros: psicológico, fisiológico, sociológico, econômico e mesmo físico”.<sup>44</sup> CARNELUTTI sintetiza o alcance da noção de *experiência jurídica*, ao sentenciar: “Porém, se os dados não são para nós

<sup>40</sup> *Id. Ibid.*, p. 186 (grifos no original).

<sup>41</sup> *Id. Ibid.*, p. 94.

<sup>42</sup> *Id. Ibid.*, p. 186 (grifos no original).

<sup>43</sup> CARNELUTTI, F. *Metodologia... Op. cit.*, p. 24. [Tradução livre de: “*Son dunque le regole, le quali stanno sopra il diritto, che noi ricerchiamo per insegnare a costruire, a manovrare, a osservare le regole, che stanno dentro il diritto; o, in altre parole, cerchiamo le leggi delle leggi.*”]

<sup>44</sup> *Id. Ibid.*, p. 26. [Tradução livre de: “*accanto ad esse, di ogni genere: psicologiche, fisiologiche, sociologiche, economiche e perfino fisiche, da tenere in conto.*”]

somente os artigos do código que preveem o contrato e o crime, mas também o contrato e o crime mesmos, e se isto é, como se disse, correspondente ao homem que compra ou que rouba, como fará o cientista do direito para observar não só o contratante ou o delinquente, mas o contrato e o delito?”<sup>45</sup> Desde esta perspectiva, note-se como o conhecimento parece simplesmente fugir do alcance do homem. Com efeito, jamais se poderá afirmar, por mais evoluída que seja, que uma ciência alcançou de forma definitiva o *objeto real*, que está virtualmente fora do alcance do homem.<sup>46</sup>

---

<sup>45</sup> *Id. Ibid.*, p. 49.

<sup>46</sup> Francesco CARNELUTTI, ao tratar do processo, com razão, afirmou que a verdade jamais pode ser alcançada pelo homem: “Quando parti, nos meus estudos sobre processo, com a *Prova Civile*, falei de *verdade*, assinalando, como escopo do processo, a investigação da *verdade substancial* e, como resultado, a obtenção de uma *verdade formal*. Mas não era, embora algo comum, uma distinção fundada. A verdade não é, e nem pode ser, senão uma só: aquela que eu, como outros, chamava de verdade formal, não é a verdade. Nem eu sabia, naquele tempo, que coisa fosse e por que, sobretudo, nem com o processo, nem através de algum outro modo, a verdade jamais pode ser alcançada pelo homem. Alguma coisa disso comecei a entender com a meditação sobre o conceito de *parte*, que constitui uma das bases do meu modo de pensar. E quem me ajudou, de um primeiro modo, ainda que fosse muito distante da meta obtida no escrito, que recordei há pouco, foi o filósofo Heidegger com aquela que foi, e deveria ser, a sua sinfonia incompleta: o ‘*Sein und Zeit*’, onde fala da *Weltlichkeit der Sache*, que me tocou profundamente e que traduzi, nas primeiras páginas dos *Dialoghi con Francesco con universalità della cosa*. Justamente porque a coisa é uma parte, ela *é* e *não é*; pode ser comparada a uma moeda sobre cuja cara está gravada o seu ser e, sobre a sua coroa, o seu não-ser. Mas para conhecer a verdade da coisa, ou digamos, precisamente, da parte, necessita-se conhecer, tanto a sua cara, quanto a sua coroa: uma rosa é uma rosa, ensinava a Francesco, porque não é alguma outra flor; queria dizer que para conhecer verdadeiramente a rosa, isto é, para chegar à verdade, é necessário conhecer não somente aquilo que a rosa é, mas também aquilo que ela não é. Por isso, a verdade de uma coisa nos foge até que nós não possamos conhecer todas as outras coisas e, assim, não podemos conseguir senão um conhecimento parcial dessa coisa. E quando digo uma coisa, refiro-me, também, a um homem. Em síntese, a verdade está no *todo*, não na parte; e o todo é demais para nós. Mais tarde isso me serviu para compreender, ou ao menos a tentar compreender, por que Cristo disse: “Eu sou a verdade”. Portanto, a minha estrada, começada por atribuir ao processo a busca da verdade, deveria ter substituído a investigação da verdade, pela da certeza.” (**Verità, dubbio, certezza**. *Rivista di diritto processuale*. v. XX. Pádua: CEDAM, 1965, pp. 4-9). [Tradução de Eduardo Cambi (*Folha Acadêmica*. Centro Acadêmico Hugo Simas, Universidade Federal do Paraná. n. 116, a. LIX, p. 05, 1997) de: “*Quando sono partito, nei miei studi sul processo, con la Prova civile, ho parlato di verità, assegnando pressapoco al processo come scopo la ricerca della verità sostanziale e come risultato il conseguimento di una verità formale. Ma non era, per quanto piuttosto comune, una distinzione fondata. La verità non è e non può essere che una sola; quella che io come altri chiamavo verità formale non è la verità. Né io sapevo allora che cosa fosse e perché, soprattutto, né col processo né in alcun altro modo, dall'uomo si può mai raggiungere. Qualche cosa ho cominciato a capirne con la meditazione sul concetto di parte, che costituisce uno dei fulcri del mio modo di pensare. E chi mi ha aiutato, per quanto allora fosse molto distante dalla meta raggiunta nello scritarello, che ho ricordato poco fa, è stato il filosofo Heidegger, della prima maniera, con quella che fu, e dovera essere, la sua sinfonia incompiuta: il ‘Sein und Zeit’, dove parla della Weltlichkeit der Sache, che mi ha profondamente colpito e che ho tradotto, nelle prime pagine dei Dialoghi con Francesco con universalità della cosa. Proprio perché la cosa è una parte essa è e non è; può essere paragonata ad una medaglia sul cui diritto è inciso il suo essere e sul rovescio il suo*”

Assim, o que resta é aceitar que a ciência é permanentemente (re)produzida a partir de um objeto de conhecimento construído desde um *enfoque teórico*. Em suma, com MARQUES NETO, “podemos afirmar que *qualquer fenômeno social* é, em princípio, passível de constituir objeto de estudo da ciência do Direito: para tanto, basta que ela o *torne seu*, isto é, que o aborde dentro dos enfoques teóricos, problemáticos e metodológicos que lhe são próprios”.<sup>47</sup>

Então, recolhida a noção de que o próprio objeto de conhecimento é construído pelo *enfoque teórico* proposto, é possível passar a tratar do problema do objeto e da autonomia científica do Direito Processual Penal, o que se fará no próximo tópico.

## 1.2 Uma autonomia reclamada e [ainda] não reconhecida. A cientificidade esquecida

Em quase todos os manuais das diversas disciplinas jurídicas há algumas linhas dedicadas à discussão de sua autonomia em face das demais. Não raro, este discurso é vinculado àquela compreensão positivista do Direito e pretende colocar seus diferentes ramos em compartimentos distintos. Este panorama não foge àquele do senso comum teórico dos juristas.

Nada obstante, mesmo desde uma leitura crítica e atenta à *n*-dimensionalidade e à complexidade do fenômeno jurídico, há necessidade de se afirmar uma certa

---

*non essere. Ma per conoscere la verità della cosa, o diciamo pure della parte, bisogna conoscere tanto il diritto quanto il rovescio: una rosa è una rosa, insegnavo a Francesco, perché non è alcun altro fiore; ciò vuol dire che per conoscere veramente la rosa, cioè per afferrarne la verità, occorre conoscere non soltanto ciò che essa è ma anche ciò che essa non è. Perciò la verità di una cosa ci sfugge fino a che noi non possiamo conoscere tutte le altre cose e così non ne possiamo conseguire se non una conoscenza parziale. E quando dico una cosa, mi riferisco anche ad un uomo. Insomma la verità è nel tutto, non nella parte; e il tutto è troppo per noi. Più tardi questo mi è servito a comprendere, o almeno a cercar di comprendere, perché Cristo abbia detto: ‘Io sono la verità’. Pertanto la mia strada, cominciata con l’attribuire al processo la ricerca della verità, ha messo capo alla sostituzione della verità con la certezza.”]*

<sup>47</sup> MARQUES NETO, A. R. *Ciência... Op. cit.*, p. 187. Nunca é demais apontar como, daqui, é possível refutar as tradicionais correntes doutrinárias jurídicas que, como o *positivismo jurídico*, atribuíam às normas o estatuto de único objeto da ciência jurídica.

autonomia, que se não confunde com aquela do positivismo jurídico, mas indica a autonomia do *enfoque teórico* proposto. Por isso, aqui se falará de autonomia científica. Por mais paradoxal que possa parecer a uma primeira leitura, a disciplina é autônoma do ponto de vista teórico, mas vai perpassada, indissociavelmente, pelos mais diversos saberes jurídicos e não jurídicos. Aqui, tentar-se-á empreender a identificação do enfoque teórico aplicável ao direito processual penal, e somente a ele, pelos caminhos da construção de um “conhecimento sobre o processo penal” desvinculado do “conhecimento sobre o direito penal” e, num segundo momento, ao reconhecimento do fracasso da tentativa de construir uma abordagem teórica que pudesse abarcar tanto o fenômeno processual penal quanto o fenômeno processual civil.

Como já se mencionou na abertura deste capítulo, vale lembrar que o direito processual penal já foi comparado, por Francesco CARNELUTTI, à Gata Borralheira (*Cenerentola*, em italiano) da tradição oral popular: “Era um vez três irmãs que tinham em comum, ao menos, um dos genitores: eram chamadas *ciência do direito penal, ciência do processo penal e ciência do processo civil*. Ora, acontece que a segunda, em comparação com as demais, que eram muito belas e prósperas, teve uma infância e uma adolescência infelizes. Com a primeira aconteceu de dividir, por muito tempo, o mesmo quarto; e aquela tomou para si o bom e o melhor. (...) Cenerentola, assim, se contentava com as roupas abandonadas de suas irmãs mais afortunadas”<sup>48</sup>.

No que diz com a relação entre o direito processual penal e o direito penal, desde longa data se percebe que lhe coube uma posição indistinta e subordinada, já que o primeiro era considerado um mero apêndice do segundo. Esta afirmação pode ser constatada, a título de exemplo, desde as Ordenações do Reino portuguesas, que abrangiam, em seu livro quinto, sem distinções, aqueles dois ramos do direito, bem como

---

<sup>48</sup> CARNELUTTI, F. *Cenerentola... Op. cit.*, pp. 73-75. [Tradução livre de: “*C'erano una volta tre sorelle, che avevano almeno in comune uno de' genitori: si chiamavano la scienza del diritto penale, la scienza del processo penale, la scienza del processo civile. Ora accadde che la seconda, al confronto con le altre due, ch'erano assai belle e prospere, abbia avuto un'infanzia e un'adolescenza infelice. Con la prima le toccò dividere, per lungo tempo, la medesima stanza; e quella si prese il buono e il meglio per sè. (...) Cenerentola, giusto, si contentava delle vesti smesse dalle sue più fortunate sorelle.*”]



em expressões até hoje utilizadas, equivocadamente, para designar o direito processual penal, como *direito penal adjetivo*. Segundo Jorge de FIGUEIREDO DIAS, como resultado disto, “a conformação teleológica fundamental do direito penal substantivo exercerá uma enorme influência na concepção do direito processual penal respectivo”.<sup>49</sup>

Hoje, quase ninguém afirma uma unidade conceitual entre o direito penal e processo penal. Porém, em verdade, esta posição subordinada do direito processual penal se verifica muito claramente, mesmo nesta segunda década do século XXI, pelo simples fato de que os cursos de graduação em Direito, salvo poucas exceções, costumam manter cadeiras únicas de direito penal e processual penal. É a regra esperar de um professor que se aventura a ensinar as ditas “ciências penais”, que as conheça todas, profundamente.

Note-se, por outro lado, que é hábito se considerar isto inconcebível quando se trata das disciplinas direito civil e direito processual civil; normalmente, causaria estranheza um professor que pretendesse ensinar estas duas disciplinas, e dificilmente seria levado a sério, mesmo quando se considera que, por muitas razões (ensino privado, excesso de cursos jurídicos, professores despreparados, vida acadêmica como segunda opção profissional, etc.) há uma certa promiscuidade no ensino jurídico brasileiro, integrante de uma verdadeira banalização das carreiras acadêmicas. No tocante ao direito processual penal, todavia, o problema é mais sério: a disciplina simplesmente parece ser tratada como um anexo do direito penal, seu aspecto prático, que pode ser ensinado por qualquer cultor do “direito penal substantivo”. Apesar disso, o direito processual penal é tão distinto de seu equivalente material, quanto o direito processual civil em relação ao direito civil.

Já, agora, no que toca à relação com o direito processual civil, suas influências se fazem perceber na seara processual penal ainda mais fortemente. Como sugeriu CARNELUTTI, “em uma palavra, a teoria do processo penal está, ainda, em uma fase de nítida dependência em relação à teoria do processo civil: onde se procura superar o empirismo, serve-se quase exclusivamente de modelos importados. Não digo que não há traços de uma produção própria, mas são quase irrelevantes; e muito menos de uma

---

<sup>49</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 1974, p. 28.

exportação do campo processual penal àquele do processo civil”.<sup>50</sup> É incrível refletir sobre a atualidade, ao menos do Brasil, destas palavras que têm quase oitenta anos!

Assim, se o objetivo proposto é encontrar um enfoque teórico próprio, iniciar-se-á pelo problema da autonomia do direito processual em face do direito material. Sobre este tema, tem importância decisiva a obra de Jorge de FIGUEIREDO DIAS, para quem há, entre aquelas disciplinas, uma *relação de mútua complementaridade funcional*, que sugere que sejam partes distintas de uma unidade.<sup>51</sup> Em suas próprias palavras:

[O] direito penal substantivo estabelece, por forma geral e abstracta, quais os factos que devem ser considerados crimes e quais as penas que lhes correspondem. (...) Já vimos, porém, que a concretização do direito penal substantivo exige uma *regulamentação complementar* que discipline a investigação e esclarecimento do crime concreto e permita a aplicação da consequência jurídica àquele que, com a sua conduta, realizou um tipo de crime. Esta regulamentação complementar é constituída pelo direito processual penal, (...) que se pode *funcionalmente* definir como a regulamentação jurídica da realização do direito penal substantivo, através da investigação e valoração do comportamento do acusado da prática de um facto criminoso.<sup>52</sup>

Trata-se de noção muito semelhante ao que a doutrina italiana convencionou chamar de *instrumentalidade*, como se pode verificar em Giovanni LEONE:

a norma penal apresenta, em relação às outras normas jurídicas, a característica de, enquanto o preceito tem por conteúdo um determinado comportamento vedado ou o comandado (e, portanto, seu destinatário é aquele a quem toca a proibição ou comando), a sanção tem como destinatário aquele poder do Estado que é chamado a aplicar a pena (isto é, o juiz). Isto porque se não admite a aplicação da sanção por consenso do réu, que se não pode sujeitar voluntariamente a ela, mas somente por ato do juiz (*nulla poena sine iudicio*). Nisto está a instrumentalidade do direito processual penal, que é mais evidente do que no direito processual civil.<sup>53</sup>

<sup>50</sup> CARNELUTTI, F. **Cenerentola...** *Op. cit.*, p. 75. [Tradução livre de: “*In una parola, la teoria del processo penale è ancora in una fase di netta dipendenza dalla teoria del processo civile: dove si tenta di superare l’empirismo, servono quasi esclusivamente degli schemi importati. D’una lavorazione indigena non dico che non ci siano tracce ma sono quasi irrilevanti; e tanto meno d’una esportazione dal campo del processo penale a quello del processo civile.*”]

<sup>51</sup> FIGUEIREDO DIAS, J. **Direito...** *Op. cit.*, pp. 28-29.

<sup>52</sup> *Id. Ibid.*, pp. 27-28 (sem grifos no original).

<sup>53</sup> LEONE, Giovanni. **Elementi di diritto e procedura penale**. 2ª Ed. Napoli: Jovene, 1969, p. 175. [Tradução livre de: “*La norma penale presenta nei confronti delle altre norme giuridiche la caratteristica che, mentre il precetto ha come contenuto un determinato comportamento vietato o comandato (e perciò destinatario ne è colui a cui viene fatto divieto o comando), la sanzione ha come*”]

Daqui se conclui que o direito processual é instrumental em relação ao direito material, o que significa que o direito penal só se aplica por meio do processo. Ainda, com LEONE:

é obvia a consideração da função instrumental do processo (Vannini), que é predisposto a realizar, pela intervenção do poder jurisdicional, o cumprimento de um comando jurídico, que se não pode obter como ato voluntário. (...) Na seara penal, esta função instrumental do processo apresenta maior importância, dado que, por um preceito tradicional, a aplicação da pena é subtraída tanto ao Estado (titular do poder punitivo) como ao cidadão privado que eventualmente pretendesse aceitar a sanção penal. O princípio *nulla poena sine iudicio* se põe não somente como autolimita à função punitiva do Estado, mas também como limite à vontade do privado, ao qual é negada toda faculdade de se sujeitar à pena.<sup>54</sup>

Todavia, esta forte relação instrumental não pode negar uma dimensão de autonomia, que é a científica. Novamente, invoca-se a lição de FIGUEIREDO DIAS: “só se acentua que uma tal instrumentalidade funcional não pode pôr em causa a *autonomia teleológica*, perante o direito substantivo, que ao processo advém por lhe corresponder um interesse material específico: o da realização concreta da própria ordem jurídica”.<sup>55</sup>

A despeito de tal relação de complementaridade funcional, entre aquelas disciplinas há objetos de conhecimento evidentemente distintos. Mais uma vez, a lição do processualista português é útil para demonstrar a autonomia científica: “Expressão desta autonomia teleológica é a circunstância de, logo no que toca aos *pressupostos*

---

*destinatario quel potere dello Stato che è chiamato ad applicare la pena (cioè il giudice). Ciò perché della sanzione non è consentita l'applicazione per consenso del reo, che non può assoggettarvisi volontariamente, ma solo per atto del giudice (nulla poena sine iudicio). In questo sta la strumentalità del diritto processuale penale, che è più marcata di quanto lo sia nel diritto processuale civile.”]*

<sup>54</sup> LEONE, G. **Lineamenti di diritto processuale penale**. 2ª ed., Napoli: Jovene, 1952, p. 1. [Tradução livre de: “E’ ovvia la considerazione della funzione strumentale del processo (Vannini), che è predisposto per realizzare, mediante l’intervento del potere giurisdizionale, l’adempimento di un comando giuridico, non potuto ottenere come atto volontario. (...) Questa funzione strumentale del processo presenta nel campo penale maggiore importanza, dato che, per un tradizionale canone, l’applicazione della pena è sottratta sia allo Stato (titolare del potere punitivo) sia al privato che volesse eventualmente accettare la sanzione penale. Il canone *nulla poena sine iudicio* si pone non solo come autolimita della funzione punitiva dello Stato, bensì come limite alla volontà del privato, al quale è negata ogni facoltà di assoggettarsi alla pena.”]

<sup>55</sup> FIGUEIREDO DIAS, J. **Direito... Op. cit.**, p. 33.

*funcionais* de que depende em concreto o nascimento uma pretensão jurídico-substantiva ou de uma jurídico-processual, existir uma diferença profunda: exige-se para aquela a *realização* (cometimento) de um tipo de crime, basta para esta a *notícia* (suspeita) da infracção”.<sup>56</sup> Ainda, a valoração do objeto de conhecimento se faz de forma particular, segundo diferentes *binômios axiológicos*, “que dominam em cada um dos âmbitos e caracterizam a decisão num e noutra: a de direito substantivo, referida a uma relação da vida no espaço social, visa valorá-la dentro da dicotomia axiológica ‘lícito-ilícito’; a de direito adjectivo, referida a actos no *espaço processual* (‘actos processuais’), visa enquadrá-los na dicotomia axiológica ‘admissível-inadmissível’ ou ‘eficaz-ineficaz’”.<sup>57-58</sup>

Em suma, “se não está, no direito penal e no processual penal, perante modos diversos de perspectivar o mesmo objecto, mas perante regulamentações jurídicas autónomas, justificadas pela *diversidade de objectos* a que se dirigem”.<sup>59</sup>

Para consignar de forma mais simples, o objeto científico do direito penal corresponde às *condutas humanas* sujeitas a sanções penais, enquanto o objeto de conhecimento do direito processual penal corresponde aos *atos processuais*.<sup>60</sup>

A conclusão acima é defrontada com uma dúvida, surgida no início do séc.

<sup>56</sup> *Id. Ibid.* Registre-se, aqui, sem infirmar as conclusões do autor, ressalva à utilização da noção de *pretensão* em relação ao processo penal. Esta representa um conceito processual civil que é despidendo à explicação do fenómeno processual penal. Sobre este tema, tornar-se-á abaixo.

<sup>57</sup> *Id. Ibid.*, p. 33-34. Aqui, não se pode deixar de formular uma pontual observação crítica, que em nada prejudica a lição central do autor. A utilização da expressão *direito adjectivo* para se referir ao direito processual é indesculpável. De fato, se o direito processual é autónomo, não pode ser designado como um *adjectivo* do direito material.

<sup>58</sup> Neste ponto, no que toca à punibilidade, a lição de FIGUEIREDO DIAS parece merecer complementação sobre o binómio axiológico fundamental do direito penal (lícito-ilícito). A circunstância de ser punível o fato está além do escopo dos atos processuais, diz com a própria *conduta humana*, o que insere a punibilidade no objeto científico do direito penal. Assim, haver-se-ia que concluir que são binômios axiológicos do direito penal o *lícito-ilícito* e o *punível-impunível*. Sobre o tema, ver NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. **Direito processual penal: Objeto e método**. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a. 103, n. 394, nov.-dez., 2007, pp. 187-208.

<sup>59</sup> FIGUEIREDO DIAS, J. **Direito... Op. cit.**, p. 34.

<sup>60</sup> Embora válida de um ponto de vista dogmático, registre-se que o tema da autonomia do direito processual penal em relação ao direito penal convive com o desafio de certas constatações da realidade concreta, como o fato de que as prisões processuais, que deveriam ser medidas de exceção, decretadas em estrita observância aos ditames constitucionais, têm exercido, na verdade, uma função eminentemente punitiva, não raro em condições muito piores do que a própria pena.

XX, cujas primeiras respostas ainda são vicejantes na doutrina processual brasileira hodierna: considerando que o objeto de conhecimento do direito processual penal são os atos processuais, fato que não é muito difícil de perceber também em relação ao direito processual civil, seria possível afirmar a unidade científica do direito processual?

Com efeito, trata-se de questão extremamente complexa e de difícil solução. A despeito da tentativa de resposta que se empreenderá aqui, consigne-se que a doutrina brasileira, majoritariamente, entendeu de modo afirmativo, empreendendo um esforço epistêmico que consistiu basicamente em adaptar ao processo penal (que tem um discurso científico menos desenvolvido) as categorias teóricas do direito processual civil, tudo em nome de uma teoria geral do processo. Tamanha foi – e é – sua importância no direito brasileiro, que já integra o senso comum teórico dos juristas. Por este mesmo motivo, acaba por manter *Cenerentola* na incômoda posição subordinada e servil que já se acostumou a ocupar. Se o direito processual penal merece um estatuto científico próprio, este ainda não foi plenamente afirmado.

No próximo tópico, discutir-se-á a inadequação de uma teoria geral do processo, especialmente nos moldes em que ela foi forjada.

### **1.3 A teoria geral do processo entre a impossibilidade e a inadequação**

A discussão sobre a possibilidade de uma teoria geral do processo se impõe como uma condição indispensável para o estudo de qualquer tema relativo ao direito processual penal. Partir-se-á, aqui, de uma perspectiva negativa em relação à questão. Confia-se que a ciência do direito processual penal obtém significativas vantagens quando se adota uma perspectiva teórica autônoma.

Mais do que isto, a teoria geral do processo é de todo inconcebível na medida em que impõe ao processo penal, como se disse, categorias teóricas alienígenas. O esforço empreendido pela doutrina brasileira comprometida com a teoria unitária não

foi uma tentativa de conciliação dos mínimos teóricos equivalentes, mas uma verdadeira e forçosa subsunção do processo penal à teoria do direito processual civil. Trata-se de uma espécie de *leito de Procusto*, no qual a medida única foi ditada pela doutrina processual-civilista.

Variados são os argumentos que se prestam a demonstrar quão improcedente é o labor teórico unificador, dos quais dois serão aqui apresentados e discutidos: (a) o conceito fundamental da teoria geral do processo, a *lide*, é imprestável a representar o conteúdo do processo penal; (b) os sistemas processuais penal e civil têm conformações principiológicas distintas e inconciliáveis.

A teoria geral do processo, como difundida no Brasil, é obra de Francesco CARNELUTTI, um dos pioneiros no tratamento sistemático-científico do direito processual, que assumiu ter identificado o conceito fundamental da ciência processual quando desenvolveu seu conceito de *lide*.<sup>61</sup> Tratar-se-ia de um conceito nuclear, sobre o qual se deveria erigir todo o conhecimento sobre o processo. Resolver a *lide*, afirma, “é a função do juiz civil como do juiz penal”.<sup>62</sup>

E assim cresceu e frutificou. Não tanto mais na Itália, berço da teoria, cuja doutrina, de maneira ampla, prefere afirmar a autonomia do direito processual penal. No Brasil, porém, a teoria do processo fundada no conceito carneluttiano de *lide* e/ou suas variações tem como argumento fundamental a afirmação de que a unidade de jurisdição (civil e penal teriam a mesma função de resolver as lides) tem como consequência a unificação do direito processual em uma teoria como a todos os ramos do direito processual.<sup>63</sup>

---

<sup>61</sup> A *lide* vai definida pelo autor como um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida ou insatisfeita (CARNELUTTI, Francesco. **Lezioni di diritto processuale civile**. Pádua: CEDAM, 1926, reimpressão 1986, v. IV, p. 302).

<sup>62</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Sulla 'reformatio in pejus'**. *Rivista di diritto processuale civile*. Pádua: Cedam, 1927, v. II, pp. 183-184. [Tradução livre de: “*La funzione essenziale del giudice è quella di decidere una lite. Per me questa è così la funzione del giudice civile come del giudice penale.*”]

<sup>63</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 18: “Realmente, como é uma a atividade jurisdicional do Estado, que sempre se desenvolve de forma processual, para resolver as lides ocorrentes na vida da sociedade, mediante aplicação dos critérios estabelecidos pelo direito material, também é substancialmente uma a sua disciplina jurídica, que se faz através do direito

Mantendo-se em vista que a base do argumento é o conceito de lide, sua refutação pode ser feita pela demonstração de que o conteúdo proposto para a *jurisdição*, na teoria unitária do processo, vai construído a partir de conceitos subjetivos (ligados ao espectro da atuação das partes, dentro e fora do processo), como “lide” e “pretensão”,<sup>64</sup> que Jacinto Nelson de MIRANDA COUTINHO já demonstrou inúteis ao processo penal.<sup>65</sup>

Desde sua apresentação à comunidade acadêmica, a lide carneluttiana sofreu diversas críticas e, ainda na primeira metade do Séc. XX, sucumbiu a ponto de seu próprio idealizador a ter renunciado.<sup>66</sup>

Cita-se uma das principais críticas impostas ao conceito de lide, por si só suficiente para demonstrar sua inadequação ao processo penal. Trata-se de Piero CALAMANDREI, ao sustentar que “o processo penal, de fato, não tem o escopo de remover um desacordo existente entre acusador e acusado em torno da existência do crime e da medida da pena, de modo que o processo perca a sua razão de ser onde esse desacordo seja amigavelmente composto entre os dois litigantes”, e, deste modo, “o conceito de lide não é utilizável como elemento distintivo da função jurisdicional, pela simples razão de que os interesses, à regulação dos quais é preordenada a intervenção do juiz, não são disponíveis àqueles que figuram como partes no processo”.<sup>67</sup>

---

processual”. É digno de nota, porém, que a partir da 7ª edição de “*Teoria geral do processo*”, os autores passam a reconhecer que a lide não está presente, sempre, como elemento distintivo da atuação jurisdicional do Estado. Apesar disso, sem novos esforços de fundamentação, segue-se com o argumento de que a unidade de jurisdição determina a unidade do direito processual penal (nesta edição, ver os capítulos 3 e 11).

<sup>64</sup> *Id. Ibid.*, pp. 94 e ss.

<sup>65</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide o conteúdo do processo penal**. 2ª ed. Curitiba, Juruá, 1998, *passim*. Em sentido semelhante, embora com algumas divergências conceituais, Rogério Lauria TUCCI (**Teoria do Direito Processual Penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)**), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 32 e ss.) e Eugênio Pacelli de OLIVEIRA (**Curso de processo penal**. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 99 e ss.). Na Itália, Amedeo FOSCHINI apresenta original opinião no sentido de que o conceito de *lide* não é transferível ao processo penal, eis que contrasta com os poderes de investigação de ofício, concedidos ao juiz penal, mas também por sua inadequação ao princípio *in dubio pro reo* (**L'onere della prova e il processo penale**. In: *Studi in onore di Ernesto Eula*. Milão: Giuffrè, 1957, p. 16).

<sup>66</sup> As críticas de vários processualistas italianos e as respostas de CARNELUTTI, bem como os fatores que o levaram a desistir do conceito, foram objeto da mencionada obra “A lide e o conteúdo do processo penal”, de Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, que concluiu pela imprestabilidade do conceito de lide, em qualquer de suas formas, para o processo penal.

<sup>67</sup> CALAMANDREI, Piero. **Il concetto di lite nel pensiero di Francesco Carnelutti**. *Rivista di diritto processuale civile*. Pádua: Cedam, 1930, pp. 16-17: “*Il processo penale, infatti, non ha scopo di*

Diante da procedência desta e de outras críticas, CARNELUTTI se vê obrigado a rever suas posições e renunciar ao conceito, o que se tornou evidente na obra “*Lezioni sul processo penale*”, cuja primeira edição é de 1946, em que o autor reconhece que esteve errado em relação ao processo penal.<sup>68</sup> Como consequência, desfazendo-se a lide, desfaz-se também o principal fundamento da teoria unitária.

Nada obstante, poucos anos depois de sua negação por CARNELUTTI, parte da doutrina processual penal italiana, embora rejeitando seu conteúdo original, mas mantendo a terminologia e parte de sua estrutura, construiu o conceito de *lide penal*, em substituição à noção de *lide no processo penal*.<sup>69</sup> Este conceito é importante, eis que serve de base para a teoria geral do processo no Brasil.<sup>70</sup>

Giovanni LEONE e Girolamo BELLAVISTA são seus principais idealizadores, em especial o primeiro, que definiu a *lide penal* como “uma situação imanente de conflito entre direito punitivo do Estado e direito de liberdade (jurídica) do imputado; e uma situação contingente de relação entre o Ministério Público e o imputado, a qual pode reproduzir a primeira situação ou afastar-se totalmente”. E segue: “Lide, no

---

*rimuovere un disaccordo esistente tra accusatore ed accusato intorno all'esistenza del reato e alla misura della pena, sicché il processo perda la sua ragion d'essere la dove questo disaccordo sia amichevolmente composto tra i due 'litiganti' ”; “La verità è che nel processo penale in genere, come nel processo civile inquisitorio, il concetto di lite non è utilizzabile come elemento distintivo della funzione giurisdizionale, per la semplice ragione che gli interessi, al regolamento dei quali è preordinato il necessario intervento del giudice, non sono disponibili da coloro che figurano come parti nel processo.”*

<sup>68</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Lezioni sul processo penale**. 2ª ed. Roma: Ateneo, 1949, pp. 121-122: “Sobre o conteúdo puramente penal do processo estive errado tanto na primeira vez, quando reconheci ao processo penal caráter contencioso, como na segunda, quando modifiquei minha opinião julgando-o um tipo intermediário entre o processo contencioso e o processo voluntário”. [Tradução livre de: “Circa il contenuto puramente penale del processo io mi sono sbagliato dunque così la prima volta, quando ho riconosciuto al processo penale carattere contenzioso come la seconda, quando ho modificato la mia opinione ritenendolo un tipo intermedio tra il processo contenzioso e il processo volontario”.

<sup>69</sup> COUTINHO, J. N. M. **A lide...** *Op. cit.*, p. 13.

<sup>70</sup> Entre vários outros, veja-se: MARQUES, J. F. **Elementos...** *Op. cit.*, v. I, p. 11-13; LACERDA, Galeno. **Considerações sobre a reforma processual**. Revista dos Tribunais, São Paulo, RT, n. 355, maio, p. 13, 1975; TORNAGHI, Hélio. **Instituições de processo penal**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1959, v. II, p. 295; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. I, p. 11; GRINOVER, Ada Pellegrini. **As condições da ação penal**. São Paulo Bushatsky, 1977, p. 11-12. Rogério Lauria TUCCI (**Teoria...** *Op. Cit.*, p. 51), embora negue a *teoria geral do processo* fundada na lide *carneluttiana*, termina por adotar, sem pretensões *unitárias*, o conceito de *lide penal*, de Giovanni LEONE.



processo penal, não deve significar conflito de atividade, conflito aparente de interesses, ou seja, qualificado por uma pretensão e uma resistência; lide, ao contrário, no processo penal significa conflito permanente e indisponível de interesses e por isso mais vital, enquanto transcende cada reflexo particular e contingente.”<sup>71</sup> Assim, segundo tal concepção, a jurisdição seria conceituada como o poder de resolver, através de decisão fundamentada e em conformidade com a lei penal, o conflito entre o direito de punir do Estado e o direito de liberdade do acusado.<sup>72</sup>

Trata-se de uma espécie de “publicização” do conceito de lide. Antes conflito de interesses privados, agora conflito de interesses públicos. Todavia, o conceito começa a desmoronar ao encontrar fundamento em posições irreduzíveis. Note-se que, para afirmar a existência, no processo penal, de um tal conflito de interesses sempre presente (imaneente) no processo penal, há que se admitir, obrigatoriamente, que há absoluta *indisponibilidade* em relação ao conteúdo do processo, isto é, uma vez que as partes não podem a ele renunciar, o conflito sempre existe. Assim concluiu LEONE, ao apresentar a impossibilidade de disposição como núcleo de sua *lide penal*: “O princípio da indisponibilidade do objeto do processo é pacificamente entendido como exclusão de qualquer poder das partes de influir com o próprio comportamento sobre a sorte seja da relação processual seja da relação substancial deduzida em juízo”. Ainda, em outra passagem, invocando o princípio da obrigatoriedade da ação, afirma que “o princípio da indisponibilidade no processo penal se desdobra no modo que segue: A) O Ministério Público: a) tem a obrigação de promover a ação penal, também no caso de reputada improcedência da *notitia criminis*”.<sup>73</sup>

---

<sup>71</sup> LEONE, Giovanni. **Lineamenti... Op. cit.**, pp. 31-33. [Tradução livre de: “...una situazione immanente di conflitto tra diritto punitivo dello Stato e diritto di libertà (giuridica) dell'imputato; ed una situazione contingente di relazione tra pubblico ministero ed imputato, la quale può riprodurre la prima situazione oppure scostarsene del tutto”; “Lite, nel processo penale, non deve significare conflitto di attività, conflitto appariscente di interessi, cioè qualificato da una pretesa e da una resistenza; lite, invece, nel processo penale significa conflitto permanente e indisponibile d'interessi e perciò più vitale, in quanto trascende ogni riflesso particolare e contingente.”]

<sup>72</sup> LEONE, Giovanni. **Manuale di diritto processuale penale**. 12ª ed., Napoli: Jovene, 1988, p. 135.

<sup>73</sup> LEONE, G. **Lineamenti... Op. cit.**, p. 29-30. [Tradução livre de: “Il principio di indisponibilità dell'oggetto del processo va pacificamente inteso come esclusione di qualsiasi potere delle parti di influire col proprio comportamento sulla sorte sia del rapporto processuale sia del rapporto sostanziale dedotto in giudizio.”]; [“Il principio di indisponibilità nel processo penale si snoda nel

Porém, a lide penal é refutada na medida das mitigações ao princípio da indisponibilidade previstas na legislação processual, como, por exemplo, a possibilidade de o Ministério Público não recorrer da decisão absolutória. Aqui, não recorrer “significa dispor do conteúdo processo e (...) colocar o *jus puniendi* em uma situação de impotência”.<sup>74</sup> LEONE e BELLAVISTA não ignoravam esta limitação em seu modelo teórico, e chegaram a afirmar que a *lide penal* serviria apenas à fundamentação do processo penal de 1º grau.<sup>75</sup>

No Brasil, ainda, deve-se levar em conta a existência da *ação penal de iniciativa privada*, que, submetida a interesses disponíveis, representa uma insuperável negativa ao princípio da indisponibilidade.<sup>76</sup>

Neste diapasão, é digna de nota a original crítica formulada por Clara Maria Roman BORGES que sustenta, com base na ordem constitucional vigente, que é dever do Estado tutelar a liberdade do cidadão tanto quanto aplicar penas aos culpados, de modo que se não poderia falar em um conflito imanente:

Ora, a presunção de que sempre o Estado estaria em conflito com o imputado viola inclusive o princípio da presunção de inocência, pois somente será imposta a punição estatal àquele que for identificado como culpado e isso acontecerá apenas no final do processo. *Ademais, não se pode deslembrar que também é dever do Estado zelar pela liberdade do imputado, o que poderia causar distorção à tese leoniana e estabelecer como conteúdo do processo um conflito de interesses estatais.*<sup>77</sup>

Em conclusão, parece demonstrada a afirmação de que uma suposta identidade no conceito de jurisdição (civil e penal) não tem o condão de autorizar a

---

*modo che segue: A) Il pubblico ministero: a) ha l'obbligo di promuovere l'azione penale, anche nel caso di reputata infondatezza della notizia criminis.*”]

<sup>74</sup> COUTINHO, J. N. M. *A lide... Op. cit.*, p. 131.

<sup>75</sup> BELLAVISTA, Girolamo. *Studi sul processo penale*. 2ª ed. Milão: Giuffré, 1952, v. I, p. 12: “...poiché alla volontà dei soggetti non è riconosciuto alcun potere dispositivo (tranne che nel regime delle impugnazioni)...”; e LEONE, G. *Manuale... Op. cit.*, p. 89: “Ora, nel processo penale di primo grado si delinea due situazione diverse: una situazione immanente (...) ed una situazione contingente.” [Tradução livre: “...uma vez que à vontade dos sujeitos não é reconhecido nenhum poder dispositivo (exceto no regime das impugnações)...”]; [“Agora, no processo penal de primeiro grau delineiam-se duas situações diversas: uma situação imanente (...) e uma situação contingente.”]

<sup>76</sup> COUTINHO, J. N. M. *A lide... Op. cit.*, p. 130.

<sup>77</sup> BORGES, Clara Maria Roman. *Jurisdição e normalização*. Florianópolis: Conceito, 2010, pp. 61-62.

elaboração científica de uma teoria unitária do processo. Afinal, o processo penal guarda incompatibilidade absoluta com a noção de lide, base da teoria do processo civil, mesmo em relação à chamada *lide penal*.

Repise-se que a porção majoritária da doutrina brasileira, irrefletidamente, assenta suas afirmações sobre a jurisdição penal e sobre o conteúdo do processo penal, temas capitais, em empenhos teóricos inférteis. Sente-se muito claramente que o tema sofre com a omissão da doutrina, que não tem realizado esforços na elaboração de novos conceitos. Precisamente aqui é que se precisa citar iniciativas que visam superar o problema, pela adoção de uma abordagem teórica própria do processo penal. Entre eles, Franco CORDERO, na Itália, para quem “o processo penal serve para verificar se uma pessoa deve ser punida”, sendo a jurisdição o veículo necessário a essa verificação,<sup>78</sup> e Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, no Brasil, ao afirmar que se trata, “entenda-se bem, de encontrar uma palavra, uma expressão, adequada ao fenômeno que se dá no processo e, dessa maneira, o melhor é deixar, na medida do possível, um menor espaço à indeterminação, por natureza sempre presente. **Caso penal** cumpre o requisito a contento. Com ele, estamos diante de uma situação de incerteza, de dúvida, quanto à aplicação da sanção penal ao agente que, com sua conduta, incidiu no tipo penal. Em não sendo auto-executável a sanção, não há outro caminho que o processo para fazer o acertamento do caso penal. A jurisdição, ademais, é indefectível e atua, até o acertamento positivo, de condenação, alheia a elementos de ordem subjetiva”.<sup>79</sup>

Veja-se como é despcienda a referência a ideias processuais civis para construir um discurso científico consistente. O direito processual penal se beneficiaria muito se as noções subjetivas (pretensão/interesse/vontade), decorrentes da adoção do conceito de lide, fossem deixadas de lado.<sup>80</sup> Além disto, a impossibilidade de adoção da lide carneluttiana – ou mesmo da lide penal – como conteúdo do processo penal retira a suposta base

---

<sup>78</sup> CORDERO, Franco. **Procedura penale**. Milão: Giuffrè, 1966, p. 8

<sup>79</sup> COUTINHO, J. N. M. **A lide...** *Op. cit.*, p. 138, grifos no original.

<sup>80</sup> Se faz necessário um estudo histórico do processo penal brasileiro para demonstrar como a introdução do conceito de lide condicionou o desenvolvimento dos demais elementos processuais, estudo este já realizado na indicada obra de COUTINHO, “A lide e o conteúdo do processo penal”.

epistemológica comum aos processos civil e penal, desautorizando, ao menos sob tais fundamentos, a elaboração de uma teoria geral do processo.

Poder-se-ia sugerir que, apesar da atual base argumentativa da teoria geral do processo ser inadequada, a teoria unitária poderia ser construída a partir de outro conceito nuclear. Considerando que o objeto e o método de uma ciência são construídos pelo enfoque teórico adotado, quiçá isto, em tese, fosse possível. Todavia, é de se constatar que, atualmente, não parece existir (e talvez sequer exista) um meio de conciliar duas abordagens teóricas tão distintas quanto aquelas do direito processual penal e do direito processual civil, especialmente pelo fato de os sistemas processuais civil e penal estarem estruturados sobre princípios unificadores diversos, senão antagônicos. Eis o segundo grande argumento que se opõe à teoria geral do processo, que aqui será demonstrado com mais vagar.

Importa, antes de tudo, definir *sistema processual*, o que se fará com Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO: "a partir da versão usual, calcada na noção etimológica grega (*systema-atos*), como um *conjunto de temas jurídicos que, colocados em relação por um princípio unificador, formam um todo orgânico que se destina a um fim*. É fundamental, como parece óbvio, ser o conjunto orquestrado pelo princípio unificador e voltado para o fim ao qual se destina. Este, no processo penal, como se sabe, joga com conceitos que passam pela *instrumentalidade* e pela *paz social*".<sup>81</sup> Trata-se de conceito de matriz kantiana.

Poder-se-ia concluir que esta é questão que se compreende no ponto mais fundamental da construção científica do direito processual. Isto porque, segundo KANT, o conhecimento humano adota conformação científica, antes de qualquer coisa, pela organização sistemática construída a partir de uma *idéia central*.<sup>82</sup> Nas palavras do filósofo: "Por sistema entendo a unidade de conhecimentos diversos sob uma idéia (...). Aquilo que designamos por ciência não pode surgir tecnicamente, devido à analogia dos elementos diversos ou ao emprego accidental do conhecimento *in concreto* a toda

---

<sup>81</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**. *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 16.

<sup>82</sup> A propósito da *arte dos sistemas* (arquitetônica), afirma que "a unidade sistemática é o que converte o conhecimento vulgar em ciência" (KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Trad. Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 584).

espécie de fins exteriores e arbitrários, mas, sim, de um único fim supremo e interno, que é aquilo que primeiro torna possível a totalidade.”<sup>83</sup>

Daqui, poderia-se concluir que o conhecimento sobre o direito processual é construído, em formas possivelmente diversas, a partir do princípio unificador (ideia central kantiana) que define seus moldes sistemáticos.<sup>84</sup>

Em relação ao conhecimento sobre o processo, são historicamente reconhecidos dois sistemas processuais: o *inquisitório* e o *acusatório*, cada qual regido por um princípio unificador específico, respectivamente, o princípio *inquisitivo* e o princípio *dispositivo*.

A importância da correta identificação do princípio reitor do sistema processual em exame já foi muitas vezes afirmada. De fato, trata-se da ideia central que norteia o desenvolvimento do enfoque teórico empregado. Quando, na Itália, discutia-se a reforma do Código de Processo Penal, Gian Domenico PISAPIA ressaltou esta importância: “Antes de passar ao exame analítico do processo penal italiano vigente, é oportuno precisar a qual tipo de processo ele pode se reconduzir: também porque tal especificação pode permitir uma melhor avaliação das diversas orientações que são delineadas em relação à reforma do código de processo penal”.<sup>85</sup>

Os critérios de distinção, todavia, não são unânimes. Aliás, sequer há uniformidade linguística em relação ao tema. Proliferam diferentes entendimentos do que seja um sistema inquisitório, ou acusatório.

Portador da interpretação que parece mais adequada, Franco CORDERO afirma que o critério de distinção entre os sistemas processuais é a *gestão da prova*, que indicaria o princípio unificador do sistema e, por via de consequência, a própria

<sup>83</sup> KANT, I. *Crítica... Op. cit.*, p. 585.

<sup>84</sup> Consigne-se, todavia, como se discorreu acima, que apesar da adoção de uma ideia kantiana, jamais se abre mão da compreensão de que o sistema científico é aberto e permeável aos outros saberes, na intrincada malha da *n*-dimensionalidade do conhecimento.

<sup>85</sup> PISAPIA, Gian Domenico. *Compendio di Procedura Penale*. 4ª ed. Pádua, CEDAM, 1985, p. 20. [Tradução livre de: “*Prima di passare all’esame analitico del processo penale italiano vigente, è opportuno precisare a quale tipo di processo esso può ricondursi: anche perché tale precisazione può consentire di meglio valutare i diversi orientamenti che si sono delineati in ordine alla riforma del codice di procedura penale.*”]

modalidade de sistema processual.<sup>86</sup> No direito brasileiro, esta posição é adotada, entre outros, por Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, ao afirmar que, “ora, se o processo tem por finalidade, entre outras, a reconstrução de um fato pretérito crime, através da instrução probatória, a forma pela qual se realiza a instrução identifica o princípio unificador”.<sup>87</sup> Gestão da prova, aqui, tem um duplo significado: iniciativa e controle em relação à produção da prova. Ainda que exista um outro critério, vigente à doutrina brasileira, que será oportunamente exposto, já se consigna que o critério da *gestão da prova* será empregado neste texto.

Assim, sobre o *sistema inquisitório* (instituído desde os sécs. XII e XIII, pela Igreja Católica, e, posteriormente, empregado pelas soberanias seculares da Europa Continental), orientado pelo princípio inquisitivo, dir-se-á que a gestão da prova é “confiada essencialmente ao magistrado que, em geral, no modelo em análise, recolhe-a secretamente, sendo que ‘a vantagem (aparente) de uma tal estrutura residiria em que o juiz poderia mais fácil e amplamente informar-se sobre a verdade dos fatos — de todos os factos penalmente relevantes, mesmo que não contidos na acusação —, dado o seu domínio único e onnipotente do processo em qualquer das suas fases’<sup>88</sup>. Como refere FOUCAULT, com razão, ‘ele constituía, sozinho, e com pleno poder, uma verdade da qual investia o acusado’<sup>89</sup>. O trabalho do juiz, de fato, é delicado. Afastado do *contraditório* e sendo o senhor da prova, sai em seu encaicho guiado essencialmente pela visão que tem (ou faz) do fato”.<sup>90-91</sup>

---

<sup>86</sup> CORDERO, F. **Guida alla procedura penale**. Turim: UTET, 1986, p. 32 e ss.

<sup>87</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, a. 30, n. 30, 1998, p. 165.

<sup>88</sup> FIGUEIREDO DIAS, J. **Direito... Op. cit.**, p. 247.

<sup>89</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Trad. Raquel Ramalhete. 6ª ed. Petrópolis: Vozes, 1988, p. 36.

<sup>90</sup> COUTINHO, J. N. M. **O papel... Op. cit.**, p. 24.

<sup>91</sup> Como consequência desta ordem de coisas, observa-se que o julgador pode fazer um prejulgamento do caso penal, decidindo antes, para depois buscar as provas necessárias para legitimar sua decisão. A isto, CORDERO chamou de “primado das hipóteses sobre os fatos”, lugar da lógica deformada deste sistema, que resulta de quadros mentais paranóicos. Em passagem lapidar, diz o autor que “o isolamento no qual os inquisidores trabalham, jamais expostos ao contraditório, longe de interpretações dialéticas, pode ser que ajude no trabalho policial, mas desenvolve quadros mentais paranóicos. Chamamo-os ‘primado das hipóteses sobre os fatos’: quem inquire segue uma hipótese, às vezes de olhos fechados; nada garante que ela seja mais fundamentada em relação às alternativas possíveis, nem este trabalho estimula a cautela autocrítica; uma vez que todas as cartas do jogo estão em sua mão, e

Ainda com a lição de COUTINHO, “partindo de premissa falsa, não poucas vezes assentada em um *lugar comum* (do gato preto induz-se bruxaria; do funcionário da empresa o autor do sequestro; do mordomo o homicida, e assim por diante), chega-se a uma conclusão também falsa, transmudada em *verdade construída*”.<sup>92</sup> Mais do que isso, o sistema inquisitório, em sua forma original, oportunizava ao julgador abandonar a reconstrução probatória dos fatos, em homenagem à possibilidade de se obter a *regina probationum*, ou seja, a confissão do réu,<sup>93</sup> ou, ainda pior, forjá-la *per fas et per nefas*.

O *sistema acusatório*, por seu turno, regido pelo princípio dispositivo, determina que a gestão das provas caberá às *partes*, incumbindo-lhes a formação do conjunto probatório. Ao juiz, em relação às provas, compete exclusivamente sua valoração, a partir do que proferirá sua decisão; falta-lhe, porém, iniciativa no tocante à instrução. Seu lugar de origem é a Inglaterra dos séculos XII e XIII, pelas mãos de Henrique II (1133-1189) e, em certa medida, de João Sem-Terra, ao ceder aos barões a *Magna Charta Libertatum* (1215), documento que indicava uma estrutura processual acusatória, acentuada pelo *Bill of Rights*, de 1689 e pelo *Act of Settlement*, de 1701. O processo acusatório “nasce como um autêntico processo de partes, diverso daquele antes existente. Na essência, o contraditório é pleno; e o juiz estatal está em posição

---

foi ele que as colocou sobre a mesa, direciona-o para a sua hipótese. Sabemos sobre os meios persuasivos com os quais conta (alguns irresistíveis: por exemplo, a tortura do sono, fervorosamente recomendada pelo pio penalista Ippolito Marsili); usando-os orienta o resultado para onde quiser.” (Guida... *Op. cit.*, p. 51). [Tradução livre: de “*La solitudine in cui gli inquisitori lavorano, mai esposti al contraddittorio, fuori da griglie dialettiche, può darsi che giovi al lavoro poliziesco ma sviluppa quadri mentali paranoidi. Chiamiamoli 'primato dell'ipotesi sui fatti': chi indaga ne segue una, talvolta a occhi chiusi; niente la garantisce più fondata rispetto alle alternative possibili, né questo mestiere stimola cautela autocritica; siccome tutte le carte del gioco sono in mano sua ed è lui che l'ha intavolato, punta sulla 'sua' ipotesi. Sappiamo su quali mezzi persuasivi conti (alcuni irresistibili: ad esempio, la tortura del sonno, caldamente raccomandata dal pio penalista Ippolito Marsili); usandoli orienta l'esito dove vuole.*”] Ainda, é digno de nota que a literatura inglesa do final do século XIX, de certa forma, já havia descrito tal comportamento. É o que se conclui de um diálogo, muitas vezes repetido na obra de Sir Arthur Conan DOYLE, em que o detetive Sherlock Holmes, diante da ansiedade de seu companheiro, Dr. John Watson, afirma: “*Still, it is an error to argue in front of your data. You find yourself insensibly twisting them round to fit your theories.*” (DOYLE, Sir Arthur Conan. **His last bow: some reminiscences of Sherlock Holmes**. Oxford: Oxford University Press, 1994). [Tradução livre: “Ainda, é um erro argumentar antes de se ter todos os dados. Você se encontra, insensivelmente, torcendo-os para que se encaixem em suas teorias.”]

<sup>92</sup> COUTINHO, J. N. M. *O papel... Op. cit.*, pp. 25-26.

<sup>93</sup> *Id. Ibid.*, pp. 25-27.

passiva, sempre longe da colheita da prova. O processo, destarte, surge como uma disputa entre as partes que, em local público (inclusive praças), argumentavam perante o júri, o qual, enquanto sociedade, dizia a verdade, *vere dictum*. É elementar que um processo calcado em tal base estruturasse uma cultura processual mais arredia a manipulações, mormente porque o réu, antes de ser um acusado, é um cidadão e, portanto, senhor de direitos inafastáveis e respeitados”.<sup>94</sup>

Esta breve exposição sobre os sistemas processuais quer, sobretudo, revelar o papel da *gestão da prova* em sua conformação. O sistema inquisitório tem como pano de fundo uma suposta descoberta da verdade como força motriz. É evidente que as partes podem atuar insuficientemente na reconstituição probatória do fato; assim, ao conceder ao juiz a possibilidade de produzir provas, além do controle absoluto sobre sua produção (inclusive pelas partes), este modelo coloca o magistrado numa posição de superioridade, como um pretense tutor da verdade. Poderia produzir provas ignoradas pela partes, é verdade, mas subsiste um risco muito alto, como já se disse, de ignorar o trabalho probatório das partes, em favor da “verdade” do magistrado.<sup>95</sup> Afinal, quem investiga, segue uma hipótese pré-concebida que orienta o trabalho de investigação. A *gestão da prova* confiada às partes, por seu turno, como acontece no modelo acusatório, ao preço de uma eventualmente frustrada reconstituição fática, tende a conferir ao juiz um lugar que favorece um julgamento imparcial, quando lhe

---

<sup>94</sup> *Id. Ibid.*, pp. 36-37.

<sup>95</sup> Sobre o discurso da *verdade* no processo – em confronto com a epistemologia contemporânea e a psicanálise – e o problema da fundamentação da decisão judicial, indispensável é a obra: ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal: a bricolagem de significantes**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006. Do texto: “A pretensão da ‘verdade verdadeira’, ou seja, da decisão total, é empulhadora, por se tratar, em síntese, de uma disposição contínua, imaginária e enganadora de *significantes* capazes de adequar a acusação à decisão, somente. Por entre a decisão existe o *dito* e o *não-dito*, o *bem-dito* e o *mal-dito*, com estrutura de *ficção*, que se embrenham no *ato* decisório, numa fusão de horizontes de sentido, mostrou a ‘Filosofia da Linguagem’. Por outras palavras, o tipo penal, a teoria do Direito Penal, as provas, não existem isoladamente, mas sim em face de um intrincado processo de atribuição de sentido. Impossível, repita-se, demonstrar tudo, e a descrição da conduta é sempre da ordem do parcial. As limitações de testemunho, da prova pericial, dos significantes, pois, apresentam fragmentos de sentido – significantes – produzidos validamente e por iniciativa das partes. As tramas, versões, então, podem ser muitas e a escolha de poucos. Por isso que o *ato* decisório, para além da lógica, precisa atender às regras do jogo processual – fair play – e estar permeada por uma ‘ética material’ (Dussel) capaz de temperar a lógica dedutiva leguleia e construir, com o *outro* e o *Outro*, uma decisão eticamente adequada ao ‘mundo da vida’, constituindo-se, assim, uma atividade de *bricolagem de significantes*” (p. 385).



afasta dos atos instrutórios.

Nada obstante, é digno de nota que a maior parcela da doutrina brasileira afirma outro critério de distinção entre os sistemas: a *existência ou não de partes*. Assim fez José Frederico MARQUES, ao afirmar que “enquanto no procedimento acusatório, o juízo penal é o *actum trium personarum* de que falavam os práticos medievais, existindo assim verdadeira relação processual, no processo inquisitivo, a investigação unilateral da verdade a tudo se antepõe, tanto que dêle disse ALCALÁ-ZAMORA, não ser processo genuíno, e sim, uma forma autodefensiva de administração da justiça. É que no sistema inquisitivo, o órgão judicante tem preponderância tal que nêle se concentram as funções de acusar, julgar e defender, que caracterizam o processo”.<sup>96</sup>

Sem embargo, esta é a mesma doutrina que sustenta uma teoria geral do processo, que seria inconcebível quando se constata que o processo penal brasileiro tem uma matriz essencialmente inquisitória, enquanto o processo civil, por outro lado, se mantém pretensamente acusatório. Esta doutrina, pois, ignora a estrutura substancialmente inquisitória erigida pela legislação processual penal infraconstitucional e elabora argumentos para “compatibilizar” os sistemas processuais civil e penal sob a mesma categoria de sistemas acusatórios.

Esta posição é visível em Ada Pellegrini GRINOVER, ao sustentar que a distinção entre os sistemas não passa pela gestão da prova (que restringe, inadvertidamente, à iniciativa probatória do juiz), mas, exclusivamente, pela existência ou não de partes. Mais do que isso, sugere que os que adotam o critério da *gestão da prova* confundem o sistema acusatório com o “*adversarial system*” do direito anglo-saxão:

A ambigüidade e indeterminação do binômio acusatório-inquisitório são conhecidas, sendo polivalente seu sentido. Por isso nos preocupamos, em diversos escritos, em salientar aquilo que distingue, sinteticamente, o modelo acusatório do inquisitório. No primeiro, as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a órgãos distintos, enquanto, no segundo, as funções estão reunidas e o inquisidor deve proceder espontaneamente. É só no processo

---

<sup>96</sup> MARQUES, José Frederico. *Elementos... Op. cit.*, v. I, p. 62-63.

acusatório que o juízo penal é o *actum trium personarum*, de que falava Búlgaro, enquanto no processo inquisitório a investigação unilateral a tudo se antepõe, tanto que dele disse Alcalá-Zamora não se tratar de processo genuíno, mas sim de forma autodefensiva da administração da justiça. Onde aparece o sistema inquisitório poderá haver investigação policial, ainda que dirigida por alguém chamado juiz, mas nunca verdadeiro processo. (...) O que tem a ver, sim, com os poderes instrutórios do juiz no processo é o denominado “adversarial system”, próprio do sistema anglo-saxão, em contraposição ao “inquisitorial system”, da Europa continental e dos países por ela influenciados. Denomina-se “adversarial system” o modelo que se caracteriza pela predominância das partes na determinação da marcha do processo e na produção das provas. No “inquisitorial system”, ao revés, as mencionadas atividades recaem de preferência sobre o juiz. Vê-se por aí a importância do correto entendimento dos termos *acusatório-inquisitório* (no sentido empregado no n. 2 deste trabalho) e *adversarial-inquisitorial* (no sentido utilizado agora). O termo processo *inquisitório*, em oposição ao *acusatório*, não corresponde ao *inquisitorial* (em inglês), o qual se contrapõe ao *adversarial*. Um sistema acusatório pode adotar o “adversarial system” ou o “inquisitorial system”, expressão que se poderia traduzir por “*processo de desenvolvimento oficial*”. Ou seja, firme restando o princípio da demanda, pelo qual incumbe à parte a propositura da ação, o processo se desenvolve por impulso oficial.<sup>97</sup>

Todavia, mesmo entre autores de tradição anglo-saxã, as expressões “*inquisitorial system*” e “*non-accusatorial*” são empregadas sem qualquer distinção. Veja-se a lição de Giuseppe Leroy CERTOMA, professor da Universidade de Sydney:

Um sistema acusatório é essencialmente um processo de partes. Ele envolve uma disputa entre dois lados, entre acusação e réu, em uma arena judicial. As partes estão em posição igual com um moderador imparcial, o juiz. *O juiz não tem qualquer iniciativa na obtenção das provas, que está exclusivamente nas mãos das partes, especialmente a acusação.* (...) Por outro lado, o sistema inquisitório é principalmente caracterizado por dois fatores básicos: primeiro, a concentração de diversas funções numa pessoa, eis que o juiz no sistema inquisitório é juiz e acusador; segundo, a colheita das provas em um sistema inquisitório está sob controle do juiz, não das partes, e ele inicia a investigação e a obtenção das provas.

E conclui: “a investigação no sistema *não-acusatório* é conduzida pelo judiciário. O judiciário detém a iniciativa e o controle sobre a colheita probatória, bem como uma completa liberdade sobre a admissibilidade e avaliação das provas”.<sup>98</sup>

<sup>97</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório.** *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. Brasília, n. 18, v. 1, 2005, jan.-jun., pp. 15-17.

<sup>98</sup> CERTOMA, Giuseppe Leroy. **The accusatory system v. the inquisitorial system: procedural truth v. fact?** *Australian Law Journal*, Sydney, v. 56, 1982, pp. 288-292. [Tradução livre de: “*An accusatory system is essentially a party process. It involves a two-sided contest, between prosecution*”

Ora, portanto, não parece possível afirmar que “um sistema acusatório pode adotar o ‘*adversarial system*’ ou o ‘*inquisitorial system*’”. Isto porque não é possível dizer que a expressão “sistema acusatório”, por seu conteúdo e abrangência, pode ser compatibilizada com a expressão “*inquisitorial system*”. Como se viu, um processo não-acusatório, segundo a tradição jurídica anglo-saxônica, vai marcado pela iniciativa judicial na instrução probatória e, quando há iniciativa das partes, pelo controle do juiz sobre a admissão das provas. Em suma, o *adversary* é inerente ao *accusatory system*.

Ainda, ao defender que o juiz deve suprir eventuais deficiências na produção da prova pelas partes, GRINOVER afirma que “o juiz não pode e não deve ter poderes investigatórios, porque isso não compactua com o sistema acusatório, mas o juiz não pode permanecer inerte durante a instrução processual, ele é o destinatário da prova e é com base na prova que vai julgar”.<sup>99-100</sup>

---

*and defendant, in a judicial arena. The parties are in an equal position with an impartial moderator, the judge. The judge does not have any initiative in the collection of the evidence which is exclusively in the hands of the parties, chiefly with the prosecution. (...) On the other hand, the inquisitorial system is mainly typified by two basic factors: first, the concentration of several functions in the one person, as the judge in an inquisitorial system is both judge and prosecutor; second, the collection of evidence in an inquisitorial system is in the control of the judge, not the parties, and he initiates the investigation and collects all of the evidence.”]; [“The investigation process in the non-accusatorial is conducted by the judiciary. The judiciary enjoys the initiative and control over the collection of evidence as well as a complete freedom over its admissibility and evaluation.”]*

<sup>99</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **A prova no processo penal**. A reforma do processo penal (anais de seminário). Brasília: Ministério da Justiça, 2007, pp. 45-46.

<sup>100</sup> Registre-se, por outro lado, a opinião de que mesmo para fins suplementares, é indesejável a iniciativa probatória do juiz. A imparcialidade resta comprometida. O juiz, ser humano, só conclui que precisa produzir mais provas porque segue uma hipótese, qualquer que seja, “favorável” à acusação ou à defesa. Luigi FERRAJOLI escreveu que a imagem do juiz como investigador imparcial da verdade, de Cesare Beccaria, é de todo ingênua; não se trataria de uma representação descritiva, mas de uma fórmula prescritiva fundada em princípio deontológicos (como, “o juiz deve ser imparcial”, “o juiz deve ser isento de preconceitos”, etc.) que, por certo, não encontram respaldo fático (**Diritto e ragione: teoria del garantismo penale**. 10ª ed. Bari: Laterza, 2011, p. 30). Pelo contrário, há que se lembrar das palavras de CORDERO, citadas acima: “quem inquire segue uma hipótese, às vezes de olhos fechados; nada garante que ela seja mais fundamentada em relação às alternativas possíveis, nem este trabalho estimula a cautela autocrítica” (**Guida... Op. cit.**, p. 51. Tradução livre). Além disso, neste tema, há que se compreender bem o papel das partes no sistema acusatório. E, para isso, é mister não olvidar do pressuposto, previsto na Constituição brasileira, da presunção da inocência: fica, assim, muito claro que é do autor todo o ônus da prova em relação ao conteúdo da acusação. Se, nisto, ele não lograr êxito, em nome da democracia, a solução é absolver o acusado. Por via de consequência, se ao réu não é possível imputar o encargo de produzir provas negativas (embora se lhe garanta o contraditório), para que(m) sentiria o juiz necessidade de produzir provas? Ainda, quanto à eventual

Porém, é devido insistir que se não pode adular o significado da expressão “sistema acusatório”, que tem conteúdo histórico, para que se encaixe em uma ou outra teoria. A expressão “sistema acusatório” vai carregada por uma carga histórica inalienável, que não pode ser confundida com a do princípio da demanda (ou acusação).

Em verdade, o fator determinante à distinção entre os sistemas é a *gestão da prova*, restando a existência ou não de partes como um elemento secundário. Vale lembrar, a título de exemplo, que as francesas *Ordonnance Criminelle* (1670), de Luis XIV, apesar de serem consideradas um monumento inquisitório laico, estruturavam-se de modo tal a permitir a existência de partes e o monopólio da ação pela parte acusadora.<sup>101</sup>

Ainda, poderia-se argumentar que as legislações processuais penais ocidentais contemporâneas não contemplam sistemas acusatórios ou inquisitórios puros, o que seria correto. Todavia, o núcleo básico de cada sistema (o princípio unificador, inquisitivo ou dispositivo) permanece intacto, ainda que se admita o empréstimo de elementos secundários do outro sistema.<sup>102</sup> Aqui, percebe-se que os sistemas processuais contemporâneos da Europa Continental são reputados essencialmente inquisitórios, apesar de estabelecerem nitidamente a separação das funções de acusar e julgar; mesmo na Itália, a despeito da mistura equivocada – como

---

insuficiência de defesa, é preciso ter claro que a solução, antes da iniciativa probatória do juiz, deve passar pela qualificação e adequada estruturação das defensorias públicas, além de correta compreensão do princípio da presunção de inocência. Sobre o problema do ônus probatório na estrutura acusatória, valem as palavras de Jorge de FIGUEIREDO DIAS: “Daqui uma estrutura processual penal aparentada com a processual civil, em que, para além da cisão indispensável entre a entidade investigadora (acusadora) e a julgadora, valem praticamente sem limites os princípios do *dispositivo*, do *juiz passivo*, da *verdade formal*, da *auto-responsabilidade probatória das partes* (com a consequente repartição do *ônus da prova*), enfim, da *presunção da inocência do acusado* até a condenação” (**Direito... Op. cit.**, p. 65, com grifos no original).

<sup>101</sup> CORDERO, F. **Guida... Op. cit.**, p. 47: “É falso que método inquisitório equivalha a processo sem autor: nas *Ordonnance Criminelle* de 1670, monumento do engenho inquisitorial, o monopólio da ação compete aos homens do rei.” [Tradução livre de: “è falso che metodo inquisitorio equivalga a processo senza attore: nell’ordonnance criminelle 1670, monumento dell’ingegno inquisitoriale, il monopolio dell’azione spetta agli hommes du roi.”]. Também, COUTINHO, J.N.M. **O papel... Op. cit.**, pp. 23-24.

<sup>102</sup> COUTINHO, J. N. M. **Introdução... Op. cit.**, p. 167.

carreira – entre Ministério Público e Magistratura.<sup>103</sup>

Esta conclusão é compartilhada por juristas da tradição continental e da anglo-saxônica. Gian Domenico PISAPIA afirma: “Cumpre precisar desde logo que em nenhum país hoje é mais acolhido nem o sistema acusatório puro, nem aquele inquisitório. É possível, todavia, constatar, via de regra, que os países anglo-saxões apresentam tipos de processo inspirados na estrutura acusatória, ao passo que os países da Europa ocidental apresentam processos com estrutura tendencialmente inquisitória”.<sup>104</sup> Com palavras muito semelhantes, esta é também a lição do australiano Giuseppe CERTOMA.<sup>105</sup>

Para citar outro exemplo, sobre o processo penal germânico contemporâneo, Joachim HERRMANN, professor da Universidade de Augsburg, explica que se trata de um procedimento inquisitorial. A citação é longa, ao que se pede a compreensão do leitor, mas demonstra como a *gestão da prova* é o elemento que define os sistemas processuais e, por isso, merece transcrição integral:

Hoje, o termo *inquisitorial* significa que o juiz, além da acusação e da defesa, conduz o julgamento. O juiz tem o dever legal de promover sua própria investigação do caso. Portanto, ele tem sob sua iniciativa alargar o escopo da colheita das provas para cobrir todos os fatos, testemunhas, especialistas e outros meios de prova que considere relevantes para sua decisão. A busca judicial da verdade é a idéia que governa o julgamento alemão. Como “guilty pleas”<sup>106</sup> interfeririam com esta idéia, não se lhes admite no procedimento alemão. No julgamento, o juiz – ou o juiz-presidente, se o caso é conduzido por um corpo de vários

<sup>103</sup> Sobre o tema, ver CARNELUTTI, Francesco. **Mettere il pubblico ministero al suo posto.** *Rivista di diritto processuale.* v. VIII. Pádua: CEDAM, 1953.

<sup>104</sup> PISAPIA, G. D. **Compendio... Op. cit.**, p. 21. [Tradução livre de: “*Occorre precisare subito che in nessun Paese oggi è più accolto né il sistema accusatorio puro né quello inquisitorio. È possibile tuttavia constatare in via di massima, che i Paesi anglosassoni presentano dei tipi di processo ispirati alla struttura accusatoria, mentre i Paesi dell’Europa occidentale presentano dei processi a struttura tendenzialmente inquisitoria.*”]

<sup>105</sup> CERTOMA, G. L. **The accusatory... Op. cit.**, p. 288: “Em nenhum país hoje existe um sistema puramente acusatório ou inquisitório, mas é verdade que os países do *common law* seguem procedimentos inspirados pela tradição acusatória, e os países do *civil law* têm uma estrutura que tende à tradição inquisitória”. Como exemplo do segundo caso, o autor cita o procedimento processual penal italiano anterior à reforma de 1988. [Tradução livre de: “*In no country today does there exist a pure accusatorial or a pure inquisitorial system, but it is true to say that common law countries follow procedure inspired by the accusatorial tradition, and the civil law countries have a structure which tends towards the inquisitorial tradition.*”]

<sup>106</sup> Na terminologia jurídica anglo-saxônica, “*plea*” é a declaração do réu em face da acusação, em que ele, geralmente, se considera culpado (“*guilty plea*”) ou inocente (“*not guilty plea*”).

juízes – decide por si próprio que prova será colhida e em que ordem isto será feito. Ele chama e interroga testemunhas e introduz os outros meios de prova. A acusação e a defesa podem também realizar perguntas às testemunhas e produzir suas próprias provas, mas desempenham papéis muito menos importantes do que o juiz. Ao invés de uma disputa ou litígio entre as partes, o julgamento alemão pode ser visto como uma pseudocientífica busca pela verdade. Na terminologia jurídica alemã, a acusação e a defesa sequer são chamadas partes (*Parteien*), mas participantes (*Verfahrensbeteiligte*).<sup>107-108</sup>

Na América Espanhola, o critério da *gestão da prova* também surge como o elemento distintivo entre os sistemas processuais penais. Ao comentar o artigo 361, do Código de Procedimiento Penal colombiano,<sup>109</sup> que veda ao juiz a produção de provas de ofício, Eric Lorenzo PÉREZ SARMIENTO afirma que o sistema acusatório pressupõe a falta de iniciativa probatória: “O princípio acusatório em matéria de ‘ajuizamento’ penal se assemelha ao princípio dispositivo, próprio dos procedimentos em que se discutem interesses privados, precisamente no fato de que o juiz de conhecimento não pode ter iniciativa probatória. (...) Neste artigo, este código é coerente com o princípio da imparcialidade e da falta de iniciativa probatória que o sistema acusatório implica”.<sup>110</sup>

---

<sup>107</sup> HERRMANN, Joachim. **The german criminal justice system: the trial phase – appellate and review proceedings.** In: **The criminal justice system of the Federal Republic of Germany.** *Nouvelles études pénales*, v. 2. Toulouse: Érès, 1981, pp. 65-66. [Tradução livre de: “Today the term ‘inquisitorial’ means that the judge rather than the prosecution and the defense conducts the trial. The judge has a legal duty to carry out his own investigation of the case. Therefore, at the trial he has on his own motion to extend the scope of the evidence taken to cover all facts, witnesses, experts, and other means of proof that he considers relevant for his decision. Judicial search for the truth is the idea that governs the German trial. Since guilty pleas would interfere with this idea they are not admitted in German proceedings. At the trial the judge - or the presiding judge, if the case is heard by a bench of several judges - decides on his own motion which evidence will be taken and in which order this will be done. He calls and interrogates the witnesses and he introduces the other means of proof. The prosecution and the defense may also put questions to witnesses and produce their own evidence but they play much less important roles than the judge. The German trial may be seen as a judicial quasi-scientific search for the truth rather than a contest or dispute between the parties. In German legal terminology the prosecution and the defense are not even called parties (*Parteien*) but participants (*Verfahrensbeteiligte*).”]

<sup>108</sup> No mesmo sentido, ver: JUY-BIRMANN, Rodolphe. **Il processo penale in Germania.** In: DELMAS-MARTY, Mireille; CHIAVARIO, Mario (coord.). **Procedura penali d’Europa: Belgio, Francia, Germania, Inghilterra, Italia.** Milão: CEDAM, 2001, p. 193 e ss.

<sup>109</sup> “**Artículo 361.** *Prohibición de pruebas de oficio.* En ningún caso el juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio.”

<sup>110</sup> PÉREZ SARMIENTO, Eric Lorenzo. **Código de procedimiento penal.** Bogotá: Temis, 2006, pp. 475-476. [Tradução livre de: “El principio acusatorio en materia de enjuiciamiento penal se asemeja al principio dispositivo, propio de los procedimientos donde se discuten intereses privados,

Resta sobejamente demonstrado o argumento acima delineado: o critério da *gestão da prova* é o único apto a distinguir adequadamente os sistemas processuais inquisitório e acusatório. Pode-se dizer, porém, que o critério da *existência de partes* não é incorreto, mas insuficiente. De fato, diferentemente do inquisitório, um sistema acusatório obrigatoriamente deve ter partes, já que cabe a elas a gestão das provas, mas só isto não basta. Com efeito, deve-se entender qual é o papel desempenhado pelas partes e pelo juiz em relação à reconstituição probatória do fato.<sup>111-112</sup>

---

*precisamente en el hecho de que el juez de conocimiento no puede tener iniciativa probatoria. (...) En este artículo, este código es consecuente con el principio de imparcialidad y de falta de iniciativa probatoria que el sistema acusatorio supone.”]*

<sup>111</sup> Durante um congresso cuja temática era a reforma do processo penal italiano, o *IV Convegno di studio “Enrico de Nicola” su “Criteri direttivi per una riforma del processo penale”*, organizado em Lecce, no ano de 1964, a propósito da distinção entre os sistemas processuais, Franco CORDERO discorre: “Para começar, reflitamos sobre a nomenclatura. Os adjetivos ‘inquisitório’ e ‘acusatório’ são usados em, pelo menos, dois sentidos: no primeiro, sublinham a diferença entre os procedimentos instaurados *ex officio* e aqueles nos quais a decisão pressupõe uma demanda (de onde o binómio ‘poder de agir e poder de decidir’). No segundo, configuram dois modos, diametralmente opostos, de compreender o que acontece no processo: o inquisidor é um juiz ao qual a lei confere um crédito ilimitado, e isso explica porque ao inquirido não é permitida a interlocução. Nos sistemas acusatórios, ao contrário, vale a regra do diálogo: o que se faz em juízo, se faz publicamente; as iniciativas dirigidas à formação das provas, em particular, são rituais e, portanto, eficazes na medida em que tenham sido realizadas na presença e com a participação das partes. Poder-se-ia enumerar outros pontos de diferença, mas esses são os mais importantes. Deixamos de lado o primeiro: o monopólio da ação penal, com poucas exceções, pertence ao Ministério Público, de modo que, às custas de uma pequena excentricidade linguística (da qual se aconselha a abstenção), poderia-se mesmo dizer que o nosso é um processo acusatório. O segundo perfil é o mais importante. A este respeito não há qualquer dúvida de que o nosso ordenamento contenha institutos de feição inquisitória; mas a ligação com o passado não se limita às normas e ao que prescrevem: inquisitório é o espírito em que as normas são frequentemente concebidas” (**Linee di un processo acusatorio. In: AA. VV. Convegni di Studio ‘Enrico de Nicola’: criteri direttivi per una riforma del processo penale**, v. IV. Milão: Giuffrè, 1965, pp. 61-2). [Tradução livre de: “*Per cominciare, riflettiamo sulla nomenclatura. Gli aggettivi ‘inquisitorio’ e ‘accusatorio’ sono usati in almeno due significati: nel primo, sottolineano la differenza tra i procedimenti instaurati ex officio e quelli, nei quali la decisione presuppone una domanda (dove il binomio ‘potere d’agire e potere di decidere’). Nel secondo, configurano due modi, che stanno agli antipodi, d’intendere ciò che avviene nel processo: l’inquisitore è un giudice al quale la legge accorda un credito illimitato, e ciò spiega perché all’inquisito non sia permesso d’interloquire. Nei sistemi accusatori, al contrario, vale la regola del dialogo: ciò che si fa in iudicio, si fa pubblicamente; le iniziative volte alla formazione delle prove, in particolare, sono rituali e quindi efficaci nella misura in cui siano state compiute in cospetto e con la partecipazione dei contraddittori. Si potrebbero enumerare altri caratteri differenziali ma questi sono i più interessanti. Lasciamo da parte il primo: il monopolio dell’azione penale, eccettuati pochi casi, spetta al pubblico ministero, sicché, a prezzo di una piccola bizzarria d’espressione (da cui è consigliabile astenersi), si potrebbe persino dire che il nostro è un processo accusatorio. Il profilo più importante è il secondo. A questo riguardo non v’è alcun dubbio che il nostro ordinamento contenga istituti d’impronta inquisitoria; ma il legame con il passato non si limita alle norme e a ciò che esse prescrivono: inquisitorio è lo spirito con cui le norme spesso sono intese.”]*

Ademais, esta mesma compreensão acerca do critério da *gestão da prova* é suficiente para refutar a conclusão, comum na doutrina brasileira, de que os sistemas contemporâneos são mistos.

É verdade que não há mais sistemas processuais inquisitórios puros ou acusatórios puros. Nada obstante, não há que se falar em um *princípio* misto, o que descaracterizaria o sistema como tal (eis que se constrói sobre “um” único princípio unificador – ver conceito kantiano de sistema, *supra*).<sup>113</sup> Nos sistemas ditos mistos, observa-se somente um daqueles princípios unificadores, inquisitivo ou dispositivo — identificando se tratar, eminentemente, de um sistema inquisitório ou acusatório —, complementado por elementos secundários do outro sistema, como, a título de

---

<sup>112</sup> No mesmo sentido é a lição de Luigi FERRAJOLI, para quem, no plano teórico, para além do fato de que os sistemas inquisitório e acusatório têm diferentes tipos de *juiz*, a distinção entre eles deve levar em conta que são diversos os métodos de instrução processual, o que designa como diferentes tipos de *juízo*: “Precisamente, pode-se chamar acusatório todo sistema processual que configura o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes, e o juízo como uma disputa paritária, iniciada pela acusação, à qual compete o ônus da prova, engajada com a defesa mediante um contraditório público e oral e resolvida pelo juiz com base em seu livre convencimento. Inversamente, chama-se inquisitório todo sistema processual onde o juiz procede de ofício à pesquisa, recolha e valoração das provas, chegando ao juízo após uma instrução escrita e secreta na qual são excluídos ou, em todo caso, limitados o contraditório e o direito de defesa” (**Diritto... Op. cit.**, pp. 575-6). [Tradução livre de: “*Precisamente, si può chiamare acusatorio ogni sistema processuale che configura il giudice come un soggetto passivo rigidamente separato dalle parti, e il giudizio come una contesa paritetica, iniziata dall'accusa cui compete l'onere della prova, ingaggiata con la difesa mediante un contraddittorio pubblico ed orale e risolta dal giudice sulla base del suo libero convincimento. Inversamente, chiamerò inquisitorio ogni sistema processuale ove il giudice procede d'ufficio alla ricerca, alla raccolta e alla valutazione delle prove, pervenendo al giudizio a seguito di un'istruzione scritta e segreta in cui sono esclusi o comunque limitati il contraddittorio e i diritti della difesa*”.]

<sup>113</sup> COUTINHO, J. N. M. **Introdução... Op. cit.**, pp. 167-168. Apesar de alguns afirmarem que com o Código Napoleônico deu-se à luz um terceiro sistema, chamado misto ou reformado, observa-se que, em verdade, aquele sistema promoveu uma retomada da estrutura do *ancien régime*, essencialmente inquisitório. COUTINHO, discorrendo sobre a questão, afirma: “Ainda que se possa verificar novas fórmulas, não há um sistema processual novo, a não ser no aspecto formal. Para ser mais preciso, como já sustentei em minha tese defendida em Roma, da maneira como se pretende, os sistemas inquisitório e acusatório não podem conviver ‘não só porque a *contaminatio* é irracional no plano lógico, como também porque a prática desaconselha uma comistão do gênero’ (...) Ademais, talvez fosse o caso de, singelamente, recordar que a ‘*mistura*’ há de ser vista com cautela em qualquer ramo do direito processual, a começar pelo direito processual civil, como anotou Liebman.” (COUTINHO, J. N. M. **O papel... Op. cit.**, p. 39). Franco CORDERO, neste sentido, afirma que “tal é o preço exigido pela tentativa de uma conciliação impossível dos opostos: a idéia do processo a dois tempos — inquisitório o primeiro e acusatório o segundo — é incompatível com a razão, embora possa seduzir os pesquisadores do compromisso por vocação”. (**La riforma dell'istruzione penale. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Milão, v. 3, 1963, jul.-set., p. 717) [Tradução livre de: “*tale il prezzo richiesto dal tentativo di un'impossibile conciliazione degli opposti: l'idea del processo a due tempi — inquisitorio il primo e accusatorio il secondo — ripugna alla ragione, per quanto possa sedurre i ricercatori del compromesso per vocazione*”.]



exemplo, o próprio fato da existência de partes.

No tocante ao sistema processual penal brasileiro, pode-se concluir que tem natureza eminentemente inquisitória, considerando que a *gestão da prova* se encontra confiada ao juiz. Em verdade, como se depreende da legislação infraconstitucional, cabe ao magistrado a produção probatória, a despeito da atuação das partes, que deve “*investigar e esclarecer oficiosamente o facto submetido a julgamento. (...) Dado o dever de investigação judicial autónoma da verdade, logo se compreende que não impenda nunca sobre as partes, em processo penal, qualquer ónus de afirmar, contradizer e impugnar; como, igualmente, que se não atribua qualquer eficácia à não apresentação de certos factos não contraditados; como, finalmente, que o tribunal não tenha de limitar a sua convicção por sobre os meios de prova apresentados pêlos interessados*”.<sup>114</sup>

Embora, no parágrafo anterior, se tenha citado um autor português, esta conclusão é decisivamente corroborada com uma simples verificação de certos dispositivos do Código de Processo Penal, que deixam transparecer a natureza inquisitória do processo penal brasileiro, tanto no aspecto do controle sobre a admissibilidade das provas pretendidas pelas partes, como naquele da iniciativa probatória do juiz.

Desde logo, a possibilidade de produção de provas pelo magistrado vai genericamente prevista no artigo 156, II, do Código de Processo Penal (embora também se apresente em pontos esparsos, como o § único, do art. 212, *infra*):

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz, de ofício: (...) II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.<sup>115</sup>

---

<sup>114</sup> FIGUEIREDO DIAS, J. *Direito... Op. cit.*, pp. 192-193.

<sup>115</sup> A redação do atual art. 156, II, do CPP, determinada pela Lei 11.690/2008, é muito semelhante à do original art. 156, do CPP: Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; *mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar de ofício as diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.*

É especialmente grave a locução “ou antes de proferir sentença”, pois claramente indica que a prova interessa ao juiz, e somente a ele, como na mais pura estrutura inquisitória.

Ademais, após as recentes e significativas alterações introduzidas no Código de Processo Penal, especialmente pela Lei 11.690/2008, acentuou-se o caráter inquisitório do processo penal brasileiro. De fato, naquele mesmo art. 156, incluiu-se um novo dispositivo, no inciso I,<sup>116</sup> que autoriza o juiz a produzir provas, *de ofício*, durante o inquérito policial. Ora, sequer houve acusação formal, mas o magistrado já produz provas relativas ao fato. Neste panorama, seria possível pensar em imparcialidade?

No mesmo sentido, cite-se a possibilidade de ouvir testemunhas não arroladas pelas partes (Art. 209, do Código de Processo Penal).

Por outro lado, em relação ao controle sobre a admissibilidade das provas, note-se que o juiz pode deixar de realizar a prova pericial se considerar que não é necessária ao esclarecimento da verdade (art. 184, do Código de Processo Penal<sup>117</sup>), além de controlar, *de ofício*, a pertinência e a relevância das provas pretendidas pelas partes durante a instrução (art. 400, § 1º, do Código de Processo Penal<sup>118</sup>), inclusive em relação às perguntas formuladas às testemunhas pelas partes (art. 212, do Código de Processo Penal<sup>119</sup>). É fato que sempre competirá ao juiz a última palavra sobre a

---

<sup>116</sup> Código de Processo Penal: “**Art. 156** – A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: **I** – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida”.

<sup>117</sup> Código de Processo Penal: “**Art. 184** – Salvo o caso de exame de corpo de delito, o juiz ou a autoridade policial negará a perícia requerida pelas partes, quando não for necessária ao esclarecimento da verdade”.

<sup>118</sup> Código de Processo Penal: “**Art. 400** – Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado. **§ 1º** As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias”.

<sup>119</sup> Código de Processo Penal: “**Art. 212** – As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida **Parágrafo único**. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição”.

relevância e a pertinência das provas, mas, numa estrutura acusatória, é essencial que o controle seja provocado pela parte contrária, na medida da gestão realizada pelas partes.

Ao tratar da gestão da prova, em referência ao revogado Código de Processo Penal italiano, bastante similar ao brasileiro, Franco CORDERO afirmou: “Trabalho solitário: o instrutor elabora hipóteses e as cultiva, procurando provas; quando as encontra, adquire-as. O sistema exclui os diálogos: partes privadas e defensores ignoram os atos mais importantes (os testemunhos); admitidos em outro lugar, atuam como espectadores.”<sup>120</sup>

Por sua vez, porém, o direito processual civil brasileiro vai essencialmente marcado por uma estrutura acusatória, em que o resultado do processo, por suas características em relação à gestão da prova, está condicionado pela disposição das partes,<sup>121</sup> ainda que cada vez mais se aproxime de um modelo inquisitório.<sup>122</sup>

---

<sup>120</sup> CORDERO, Franco. **Procedura penale**. Milão: Giuffrè, 1991, p. 567. [Tradução livre de: “*Lavoro solitario: l’istruttore elabora ipotesi e le coltiva, cercando prove; quando ne scovi, le acquisisce. Il sistema esclude i dialoghi: parti private e difensori ignorano gli atti più importanti (le testimonianze); altrove ammessi, fungono da spettatori.*”]

<sup>121</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 25. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2009, p. 66.

<sup>122</sup> Um exemplo desta postura na jurisprudência pátria, fundado no art. 130, do Código de Processo Civil: “O Código de 1973 acolheu o princípio dispositivo, de acordo com o qual o Juiz deve julgar segundo o alegado pelas partes (*Iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet*), mas o abrandou, tendo em vista as cada vez mais acentuadas publicização do processo e socialização do Direito, que recomendam, como imperativo de justiça, a busca da verdade real. O juiz, portanto, não é mero assistente da batalha judicial, ocupando posição ativa, que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça com imparcialidade, sem ensejar injustificado favorecimento a litigante que haja descurado ou negligenciado em diligenciar as providências probatórias de seu interesse” (STJ, Resp 17591-0, 4ª T., Rel. Min. Figueiredo Teixeira. DJ 27/06/1994, p.16982). Os discursos doutrinário, jurisprudencial e legislativo sobre a produção das provas no processo civil, pelo menos desde a metade dos anos 70, têm assumido um caráter mais e mais inquisitório. A fé num juiz todo-poderoso, detentor exclusivo da verdade do saber, termina por afastá-lo do lugar de imparcialidade e arrisca suprimir o aspecto dialogal e, por isso, democrático do processo. O debate sobre o tema existe, mas é sumamente prevalente a visão inquisitiva. Em favor dos poderes instrutórios do juiz, entre muitos outros: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O juiz e a prova**. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 178, jul-set., 1984; FIGUEIREDO TEIXEIRA, Sálvio de. **Código de Processo Civil anotado**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993, art. 130; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 177. Em sentido contrário, entre outros: LEAL, Rosemiro Pereira. ALMEIDA, Andréia Alves de. **Processualidade Jurídica e Legitimidade Normativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 100; LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria**

Assim, eis um argumento definitivo em relação à inadequação da teoria geral do processo: como os sistemas processual penal e civil se estruturam segundo princípios unificadores distintos, é fato que não podem ser tratados com base em enfoques teóricos unitários.

Sem embargo, no Brasil, insiste-se na teoria geral, por razões que nem sempre estão pautadas no discurso científico. CARNELUTTI criou a teoria geral do processo e a abandonou, por coerência; todos queriam fazer o mesmo, sobretudo por ética, mas são muitos os interesses que movem a luta do velho contra o novo.<sup>123</sup> O problema é o que está aí; que se apresenta como realidade desgraçada de uma vida cada vez mais movida pela falta de solidariedade, em nome de “verdades” estratificadas que querem imutáveis. Pagam, por evidente, os mais fracos, como sempre.

#### **1.4 A origem autoritária do Código de Processo Penal brasileiro. Desconformidade constitucional**

A inadequação dos modelos teórico-explicativos processuais penais vigentes, segundo o pensamento aqui exposto, impede o desenvolvimento de um discurso processual penal autônomo e consistente. Os reflexos concretos de tal inaptidão se fazem perceber em relação a inúmeros temas da teoria do processo penal, como a competência jurisdicional<sup>124</sup> e o processo penal cautelar,<sup>125</sup> mas, também, quanto ao

---

**Processual da Decisão Jurídica.** São Paulo: Landy, 2002, p. 128; LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo – Primeiros estudos.** 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, *passim*.

<sup>123</sup> Este pensamento é de Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, declinado no prefácio da obra: VIANNA, Túlio Lima. **Transparência pública, opacidade privada: o Direito como instrumento de limitação do poder na sociedade de controle.** Rio de Janeiro: Revan, 2007.

<sup>124</sup> Sobre o tema, ver: BORGES, Clara Maria Roman. **A competência nos crimes plurilocais e o princípio do juiz natural.** 2001. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

tema da ação processual e do controle de sua admissibilidade, como se arguirá nos capítulos seguintes. Este panorama de letargia científica se agrava quando se constata que muitas das abordagens teóricas sobre o direito processual penal são pouco mais do que reproduções atualizadas de “cânones” dogmáticos fixados por eminentes juristas do passado, como José Frederico MARQUES, cuja original contribuição doutrinária vem meramente copiada nos principais manuais da disciplina, muitas vezes em flagrante descompasso com a ordem constitucional do presente. Aqui, o papel da Constituição de 1988, com seu amplo rol de garantias processuais penais, vem eclipsado pela ausência de criatividade teórica, fato agravado pela circunstância de se tratar o Código de Processo Penal de uma lei autoritária, surgida num momento de violenta centralização política. Nada obstante, importa sobremaneira problematizar as velhas concepções doutrinárias e, se for o caso, delas abrir mão, na direção da construção de um direito processual penal democrático e adequado à Constituição da República. Eis por que é indispensável, aqui, o adequado entendimento do contexto histórico de criação da legislação processual penal em vigor.

O Código de Processo Penal brasileiro é fruto do regime autoritário instalado após a Revolução de 1930, sob a batuta de Getúlio Vargas, denominado de Estado Novo.

Como ensina a historiadora Maria Helena CAPELATO, da Universidade de São Paulo, “o Estado Novo se constituiu em decorrência de uma política de massas que se foi definindo no Brasil a partir da Revolução de 1930, com a ascensão de Getúlio Vargas ao poder”. Segue a autora: “Correntes intelectuais e políticas antiliberais e antidemocráticas, de diferentes matizes, revelaram extrema preocupação com a questão social e muito se discutia sobre novas formas de controle das massas com o intuito de evitar a eclosão de revoluções socialistas. Uma das soluções propostas era a do controle social através de um Estado forte comandado por um líder

---

<sup>125</sup> Para uma análise do problema das medidas cautelares processuais penais desde uma perspectiva de negação à teoria geral do processo, ver: CÂMARA, Luiz Antonio. **Medidas cautelares pessoais: prisão e liberdade provisória**. 2<sup>a</sup>. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

carismático, capaz de conduzir as massas no caminho da ordem”.<sup>126-127</sup> Neste diapasão, à luz das sucedidas experiências do fascismo italiano e do nazismo alemão, países latino-americanos como Brasil e Argentina experimentaram regimes autoritários. Nada obstante, segundo o historiador brasileiro Thomas SKIDMORE, há uma certa originalidade no modelo brasileiro, que caracteriza como híbrido:

ao contrário dos seus mentores europeus em matéria de fascismo, Vargas não organizou nenhum movimento político para nele basear seu regime autocrático. Não havia partido de Vargas, movimento do Estado Novo, nem quadros governamentais na sociedade brasileira. O Estado Novo, na sua forma não-diluída, entre 1937 e 1943 (quando Vargas começou a preparar-se para a volta às eleições), representou um hiato no desenvolvimento da política partidária, organizada em linhas classistas ou ideológicas – uma política que, em si mesma, só havia começado a tomar forma no Brasil em começos da década de 30. Todos os grupos de alguma significação haviam sido desbaratados e suprimidos. Os comunistas e radicais de esquerda sofreram a repressão mais brutal. Os integralistas desapareceram, devido à repressão, em parte, porque a lógica do seu autoritarismo era minada pela forma de ditadura mais brasileira, de Vargas. Os constitucionalistas liberais emudeceram. Os comunistas capitalizavam o seu sofrimento, conforme a dialética da história. Podiam esperar que a ditadura de Vargas preparasse mais ainda as massas para a revolução, ao passo que os liberais viam seus ideais de eleições livres, liberdades civis e justiça imparcial repudiados, sem levantarem protestos relevantes. (...). Em suma, o Estado Novo era um estado híbrido, não dependente de apoio popular organizado na sociedade brasileira e sem qualquer base ideológica consistente. Vargas esperava assumir, para seu próprio proveito político, a direção das mudanças sociais e do crescimento econômico do Brasil. A despeito das roupagens corporativistas, o seu Estado Novo era uma criação altamente pessoal.<sup>128-129</sup>

<sup>126</sup> CAPELATO, Maria Helena. **O Estado Novo: o que trouxe de novo?** In: FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucília de Almeida Neves (org.). **O Brasil republicano: o tempo do nacional-estatismo: do início da década de 1930 ao apogeu do Estado Novo**. v. 2. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 109.

<sup>127</sup> Francisco CAMPOS, articulador político-jurídico do regime de Vargas, afirma que “o novo Estado brasileiro resultou de um imperativo de salvação nacional. Como acentuou o chefe do Governo, no manifesto de 10 de novembro, quando as exigências do momento histórico e as solicitações do interesse colectivo reclamam imperiosamente a adopção de medidas que affectam os presupostos e convenções do regimen, incumbe ao homem de Estado o dever de tomar uma decisão excepcional, de profundos effeitos na vida do paiz, acima das deliberações ordinarias da actividade governamental, assumindo as responsabilidades inherentes á alta função que lhe foi delegada pela confiança publica. *Identificado com o destino da Patria*, que salvou em horas de extremo perigo e engradeceu no maior dos seus governos, o sr. Getulio Vargas, quando se impoz aquella decisão, não faltou ao dever de tomal-a, enfrentando as responsabilidades, mas tambem revestindo-se da gloria de realizar a grande reforma que, pela primeira vez, integra o paiz no senso das suas realidades e no quadro das suas forças creadoras. A sua figura passa, então, do plano em que se define o valor dos estadistas pelos actos normaes da politica e administração, para o relevo historico de *fundador do regimen e guia da nacionalidade*” (**O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico**, 3ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1941, p. 35. Sem grifos no original. Redação original mantida).

<sup>128</sup> SKIDMORE, Thomas. **Brasil: de Getúlio a Castelo, 1930 a 1964**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982, pp. 53-4.

Nos campos político e jurídico do regime, desponta o nome de Francisco Campos, alcunhado Chico Ciência, como o principal teórico estado-novista e um dos grandes teóricos do autoritarismo no Brasil. Nomeado Ministro da Justiça dias antes do golpe de 1937, coube a Campos a missão de redigir (quase exclusivamente) a Constituição de 1937, além de articular a criação de um novo Código Penal (que foi promulgado em 1940) e a unificação da legislação processual (Código de Processo Civil, em 1939, e o Código de Processo Penal, em 1941). Note-se, ainda, que Francisco Campos é o autor do texto do Ato Institucional n.º 1 (o AI-1), do golpe militar de 1964.<sup>130</sup> Em sua obra “O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico”, que constitui uma coletânea de artigos, entrevistas e discursos, Campos promove uma tentativa de fundamentação teórica do regime baseada numa suposta inaptidão do modelo liberal-democrático à resolução daquilo que designa por “grandes tensões políticas”, propondo o estado autoritário como única solução exequível. Em suas palavras:

O clima das massas é o das grandes tensões políticas, e as grandes tensões políticas não se deixam resolver em termos intellectuaes, nem em polemica de idéas. O seu processo dialectico não obedece ás regras do jogo parlamentar e desconhece as premissas racionalistas do liberalismo. Com o advento político das massas, a irracionalidade do processo político, que o liberalismo tentara dissimular com os seus postulados optimistas, torna-se de uma

---

<sup>129</sup> No mesmo sentido, afirma Célio da CUNHA que “o novo regime não tinha unidade doutrinária, ainda que muito teóricos, como Francisco Campos e Azevedo Amaral, quisessem ver nele uma nova ordem social e política. (...) Em documentos oficiais e em obras que procuraram teorizar o Estado Novo, às vezes se constata o que poderíamos chamar aqui de doutrina do Estado Novo. Na prática, entretanto, a conduta de Getúlio, múltiplice por excelência, ‘recuando aqui para recuperar alhures’, fazia do Estado Novo um Estado híbrido. A composição de seu ministério atesta este hibridismo. Francisco Campos, oligarca-autoritário, ocupa a pasta da Justiça. Eurico Dutra no Ministério da Guerra e Filinto Müller como chefe da Polícia são simpatizantes do fascismo e do nazismo. Para contrabalançar, Souza Costa na Fazenda, Gustavo Capanema na Educação e Oswaldo Aranha nas Relações Exteriores, não se incluem entre os autoritários, sendo que a indicação de Oswaldo Aranha agradou aos americanos. Assim, Vargas tinha representantes para todas as tendências, no plano interno e externo. Por essa época, o nazi-fascismo europeu ganhava terreno. Através de um jogo duplo, Vargas soube tirar proveito da situação” (**Educação e autoritarismo no Estado Novo**. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 1989, pp. 30-1).

<sup>130</sup> O cronista Rubem Braga teria dito: “Toda vez que o Sr. Francisco Campos acende sua luz, há um curto-circuito nas instalações democráticas brasileiras” (Cf. AQUINO, Rubim Santos Leão de; *et al.* **Sociedade brasileira: uma história através dos movimentos sociais: da crise do escravismo ao apogeu do neo-liberalismo**. Rio de Janeiro: Record, 2007, p. 377).

evidencia tão lapidar, que até os professores, jornalistas e litteratos, depositarios do patrimonio intellectual da democracia, entram a temer pelo destino theorico do seu thesouro ou da summa theologica cuja substancia espiritual parece ameaçada de perder a sua preciosa significação.<sup>131</sup>

E, ainda, “na Allemanha, enquanto um parlamento em que já houve o maior numero de partidos procurava inutilmente chegar a uma decisão politica mediante os methodos discursivos da liberal-democracia, Hitler organizava nas ruas, ou fóra dos quadros do governo, pelos processos realistas e technicos, por meio dos quaes se subtrahe da nebulosa mental das massas uma fria, dura e lucida substancia politica, o contrôle do poder e da nação”.<sup>132</sup>

Nada obstante, esforça-se em apresentar a ditadura das massas como uma instituição democrática, fundada no apoio popular ao presidente, que não precisaria de qualquer intermediação (leia-se, principalmente, o Poder Legislativo) em sua relação “direta” com o povo. *In verbis*:

A Constituição de 10 de novembro attende, de modo cabal, ás transformações que, em nosso seculo, se encontram em via de rapida realização, nos ideaes e nas instituições democraticas. É bastante verificar a funcção por ella reconhecida ao suffragio universal, a limitação do poder dos juizes de declarar a inconstitucionalidade das leis, e os capitulos relativos á ordem economica e á educação e cultura. Por sua vez, conferindo o poder supremo ao Presidente da Republica, colloca-o em contacto directo com o povo, não sendo possivel ao Presidente descarregar sobre outros órgãos do poder as graves responsabilidades que a Constituição lhe dá, em consequencia dos poderes e prerogativas que lhe são atribuidos. *O Presidente é o chefe responsavel da Nação e só poderá exercer as enormes prerogativas da presidencia si contar com o apoio e o prestigio do povo*, precisando, para isto, de appellar frequentemente para a opinião, e tendo, assim, o seu mandato um character eminentemente democratico e popular.<sup>133-134</sup>

Quando se considera a relação entre o governo federal e os Estados presente

<sup>131</sup> CAMPOS, F. **O Estado Nacional...** *Op. cit.*, p. 21 (Redação original mantida).

<sup>132</sup> *Id. Ibid.*, p. 29 (Redação original mantida).

<sup>133</sup> *Id. Ibid.*, p. 58. (Sem grifos no original. Redação original mantida).

<sup>134</sup> Nas palavras de Edgard CARONE: “A Constituição de 1937 beneficia-se de muitos elementos da Constituição de 1934, alguns deles tirados da *Carta del Lavoro* e da Constituição Fascista italiana. Assim, o trabalho de Francisco Campos é um amálgama entre fórmulas fascistas, nacionalistas e as de caráter liberal, a última como solução de camuflagem. Este conjunto de fórmulas é subordinado à uma estrutura legal totalitária, onde o executivo é o poder dominante. Seu limite é extenso e abrange não só o poder político, como também os de decisão social e econômica” (**A Terceira República (1937-1945)**). 2ª ed. São Paulo: Difel, 1982, p. 142).



ao Estado Novo,<sup>135</sup> tornam-se bastante nítidos os contornos da centralização de poder operada em contraposição à estrutura federalista da Constituição de 1891. O próprio ditador, em sua “Proclamação ao Povo Brasileiro”,<sup>136</sup> lida no Palácio da Guanabara e irradiada para todo o país na noite de 10 de Novembro de 1937, imediatamente após o Golpe de 1937, refere-se à necessidade de um governo central forte, fundado no discurso da supremacia do “interesse público” sobre os “centros de decisão política”, desagregadores, em que se tinham transformado os chefes de governos locais, em expressa referência ao modelo oligárquico de sucessão presidencial alimentado pelo que chama de “caudilhismo provinciano”.<sup>137</sup> Este discurso esteve voltado à “eliminação do excesso de federalismo da Constituição de 1891, que conferia ampla autonomia aos Estados”.<sup>138</sup>

Em suma, “o Estado Novo nasce absolutista. Antes mesmo de regulamentar legalmente as relações entre o plano Governo-Federal-Estados, sua ação se faz sentir contra toda oposição e contra todas as formas de autonomia anteriores. A subordinação ao poder central é a norma. Desaparecem as velhas liberdades federalistas, a autonomia política dos Estados e o jogo de pressão recíproco entre oligarquias locais e o governo federal, e as novas relações que se formam se baseiam na subserviência em relação ao Chefe da Nação. Devido a isto não é preciso mais se formular planos e ideologias. O que se faz e se repete é a fórmula de obediência aos poderes

---

<sup>135</sup> Como ensina Eli DINIZ, “A Carta Constitucional de 1937 implantaria um regime autoritário, reforçando os poderes do Presidente da República, conferindo-lhe a faculdade de governar por decretos-leis, ampliando a possibilidade de intervenção do governo federal nos Estados pela reativação das interventorias e abolindo, pelas chamadas disposições gerais e transitórias, o Poder Legislativo, aos níveis nacional, estadual e municipal. As interventorias constituiriam o elemento-chave nas relações do governo central com os Estados, representando efetivamente um meio de enfraquecer as oligarquias regionais pela perda das condições institucionais de sua autonomia” (DINIZ, Eli. **O Estado Novo: estrutura de poder. Relações de classes. In: AA. VV. O Brasil republicano.** t. III. Coleção História Geral da Civilização Brasileira (dir. Boris Fausto). São Paulo: Difel, 1986, p. 110).

<sup>136</sup> Transcrita em: VARGAS, Getúlio. **A Nova Política do Brasil.** v. V. Rio de Janeiro: José Olympio, 1938.

<sup>137</sup> “Pode ser ressaltado um aspecto explorado pela ideologia oficial, qual seja, o papel do fortalecimento do Executivo como condição para restaurar a autoridade nacional e garantir o poder de Estado contra a ação desagregadora do privatismo e do localismo, tendências típicas da política brasileira antes de 1930. (...)” (DINIZ, Eli. **O Estado Novo... Op. cit.**, p. 80).

<sup>138</sup> *Id. Ibid.*, p. 81.

constituídos, ao Chefe poderoso”.<sup>139</sup>

No tocante à legislação processual, observa-se o fim dos Códigos estaduais preconizados pela primeira constituição republicana brasileira, já determinado na Constituição de 1934, mas executado apenas sob a égide da Carta de 1937. Ao Estado Novo getulista importava a unificação da legislação processual, não tanto como uma inovação cultural e política, eis que a então existente pluralidade de leis processuais não refletia um verdadeiro sentimento republicano (o Brasil nunca deixou de ser um Estado unitário, malgrado o cariz federalista da Constituição de 1891), mas como uma espécie de (re)afirmação da centralidade do exercício do poder.

Neste sentido, mencione-se a lição de Fauzi Hassan CHOUKR: “A pulverização cultural num momento de reestruturação dos valores fundantes do Estado brasileiro claramente demonstrava que os ideias republicanos apenas estiveram presentes formalmente naquela quadra de nossa História, e não foram suficientes para evitar os reflexos autoritários já existentes e os que ainda estavam por vir. Por isso, pode-se afirmar que o processo penal não foi um instrumento legal que tenha causado preocupação quando das violências iniciais do Estado Novo (assim como não o seria ao longo do século que se seguiria) e a unificação promovida tornou apenas mais dócil a administração deste aparato legal”.<sup>140</sup>

O discurso de unificação, como sói acontecer, vem imbuído da verborragia repressiva e punitiva, tão típica de momentos totalitários como este que se analisa.<sup>141</sup>

---

<sup>139</sup> CARONE, E. **A Terceira República...** *Op. cit.*, pp. 24-5.

<sup>140</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 2.

<sup>141</sup> A adoção do processo “misto” napoleônico, caracterizado como um processo inquisitório de aparência acusatória (quicá como o lobo em pele de cordeiro), foi precedido de inflamados discursos políticos repressivos. Por todos, Jean-Jacques-Régis de Cambacérès, depois nomeado arquichanceler do Império Napoleônico, a despeito de toda a contestação estatística, em defesa da retomada das Ordenações Criminais de 1670, inquisitórias, e da supressão do Júri, argumentava que os índices de criminalidade se multiplicavam, eis que o modelo processual não condenava o bastante (v. CORDERO, F. **Guida...** *Op. cit.*, pp. 68-74). Ontem, como hoje, o discurso punitivo surge como a panaceia para todos os males da segurança pública e da criminalidade, solução rápida e fácil, que se pretende magicamente capaz de driblar as causas sociais do problema, sem enfrentá-las. Assim, termina por legitimar sistemas processuais violentos e contrapostos aos postulados constitucionais contemporâneos. Ressalta-se que tal ordem de ideias é inerente às estruturas processuais autoritárias e

Francisco CAMPOS afirma: “De par com a necessidade de coordenação das regras do processo penal num código único para todo o Brasil, impunha-se o afeiçoamento ao objectivo de maior facilidade e energia da acção repressiva do Estado. As nossas leis vigentes de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidencia das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão terá de ser deficiente, decorrendo daí um indirecto estímulo á criminalidade. Urgia abolir semelhante critério de primado do interesse do indivíduo sobre o da tutela social”. Paradoxalmente, num esforço de legitimação do sistema processual empregado, apregoa que “si, por um lado, os dispositivos do projecto tendem a fortalecer e prestigiar a actividade do Estado, na sua função repressiva, é certo, porém, que asseguram, com muito mais sinceridade do que a legislação actual, a defesa dos acusados”.<sup>142-143</sup>

---

inquisitórias, mas segue presente na boca da maioria dos políticos e profissionais de imprensa nos dias atuais.

<sup>142</sup> CAMPOS, F. **O Estado Nacional... Op. cit.**, p. 128 (Redação original mantida). No tocante à reforma do Código Penal, o mesmo autor declara que “o princípio cardeal que inspira a lei projectada e que é, aliás, o princípio fundamental do moderno direito penal, é o da defesa social. É necessário defender a comunhão social contra todos aqueles que se mostram perigosos á sua segurança” (*Id. Ibid.*, pp. 132-3).

<sup>143</sup> Num paralelo possível com a literatura inglesa, note-se que é a própria estrutura do *duplipensar* (*doublethink*) orwelliano em ação, a justificar um ato autoritário. Em sua indefectível novela intitulada “1984”, George Orwell descreve seu futurista modelo de estado autoritário, regido por diversos princípios entre os quais se encontra o *duplipensar*, como a capacidade de apreender duas ideias contraditórias e aceitá-las ambas. Nas palavras do próprio autor: “Saber e não saber, ter consciência de completa veracidade ao exprimir mentiras cuidadosamente arquitetadas, defender simultaneamente duas opiniões opostas, sabendo-as contraditórias e ainda assim acreditando em ambas; usar a lógica contra a lógica, repudiar a moralidade em nome da moralidade, crer na impossibilidade da Democracia e que o Partido era o guardião da Democracia; esquecer tudo quanto fosse necessário esquecer, trazê-lo à memória prontamente no momento preciso, e depois torná-lo a esquecer; e acima de tudo, aplicar o próprio processo ao processo. Essa era a sutileza derradeira: induzir conscientemente a inconsciência, e então, tornar-se inconsciente do ato de hipnose que se acabava de realizar. Até para compreender a palavra “duplipensar” era necessário usar o duplipensar (ORWELL, George. **Nineteen Eight-Four**. Londres: Martin Secker & Warburg, 1949, p. 32. [Tradução livre de: “*To know and not to know, to be conscious of complete truthfulness while telling carefully constructed lies, to hold simultaneously two opinions which cancelled out, knowing them to be contradictory and believing in both of them, to use logic against logic, to repudiate morality while laying claim to it, to believe that democracy was impossible and that the Party was the guardian of democracy, to forget, whatever it was necessary to forget, then to draw it back into memory again at the moment when it was needed, and then promptly to forget it again, and above all, to apply the same process to the process itself -- that was the ultimate subtlety; consciously to induce unconsciousness, and then, once again, to become unconscious of the act of hypnosis you had just performed. Even to understand the word 'doublethink' involved the use of doublethink*”].

A comissão nomeada por Francisco Campos era constituída por importantes juristas daquele período: Nelson Hungria, Roberto Lyra, Cândido Mendes de Almeida, Viera Braga, Florêncio de Abreu e Narcélio de Queiroz. O resultado foi um código que representava os ideais políticos vigentes ao Estado Novo, declaradamente autoritário e fundado num pretenso pensamento “popular-democrático”. A base foi o *Codice Rocco* de processo penal (1930), da Itália fascista de Mussolini, da qual Alfredo Rocco era Ministro da Justiça. Diante da incumbência de reformar a legislação penal e processual penal segundo os princípios autoritários, Rocco concede a Vincenzo Manzini, principalmente, a missão de redigir o *codice di procedura penale*, que só fez agravar a natureza inquisitória dos códigos processuais anteriores, já inseridos na lógica “mista” napoleônica.<sup>144</sup>

Sem surpresas, note-se que o argumento circunstante ao surgimento do “novo” código italiano foi, em certa medida, reproduzido por Francisco Campos ao justificar a reforma brasileira. Como se pode observar nas palavras de Floriana COLAO: “No horizonte de um inquisitório ‘eterno’ – exigência profunda da sociedade italiana durante e, talvez, depois do fascismo – Alfredo Rocco queria contudo assinalar uma ruptura com o Código de 1913, que definiu como ‘democrático-liberal’, eis que marcado por um ‘sentimentalismo aberrante e mórbido em relação aos delinquentes’; o texto foi acusado de enfraquecer a repressão e favorecer a propagação da criminalidade”.<sup>145</sup>

---

<sup>144</sup> Segundo Renzo ORLANDI, “*Venata di maggior autoritarismo appariva la riforma processuale. Essa confermava la scelta del modello misto di matrice napoleonica, già caratteristica delle previgenti codificazioni del 1865 e del 1913, ma si caratterizzava subito per l’aperto disconoscimento della presunzione d’innocenza, bollata come ‘stravaganza derivante da quei vieti concetti, germogliati dai principi della Rivoluzione francese, per cui si portano ai più esagerati e incoerenti eccessi le garanzie individuali’ (così Alf. ROCCO, nella Relazione min. sul prog. preliminare al c.p.p.: passo citato in V. MANZINI, Trattato di diritto processuale penale italiano, Torino 1931, vol. I, p. 181, nt. 1). Inoltre, fu varata una disciplina delle nullità processuali che, sopprimendo le nullità assolute, indebolì la posizione della difesa. Infine, fu rafforzata la posizione del pubblico ministero, all’epoca dipendente dal potere governativo, con l’attribuire al suo ufficio un potere di archiviazione delle notizie di reato insindacabile in sede giurisdizionale” (La giustizia penale, no prelo)*

<sup>145</sup> COLAO, Floriana. **Processo penale e pubblica opinione dall’età liberale al regime fascista.** In: GARLATI, Loredana (coord.) **L’inconscio inquisitorio: l’eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana.** Milão: Giuffrè, 2010, p. 250 [Tradução livre de: “*Nell’orizzonte di un inquisitorio ‘eterno’ – bisogno profondo della società italiana prima durante e forse dopo il fascismo – Alfredo Rocco voleva comunque segnare una cesura col codice del 1913, che definiva “demo-*

Estruturalmente, as reformas processuais (penal e civil) encabeçadas por Francisco Campos, trataram o processo, no melhor sentido inquisitório, como uma busca quase ilimitada da verdade, adjetivada neste momento histórico como “verdade autoritária”<sup>146</sup>: o “que se pôde considerar como corollario da função activa e *autoritaria* do juiz é, seguramente, o papel attribuido ao juiz em relação á prova”<sup>147</sup>; “A direcção do processo deve caber ao juiz; a este não compete apenas o papel de zelar pela observancia formal das regras processuaes por parte dos litigantes, mas o de intervir no processo de maneira que este atinja, pelos meios adequados, o objectivo de investigação dos factos e *descoberta da verdade*”.<sup>148</sup> Assim, a gestão da prova é confiada ao magistrado, que é o senhor todo-poderoso do processo, na medida em que o papel das partes é reduzido ao mínimo necessário para que se justifique sua existência.<sup>149</sup>

Aliás, esta cultura inquisitória, que sobrevaloriza o papel do juiz durante a instrução, cujas raízes estão na Idade Média, produz evidentes efeitos até os dias de hoje, apesar de toda a moderação no modelo (inquisitório) operada em sucessivas reformas e, principalmente, após a Constituição de 1988. Basta observar como são conduzidas as audiências de instrução e comparar o papel desempenhado pelo juiz e pelo membro do Ministério Público. O primeiro é o mais ativo, fala o tempo todo, pergunta, questiona, dirige os interrogatórios para o caminho que quiser, guiado por

---

*liberal", perché connotato dal 'sentimentalismo aberrante e morboso per i delinquenti'; quel testo era accusato di aver indebolito la repressione e favorito il dilagare della criminalità”].*

<sup>146</sup> “Á medida que crescem o ambito e a densidade da justiça, a sua administração ha de ser uma administração cada vez mais rigorosa, mais efficaz, mais prompta e, portanto, requerendo cada vez mais o uso da *autoridade publica*” (CAMPOS, F. **O Estado Nacional... Op. cit.**, pp. 180-1, sem grifos no original. Redação original mantida)

<sup>147</sup> CAMPOS, f. **O Estado Nacional... Op. cit.**, p. 184. (Sem grifos no original. Redação original mantida)

<sup>148</sup> *Id. Ibid.*, p. 181. (Sem grifos no original. Redação original mantida)

<sup>149</sup> No tocante ao papel das partes do processo penal, já sob a vigência do Código de Processo Penal de 1941, Joaquim Canuto Mendes de ALMEIDA escreve: “A disponibilidade penal negada às partes pelo sistema jurídico, na medida legal, poupa, na mesma medida, o poder-dever de espontaneidade do juiz penal, chamado ‘poder-dever inquisitivo’. E a disponibilidade civil, atribuída às partes, autor e réu, pelo sistema jurídico, na medida legal, tolhe, na mesma medida, a espontaneidade do juiz cível. (...). A não ser que se exclua o processo penal do âmbito da ciência processual judiciária, é preciso reconhecer que, secularmente, o juiz penal, de regra, foi e é *automático* (e não *alomático*, como foi e é, de regra, o juiz cível), liberto de travas estabelecíveis por obra das partes. (...). Aliás, no processo penal, é preferível, por isso, falar de *partícipes*, a falar de *partes* (**Processo penal, ação e jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 10, com grifos no original).

sua impressão do fato (e, assim, se afasta do ideal de imparcialidade); já, agora, o segundo, a quem deveria caber o papel principal na formação dos elementos de prova, é normalmente o mais silencioso, não raro deixando de formular perguntas e, verdadeiramente, “deixando” o trabalho instrutório para o juiz. A lógica que orienta esta configuração processual tem natureza autoritária, e representa a fé na capacidade do juiz de descobrir a “verdade”, independentemente da contribuição das partes. Segundo CAMPOS: “Á concepção duellistica do processo haveria de substituir-se a concepção *autoritaria* do processo. Á concepção do processo como instrumento de *lucta* entre particulares, haveria de substituir-se a concepção do processo como *instrumento de investigação da verdade e de distribuição de justiça*”.<sup>150-151</sup>

---

<sup>150</sup> CAMPOS, f. **O Estado Nacional...** *Op. cit.*, p. 177 (Sem grifos no original. Redação original mantida)

<sup>151</sup> Independentemente da ideologia que lhe sirva como pano de fundo, esta racionalidade processual orientada por um discurso absoluto da verdade é comum a todos os tipos de Estado totalitário, e sempre é justificada com artifícios retóricos que associam os conceitos de verdade e justiça social. Note-se, pois, como o modelo inquisitório é inerente a tais sistemas políticos, na medida da ampla centralização de poder que encerram. Neste sentido, o direito processual soviético, penal e civil, não era exceção. Segundo Andrei VISHINSKI, jurista soviético do período stalinista: “O direito processual soviético repele as provas formais. As leis adjetivas soviéticas conferem a competência para a admissão das provas, tanto no crime quanto no cível, exclusivamente ao tribunal, e estabelecem, como base única para tanto, a convicção íntima do juiz que se apóia no exame de todas as circunstâncias da causa, em seu conjunto. (...). O estabelecimento da verdade material, uma das missões básicas do processo soviético, resume uma complexa atividade psicológica e mental, que culmina no convencimento do juiz de que a decisão por ele adotada, especificamente, é justa, isto é, na formação da convicção íntima do juiz. (...). A convicção íntima que constitui o resultado, o resumo da atividade dos juízes ao investigar o caso, a culminação de sua obra, determina o conteúdo da sentença. (...). O método do materialismo filosófico marxista abre o caminho até para o conhecimento das cousas, dos fenômenos e das relações, tal como são na realidade. Ainda: ensina a compreender e a resolver as contradições, em consequência das quais os acontecimentos investigados pelo tribunal são, com grande frequência, extraordinariamente complicados. Por outro lado, garante, em grau máximo, a infalibilidade das sentenças, isto é, assegura o estabelecimento da verdade material. (...) O Direito probatório soviético, ao contrário do Direito probatório dos Estados baseados na exploração, não trata somente de categorias jurídicas e da metodologia determinada por estas, mas de todo o sistema de idéias, concepções e convicções ou, noutros termos, de toda a concepção filosófica dominante na sociedade socialista. (...). Êstes elevados princípios da justiça socialista são os que garantem ao tribunal soviético sua autêntica independência, sua verdadeira existência autônoma, subordinando a vontade e a razão do tribunal à lei soviética, que exprime a vontade e a razão do povo soviético” (**A prova judicial no direito soviético**. Trad. Roberto Pereira de Vasconcelos. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1957, pp. 5-34, *passim*). E, ainda, ao tratar do ônus de prova, o mesmo autor conclui que a lei soviética impõe “aos tribunais o dever de tratar, por todos os meios, de esclarecer os direitos efetivos e as relações mútuas dos litigantes, sem limitar-se às declarações e aos dados apresentados pelas partes. (...). Êste papel ativo do tribunal é o que lhe garante a possibilidade de sair dos limites de uma atitude estritamente jurídica, dogmático-formal, frente aos interesses das partes, como sucede no tribunal burguês. (...) Tudo isto permite estabelecer, como resultado do exame

Ainda, quando trata do papel do juiz e das partes no processo, Francisco CAMPOS classifica como antipopular o “princípio dispositivo” e a noção de contraditório,<sup>152</sup> sobrevalorizando a contribuição do juiz com um pretense discurso democrático (que é, de fato, populista), sugerindo que os poderes instrutórios do juiz permitiram diminuir as desigualdades sociais.<sup>153</sup>

Em suma, o Código de Processo Penal brasileiro vigente nasce autoritário e sobrevive inquisitório até os dias atuais, na medida em que segue orientado pela lógica da descoberta da verdade real como um dever de ofício do magistrado. Como já se mencionou, este modelo processual (re)produz uma práxis judiciária deletéria, fundada naquele argumento totalitário e plenamente adequada a ele.

Todavia, no confronto com as garantias constitucionais hodiernamente vigentes, exigiria juízes extra-humanos, capazes de, simultaneamente, investigar (o que sempre se faz a partir de uma hipótese pré-determinada, não raro construída desde o primeiro contato com o inquérito policial) e manter a imparcialidade; instruir (em geral produzindo provas contra o réu) e, ao mesmo tempo, observar os postulados da presunção de inocência. É evidente que um tal juiz não existe, razão pela qual o modelo inquisitório (aqui sempre entendido como *gestão da prova confiada ao magistrado*) é de todo incompatível com a ordem constitucional vigente.

Giuseppe BETTIOL ensina que há uma estrita relação genética entre a forma de Estado e a forma do processo, que está além do texto legal, pois inserida nas práticas concretas, no âmbito da cultura. A lição, proferida nos anos 60, é importante e merece transcrição:

---

judicial, a verdade *material* e não a jurídica. Êste dever transforma o tribunal e, em particular, seu presidente, em uma força ativa e fecunda, que procura uma decisão acertada e atua no processo com iniciativa, com capacidade criadora” (*Id. Ibid.*, pp. 133-134).

<sup>152</sup> CAMPOS, f. **O Estado Nacional...** *Op. cit.*, p. 177-8. Em suas palavras: “Nesse sentido, o novo processo é eminentemente popular. Pondo a verdade processual não mais apenas a cargo das partes, mas confiando, numa certa medida, ao juiz a liberdade de indagar della, rompendo com o formalismo, as ficções e presumpções que o chamado ‘princípio dispositivo’, de ‘controversia’ ou ‘contradição’, introduzira no processo, o novo Código procura restituir ao público a confiança na Justiça e restaurar um dos valores primordiais da ordem jurídica, que é a segurança nas relações sociais reguladas pela lei” (Redação original mantida).

<sup>153</sup> *Id. Ibid.*, pp. 177-9

Existe, portanto, um nexo entre forma de Estado e forma do processo. Aonde prevaleça a ideia do Estado de Direito, onde o cidadão é justamente tal, munido de direitos subjetivos invioláveis, o processo tende à ampliação das garantias defensivas e, assim, ao rito acusatório. Aonde a relação Estado-cidadão é desequilibrada exclusivamente em favor do primeiro, as garantias defensivas são enfraquecidas ou eliminadas e o processo tende, assim, a ser inquisitório. No entanto, uma advertência se faz necessária. Se existe uma estrita relação genética entre forma de Estado e forma do processo, tal relação não deve ser entendida em sentido mecanicista. A forma de Estado pode mudar e o processo anteriormente vigente ser mantido em vigor. É o caso da República Italiana. O código do regime fascista, embora com muitas modificações, permaneceu em vigor por mais de 50 anos. Há um peso da tradição, pelo qual não há uma adequação automática entre a forma do Estado e a forma do processo. *Ainda, lembre-se que o processo é feito não apenas de normas abstratas, mas de práticas concretas.* Um código iliberal pode ser interpretado liberalmente e, por outro lado, *o código mais garantista aplicado com ótica iliberal pode efetivamente anular as garantias estabelecidas em favor do acusado, em nome da defesa social a todo custo.* Como já mencionado por Voltaire, a propósito do princípio do livre convencimento do juiz, sua virtude estava vinculada aos juízes, a quem competiria aplicá-lo. Este aviso demonstra uma outra circunstância, *o processo é ligado à cultura do tempo e à cultura são inerentes os princípios da lógica que conduzem às decisões jurisdicionais.*<sup>154</sup>

A legislação processual penal brasileira autoritária, por sua vez, sobrevive há mais de 70 anos. Apesar de toda a modulação operada por reformas pontuais e pela emergência de uma constituição democrática e “garantista”, a estrutura segue regida pelos mesmos elementos culturais inerentes à práxis inquisitória, em especial a lógica da verdade real e o papel que o magistrado, desde aí, assume na condução da instrução. Poder-se-ia, ainda, mencionar a forma escrita que ainda prevalece, malgrado

---

<sup>154</sup> BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. **Istituzioni di diritto e procedura penale**. 7ª ed. Pádua: CEDAM, 2000, pp. 128-9. [Tradução livre de: “*Esiste dunque un nesso tra forma di Stato e forma del processo. Laddove prevalga l’idea dello Stato di Diritto, ove il cittadino è appunto tale, munito di diritti soggettivi inviolabili, il processo tende all’ampiamiento delle garanzie difensive e quindi al rito accusatorio. Laddove il rapporto Stato-cittadino è squilibrato a favore esclusivo del primo le garanzie difensive vengono indebolite o eliminate ed il processo tende quindi ad essere inquisitorio. Un’avvertenza si rende peraltro necessaria. Se esiste uno stretto rapporto genetico tra forma di Stato e forma del processo, il rapporto peraltro non va inteso in senso meccanicistico. La forma di Stato può mutare ed il processo vigente in precedenza essere mantenuto in vigore. È il caso tipico della Repubblica Italiana. Il codice del regime fascista, pur con molte modifiche è rimasto in vigore per oltre cinquant’anni. Esiste un peso della tradizione, per il quale non vi è un automatico adeguamento tra la forma dello Stato e la forma del processo. Ancora, va ricordato come il processo sia fatto non solo di norme astratte, ma di prassi concrete. Un codice illiberale può essere interpretato liberalmente, e viceversa il codice più garantista applicato con ottica illiberale può vanificare di fatto le garanzie dettate a favore dell’imputato, in nome delle difesa sociale a tutti i costi. Come già faceva notare Voltaire a proposito del principio del libero convincimento del giudice, la bontà dello stesso era legata ai giudici che lo dovevano applicare. Questo richiamo dimostra un’ulteriore circostanza, il processo è legato alla cultura del tempo e nella cultura sono insiti i principi della logica che portano alla decisione giurisdizionale.*”]



a opção legal pelo processo oral (após a Lei 11.719/2008).

De tudo o que se expôs, é possível concluir que os ranços autoritário-inquisitórios são ainda vigentes, não apenas no âmbito legal, mas, principalmente, através da cultura inquisitória que está impressa no DNA das práticas judiciais brasileiras. Nada obstante, ressalte-se que tal cultura não pertence exclusivamente aos magistrados, mas é compartilhada por membros do Ministério Público, advogados, professores, estudantes, delegados de polícia, etc.

Assim, considerando que a lei e/ou a Constituição não são capazes de, isoladamente e em curto prazo, modificar a cultura forense (esta vigente há séculos), impõe-se um grande desafio à interpretação constitucional do direito processual penal, que possivelmente só encontrará êxito num panorama longínquo que, quiçá, depende da formação político-jurídica que será recebida pelas novas gerações de juristas.

### **1.5 A propósito de conclusão: letargia epistemológica e atrofia teórica**

Para além da herança autoritária e da cultura inquisitória vigentes, o direito processual penal brasileiro ainda sofre com a vinculação teórica de seu discurso à gramática do direito processual civil, na forma da teoria geral do processo.

A apresentação deste panorama foi o objetivo deste capítulo, bem como o delineamento de alguns pressupostos que, neste diapasão, orientarão a leitura dos próximos capítulos. Aqui, há que se manter em mente que a ciência está perpetuamente em evolução e, ao caminhar sobre terrenos pantanosos e obscuros, como se fará adiante, especialmente em relação a um tema de grande dificuldade, não é possível ter a pretensão de se afirmar qualquer verdade. Com efeito, este texto serve, também, como uma provocação motivada pelo fato de que a doutrina processual penal brasileira, de maneira geral, parece em estado de letargia. Salvo as exceções, que não serão nominadas sob pena de se olvidar alguém, autores de cariz inovador, conscientes do papel da Constituição e da necessidade de construir um discurso digno e autônomo

para o processo penal, o grosso das hordas doutrinárias vive sob um terrível marasmo cognitivo, entre o senso comum teórico e os limites dados pela tradição.

Muito deste estado de coisas pode ser reputado à influência da teoria geral do processo, caracterizada que é pela teoria do direito processual civil. É fácil constatar que sua inadequação epistêmica produz resultados indesejados no “conhecimento sobre o processo penal”, com significativos efeitos sobre a concreta realização prática do direito e do processo penal.

De fato, como já se disse, Francesco CARNELUTTI pretendeu construir a teoria geral do processo sobre um conceito processual civil, o conceito de *lide*, entendido por ele como o elemento nuclear do sistema processual. A doutrina brasileira, ao conhecer tais conceitos, logo abraçou o ideal de empreender uma teoria unitária, que pudesse abarcar todos os ramos do processo.<sup>155</sup> Muito provavelmente, um fato que teve contribuição fundamental para tanto foi a permanência de LIEBMAN no Brasil, como professor da Universidade de São Paulo.<sup>156</sup>

---

<sup>155</sup> Em relação à doutrina pátria, um dos nomes de maior vulto a sustentar esta opinião, exercendo influência sobre diversas gerações de processualistas brasileiros, é o de José Frederico MARQUES. Isto se verifica em sua obra “Estudos de direito processual penal” (publicada em 1960), que reúne vários artigos publicados pelo autor desde o ano de 1953. Entre tais artigos estão “Teoria geral do processo: a unidade do processo – o processo penal dos Estados democráticos” e “Direito processual: da unidade do processo – aplicação de conceitos do processo civil no campo do processo penal”.

<sup>156</sup> MARQUES, José Frederico. **O direito processual em São Paulo**. São Paulo: Saraiva, 1977, pp. 74-75: “Foi ele o ‘mestre’ da Escola Processual de São Paulo, e como tal seu grande guia e orientador. É, por isso, que não se pode falar nessa escola e no desenvolvimento dos estudos processuais em São Paulo, na atualidade, sem mencionar, com letras de ouro, o nome ilustre dessa grande figura que tanto tem enriquecido a literatura jurídica, no campo do Direito Processual Civil. (...). Embora nascido em outras plagas, ele pertence também ao patrimônio cultural da ciência jurídica de nossa terra, onde a legião de seus discípulos sempre aumenta em número e se amplia e se multiplica, na admiração e devotamento que nunca lhe deixaram de tributar”. E, segundo CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, “Liebman foi, durante esse tempo, um abnegado apóstolo da sua ciência. Além de ministrar aulas regulares na Faculdade do Largo de São Francisco, reunia estudiosos em sua residência da Alameda Ministro Rocha Azevedo para debater temas de direito processual. Foi assim que os jovens dos anos quarenta se prepararam para dar início a um verdadeiro movimento científico no Brasil, ligados por íntima unidade de pensamento, a ponto de mais tarde um autor estrangeiro referir-se à ‘Escola Processual de São Paulo’. Vieram em seguida os trabalhos de alto nível de Luís Eulálio de Bueno Vidigal, Alfredo Buzaid e José Frederico Marques, discípulos de Liebman naqueles colóquios por este promovidos; (...). A *Escola Processual de São Paulo* caracterizou-se pela aglutinação dos seus integrantes em torno de certos pressupostos metodológicos fundamentais, como a relação jurídica processual (distinta e independente da relação substancial, ou *res in iudicium deducta*), autonomia da ação, instrumentalidade do direito processual e, ultimamente em certa medida, a existência de uma

É uma triste constatação que, se o contato com a doutrina italiana foi muito fértil para os cultores do direito processual civil (os “primos evoluídos”, no dizer de Franco CORDERO), a partir do momento que se imaginou possível, simplesmente, transportar os conceitos da desenvolvida ciência do processo civil ao direito processual penal, impôs-se a este último uma situação que CORDERO bem designou por “atraso cultural”.<sup>157</sup>

Não se pode negar a importância da obra de José Frederico MARQUES e outros autores da Escola da USP, que trabalharam arduamente na elaboração de uma teoria processual penal.<sup>158</sup> Em relação a MARQUES, sabe-se que a profundidade de sua obra é tal que raramente é igualada.

Porém, vale lembrar Boaventura de Souza SANTOS: “a coerência global das nossas verdades físicas e metafísicas só se conhece retrospectivamente”.<sup>159</sup> Quando se avaliam, hoje, os frutos colhidos pelo discurso da *teoria geral do processo*, constata-se a impressionante evolução teórica do direito processual civil, o que engloba todas as rupturas e dissenso que se apresentam, para o bem de seu próprio desenvolvimento. Todavia, ao direito processual penal, restou a pasmeira, a falta de coerência teórica, fruto de uma teimosa postura epistemológica que insiste em converter o processo penal em um arremedo de processo civil, ao arrepiamento de suas próprias particularidades – especialmente quando elas se apresentam com obstáculos à mesma teoria geral.

---

teoria geral do processo” (CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria geral... Op. cit.**, 2009, pp. 137-138).

<sup>157</sup> CORDERO, Franco. **Procedura... Op. cit.**, 1991, p. 377: “sabemos quanto atraso cultural pesava sobre nossa matéria; alguns de seus adeptos pescavam no repertório de seus primos evoluídos (os processualistas civis), às vezes com a mão rude: e, sendo muito diferentes os respectivos mecanismos normativos, estes empréstimos estimulavam discursos esterilmente rebuscados”. [Tradução livre de: “*sappiamo quale ritardo culturale pesasse sulla nostra materia; alcuni suoi adepti pescavano nel repertorio dei cugini evoluti (civilproceduristi), a mano talvolta rude: ed essendo molto diversi i rispettivi meccanismi normativi, quei prestiti stimolavano discorsi sterilmente contorti*”].

<sup>158</sup> É digno de nota, porém, que inúmeros professores da Universidade de São Paulo se postaram contra a possibilidade de uma teoria geral do processo, especialmente com base no fundamento carneluttiano da *lide*. Entre eles, Rogério Lauria TUCCI (**Teoria... Op. cit.**, pp. 53-55) e Sérgio Marcos de Moraes PITOMBO (**Da revelia do demandado no novo Código de Processo Civil In: AA. VV. O processo civil**. 2ª ed. São Paulo: AASP, 1974, *passim*. Ver também: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis Moura. **Tributo a Sérgio Marcos de Moraes Pitombo**. In: Revista da Escola Paulista da Magistratura, a. 4, n. 1, jan-jun, 2003, p. 25 e ss.).

<sup>159</sup> SANTOS, B. S. **A crítica... Op. cit.**, p. 74).

É interessante memorar como MARQUES afirma que, ao tempo de FLORIAN, o direito processual penal não era tido como disciplina autônoma no currículo universitário – sendo ensinado com o direito penal – fato que “deixou o processo penal anquilosado e anêmico”.<sup>160</sup> A solução proposta: uma aproximação teórica com o processo civil.

Infelizmente, porém, esta solução provocou uma descaracterização do direito processual penal. Livre do direito penal, enclausurado em outras categorias teóricas alheias. A postura teórica unitária acaba por sobrevalorizar conceitos e posições do processo civil, mas jamais se vislumbrou o contrário. Quanto o fenômeno processual penal influenciou o desenvolvimento da doutrina processual civil comprometida com a teoria geral? Quase nada, ou mesmo nada. Por isto se poderia falar, aqui, em uma certa *atrofia teórica*. A cura prometida (a aproximação com o processo civil) acabou por impedir que aquilo que é próprio e único no direito processual penal se desenvolvesse.<sup>161</sup>

Neste sentido, valiosa é a lição de Norman FAIRCLOUGH, linguista britânico autor da dita *análise crítica do discurso*, que “visa explorar sistematicamente relações frequentemente opacas de causalidade e determinação entre (a) práticas discursivas, eventos e textos, e (b) estruturas sociais e culturais, relações e processos mais amplos;

---

<sup>160</sup> MARQUES, J. F. **Estudos... Op. cit.**, p. 13.

<sup>161</sup> Já se pontuou, em outro trabalho, a influência da ausência de desenvolvimentos teóricos próprios na realidade concreta do processo penal. Trata-se do tema das condições da ação processual penal, ponto no qual o legado da teoria geral do processo simplesmente não possibilita um juízo de admissibilidade adequado, eis que as condições da ação processual civil explicam muito pouco o que acontece em relação à acusação. Já se disse, quanto àquele tema, como é possível “inferir os efeitos do baixo nível de desenvolvimento científico do direito processual penal brasileiro. Ao contrário do processo civil, que goza de altíssimo nível de cientificidade, a evolução do processo penal quase sempre esteve atrelada à daquele e foi limitada por ele. A Teoria Geral do Processo, no Brasil, tem (pelos que a adotam acriticamente), como parece, a maior parcela de responsabilidade nesse fato, pois a doutrina penalista, com exceções (é claro), mas em plena maioria, adquiriu o hábito de pensar o processo penal a partir dos conceitos processuais gerais (ou melhor, processuais civis), ignorando, assim, as vicissitudes e particularidades da realidade criminal. Há de se considerar, portanto, que posições generalizantes, como essa que se constata agora, decorrem da aplicação acrítica e desfocada (o foco deve ser sempre a pessoa humana, protegida pela Constituição da República em sua dignidade) do processo penal, fruto do insipiente nível científico da disciplina, aparvalhada – como se não bastassem seus próprios problemas – com a constante necessidade de adaptação a concepções alienígenas” (NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. **A tipicidade e o juízo de admissibilidade da acusação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 97-98).

a investigar como essas práticas, eventos e textos surgem de relações e lutas de poder, sendo formados ideologicamente por estas”.<sup>162</sup> Quando se ocupa da noção de interdiscursividade (constituição de um texto a partir de discursos e gêneros diversos), o autor ilustra os fenômenos da colonização e da hibridização discursiva, que podem ser úteis para compreender o que aqui se discute. FAIRCLOUGH demonstra como certas ordens de discursos (uso da linguagem concebido como prática social), por serem hegemônicas, tendem a invadir e a se alastrar, a se hibridizar com outros discursos, porém com prevalência sobre eles.<sup>163</sup> Sobre isto, afirma que, onde “há uma hegemonia relativamente estável, as possibilidades de criatividade são provavelmente fortemente restritas”, isto é, o código linguístico vigente limita o desenvolvimento de formas de pensar alternativas, não inseríveis em seu arcabouço.<sup>164</sup>

Num paralelo com a situação do pensamento jurídico-processual, poder-se-ia dizer que o discurso acadêmico e forense do direito processual penal está completamente tomado pela gramática processual civil, muito evidente em expressões utilizadas de forma irrefletida, como *demanda*, *litígio*, *interesse*, *pretensão*, *tutela jurisdicional*, entre muitas outras. De fato, o processo penal é *dito* por uma linguagem nativa do direito processual civil, construída por este e para este. Apesar da possível similaridade entre as concepções dogmáticas daqueles ramos, é preciso repensar o próprio falar teórico, numa atitude cuidadosa e crítica, depurando o discurso processual penal.

É possível que se pague um preço alto, no futuro, por assumir posições tão duras e inflexíveis, mas se afirma que, neste momento, interessa ao processo penal experimentar voos autônomos. Se, no futuro, esta visão produzir bons ou maus frutos, tudo terá servido para o avanço da ciência.

Todavia, hoje, o quadro parece ser muito mais grave, e seguirá sendo até que

---

<sup>162</sup> FAIRCLOUGH, Norman. **A análise crítica do discurso e a mercantilização do discurso público: as universidades**. In: MAGALHÃES, Célia M (Org.). **Reflexões sobre a análise crítica do discurso**. Belo Horizonte: UFMG, 2001, p. 31 e ss. Ver também: FAIRCLOUGH, Norman. **Discurso e mudança social**. Brasília: UnB, 2001.

<sup>163</sup> FAIRCLOUGH, N. **A análise...** *Op. cit.*, p. 38.

<sup>164</sup> *Id. Ibid.*; FAIRCLOUGH, N. **Discurso...** *Op. cit.*, p. 125.

se entenda que a ciência do processo penal deve ser feita a partir dos fenômenos jurídicos processuais penais, mesmo que isso signifique abrir mão de uma teoria geral. Em verdade, esta é a hora em que os processualistas penais devem buscar entender o que há em seus próprios domínios – sem preconceitos e de forma aberta às outras disciplinas, sem esquecer que o conhecimento humano é *n*-dimensional –, para depois, se é que ainda se sentirá necessidade, pensar em compatibilização teórica com outros ramos do direito processual.

Aqui, vale citar a lição de Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO:

O processo penal, sufocado por uma legislação fascista (copiada na maior parte do Código Rocco de 1930) e cientificamente cega, acaba por receber uma vestimenta (sistemática) costurada para um senhor mais rico, alto, velho e obeso. Entrou, desse modo, mas não serviu. Deixou à mostra pontos cruciais que não serão sanados, cobertos, tão-somente com uma nova legislação, um novo traçado. No fundo, o espírito faz parte da vestimenta e deve mudar junto, sob pena da alteração ser aparente e as falhas, em elementos essenciais, continuarem as mesmas. Sem embargo disso, *per fas et nefas*, a teoria geral do processo civil, a cavalo na teoria geral do processo, penetra no nosso processo penal e, ao invés de dar-lhe uma teoria geral, o reduz a um primo pobre (Carnelutti), uma parcela, uma fatia da teoria geral. Em suma, teoria geral do processo é engodo; teoria geral é a do processo civil e, a partir dela, as demais.<sup>165</sup>

Assim, propõe-se estudar o tema da ação processual penal com base nos pressupostos acima delineados, cujo conteúdo, como se disse, deve dirigir a leitura e a compreensão dos capítulos seguintes.

---

<sup>165</sup> COUTINHO, J. N. M. **A lide...** *Op. cit.*, pp. 122-123.

## 2 O ESTADO ATUAL DO CONHECIMENTO SOBRE A AÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL PENAL: COLONIZAÇÃO DISCURSIVA E AUSÊNCIA DE ENFOQUES AUTÔNOMOS

### 2.1 Demonstrando uma lacuna no campo do conhecimento jurídico processual penal

No capítulo precedente, pretendeu-se demonstrar os motivos que orientarão a escolha de uma abordagem teórica processual penal autônoma, diversa daquela empreendida pelos cultores da teoria geral do processo.

Contudo, deve-se notar que o estado atual do conhecimento sobre o direito processual penal brasileiro demonstra grande vinculação teórica aos desenvolvimentos do direito processual civil. Deveras, são escassos os enfoques teóricos autônomos, a ponto de se poder dizer que os institutos do direito processual penal são lidos, via de regra, a partir de seus equivalentes processuais civis.

No que diz com o tema da ação processual penal, propriamente, quando – ocasionalmente – se ocupa de análises mais profundas sobre o conceito e a natureza jurídica do instituto, sem embargo de possíveis exceções, a doutrina brasileira se limita a buscar nas teorias da ação construídas para o processo civil<sup>166</sup> uma explicação que, inexoravelmente, deixa certas indagações sem explicação. Assim padece o direito processual penal, com a reiterada e acrítica importação de conceitos exógenos.

Um bom exemplo desta postura epistemológica inadequada é a adoção, pela doutrina majoritária, das condições da ação elaboradas por Enrico Tullio LIEMAN para o direito processual civil. Claramente, parte-se de um conceito processual civil de ação e se ignora as peculiaridades do processo penal, fato que “esvazia” o juízo de

---

<sup>166</sup> É digna de referência a bastante conhecida exposição das principais teorias sobre a ação processual feita por Hélio TORNAGHI, nas “Instituições de Processo Penal” (TORNAGHI, Hélio Bastos. **Instituições de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1977, v. I, pp. 241-303). Todavia, percebe-se que o autor revisa as teorias pertinentes ao direito privado, na Europa, e não apresenta qualquer consideração crítica sobre sua aplicabilidade no direito brasileiro.

admissibilidade da acusação e, por consequência, traz resultados indevidos no dia-a-dia dos tribunais.<sup>167</sup>

Invoca-se, aqui, a lição de Franco CORDERO, ao dizer que se deve ocupar dos fenômenos processuais penais, não das teorias processuais civis, de modo que, “sendo distintos os dois processos, quanto ao objeto e aos mecanismos propulsivos, as teorias civilistas sobre a ação não são transportáveis à matéria penal, embora alguns as tomassem emprestadas”. E, ainda, “sabemos qual atraso cultural pesava sobre nossa matéria; alguns de seus adeptos pescavam no repertório de seus primos evoluídos (os processualistas civis), às vezes com a mão rude: e, sendo muito diferentes os respectivos mecanismos normativos, estes empréstimos estimulavam discursos esterilmente rebuscados”.<sup>168-169</sup>

Muito pouco há que se possa atribuir a desenvolvimentos autônomos, e tampouco se questiona aquilo que já está plasmado como senso comum teórico. Por isso, ocupar-se-á, aqui, de demonstrar a insuficiência do discurso dogmático hegemônico sobre a ação processual penal. Importa, pois, revisitar os conceitos vigentes, questioná-los, abandonar o que for inaplicável, em busca de modelos explicativos mais capazes de “dar conta” do fenômeno processual penal.

Este capítulo tem uma vocação eminentemente crítica, eis que se fará um trabalho de desconstrução do esquema teórico vigente. E, a este propósito, parece patente o fato de que a doutrina hegemônica impõe ao direito processual penal uma ação com feições civilísticas. De fato, são caracteres comuns na maior parte dos desenvolvimentos vigentes, como se demonstrará ao longo deste capítulo: a) a ação processual penal é construída a partir dos conceitos carneluttianos, ou derivados, de

---

<sup>167</sup> Este tema já teve um breve desenvolvimento em obra anterior: NUNES DA SILVEIRA, M. A. **A tipicidade... Op. cit., passim.**

<sup>168</sup> CORDERO, Franco. **Procedura... Op. cit.**, 1991, pp. 375 e 377. [Tradução livre de: “*diversi essendo i due processi, quanto a oggetto e meccanismi propulsivi, le teorie civilistiche sull’azione non sono trasponibili alla materia penale ma qualcuno le pigliava a prestito*”; “*sappiamo quale ritardo culturale pesasse sulla nostra materia; alcuni suoi adepti pescavano nel repertorio dei cugini evoluti (civilproceduristi), a mano talvolta rude: ed essendo molto diversi i rispettivi meccanismi normativi, quei prestiti stimolavano discorsi sterilmente contorti*”].

<sup>169</sup> No Brasil, de fato, o discurso processual penal foi erguido, quase que exclusivamente, com base em tais empréstimos, na toada da teoria geral do processo.



lide, pretensão e interesse; b) o conceito de ação processual penal, normalmente, é resultado de um esforço de recomposição histórica fundada no desenvolvimento da temática no direito processual civil; c) as condições da ação, como se pretende, seriam as mesmas nos dois ramos do direito processual; d) atribui-se à ação processual penal a natureza jurídica de um *direito* do autor; e) a justificação política da ação no direito processual penal seria idêntica àquela do direito processual civil, a proibição da autotutela dos direitos. Como se verá, porém, estas concepções raramente são submetidas à crítica devida, ainda que todas elas, em maior ou menor grau, sejam inadequadas ao direito processual penal.

Começar-se-á pela questão do fundamento político da ação processual penal.

## **2.2 Sobre o fundamento político da ação processual penal: inadequação do discurso da proibição da autotutela dos direitos**

É conclusão quase unânime na manualística da doutrina hegemônica o fato de que a proibição da autotutela dos direitos (vingança privada) é o fundamento político da ação processual penal, o que se faz na esteira do discurso processual civil equivalente. Isto é, fundado nas mais tradicionais teorias sobre a formação do Estado, e com base contratualista, o argumento reza que a compulsoriedade das regras de conduta estabelecidas pelo poder soberano – em especial aquela que veda a autotutela dos direitos pelos cidadãos – impõe ao próprio Estado o dever de prestar tutela àqueles que foram preteridos da livre realização de seus direitos.

Realmente, a Constituição de 1988, no inciso XXXV, do artigo 5º, estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”. Assim, em relação ao direito privado, a ação poderia ser vista como um direito à jurisdição, fundado na proibição da vingança privada.<sup>170</sup>

---

<sup>170</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos...** *Op. cit.*, v. I, p. 308: “A supressão da autodefesa, epílogo de uma luta secular em que se resume a própria história do Estado a de civilização, levou as nações

Como era de se supor, diante da atitude epistemológica adotada pela doutrina tradicional em relação ao processo penal, buscou-se o caminho de adequar o fundamento político da ação processual civil ao direito processual penal.

Assim, ensina José Frederico MARQUES que “se a limitação da autodefesa criou o direito de ação para os indivíduos, também a limitação da auto-executoriedade de certos atos estatais fez nascer para o Estado o direito de agir, a fim de que possa impetrar de seus juízes a aplicação da norma legal”.<sup>171</sup> E, daí, a limitação ao poder de punir determinada pelo princípio da indefectibilidade (ou necessidade) da jurisdição – *nulla poena sine iudicio*<sup>172</sup> – seria o fundamento político da ação penal.<sup>173</sup>

Todavia, neste ponto, é preciso ter bem clara a distinção entre ação e processo, eis que não são expressões sinônimas.<sup>174</sup> A ação é um ato processual que serve à provocação da atuação jurisdicional do Estado e encontra fundamento no princípio da inércia da jurisdição.<sup>175</sup> O processo penal, por sua vez, vai entendido como um conjunto de atos dirigido ao fim de resolver um caso penal.<sup>176</sup> Sendo assim, o princípio da indefectibilidade da jurisdição (*nulla poena sine iudicio*), invocado por José Frederico MARQUES, vai contemplado pela simples existência e obrigatoriedade do processo como meio para a realização do direito penal, independentemente de haver ou não ação.

Sobre isto, percebe-se que, nas estruturas inquisitórias originais, o Estado-juiz instaurava de ofício o processo penal (mecanismo existente desde a legislação colonial e presente no atual Código de Processo Penal, como se conclui da redação original de

juridicamente organizadas à criação de tribunais e juízos, para tornarem efetiva a tutela dos interesses individuais contida nas leis e mandamentos do direito objetivo”.

<sup>171</sup> *Id. Ibid.*, p. 310.

<sup>172</sup> “Não há pena sem processo”.

<sup>173</sup> MARQUES, J. F. **Elementos...** *Op. cit.*, v. I, pp. 308-310. No mesmo sentido, possivelmente a partir do próprio José Frederico MARQUES, entre vários outros: NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 174; TOURINHO FILHO, F. C. **Processo...** *Op. cit.*, v. I, p. 294.

<sup>174</sup> Assim, igualmente, não se pode confundir o fundamento político da ação penal com o do próprio direito processual penal – do qual ela é apenas um elemento fundamental.

<sup>175</sup> Segundo Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, a inércia da jurisdição é uma das características importadas do sistema acusatório que busca favorecer ao órgão jurisdicional sua imparcialidade e equidistância das partes (**Introdução...** *Op. cit.*, p. 121).

<sup>176</sup> *Id. Ibid.*, p. 128.

seu art. 531 – com plena vigência até a Constituição de 1988 –, que facultava ao juiz a instauração do processo como medida de ofício, sem provocação do autor, visando a apuração da responsabilidade do suposto autor de uma contravenção penal<sup>177</sup>). Esta já foi uma das mais marcantes características do sistema inquisitório brasileiro, e é inconciliável com a noção contemporânea de ação. Isto porque, desta forma, o Estado-jurisdição age sem a provocação de uma terceira parte, ou seja, sem ação.

Mesmo assim, a imposição de uma limitação à aplicação da sanção penal, vinculando-a ao pronunciamento judicial decorrente do devido processo penal (*nulla poena sine iudicio*), permaneceria a mesma. De fato, este princípio, que também é chamado de princípio da necessidade do processo, inerente ao sistema penal, é observado mesmo que, em tese, não exista um mecanismo de provocação da atuação jurisdicional por uma parte acusadora diversa do juiz (como ocorria no modelo processual inquisitório medieval).

Em suma, a proibição da vingança privada não justifica politicamente a existência da ação processual penal, embora esteja relacionada com a necessidade peremptória do processo penal (não há pena sem processo).

Note-se que o direito civil e o direito penal são realizados de formas muito distintas. Enquanto o primeiro foi concebido para uma auto-realização cotidiana, como quando se outorga uma procuração, aliena um bem, realiza um contrato, contrai matrimônio, todas situações em que algum direito privado é materialmente concretizado, o direito penal só se realiza por meio do processo. O processo penal é sempre necessário, no que foi chamado, acima, de indefectibilidade da jurisdição.<sup>178</sup>

---

<sup>177</sup> E dos crimes aos quais se aplicava o procedimento sumário, como os crimes contra a economia popular (art. 10, da Lei 1.521, de 26 de dezembro de 1951).

<sup>178</sup> Emilio GOMEZ ORBANEJA, como fazem os autores espanhóis, denomina a *indefectibilidad de la jurisdicción penal* de “*principio de la necesidad del proceso penal*” (**Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal**. v. I. Barcelona: Bosch, 1951, p. 27). Sobre o princípio, plasmado no artigo 1º da vigente *Ley de Enjuiciamiento Criminal* espanhola (“Não se imporá pena alguma por consequência de atos puníveis cuja repressão incumba à jurisdição ordinária, senão em conformidade com as disposições do presente Código ou de leis especiais e em virtude de sentença ditada por juiz competente”), Juan MONTERO AROCA ensina que “os julgados e tribunais não têm monopólio algum na aplicação do direito privado. Este direito se aplica normalmente pelos particulares em sua vida diária quando contratam, quando constituem família, quando fazem testamento, etc. Os órgãos jurisdicionais também aplicam esse direito, mas, desde logo, não o fazem em regime de exclusividade,

Por seu turno, o processo civil, salvo casos especiais, é medida de exceção, aplicável quando, por qualquer motivo, não é possível a realização normal e esperada do direito material. Aqui se vê porque os processualistas civis atribuem à ação civil um caráter de substituição à autotutela: o cidadão não pode fazer justiça com as próprias mãos, mas tem à sua disposição o mecanismo da ação para a provocação do Estado-juiz. Já, agora, quanto ao direito penal, com ou sem provocação da jurisdição por um terceiro (ação processual), jamais se poderia falar em auto-realização.

O fundamento político da ação processual penal é diverso, e tem relação como o princípio da imparcialidade do juiz. De fato, a opção política pela separação das funções de acusar e julgar – e, portanto, pela exigência de uma ação penal – não tem seu fundamento no art. 5º, XXXV, da Constituição, como ocorre no processo civil, mas na constatação, quase óbvia, de que haveria prejuízos, ou no mínimo dúvidas, à imparcialidade de um juiz que julgasse um processo cuja existência é fruto de sua própria iniciativa (se, desde logo, ele acredita que o processo deve ser iniciado, há enormes chances de que já tenha formulado um juízo sobre o mérito do caso

---

e nem sequer se pode dizer que, estatisticamente, sejam seus aplicadores mais importantes. Todas as pessoas, quando se relacionam juridicamente com outras, estão atuando esse direito. E o mesmo acontece em outros ramos do direito, mesmo que não seja possível lhes qualificar como direito privado em sentido estrito, com ocorre com o direito do trabalho, o administrativo ou o tributário, que também são aplicados tanto pelos particulares (como trabalhadores ou empresários, por um lado, ou como administradores, por outro) quanto pelas Administrações públicas, e isto até o extremo de que são todos eles seus normais aplicadores. *O direito penal, pelo contrário, se aplica única e exclusivamente pelos julgados e tribunais e, precisamente, apenas por meio do processo, do que resulta que estamos diante de uma situação muito diferente da aplicação de outros ramos do ordenamento jurídico*” (**Principios del proceso penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, pp. 15-16, sem grifos no original). [Tradução livre de: “*No se impondrá pena alguna por consecuencia de actos punibles cuya represión incumba a la jurisdicción ordinaria, sino de conformidad con las disposiciones del presente Código o de Leyes especiales y en virtud de sentencia dictada por Juez competente*”; “*los juzgados y tribunales no tienen monopolio alguno en la aplicación del Derecho privado. Este Derecho se aplica normalmente por los particulares en su vida diaria cuando contratan, cuando constituyen familia, cuando hacen testamento, etc. Los órganos jurisdiccionales también aplican ese Derecho, pero, desde luego, no lo hacen en régimen de exclusividad, y ni siquiera puede decirse que estadísticamente sean sus aplicadores más importantes. Todas las personas, cuando se relacionan jurídicamente con otras, están actuando ese Derecho. Y lo mismo sucede con otras ramas jurídica, aunque no puedan calificarse de Derecho privado en sentido estricto, como ocurre con los derechos laboral, administrativo o fiscal, que también son aplicados tanto por los particulares (en cuanto trabajadores o empresarios, por un lado, o como administradores, por otro) cuanto por las Administraciones públicas, y ello hasta el extremo de que unos y otras son sus normales aplicadores. El derecho penal, por el contrario, se aplica única y exclusivamente por los juzgados y tribunales y sólo precisamente por medio del proceso, con lo que resulta que estamos ante una situación muy diferente de la aplicación de las otras ramas del ordenamiento jurídico*”.]

jurídico).<sup>179</sup>

Por tudo, indicando-se uma diferença insuperável em relação à ação no processo civil – e, portanto, ao próprio direito processual civil –, deve-se concluir que o fundamento político da ação processual penal reside na criação de uma situação concreta que favoreça o julgamento imparcial do caso penal.<sup>180</sup>

### 2.3 O desenvolvimento histórico do conceito de ação processual: sua origem no direito processual civil

Não se duvida que o conceito de ação processual é nato nas províncias do direito processual civil, aliás, seu nascimento (na segunda metade do século XIX) se confunde com o próprio reconhecimento da autonomia teórica do processo civil em relação ao direito civil. Da mesma forma, não se ignora que o conceito de ação processual penal veio construído, sempre, nos moldes daquele desenvolvimento conceitual.

Deste modo, necessário se faz enfrentar o problema do desenvolvimento histórico do conceito, ainda que nas fronteiras do direito processual civil, para que se possa edificar uma compreensão mais ampla sobre a situação atual do discurso da ação processual e sua indevida incorporação na esfera do direito processual penal.

---

<sup>179</sup> Neste sentido, Franco CORDERO afirma que “a ação é um poder da parte. O automatismo inquisitório, com efeito, a ignora; o aparato trabalha *ex officio*; o mesmo órgão investiga sobre possíveis delitos, recolhe notícias, adquire provas, julga. Este modelo concentra os poderes em uma mão e desenvolve falsas perspectivas, abolindo as distâncias necessárias a um julgamento equânime” (**Procedura... Op. cit.**, 1991, p. 377). [Tradução livre de: “*l’azione è un potere della parte. L’automatismo inquisitorio, infatti, la ignora: l’apparato lavora ex officio; lo stesso organo investiga su possibili reati, raccoglie notizie, acquisisce prove, giudica. Questo modello concentra i poteri in una mano e sviluppa false prospettive, abolendo le distanze necessarie al giudizio equanime*”.]

<sup>180</sup> O mito da neutralidade do juiz – e, por via de consequência, de sua imparcialidade – já ruiu ante as epistemologias contemporâneas que demonstraram quão infundado é o dogma da neutralidade do sujeito de conhecimento. O juiz, no processo, é sujeito de conhecimento e, como tal, jamais é neutro. Apesar disso, a imparcialidade pode ser concebida como “uma meta a ser atingida pelo juiz no exercício da jurisdição”, em relação à qual há certos mecanismos legais favoráveis (COUTINHO, J. N. M. **Introdução... Op. cit.**, p. 117) Exemplos de tais mecanismos são o princípio da inércia da jurisdição, a independência do poder judiciário e as prerrogativas e vedações constitucionais dos juízes (art. 95, da CR/88), entre inúmeros outros.

A tarefa que se impõe, portanto, é reconstruir historicamente o conceito e posteriormente submeter tais ideias à crítica fundada na valorização das categorias tipicamente processuais penais e suas especificidades. Todavia, diga-se desde logo, não se trata de um trabalho maniqueísta, xenófobo, de modo que não se exclui a possibilidade da adoção crítica de certos desenvolvimentos teóricos processuais civis, desde que não sejam incompatíveis com o fenômeno jurídico processual penal.<sup>181</sup>

Assim, delineados os motivos da incursão que se fará aos domínios processuais civis, vale a pena clarificar que, mesmo entre os cultores do processo civil, não há resultados teóricos definitivos e absolutamente consensuais. Na verdade, está-se muito longe disto. Este debate científico, que já superou um século e meio de existência, ainda sobrevive e, no horizonte, não se enxerga um termo.<sup>182</sup>

### 2.3.1 *A ação imanente ao direito material. A teoria imanentista, ou civilista, da ação*

A autonomia científica do direito processual civil é conquista obtida em meados do século XIX, antes do que este era tratado como um apêndice do direito civil – posição que o direito processual penal também já teve em relação ao direito penal. Sendo assim, é natural que o conceito de ação estivesse também submetido aos cânones dogmáticos do direito civil. É verdade que, antes das primeiras explicações oitocentistas, o processo era concebido, meramente, como *praxe judiciária*, sem grandes esforços de sistematização teórica.

Neste sentido, a compreensão da ação processual, ainda que como um instituto do direito civil, operada por Friedrich Carl von SAVIGNY tem o grande mérito de ser

---

<sup>181</sup> Como ensina COUTINHO, “a mudança de postura, em relação ao conteúdo do processo, imporá ao nosso direito processual penal a obrigação de um repensamento geral. Isso não significa desistir do já produzido, ao contrário, devemos trabalhar sem preconceitos e utilizar tudo aquilo de realmente útil, venha do processo civil ou de quem quer que seja. Só não cabe malabarismo lingüístico, contorcionismos para uma adaptação impossível” (COUTINHO, J. N. M. **A lide... Op. cit.**, p. 145).

<sup>182</sup> Para um aprofundamento no estado atual do tema no direito processual civil, ver MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 1, pp. 174 e ss.

uma das primeiras abordagens científicas sobre o tema (em oposição ao *praxismo* então dominante). Fruto do pandectismo alemão do “Oitocento”,<sup>183</sup> o autor parte de um ponto de vista histórico sobre a famosa fórmula de CELSO, “*nihil aliud est actio quam ius, quod sibi debeat, in iudicio persequendi*”,<sup>184</sup> e conclui que a ação seria uma metamorfose do próprio direito material, decorrente de sua violação.<sup>185</sup>

Segundo SAVIGNY, como consta do quinto volume de seu “*System des heutigen römischen Rechts*” (“Sistema do direito romano contemporâneo”, publicado em nove volumes entre 1840 e 1849), o direito de ação é “o aspecto particular, que

---

<sup>183</sup> É comum a associação entre o Pandectismo e uma certa idolatria do direito romano, pelas Pandectas de Justiniano (REALE, Miguel. **A Parte Geral do Novo Código Civil**. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 13, jul. 2006). Trata-se de uma forma de compreensão do direito desejadamente fechada, ansiosa por uma adequação à configuração científica moderna (paradigma newtoniano-cartesiano), que teve entre seus principais expoentes, Friedrich Carl von SAVIGNY, Georg Friedrich PUCHTA e Bernhard WINDSCHEID. Como ensina Paolo GROSSI: “O segundo Savigny pode ser considerado o inspirador e o orientador daquela robusta corrente do pensamento jurídico alemão dominante na segunda metade do século XIX, que costumamos chamar convencionalmente de Pandectística. Agora, para deixar claro: Pandectística em sentido estrito e também em sentido convencional, uma vez que é no mínimo desde o século XVI que na Alemanha se tem exercícios modernos sobre as velhas Pandectas de Justiniano. Em tal sentido restrito, refere-se a uma comunidade de juristas – particularmente, de civilistas – que, em boa sintonia com as exigências da cultura burguesa já dominante na Alemanha, se dedica – com imaginação, inteligência, força especulativa – à construção de um direito abstrato, isto é, articulado em categorias lógicas desejadas, pensadas e desenhadas como libertas da contaminação dos fatos econômicos e sociais contingentes; um direito abstrato que se resolve facilmente em um sistema marcado por um absoluto rigor lógico-dedutivo”. (**L’Europa del diritto**. 7ª ed. Roma-Bari: Laterza, 2011, p. 168. [Tradução livre de: “*il secondo Savigny può considerarsi l’ispiratore e la guida di quella robusta corrente del pensiero giuridico tedesco dominante nella seconda metà dell’Ottocento che siamo soliti chiamare convenzionalmente Pandettistica. Precisando subito: Pandettistica in senso stretto e anche in senso convenzionale, giacché è almeno dal Cinquecento che in terra di Germania si hanno esercitazioni moderne sulle vecchie Pandette giustinianee. In una siffatta ristretta accezione si intende una comunità di giuristi – particolarmente, di civilisti – che, in buona sintonia con le esigenze della civiltà borghese ormai campeggiante anche in Germania, si dedica – con fantasia, intelligenza, forza speculativa – alla costruzione di un diritto astratto, cioè articolato in categorie logiche volute pensate disegnate come liberate dalla contaminazione dei contingenti fatti economici e sociali; un diritto astratto che si resolve facilmente in un sistema improntato a un assoluto rigore logico-deduttivo*”).

<sup>184</sup> A fórmula é do jurisconsulto e cônsul romano CELSO (Publius Iuventius Celsus Titus Aufidius Hoenius Severianus), do século II da Era Cristã, publicada no **Digestorum D. Iustiniani**, do Imperador Justiniano, no livro XLIV, título VII, fragmento 51. A versão citada é a indicada em latim no livro: GARCÍA DEL CORRAL, Ildelfonso L. **Cuerpo del derecho civil romano**. v. 3. Barcelona: Jaime Molinas, 1897. [Tradução livre: “A ação nada mais é que o direito de pedir em juízo o que nos é devido.”].

<sup>185</sup> SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Sistema del diritto romano attuale**. Trad. Vittorio Scialoja. v. 5. Turim: Utet, 1893, § 205, pp. 3-4.

todo direito assume em consequência de uma lesão”.<sup>186</sup> Ou seja, o direito de ação é o direito à tutela jurisdicional que nasce da lesão de um direito, mas no sentido de ser uma transformação do próprio direito lesionado.<sup>187</sup>

A gramática do direito civil, por certo, não seria capaz de oferecer soluções melhores, que só surgiram quando o processo civil rompeu com o direito civil e buscou uma evolução científica autônoma. *Mutatis mutandis*, como se propõe, aqui, ao direito processual penal em relação ao direito processual civil.

Todavia, a ideia de ação como uma metamorfose do próprio direito material violado ou ameaçado foi recebida como inovadora, e arrastou um significativo séquito de adeptos, na Alemanha e fora dela, tornando-se hegemônica até que abordagens teóricas posteriores, já fundadas na autonomia teórica, viessem a infirmá-la. Entre estes autores estão MATTIROLO<sup>188</sup> e DEMOLOMBE, que chegou a dizer que,

---

<sup>186</sup> SAVIGNY, F. C. **Sistema... Op. cit.** p. 4. [Tradução livre de: “*l’aspetto particolare, che ogni diritto assume in conseguenza di una lesione...*”.]

<sup>187</sup> SAVIGNY, F. C. **Sistema... Op. cit.**, p. 3: “Alguns têm pretendido considerar as ações como uma classe especial de direitos, postos no mesmo patamar dos direitos de família, propriedade, etc., e aqui deve ser lembrada a refutação, já feita anteriormente (§ 59), desta opinião. Estes direitos, ao contrário, competem somente ao processo de evolução, ou seja, à metamorfose, que pode ocorrer em cada direito por si próprio, e estão, portanto, na própria linha do nascimento e da extinção dos direitos, que também devem ser concebidos como momentos no processo da vida dos direitos, e não como direitos em si. As modificações dos direitos, que serão agora examinadas, dividem-se em duas classes. Algumas delas nascem simplesmente da própria lesão: a estes se refere o problema das ações.” [Tradução livre de: “*Alcuni hanno voluto considerare le azioni come una classe speciale di diritti, posti sulla stessa linea dei diritti di famiglia, della proprietà, ecc., e deve qui ricordarsi la confutazione già fatta più sopra (§ 59) di quest’opinione. Questi diritti spettano piuttosto soltanto al processo di evoluzione ossia alla metamorfosi, che può avvenire in ogni diritto per sè stante, e stanno perciò sulla linea stessa della nascita e dell’estinzione dei diritti, che pure debbono concepirsi soltanto come momenti nel processo della vita dei diritti, non come diritti di per sè. Le modificazioni dei diritti, che debbono ora esaminarsi, si dividono in due classi. Alcune di esse nascono dal semplice fatto della lesione stessa: a queste si riferisce la teorica delle azioni.*”]

<sup>188</sup> “O direito de agir em juízo para obter o reconhecimento de um direito violado ou negado constitui a ação judicial, a qual, portanto, configura um direito elevado à *segunda potência*, isto é, a qualidade, própria do direito, de poder invocar em sua tutela as garantias judiciárias: *jus persequendi in judicio quod nobis debeat aut quod nostrum est*. É manifesto, assim, que a cada direito, reconhecido pela lei positiva, corresponde a ação judicial, a menos que esta haja sido expressamente negada pelo legislador, e substituída por alguma outra garantia.” (MATTIROLO, Luigi. **Trattato di diritto giudiziario civile italiano**. 5ª ed. Turim: Fratelli Bocca, 1902, v. I, p. 21). [Tradução livre de: “*Il diritto di agire in giudizio per ottenere la ricognizione di un diritto violato o disconosciuto costituisce l’azione giudiziaria, la quale quindi rappresenta un diritto alla ‘seconda potenza’, cioè la qualità, propria del diritto, di potere invocare in sua tutela le garanzie giudiziarie: ‘Jus persequendi in judicio quod nobis debeat aut quod nostrum est’. Onde si fa manifesto che ad ogni diritto, riconosciuto*”]



quando a lei falava de *direitos e ações*, incorria em pleonasma.<sup>189</sup>

No Brasil, muitos autores abraçaram a teoria imanentista da ação, como CÂMARA LEAL<sup>190</sup>, JOÃO MONTEIRO<sup>191</sup> e CLÓVIS BEVILÁQUA<sup>192</sup>. Este último, aliás, autor do Código Civil de 1916, fez com que a lei encampasse a teoria civilista da ação, como se verifica no texto do artigo 75, daquele diploma.<sup>193</sup>

Respeitada certa diversidade, os conceitos dos autores desta corrente teórica têm a conclusão comum, que marca a noção de imanência, de que “não há ação sem direito; não há direito sem ação; a ação segue a natureza do direito”.<sup>194</sup>

Com efeito, como ensina Giuseppe CHIOVENDA, que também já apresenta uma crítica à teoria civilista,

sobre a célebre definição romana ‘*nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeat iudicio persequendi*’ a doutrina teria proposições aparentemente diversas, mas todas incluindo um conceito de ação que poderia ser considerado misto ou impuro. Alguns configuravam-na como o poder, imanente ao direito, de reagir contra a violação, ou como o direito mesmo em sua tendência à atuação; alguns como um direito novo e por si mesmo, nascido com a violação do direito e tendo por conteúdo a obrigação do adversário de fazer cessar a violação; mistos ou impuros estes conceitos, já que se à ação se lhe dá por conteúdo uma obrigação qualquer do sujeito passivo do direito, se cai facilmente em uma duplicação inútil do conceito mesmo de direito.<sup>195</sup>

---

*dalla legge positiva, corrisponde l'azione giudiziaria, a meno che questa sia stata espressamente dal legislatore negata, e sostituita da qualche altra garanzia”.*]

<sup>189</sup> Cf. COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 4ª ed. Montevideo: B de F, 2005, p. 52.

<sup>190</sup> “Acção é o direito de pedir em juízo o que nos é devido – *jus persequendi in iudicio quod sibi debeat*.” (CÂMARA LEAL, Antonio Luiz. **Manual elementar de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1930, v. I, p. 183).

<sup>191</sup> “O direito de acção é a virtude própria a cada direito de se afirmar por meio da força social.” (MONTEIRO, João. **Direito das acções**. São Paulo: Typographia Duprat & Comp., 1905, p. 25).

<sup>192</sup> “A ação é parte constitutiva do direito subjetivo, pois que é o próprio direito em atitude defensiva.” (BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1956, v. I, pp. 254-255).

<sup>193</sup> Código Civil de 1916: “Art. 75. A todo direito corresponde uma ação, que o assegura”.

<sup>194</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. **Teoria geral do processo civil**. 3ª ed. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 95.

<sup>195</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **La acción en el sistema de los derechos**. Trad. Santiago Sentís Melendo. Bogotá: Temis, 1986, pp. 5-6. [Tradução livre de: “sobre la célebre definición romana ‘*nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeat iudicio persequendi*’ la doctrina tejía proposiciones aparentemente diversas, pero todas incluyendo un concepto de acción que podría considerarse mixto o impuro. Algunos la configuraban como la potestad inmanente al derecho de reaccionar contra la violación, o como el derecho mismo en su tendencia a la actuación; algunos como un derecho nuevo y

O fato indicado por CHIOVENDA, de que a teoria civilista não obteve sucesso em demonstrar e explicar a natureza da ação processual, torna-se bastante evidente à obra de Adolf WACH – autor posterior à polêmica entre WINDSCHEID e MUTHER e que, portanto, já atuava dentro de uma concepção autônoma do direito processual civil –, ao negar a teoria imanentista pelo argumento de que existem direitos de ação que não estão fundados em direitos materiais privados, como a *acción declaratoria negativa*: “a tese da imanência do direito de ação no direito subjetivo é de todo impossível e inconcebível quando existem direitos de ação independentemente dos direitos subjetivos privados que devem ser protegidos por aqueles. Sua existência, hoje em dia, já não pode ser negada por ninguém, em vista da ação de declaração negativa.”<sup>196</sup>

De fato, o argumento de WACH coloca por terra a suposta relação de imanência entre direito e ação. Assim, como há situações nas quais o direito de ação não é um mera transformação do direito material, a conclusão evidente é a de que entre eles há sempre uma relação de autonomia. Inclusive, é digno de nota que o reconhecimento desta autonomia foi um passo essencial no desenvolvimento de uma ciência do direito processual, mas que não foi possível antes da polêmica entre WINDSCHEID e MUTHER.

---

*por sí mismo, nacido con la violación del derecho, y teniendo por contenido la obligación del adversario de hacer cesar la violación; mixtos o impuros estos conceptos, ya que si a la acción se le da por contenido una obligación cualquiera del sujeto pasivo del derecho, se cae fácilmente en una duplicación inútil del concepto mismo del derecho”.*]

<sup>196</sup> WACH, Adolf. **La pretensión de declaración**. Trad. Juan M. Semon. Buenos Aires: EJEJA, 1962, p. 51. [Tradução livre de: “La tesis de la inmanencia del derecho de acción en el derecho subjetivo privado, es del todo imposible e inconcebible, cuando existen derechos de acción, independientemente de los derechos subjetivos privados que deben ser protegidos por aquéllos. Su existencia, hoy en día, ya no puede ser negada por nadie, en vista la acción de declaración negativa.”]

### 2.3.2 *Descobrimo a autonomia teórica do direito processual civil. A polêmica entre Windscheid e Muther*

Atribui-se à célebre polêmica entre WINDSCHEID e MUTHER os louros de ter tornado possível a edificação de um discurso científico processual civil autônomo – ainda que seus autores não tivessem, imediatamente, tal preocupação –, notadamente por oferecer os argumentos necessários para a superação da teoria imanentista. Os autores da “polêmica”, convém dizer, inserem-se no mesmo bojo dos pandectistas alemães, que consagrou SAVIGNY, e eram romanistas muito respeitados, sobretudo WINDSCHEID, um dos maiores nomes do pandectismo.<sup>197</sup> Em verdade, a “polêmica” é um conjunto de obras sobre o direito romano, com um interesse meramente secundário no direito contemporâneo.

Neste contexto, Bernhard WINDSCHEID, no ano de 1856, escreve o seu “*Die Actio des römischen Civilrechts, von Standpunkte des heutigen Rechts*” (“A *Actio* do direito civil romano do ponto de vista do direito contemporâneo”), onde afirma que a concepção de *actio* em Roma não correspondia, em verdade, àquela moderna concepção de *ação* (*klage*), mas, antes, à moderna noção de *pretensão jurídica* (*anspruch*). Portanto, a *actio romana* não equivaleria ao conceito contemporâneo de *ação* como *Klagerecht* (direito de queixa) dirigido ao Estado: “Assim como a *actio* não é um direito à tutela de outro direito, nascido da lesão deste, tampouco é a faculdade de requerer a tutela para o direito em caso de lesão. A *actio* é a faculdade de impor a própria vontade mediante a persecução judicial”.<sup>198</sup>

Segundo o autor, em certos casos, o pretor romano costumava conceder a tutela jurisdicional ainda quando não havia no *jus civile* comando normativo que socorresse ao cidadão, de modo que se não poderia dizer que sempre a *actio romana*

<sup>197</sup> GROSSI, P. *L’Europa... Op. cit.*, p. 169.

<sup>198</sup> WINDSCHEID, Bernhard. **La “actio” del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho actual.** In: WINDSCHEID, Bernard; MUTHER, Theodor. **Polémica sobre la “actio”.** Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJEA, 1974, p. 7. [Tradução livre de: “*Así como la actio no es el derecho a la tutela de otro derecho, nacido de la lesión de éste, tampoco es la facultad de requerir tutela para el derecho en caso de lesión. La actio es la facultad de imponer la propia voluntad mediante la persecución judicial.*”]

emanava do direito (*jus*): “Para os romanos, então, o importante não era o que dizia o direito, mas o que dizia o tribunal. Aquele cuja pretensão era discutida não perguntava se ela teria respaldo no direito, mas se o magistrado a cargo do tribunal estaria inclinado a lhe permitir a persecução judicial, a lhe conceder uma *actio* para fazer valer esta pretensão”, assim, “a *actio* está no lugar do direito; não é uma emanção deste. Pode-se ter uma *actio* sem ter um direito e, por sua vez, ainda que tendo um direito, pode-se carecer dela”.<sup>199</sup>

Em suma, “*actio* é, então, o termo para designar o que se pode exigir de outrem; para caracterizar isto de forma breve, podemos dizer precisamente que *actio* é o vocábulo para designar a pretensão”.<sup>200</sup>

Por este motivo, diante da dúvida sobre a equivalência da *actio* e da *klage*, WINDSCHEID termina por responder negativamente, apontando que – seja no período das *legis actiones* ou no do procedimento *per formulas* – a expressão *actio* comportava significação diversa daquela inerente ao conceito moderno de ação, expresso pelo vocábulo *klage*.

Com efeito, a partir de WINDSCHEID, pode-se concluir que, no procedimento formulário (contemporâneo a CELSO e seu conceito de *actio*, que serviu de inspiração à teoria savignyana), havia situações em que o juiz conferia ao autor uma fórmula (*actio*) sem um respectivo *jus* no corpo do direito civil. Daqui, infere-se que a *actio* romana não poderia ser reputada como uma transformação do direito material lesado. Esta conclusão teve um efeito muito contundente, eis que, idólatras do Direito Romano, os pandectistas pretendiam o direito moderno como um reflexo daquele. Tudo isto, de certa forma, colocava sombra sobre a teoria da ação de SAVIGNY.

---

<sup>199</sup> Id. Ibid., pp. 9-10. [Tradução livre de: “Para los romanos, pues, lo decisivo no era lo que decía el derecho, sino lo que decía el tribunal. Aquel cuya pretensión era discutida no preguntaba si ella tenía respaldo en el derecho, sino si el magistrado a cargo del tribunal estaría inclinado a permitirle la persecución judicial, a concederle una *actio* para hacer valer esa pretensión. (...) la *actio* está en lugar del derecho; no es una emanación de éste. Puede tenerse una *actio* sin tener un derecho, y a su vez, aun teniendo un derecho, puede carecerse de ella.”]

<sup>200</sup> Id. Ibid., pp. 11-12. [Tradução livre de: “*Actio* es pues el término para designar lo que se puede exigir de otro; para caracterizar esto en forma breve, podemos decir atinadamente que *actio* es el vocablo para designar la pretensión.”]

Então, ao concluir que a *actio* não corresponde à *klage*, WINDSCHEID vaticina que a *actio* equivaleria à *anspruch* (pretensão) do direito moderno, no sentido de uma imposição da própria vontade pela perseguição judicial.<sup>201</sup>

Como se disse, a mácula imposta à teoria imanentista da ação provocou reações, fato que pode ter desencadeado a própria “polêmica”. Theodor MUTHER, por sua vez, contrapôs-se de forma veemente à ideia de que a *actio* romana equivaleria ao conceito moderno de pretensão, e reafirmou a tese (de SAVIGNY) de que a *actio* é algo que segue a sorte do *jus*.<sup>202</sup> Todavia, acabou por dar outro passo decisivo para a superação da própria concepção imanentista da ação.

Na obra “*Zur Lehre von römischen Actio, dem heutigen Klagrecht, der Litiscontestatio und der Singularsuccession in Obligationen — Eine Kritik des windscheid'schen Buches*” (“Sobre a doutrina da *actio* romana, do direito de acionar atual, da litiscontestação e da sucessão singular nas obrigações — Crítica ao livro de Windscheid”), de 1857, MUTHER, ainda que reconheça uma vinculação entre a ação e o direito material, concebe aquela como algo distinto deste: “Temos, pois, dois direitos distintos, dos quais um é pressuposto do outro, mas que pertencem a campos distintos, já que o primeiro é um direito privado e o outro de natureza pública”.<sup>203</sup>

Em verdade, MUTHER contesta as afirmações de WINDSCHEID e tenta afirmar a equivalência dos conceitos da *actio* romana e da ação moderna, ao afirmar que a *actio* romana sempre decorria de um direito, mesmo quando o pretor concedia a fórmula sem fundamento no *jus civile*. Em tais casos, o próprio pretor era o criador do

---

<sup>201</sup> WINDSCHEID, Bernhard. **La “actio”... Op. cit.**, p. 7 (tradução livre): “A *actio* é a faculdade de impor a própria vontade mediante a perseguição judicial”.

<sup>202</sup> MUTHER, Theodor. **Sobre la doctrina de la *actio* romana, del derecho de accionar actual, de la *litiscontestatio* y de la sucesion singular en las obligaciones: crítica del libro de Windscheid “La “actio” del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho actual. In: WINDSCHEID, B.; MUTHER, T. *Polémica... Op. cit.*, p. 241: “Vimos que el ordenamiento jurídico romano no era el ordenamiento de las pretensiones judicialmente perseguibles, sino el ordenamiento de los derechos, y que solamente éstos (en su sentido subjetivo) eran susceptibles de persecución judicial. Por consiguiente, quien tenía derecho a que se le confiriera la fórmula debía tener también un derecho subjetivo, que era presupuesto y fundamento del primero”.**

<sup>203</sup> *Id. Ibid.* [Tradução livre de: “Tenemos pues dos derechos distintos, de los cuales el uno es el presupuesto del otro, pero que pertenecen a campos distintos, ya que el uno es un derecho privado, y el otro de naturaleza pública.”]

direito aplicável ao caso concreto (*jus praetorium*), ao qual se conferia a mesma natureza do *jus civile*. Assim, conclui que, mesmo no direito romano, a *actio* estava assentada sobre um direito subjetivo material.<sup>204</sup> O autor pretendeu manter o discurso da equivalência com o direito romano – que lhes era tão caro –, ainda que isto tivesse um preço, aparentemente paradoxal: a negação da teoria imanentista da ação.

De fato, MUTHER, no capítulo intitulado “O direito de acionar em nossos dias”, ao expressar sua compreensão sobre a ação contemporânea, acabou por sustentar posição teórica diversa daquela de SAVIGNY. Em verdade, afirmou que o direito de ação não é uma metamorfose do direito material (que permanece com a mesma natureza após o exercício da ação), mas é diverso dele. Enquanto o direito subjetivo material é dirigido ao particular e tem natureza privada, o direito de ação é público e dirigido ao Estado:

Chegamos à conclusão de que o conceito romano de direito de acionar deve ser entendido de maneira distinta do que acontece habitualmente. Mas ao mesmo tempo resulta óbvio que este conceito, em sua acepção romana, tem ainda realidade no direito atual. Também em nosso meio, quem foi lesionado em seu direito tem direito à assistência estatal (direito de acionar), e, como entre os romanos, os pressupostos desse direito são outro direito e a lesão deste último. (...) Se adverte que o direito e o direito de acionar não são, hoje em dia, idênticos, se pensamos que há um obrigado no direito e outro obrigado distinto no direito de acionar, e também porque, todavia, hoje podem existir pretensões sem direitos de acionar, a menos que se queira negar a possibilidade das *naturales obligationes*.<sup>205</sup>

A resposta de WINDSCHEID, que encerra a “polêmica”, se esforça em rebater as críticas de MUTHER, no “*Die Actio — Abwehr gegen Dr. Th. Muther*” (“*A Actio — Réplica ao Dr. Th. Muther*”). Ainda que desprovido de argumentos

---

<sup>204</sup> *Id. Ibid.*, p. 224.

<sup>205</sup> MUTHER, Theodor. **Sobre la doctrina... Op. cit.**, p. 248. [Tradução livre de: “*Hemos llegado a la conclusión de que el concepto romano de derecho de accionar debe entenderse de manera algo distinta de lo que sucede habitualmente. Pero al mismo tiempo resulta obvio que ese concepto, en su acepción romana, tiene aún realidad en el derecho actual. También en nuestro medio, quien ha sido lesionado en su derecho tiene derecho a la asistencia estatal (derecho de accionar), e, igual que para los romanos, los presupuestos de ese derecho son otro derecho y la lesión de este último. (...) Se advierte que el derecho y el derecho de accionar no son hoy en día idênticos, si pensamos que hay un obligado en el derecho y otro obligado distinto en el derecho de accionar, y también porque todavía hoy puede haber pretensiones sin derechos de accionar, a menos que se quiera negar la posibilidad de las naturales obligationes.*”]

verdadeiramente novos, nesta obra, em suma, o autor sustenta que MUTHER havia distorcido suas afirmações e indica claramente que suas observações limitavam-se ao direito material, não lhe importando o direito processual: “Do que antecede se conclui que não nego de maneira alguma o direito de acionar que tem o autor: Se não me referi a ele em meu trabalho, isto se deve a dois motivos: 1) este direito pertence ao campo do processo, e não do direito civil; 2) ao combater a incorreta definição da essência da *actio*, só me referi à concepção que vê no direito de acionar um direito privado”.<sup>206</sup>

É fato que os romanistas envolvidos na “polêmica” não estavam muito interessados no direito processual que lhes era contemporâneo. Nada obstante, a síntese aqui apresentada teve foco, exclusivamente, nos argumentos daquelas obras que têm vinculação com o tema desta pesquisa, o que, em verdade, não esgota toda a riqueza teórica de seu conteúdo. Trata-se de um recorte que pretendeu demonstrar como algumas de suas conclusões serviram de trampolim para o reconhecimento de um direito de ação autônomo em relação ao direito material, afirmado por vários juristas após a “polêmica”,<sup>207</sup> fato que fez nascer um novo ramo do conhecimento jurídico: o direito processual. A identificação da diversidade de objetos científicos entre o direito material e o direito processual pode ser considerado um legado daquelas obras.

Neste sentido, curiosa é a descrição do papel desempenhado pela polêmica entre WINDSCHEID e MUTHER no campo do direito processual feita pelo doutrinador uruguaio Eduardo Juan COUTURE, ao afirmar que “para a ciência do

---

<sup>206</sup> WINDSCHEID, B. *La Actio. Replica al Dr. Theodor Muther*. In: WINDSCHEID, B.; MUTHER, T. *Polémica... Op. cit.*, p. 323. [Tradução livre de: “*De lo que antecede se desprende que yo no niego de ninguna manera el concepto de derecho de accionar que tiene el autor. Si no me he referido a él en mi trabajo, ello se debe a dos motivos: 1) ese derecho pertenece al campo del proceso, y no al del derecho civil; 2) al combatir la incorrecta definición de la esencia de la actio, sólo toqué la concepción que ve en el derecho de accionar un derecho privado.*”]

<sup>207</sup> Em 1868, Oskar von BÜLOW, com sua obra “*Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*” (“A teoria das exceções e pressupostos processuais”), e, depois, os “fundadores” da chamada teoria *abstracta* da ação, Alexander PLÓSZ (“*Beiträge zur Theorie des Klagerechts*”, “Contribuições à teoria do direito de queixa”, com publicação húngara em 1876 e alemã em 1880) e Hans Heinrich DEGENKOLB (“*Einlassungszwang und Urteilsnorm*”, “Obrigatoriedade de resposta e norma judicial”, de 1877), além de Adolf WACH, idealizador da teoria *concreta* da ação, em 1885, com seu “*Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*” (“Manual de processo civil alemão”), entre inúmeros outros.

processo, a separação do direito e da ação constituiu um fenômeno análogo ao que representou para a física a divisão do átomo. Mais que um novo conceito jurídico, constituiu a autonomia de todo este ramo do direito. Foi a partir deste momento que o direito processual adquiriu personalidade e se despreendeu do velho tronco do direito civil”.<sup>208-209</sup>

### 2.3.3 A teoria abstrata da ação

A “descoberta” da autonomia da ação processual em relação ao direito material, fruto da “polêmica”, enquanto representou um grande avanço teórico, acabou por abrir um imenso campo de não-saber (se não é o direito material transformado, o que é a ação processual?), território fértil para o surgimento de um número muito

---

<sup>208</sup> COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos... Op. cit.**, p. 52. [Tradução livre de: “*para la ciencia del proceso, la separación del derecho y de la acción constituyó un fenómeno análogo a lo que representó para la física la división del átomo. Más que un nuevo concepto jurídico, constituyó la autonomía de toda esta rama del derecho. Fue a partir de este momento que el derecho procesal adquirió personalidad y se desprendió del viejo tronco del derecho civil.*”]

<sup>209</sup> É digno de nota que Francisco de PAULA BATISTA, professor na Faculdade de Direito de Pernambuco entre os anos de 1835 e 1881, formulou conceito de ação – cerca de vinte anos antes dos autores europeus – baseado na ideia de autonomia da ação em relação ao direito material e ação. Alfredo BUZUID, sobre a questão, sintetiza o pensamento daquele autor (publicado em 1855), indicando que: “a) definiu a ação como um direito, autônomo do direito subjetivo, o que representa notável progresso para seu tempo, em que ainda se discutiam as idéias de VINNIUS e HEINECIUS sobre se a ação era um meio ou um direito; b) considerou o regime judiciário como uma instituição, idéia essa que se vai encontrar em WACH, em seu célebre artigo *Der rechtsschutzanspruch*, publicado em 1904, e retomada modernamente por uma parte da doutrina européia e americana; c) colocou o processo civil no campo do direito público; d) fixou que a ação tem a sua direção voltada contra o Estado, não contra o réu; e) finalmente, mostrou que a ação é o direito à obtenção de uma sentença de mérito (*obter justiça*) não de uma sentença favorável” (**Grandes processualistas**. São Paulo: Saraiva, 1982, pp. 58-61). De fato, PAULA BATISTA afirma que “acção (do verbo ‘agere, obrar’) é o direito de invocar a autoridade publica (*juiz*) e de obrar perante regularmente perante ella para obter justiça. As palavras ‘autoridade publica’ alludem as leis de organização judiciaria: as palavras ‘obrar regularmente’ alludem as leis do processo, ou das formas; e todas estas leis compõem o regime judiciario, cuja instituição é de direito publico, e a noção da palavra ‘acção’ o dá como já existindo. (...). *Corollarios*. Do exposto segue-se: 1º que as acções são direitos em garantia de outros direitos preexistentes; e, por tanto; 2º que a cada direito deve corresponder uma acção; 3º finalmente que o exercício d’ellas é tão livre, como o dos direitos de que nascem” (**Compendio de theoria e pratica do processo civil comparado com o commercial e de hermeneutica juridica**. 5ª ed. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1898, pp. 10-11, respeitada a grafia original).



grande de esforços teóricos voltados ao próprio direito processual, de forma autônoma e despregada do corpo do direito civil.

Um dos pioneiros, neste sentido, foi Oskar von BÜLOW, que publicou, em 1868, seu *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Processvoraussetzungen* (“A teoria das exceções processuais e dos pressupostos do processo”), no qual advoga, a partir do glosador bolonhês BULGARO, “*iudicium est actus trium personarum: iudicis, actoris et rei*”,<sup>210</sup> a tese de que a natureza jurídica do processo é a de uma relação jurídica pública (de direito público): “Desde que os direitos e as obrigações processuais se dão entre os funcionários do Estado e os cidadãos, desde que se trata no processo da função dos oficiais públicos e eis que, também, as partes são levadas em conta apenas no aspecto de sua vinculação e cooperação com a atividade judicial, essa relação pertence, com toda a evidência, ao direito público e o processo resulta, portanto, uma relação jurídica pública”.<sup>211</sup>

Depois de BÜLOW, surgem diferentes tentativas de se explicar o conteúdo processual do fenômeno jurídico da ação. E, aqui, entre os primeiros, destacam-se Alexander PLÓSZ e Heinrich DEGENKOLB, quase simultaneamente e independentemente, que a concebem como direito autônomo (em relação ao direito material) e abstrato, ou seja, desvinculado de qualquer outro direito subjetivo anterior.

DEGENKOLB publicou, em 1877, na Alemanha, a obra *Einlassungszwang und Urteilsnorm* (“Obrigatoriedade de resposta e norma judicial”)<sup>212</sup> e Alexander PLÓSZ trouxe à luz, também na Alemanha, em 1880, o livro *Beiträge zur Theorie des*

---

<sup>210</sup> Jurista italiano, do século XII, nascido em Bolonha. [Tradução livre: “O processo é atividade de três pessoas: juiz, autor e réu”].

<sup>211</sup> BÜLOW, Oskar von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJEJA, 1964, pp. 1-2 [Tradução livre de: “Desde que los derechos y las obligaciones procesales se dan entre los funcionarios del Estado y los ciudadanos, desde que se trata en el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que, también, a las partes se las toma en cuenta únicamente en el aspecto de su vinculación y cooperación con la actividad judicial, esa relación pertenece, con toda evidencia, al derecho público y el proceso resulta, por lo tanto, una relación jurídica pública.”]

<sup>212</sup> Segundo Hélio TORNAGHI, a tradução do título desta obra é “Ingresso forçado [em juízo] e norma judicial”. Neste sentido, esclarece que “*Einlassungszwang* é a obrigação do réu de participar do processo para que haja contraditório”, e “*Urteilsnorm* é a norma contida na sentença — *Urteil*” (*Instituições... Op. cit.*, 1977, v. I, p. 272).

*Klagerechts* (“Contribuições à teoria do direito de queixa”), obras que podem ser reputadas os atos inaugurais do desenvolvimento teórico sobre a ação processual, na perspectiva do direito processual como disciplina autônoma.<sup>213</sup>

Afirmar que o direito de ação cabe a qualquer pessoa, em qualquer circunstância, e que não está referido a qualquer pressuposto de direito material é o postulado básico da teoria abstrata da ação.<sup>214</sup> Eis por que PLÓSZ cunhou a expressão *direito abstrato*.<sup>215</sup> Afinal, para aqueles autores, o direito de ação não é a transformação de um direito subjetivo material ou um direito que nasce da violação a outro direito.

Hélio TORNAGHI, ao tratar da teoria abstrata da ação, afirma: “Nisto se opõem a Windscheid. Concordam com Bülow em que o processo existe por si e sem dependência do direito chamado substantivo. Mas entendem que a ação é a razão de ser do processo. Pouco importa que o autor tenha ou não razão. O processo existirá em ambos os casos. O que cumpre é que ele tenha ação, que tenha o direito de ingressar em juízo para compor a lide (daí o nome do livro de Degenkolb).”<sup>216</sup>

Todavia, apesar de seu caráter abstrato, DEGENKOLB sustentou que o direito de ação compete apenas àqueles cuja demanda é juridicamente relevante (“*rechtlich*

---

<sup>213</sup> Vale mencionar que, diferentemente do afirmado Adolf WACH, no ano de 1885 (**Manual de derecho procesal civil**. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1977, p. 46), a obra de PLÓSZ é anterior à de DEGENKOLB, ainda que se considere que as ideias presentes nas duas obras sejam resultado de desenvolvimentos independentes. No prefácio da edição alemã de seu livro, PLÓSZ esclarece este fato indicando que seu trabalho havia sido publicado, em língua húngara, no ano de 1876, ou seja, um ano antes do livro de DEGENKOLB. (PLÓSZ, Alexander. **Beiträge zur theorie des klagerechts**. Leipzig: Duncker & Humblot, 1880, pp. V-VI). Sobre este fato, CHIOVENDA sugere que o desenvolvimento simultâneo e independente de ideias tão semelhantes decorre da influência de teorias precedentes, especialmente de MUTHER e BEKKER, sobre aqueles autores (**La acción... Op. cit.**, p. 100).

<sup>214</sup> Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. **Problemi del processo civile**. Napoli: Morano Editore, 1962, p. 41.

<sup>215</sup> PLÓSZ (**Beiträge... Op. cit.**, p. 40) explica que pode haver ação sem necessariamente haver direito material e, eis que o direito de agir tem existência independentemente de um direito material, pode ele ser chamado de direito abstrato de ação. (“*Habe ich ein processuales Klagerecht, so habe ich noch nicht notwendigerweise ein privatrechtliches Klagerecht. Indem das processuale Klagerecht von der realen Existenz des Titels abstrahirt, könnte man es auch ein abstractes Klagerecht nennen und in diesem Sinne sodann das privatrechtliche ein concretes Klagerecht.*”)

<sup>216</sup> TORNAGHI, H. B. **Instituições... Op. cit.**, 1977, v. I, p. 272

*erheblichen Klagbehauptung*”)<sup>217</sup> e que preenchem um requisito de ordem subjetiva, a boa-fé, que o autor procura explicar por seu conceito de “veracidade subjetiva” (*Subjektive Wahrhaftigkeit*). Assim, só teria ação o cidadão “honesto, isto é, que funda sua asserção na boa-fé”,<sup>218</sup> ou, dito de outro modo, que acredita sinceramente ser o titular do direito que persegue em juízo.

No direito processual civil, a teoria abstrata da ação arrebatou número muito significativo de adeptos, que persistem até os dias atuais. Entre eles, o já mencionado Eduardo J. COUTURE, que discorda da denominação “ação abstrata”, mas afirmou que a compreensão abstrata deve prevalecer sobre a concreta.<sup>219</sup> Em suas palavras: “A ação, como poder jurídico, de acudir à jurisdição, existe sempre: com direito (material) ou sem ele; com pretensão ou sem ela, pois todo indivíduo tem esse poder jurídico, ainda antes de nascer sua pretensão concreta. O poder de acionar é um poder jurídico de todo indivíduo enquanto tal; existe ainda quando não se exerça efetivamente”.<sup>220</sup> Ainda, COUTURE encontra relação entre a ação processual e o “direito de petição”, que afirma representar uma garantia individual prevista na maioria das constituições escritas dos estados contemporâneos.<sup>221</sup>

---

<sup>217</sup> DEGENKOLB, Heinrich. **Einlassungszwang und urteilnorm**. Leipzig: Breitkopf & Härtel, 1877, p. 41.

<sup>218</sup> *Id. Ibid.* [Tradução livre de: “*der ehrlichen, d. h. auf guten Glauben fassenden Behauptung*”]

<sup>219</sup> Todavia, o autor diverge de DEGENKOLB acerca da boa-fé como limite à abstração: “configurou um desvio da esfera própria desta doutrina a exigência de reclamar no demandante ‘um convencimento sincero’ de seu direito. A ação pertence ao litigante sincero e ao insincero; só ocorre que este último não se serve da ação dentro de seus limites legítimos, mas fora deles, em esfera ilegítima (...). Mas o uso impróprio da ação não deve desorientar a quem deseje conhecer sua natureza. Quanto muito, deve obrigar-lhe a distinguir entre o direito as conseqüências injustas ou danosas de seu exercício” (COUTURE, E. J. **Fundamentos... Op. cit.**, pp. 58-59). [Tradução livre de: “*Configuró una desviación de la esfera propia de esta doctrina, la exigencia de reclamar en el demandante ‘un convencimiento sincero’ de su derecho. La acción pertenece al litigante sincero y al insincero; sólo ocurre que este último no se sirve de la acción dentro de sus límites legítimos, sino fuera de ellos, en esfera ilegítima (...). Pero el uso impropio de la acción no debe desorientar a quien desee conocer su naturaleza. Cuando más, debe obligarle a distinguir entre el derecho y las consecuencias injustas o perjudiciales de su ejercicio*”.]

<sup>220</sup> *Id. Ibid.*, p. 56. [Tradução livre de: “*La acción, como poder jurídico de acudir a la jurisdicción, existe siempre: con derecho (material) o sin él; con pretensión o sin ella, pues todo individuo tiene ese poder jurídico, aun antes de nazca su pretensión concreta. El poder de accionar es un poder jurídico de todo individuo en cuanto tal; existe aun cuando no se ejerza efectivamente.*”]

<sup>221</sup> *Id. Ibid.*

Como conclusão, consigne-se que a teoria abstrata enxerga o direito de ação como um direito subjetivo de natureza pública<sup>222</sup> que cabe a todo e qualquer cidadão, como expressão de sua personalidade e capacidade de gozo, e existe independentemente da existência de um direito material.<sup>223</sup>

#### 2.3.4 A teoria concreta da ação

Alguns anos depois do desenvolvimento da teoria abstrata da ação, Adolf WACH, professor na Universidade de Leipzig, apresentou críticas à obra de DEGENKOLB e propôs um novo modelo teórico para o direito de ação. Registre-se, porém, que suas críticas não atingem o pressuposto da autonomia da ação em relação ao direito material, que também é o ponto de partida desta nova abordagem.

As primeiras ideias de WACH sobre o tema são publicadas em 1885, no primeiro tomo de seu *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts* (“Manual de direito processual civil alemão”). Ali, de carona na “polêmica”, afirma que o direito de ação e o direito subjetivo material são independentes. E, no ano de 1888, na monografia *Der Feststellungsanspruch* (“A pretensão de declaração”) — escrita em homenagem a WINDSCHEID — estabelece os contornos definitivos de seu enfoque sobre a ação, que ganhou o apelido de teoria concreta da ação.

Para compreender a ação em WACH, é preciso considerar a ideia que é sua premissa fundamental, a noção de *pretensão de tutela jurídica* ou *pretensão de proteção do direito* (*Rechtsschutzanspruch*), como ele se refere à ação, que declarou ser “a chave que nos abre a região fronteira entre direito civil e processo”.<sup>224</sup> A pretensão de tutela jurídica, que se não refere à pretensão de direito material, tampouco ao próprio direito material, representaria o objeto do processo civil e

---

<sup>222</sup> Exceto na visão de COUTURE, porém, que fala em poder jurídico quando se refere à natureza jurídica do direito de ação.

<sup>223</sup> Cf. CHIOVENDA, G. *La acción...* *Op. cit.*, p. 12.

<sup>224</sup> WACH, A. *La pretensión...* *Op. cit.*, p. 37. [Tradução livre de: “la llave que nos abre la región fronteriza entre derecho civil y proceso.”]

consistiria na “pretensão do demandante, ou em seu caso do demandado, de que lhe seja concedida a tutela jurídica processual”. Assim, tratar-se-ia da “pretensão que o direito vincula ao fato-tipo extraprocessual e que se exerce frente ao Estado para que satisfaça frente ao demandado o interesse de tutela jurídica na forma estabelecida pelo ordenamento processual, a pretensão que se apresenta frente ao adversário para que este tolere o ato de tutela”.<sup>225</sup>

Em síntese, WACH afirma que

a pretensão de proteção do direito constitui o ato de amparo judicial que forma o objetivo do processo. Ela vai dirigida ao Estado, o qual deve outorgar tal amparo; e se dirige contra a parte contrária, frente a qual deve ser outorgada dita proteção. É de natureza de direito público, e não uma emanção ou expressão do direito privado subjetivo. Mas ela tampouco é aquela faculdade, do direito público, de demandar, que compete a qualquer que, dentro das formas estabelecidas e com fundamento jurídico, sustente uma pretensão de proteção do direito. (...). A pretensão de proteção do direito, ou, como se diz também, de forma demasiadamente limitada, o direito de ação judicial, não é o mesmo direito privado subjetivo, nem muito menos a pretensão (Anspruch).<sup>226-227</sup>

A partir de tais hipóteses, o autor declara uma vinculação efetiva entre o direito de ação e o direito subjetivo material que, embora não infirme sua autonomia,<sup>228</sup> liga indissociavelmente o direito de ação à concreta existência do

<sup>225</sup> WACH, A. **Manual... Op. cit.**, v. I, p. 42. [Tradução livre de: “*pretensión del demandante, o en su caso del demandado, de que se conceda tutela jurídica procesal*”; “*pretensión que el derecho vincula al hecho-tipo extraprosesal y que se ejerce frente al Estado para que satisfaga frente al demandado el interés de tutela jurídica en la forma establecida por el ordenamiento procesal, la pretensión que se plantea frente al adversario para que éste tolere el acto de tutela.*”]

<sup>226</sup> WACH, A. **La pretensión... Op. cit.**, pp. 39-40. [Tradução livre de: “*La pretensión de protección del derecho constituye el acto de amparo judicial que forma el objetivo del proceso. Ella va dirigida al Estado, el cual debe otorgar tal amparo; y se dirige contra la parte contraria, frente a la cual debe ser otorgada dicha protección. Es de naturaleza de derecho público, y no es la emanación o expresión del derecho privado subjetivo. Pero ella tampoco es aquella facultad, del derecho público, de demandar, que compete a cualquiera que, dentro de las formas establecidas y con fundamento jurídico, sostenga una pretensión de protección del derecho. (...) La pretensión de protección del derecho, o, como suele decirse también, en forma demasiado limitada, el derecho de accionar judicialmente, no es el mismo derecho privado subjetivo, ni mucho menos la pretensión (Anspruch).*”]

<sup>227</sup> É digna de nota a influência de MUTHER no pensamento de WACH, que se torna evidente quando o autor dirige seu conceito de ação ao Estado e, ao mesmo tempo, à contraparte.

<sup>228</sup> Para CHIOVENDA, a teoria de WACH teria demonstrado de forma mais clara do que todas as anteriores a autonomia do direito de ação (**La acción... Op. cit.**, pp. 17-18). Com efeito, afirma WACH que a tese da imanência do direito de ação no direito material não se sustenta diante da

direito material perseguido em juízo. De fato, o próprio autor faz referência à pretensão de tutela jurídica como um direito, de natureza pública, *relativamente* independe do direito privado.<sup>229</sup>

Eis por que seu modelo ganha o nome de *teoria concreta da ação*: para WACH, a pretensão de tutela jurídica tem por conteúdo a sentença favorável. E, assim, só competiria ao autor que tem razão.<sup>230</sup>

Aqui, apresenta crítica à teoria abstrata ao argumentar que a existência de um interesse legítimo voltado à proteção de um direito é condição prévia de toda pretensão de tutela jurídica<sup>231</sup>: “Mas esta possibilidade de acionar de forma eficaz (seja de boa-fé ou má-fé), esse chamado direito publicístico de ação, é *res merae facultatis*, não o exercício de um direito e muito menos de um direito a uma sentença de conteúdo determinado. Não é parte do ordenamento jurídico concreto, materializado em fatos-tipo determinados; é unicamente uma formulação subjetivada da norma jurídica abstrata”.<sup>232</sup>

Nas palavras de CHIOVENDA, a ação na teoria wachiana é “um direito subjetivo que corresponde ao cidadão a que assiste a razão para que o estado lhe conceda a tutela jurídica” (*Rechtsschutzanspruch*), e que se dirige “ao mesmo tempo contra o Estado e contra o adversário”.<sup>233</sup>

existência de certas modalidades de ação (como a declaratória negativa) independentes da existência de um direito subjetivo material (ver tópico 2.3.1).

<sup>229</sup> WACH, A. *La pretensión... Op. cit.*, p. 51.

<sup>230</sup> WACH, A. *Manual... Op. cit.*, v. I, pp. 46 e 49.

<sup>231</sup> WACH, A. *La pretensión... Op. cit.*, p. 51 Em outra passagem, declara que a teoria do “direito de ação publicístico e abstrato” induz a erro e é cientificamente estéril. Nesta toada, sustenta que “uma pretensão de tutela jurídica só compete a quem tem nessa tutela um interesse *real*, não *imaginário*, e o expõe no processo” (WACH, A. *Manual... Op. cit.*, v. I, pp. 45-46, grifos no original). [Tradução livre de: “*una pretensión de tutela jurídica sólo compete a quien tiene en esa tutela un interés real, no imaginario, y lo expone en el proceso.*”]

<sup>232</sup> WACH, A. *Manual... Op. cit.*, v. I, p. 46. [Tradução livre de: “*Pero esa posibilidad de accionar eficazmente (sea de buena o de mala fe), ese llamado derecho publicístico de accionar, es res merae facultatis, no el ejercicio de un derecho y mucho menos de un derecho a una sentencia de contenido determinado. No forma parte del ordenamiento jurídico concreto, materializado en hechos-tipo determinados; és unicamente una formulación subjetivada de la norma jurídica abstracta.*”]

<sup>233</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Trad. José Casais y Santaló. Madri: Editorial Réus, 1922, t. I, pp. 69-70. [Tradução livre de: “*un derecho subjetivo que corresponde al ciudadano a quien asiste la razon para que el Estado le conceda la tutela jurídica*”];

Apesar de suas limitações, que são quase evidentes, ao pensamento de WACH aderiram juristas importantes, como CHIOVENDA, que, todavia, desenvolveu um modelo concretista próprio.

Em sua famosa aula magna (*prolusione*) proferida na Universidade de Bolonha, no dia 03 de Fevereiro de 1903, – posteriormente publicada sob o título de “*L’azione nel sistema dei diritti*” no volume I dos “*Saggi di diritto processuale civile*” –, CHIOVENDA apresentou sua concepção sobre a ação.

No geral, não há grandes pontos de divergência em relação a WACH, eis que sustenta a relação de autonomia do direito de ação e só concede ação a quem tem razão, na forma do direito a uma sentença de conteúdo determinado. Todavia, CHIOVENDA nega o caráter de direito público à ação processual: para ele, a ação processual não é dirigida ao Estado<sup>234</sup>, mas à contraparte, no sentido de que à propositura da demanda forma-se uma relação entre cidadãos mediada pelo Estado.<sup>235</sup>

---

“*al mismo tiempo contra el Estado y contra el adversario*”].

<sup>234</sup> “Pensamos verdadeiramente em direito frente ao Estado quando falamos de ação? Pensa o leigo, quando dá causa a um litígio judicial, exercitar um direito frente ao Estado? É em geral inexato o que afirma WACH, de que o direito à tutela jurídica constitua objeto do processo: o juiz, ao aplicar a lei, não pronuncia que o Estado deva querer em um determinado modo, mas que o Estado quer. Mas não é o direito à tutela jurídica, frente ao Estado, pacificamente satisfeito por este com base no ordenamento judicial e, em particular, pela distribuição da jurisdição em vários graus, o poder que sentimos animar o processo civil. Este é, antes, o direito de provocar a atividade do órgão jurisdicional *contra o adversário*” (CHIOVENDA, G. **La acción... Op. cit.**, p. 19, grifos no original). [Tradução livre de: “¿Pensamos verdaderamente nosotros en un derecho frente al Estado, cuando hablamos de acción? ¿Piensa el profano, al llevar a cabo una litis, ejercitar un derecho frente al Estado? Es en general inexacto lo que afirma WACH, de que el derecho a la tutela jurídica constituya objeto del proceso: el juez, al aplicar la ley, no pronuncia que el Estado deba querer en un determinado modo, sino que el Estado quiere. Pero no es el derecho a la tutela jurídica frente al Estado pacificamente satisfecho por éste mediante el ordenamiento judicial y en particular mediante la distribución de la jurisdicción en varios grados, la potencia que nosotros sentimos animar el proceso civil. La misma es más bien el derecho de provocar la actividad del órgano jurisdiccional *contra el adversario*.]”

<sup>235</sup> “Eis que quando um cidadão, valendo-se dos meios que o ordenamento jurídico põe a sua disposição, seja a lei, seja a atividade de seus órgãos de Estado, pode com um ato de sua vontade produzir determinados efeitos jurídicos frente ao cidadão, vemos ali uma relação de poder entre cidadão e cidadão; a qual certamente existe na medida em que o cidadão pode se valer da lei ou da atuação dos órgãos públicos. Mas esta relação do titular do direito com a lei e com os poderes do Estado atua como meio em suas mãos relativamente a sua relação com o adversário” (CHIOVENDA, G. **La acción... Op. cit.**, p. 20). [Tradução livre de: “Ya que donde un ciudadano, valiéndose de los medios que el ordenamiento jurídico pone a su disposición, ya sea la ley, ya sea la actividad de los órganos de Estado, puede con un acto de su voluntad producir determinados efectos jurídicos frente al ciudadano, allí nosotros vemos una relación de poder entre ciudadano y ciudadano; la cual en tanto ciertamente existe, en cuanto otro puede montar sobre la ley o sobre la actividad de los órganos

Ainda, também em divergência quanto ao pensamento wachiano, com originalidade, CHIOVENDA afirma que a natureza jurídica do direito de ação é a de um “*direito de poder jurídico*” (*Kann-Rechte* ou *Rechte des rechtlichen Könnens*), que chama, na medida em que “se esgota[m] em uma faculdade, ou melhor, em uma ‘potesdade’”,<sup>236</sup> de *direito potestativo*, categoria que congregaria, também, outras figuras jurídicas, como a rescisão por descumprimento contratual, o reconhecimento de filhos, a revogação de uma doação, entre vários outros.

O direito de ação, porém, seria o direito potestativo por excelência.<sup>237</sup> Isto porque, por meio de seu exercício – que se não confunde com o direito subjetivo material –, o autor cumpriria as condições para a atuação concreta da vontade da lei, que terá de ser suportada pela contraparte. Para CHIOVENDA, nenhuma obrigação processual corresponde a este poder jurídico, mas apenas a sujeição aos efeitos jurídicos a que tende a ação.<sup>238</sup> Nisto estaria a natureza *concreta* da ação para o autor.

---

*públicos. Pero esta relación del titular del derecho con la ley y con los poderes del Estado actúa como medio en sus manos respecto a su relación con el adversario.”]*

<sup>236</sup> CHIOVENDA, G. **La acción...** *Op. cit.*, p. 29. [Tradução livre de: “*se agotam en una facultad o mejor en una ‘potestad’.*”]

<sup>237</sup> *Id. Ibid.*, pp. 29 e ss.

<sup>238</sup> “Determinemos melhor a natureza deste poder e, ao mesmo tempo, a diferença de nossas formulações em relação às anteriores, que denominamos mistas. A ação é um poder *frente* ao adversário, mais que *contra* o adversário. Queremos com esta distinção expressar a idéia de que a ação não opõe obrigação alguma. O preconceito de que o direito subjetivo pressupõe necessariamente um dever distanciou-se sempre desta concepção de ação, que é a mais simples. A ação é um poder, diante do qual o adversário não está obrigado à coisa alguma (...). À ação não corresponde nenhum dever processual do adversário: senão pura e simplesmente sua sujeição aos efeitos jurídicos a que tende a ação. Estes efeitos jurídicos, como se tem afirmado desde o princípio, derivam da verificação da condição para a atuação da lei, são a atuação da lei (...). A ação assim entendida existe sempre que a lei faz depender de uma vontade privada a própria atuação; e nada tem a ver com o direito subjetivo, não é uma parte sua, não é uma função sua, não é uma potência sua, nem um direito que surge necessariamente da violação de um direito” (CHIOVENDA, G. **La acción...** *Op. cit.*, pp. 20-21, grifos no original). [Tradução livre de: “*Determinemos ahora mejor la naturaleza de este poder y, al mismo tiempo, la diferencia de nuestras formulaciones de aquellas más antiguas que llamamos mixtas. La acción es un poder frente al adversario, más que contra el adversario. Queremos con esta distinción expresar la idea de que la acción no opone obligación alguna. El prejuicio de que el derecho subjetivo presuponga necesariamente un deber, ha alejado siempre de esta concepción de la acción, que es la más simple. La acción es un poder, frente al cual el adversario no está obligado a cosa alguna (...). A la acción no corresponde ningún deber procesal del adversario: sino pura y simplemente su sujeción a los efectos jurídicos a los que la acción tiende. Los cuales efectos jurídicos, como se ha afirmado desde el principio, derivan de la verificación de la condición para la actuación de la ley, son la actuación de la ley (...). La acción así entendida existe siempre que la ley hace depender de una voluntad privada la propia actuación; y no tiene nada que ver con el derecho*”]



Aliás, neste sentido, afirma que a ação corresponde ao demandado na hipótese de lhe se ser oposta uma demanda infundada.<sup>239</sup>

No Brasil, entre os adeptos da teoria concreta da ação, pode-se mencionar Joaquim Canuto Mendes de ALMEIDA,<sup>240</sup> Celso Agrícola BARBI,<sup>241</sup> José Ignácio BOTELHO DE MESQUITA,<sup>242</sup> e Ovídio Baptista da SILVA.<sup>243</sup>

Não foram poucas as críticas dirigidas às teorias concreta e abstrata da ação, mas ainda encontram adeptos fervorosos, e, sobretudo, vale dizer que constituem a base do atual pensamento sobre o instituto no direito processual civil. Mesmo quando se analisa um desenvolvimento mais recente e, em certa medida, hegemônico na doutrina brasileira, percebe-se a influência, declarada, daquelas teorias. Trata-se da proposta de Enrico Tullio LIEBMAN, chamada de teoria eclética, ou mista, da ação.

### 2.3.5 A teoria eclética da ação

Enrico Tullio LIEBMAN propôs o que chamou de “nova síntese” das teorias relativas à ação processual, que foi apresentada em sua *prolusion* de 1949, na Universidade de Turim (posteriormente publicada nos “*Scritti in onore di Francesco Carnelutti*”, Pádua, 1950, v. 2, e no livro “*Problemi del processo civile*”, do ano de 1962)<sup>244</sup>, e assumiu forma definitiva na 3ª edição de seu “*Manuale di diritto*

---

*subjetivo, no es una parte suya, no es una función suya, no es una potencia suya, ni un derecho que surge necesariamente de la violación de un derecho”.*]

<sup>239</sup> *Id. Ibid.*, p. 22.

<sup>240</sup> ALMEIDA, J. C. M. *Processo... Op. cit.*, p. 106 e ss.

<sup>241</sup> BARBI, Celso Agrícola. **A ação declaratória no processo civil brasileiro**. 2ª ed. Belo Horizonte: [s.n], 1962, pp. 58-59.

<sup>242</sup> BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. **Da ação civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 122.

<sup>243</sup> SILVA, O. B.; GOMES, F. **Teoria geral... Op. cit.**, *passim*.

<sup>244</sup> Em momento anterior, porém, o autor já havia esboçado seu conceito de ação, nos artigos “Concepto de la acción civil”, publicado na *Revista de Estudios jurídicos y sociales del Centro de Estudiantes de Derecho*, Montevideu, ano XIII, 1940, pp. 217 e ss., e “O despacho saneador e o julgamento de mérito”, publicado na *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 42, n.º 104, 1945, pp. 216 e ss., e no livro “Estudos sobre o processo civil brasileiro”, de 1947, durante a permanência do autor na Universidade de São Paulo.

*processuale civile*” (1973). Na *prolusão torinesa*, o autor afirmou que o debate sobre a ação se limitava às teorias abstrata e concreta da ação, mas que ambas eram, de forma isolada, insuficientes para explicar o instituto. Uma síntese da duas, porém, contendo as “partes de verdade” de cada uma delas, seria adequada ao processo civil contemporâneo.<sup>245</sup>

Iniciar-se-á, pois, pelas críticas apresentadas por LIEBMAN às duas correntes então vigentes. No tocante à teoria *concreta* da ação, menciona que tal teoria deixa sem explicação adequada a sentença de improcedência do pedido do autor. Nesta hipótese (considerando que só tem ação quem tem razão), os processos seriam meros fenômenos fáticos, sem relevância jurídica.<sup>246</sup> Assim, sustenta que a ação “não garante resultado favorável no processo: esse resultado depende da convicção que o juiz

---

<sup>245</sup> Ressalte-se, porém, que há um contexto histórico-político na fundação da teoria eclética, que não passou despercebido por BOTELHO DE MESQUITA, ao notar que “procura Liebman expurgar o processo das concepções políticas e principalmente livrá-lo do relativismo criado por Calamandrei” (*Da ação... Op. cit.*, p. 13). De fato, CALAMANDREI (como se desenvolverá no tópico 3.2, *infra*), apresenta uma concepção *relativa* sobre o conceito de ação, demonstrando que os influxos políticos que orientam o vínculo entre o Estado e o cidadão – sempre marcado pela prevalência histórica de um ou de outro – teriam o condão de influenciar a compreensão que se tem da relação entre o direito subjetivo e a ação e, por via de consequência, determinar o próprio conceito de ação processual. Assim, a teoria abstrata da ação decorreria da visão autoritária do Estado e de sua sobrevalorização em relação ao direito material, por oposição à teoria concreta, anterior, que, de um ponto de vista eminentemente político, propalaria a prevalência do direito privado sobre o público, típica do séc. XIX. LIEBMAN, no pós-guerra, desloca o cerne da discussão de seu aspecto político para um âmbito pretensamente jurídico, inclusive para desvincular o aspecto *abstrato* de sua origem fascista e autoritária. Por ocasião do estudo da teoria da ação no direito processual penal, feita no capítulo 3, retomar-se-á a discussão sobre a importância de uma leitura do papel político do instituto.

<sup>246</sup> LIEBMAN, E. T. *Problemi... Op. cit.*, p. 33. Esclarece o autor que “a inadequação da ação ‘substancial’ se manifesta a cada passo e deve ser destacada com alguns exemplos. Antes de tudo, se a possibilidade de propor uma demanda (fundamentada ou não) fosse um simples fato, todos os processos que terminam com sentença de rejeição tornar-se-iam, por sua vez, meros fenômenos fáticos, não suscetíveis de relevância jurídica, nem capazes de produzir efeitos jurídicos, incluindo-se nisso a autoridade da coisa julgada. CHIOVENDA responde que a sentença de rejeição acolhe a ação declaratória negativa do réu. Mas (prescindindo do fato de que os autores mais recentes deixaram cair este conceito) o indeferimento do pedido do autor não é condicionado a um análogo pedido do réu e pode ocorrer também se este é inativo ou revel.” [Tradução livre de: “*l’inadeguatezza dell’azione ‘sostanziale’ si manifesta ad ogni passo e va qui rilevata con alcuni esempi. Anzitutto, se la possibilità di proporre una domanda (fondata o infondata) fosse un semplice fatto, tutti i processi che terminano con sentenza di rigetto diverrebbero a loro volta meri fenomeni di fatto, non suscettibili di rilevanza giuridica, né capaci di produrre effetti giuridici, ivi compresa l’autorità della cosa giudicata. CHIOVENDA risponde che la sentenza di rigetto accoglie l’azione di accertamento negativo del convenuto. Ma (a prescindere dal fatto che gli autori più recenti hanno lasciato cadere questo concetto) il rigetto della domanda attrice non è condizionato ad analoga richiesta del convenuto e può aver luogo anche se questi è inattivo o contumace*”].]

formar sobre a procedência da demanda proposta (levando em consideração o direito e a situação de fato) e, por isso, poderá ser favorável ao autor ou ao réu”.<sup>247</sup>

Em relação à teoria abstrata da ação, LIEBMAN diz que a abordagem não é capaz de identificar o que verdadeiramente seria a ação, mas apenas a sua base de direito constitucional; esta genérica, abstrata e ilimitada, e que teria como fundamento o art. 24 da Constituição italiana.<sup>248</sup> A ação, todavia, seria um direito que tem por “garantia constitucional o genérico poder de agir, mas que, em si mesma, nada tem de genérica: ao contrário, guarda relação com uma situação concreta, decorrente de uma alegada lesão a direito ou a interesse legítimo do seu titular”.<sup>249-250</sup>

Apesar de tais críticas – e a partir delas –, LIEBMAN sentencia que os dois enfoques teóricos vigentes já conteriam todos os elementos necessários à elaboração de uma nova teoria mais adequada, desde que se promovesse um esforço conciliatório.

---

<sup>247</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. v. I. 3ª ed. Trad. Cândido R. Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 200.

<sup>248</sup> No Brasil, a base de direito constitucional do direito de ação estaria, assim, no art. 5º, XXXV da Constituição da República de 1988: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

<sup>249</sup> LIEBMAN, E. T. **Manual... Op. cit.**, v. I, p. 199.

<sup>250</sup> Em suas palavras, LIEBMAN explica a base de direito constitucional do direito de ação: “Um direito desta espécie existe sem dúvida e é o reflexo *ex parte subiecti* da instituição dos tribunais por parte do Estado: eles têm o dever de fazer justiça para quem a peça e, por isso, a ordem jurídica garante a todos a possibilidade de endereçar-lhes análoga demanda com os previstos efeitos legais (art. 24 da Const.). Mas, como nos ensinam os constitucionalistas, este é um direito, ou melhor, um poder de direito público, genérico e indeterminado, sem particulares relações com uma *fattispecie* concreta e, por isso – seja-me consentida a expressão – inexaurível e inconsumível, permanecendo íntegro e sempre idêntico em todos os casos em que seja exercido, e é a exteriorização imediata e direta da capacidade jurídica geral. Este direito, portanto, não é a ação, no sentido em que esta figura se destaca no sistema do processo, mas é a sua base, o seu pressuposto de direito constitucional, a estrada sempre aberta sobre a qual o cidadão pode, toda vez, iniciar suas ações particulares, nos diversos casos concretos em que entende voltar-se à autoridade judiciária para a proteção de um interesse seu lesado ou ameaçado” (**Problemi... Op. cit.**, p. 41). [Tradução livre de: “*Un diritto di questa specie esiste senza dubbio ed è il riflesso ex parte subiecti dell’istituzione dei tribunali da parte dello Stato: essi hanno il compito di rendere giustizia a chi la domandi e perciò l’ordine giuridico garantisce a tutti la possibilità di rivolgere loro analoga richiesta con gli effetti previsti dalla legge (art. 24 della Cost.). Ma, come ci insegnano i costituzionalisti, esso è un diritto, o meglio un potere di diritto pubblico, del tutto generico e indeterminato, senza particolari rapporti con una fattispecie concreta e perciò – se mi si consente l’espressione – inesauribile ed inconsumabile, rimanendo integro e sempre identico in tutti i casi in cui venga esercitato, ed è l’estrinsecazione immediata e diretta della capacità giuridica generale. Esso non è dunque l’azione, nel senso in cui questa figura ha rilevanza nel sistema del processo, ma la sua base, il suo presupposto di diritto costituzionale, la strada sempre aperta sulla quale il cittadino può di volta in volta avviare le sue singole azioni, nei diversi casi concreti in cui intende rivolgersi all’autorità giudiziaria per la protezione di un suo interesse lesa o minacciato*”.]

Assim, propõe que “a situação parece, portanto, madura para uma tentativa dirigida a recolher numa nova síntese (...) alguns resultados parciais que se pode considerar aceitos pela doutrina, e que — a despeito das aparências — na verdade, não faltam de modo nenhum”.<sup>251</sup>

Neste sentido, LIEBMAN afirma que cada uma daquelas teorias tem uma “parte de verdade” que deve ser abrangida num enfoque mais amplo. A teoria abstrata descreveria corretamente um caráter de *garantia* pertinente à ação processual, razão de ser de seu exercício. Todavia, entende que esta abstração não pode ser ilimitada quando se considera que o direito de ação deve se voltar à tutela de interesses ou direitos legítimos. Assim, para que tenha ação, o autor deve comprovar que carece da tutela estatal, ponto no qual residiria a contribuição da teoria concreta: embora o autor não precise demonstrar que “tem razão”, deve comprovar a existência de uma situação objetiva, de natureza substancial (*concreta fattispecie*), que justifique a propositura da demanda.<sup>252</sup>

Esta relação instrumental<sup>253</sup> com o direito material, segundo LIEBMAN, seria aperfeiçoada diante do integral preenchimento, pelo autor, das condições da ação, que seriam “condições de admissibilidade do julgamento do pedido, ou seja, condições essenciais para o exercício da função jurisdicional com referência à situação concreta [*concreta fattispecie*] deduzida em juízo”.<sup>254</sup> As condições da ação, então, seriam requisitos indispensáveis à decisão processual sobre a lide, e sua ausência implica “*carência de ação*, devendo o juiz negar o julgamento de mérito e então declarar inadmissível o pedido”.<sup>255-256</sup>

---

<sup>251</sup> LIEBMAN, E. T. **Problemi...** *Op. cit.*, pp. 43-44. [Tradução livre de: “*la situazione sembra dunque matura per un tentativo diretto a raccogliere in una nuova sintesi, (...) alcuni risultati parziali che si possono considerare acquisiti alla dottrina, e che — a dispetto delle apparenze — in verità non mancano affatto.*”]

<sup>252</sup> LIEBMAN, E. T. **Manual...** *Op. cit.*, v. I, p. 199; LIEBMAN, E. T. **Problemi...** *Op. cit.*, p. 48.

<sup>253</sup> Aqui, a noção de instrumentalidade, analisada no primeiro capítulo, aparece descrita por LIEBMAN. Eis que as normas de direito processual são instrumentais, isto é, “regulam os modos de atuação em concreto do conteúdo das normas jurídicas” (LIEBMAN, E. T. **Manual...** *Op. cit.*, v. I, p. 59), seria perfeitamente justificável que o direito de ação estivesse vinculado à existência de uma situação concreta de direito material.<sup>253</sup>

<sup>254</sup> LIEBMAN, E. T. **Manual...** *Op. cit.*, v. I, p. 203.

<sup>255</sup> Id. *Ibid.*, p. 200.

Em resumo, considerando que a ação não é ilimitada, mas, na mesma medida, não está vinculada à procedência do pedido, LIEBMAN fixa a noção de ação como “direito ao processo e ao julgamento do mérito”,<sup>257</sup> conceituando-a como um direito abstrato e dirigido ao Estado e “que, com referência a uma situação determinada e concreta, visa a obter um pronunciamento sobre essa demanda, para que ela seja julgada procedente ou improcedente – sendo com isso concedida ou negada a tutela jurídica”.<sup>258</sup>

É digno de nota que – sem embargo das diversas críticas que sofreu e sofre<sup>259</sup> – a teoria eclética de LIEBMAN exerceu influência tão importante no Brasil, especialmente em relação à noção de condições da ação, que chegou a ser insculpida no texto do atual Código de Processo Civil brasileiro, em seu artigo 267, VI.<sup>260</sup>

---

<sup>256</sup> Inicialmente, LIEBMAN apresentou como condições da ação: a) *possibilidade jurídica*, que impõe uma obrigatória referência da ação a um pressuposto fático que corresponda a uma previsão legal (admissibilidade, em abstrato, do provimento pleiteado); b) *legitimação para agir*, de ordem subjetiva, que se refere à titularidade do direito face ao sujeito passivo; c) *interesse processual*, que tem relação com a demonstração da necessidade/proveito da tutela pleiteada (**Problemi... Op. cit.**, p. 46). É verdade que, em momento posterior, LIEBMAN excluiu de seu rol de condições da ação a *possibilidade jurídica*. Sobre o tema, LIEBMAN, E. T. **Manual... Op. cit.**, v. I, p. 204, especialmente a nota do tradutor n.º 127 (Cândido Rangel Dinamarco).

<sup>257</sup> Id. *Ibid.*, p. 200.

<sup>258</sup> Id. *Ibid.*, p. 199.

<sup>259</sup> A teoria eclética, embora majoritária, não é unânime na teoria da ação processual civil, restando autores que sustentam a teoria abstrata. É o caso de, sem embargo de outros, Luiz Guilherme MARINONI e Sérgio Cruz ARENHART, para quem a decisão do juiz que reconhece a falta de uma das condições da ação sempre acaba por resolver o mérito e, portanto, a jurisdição teria sido plenamente invocada com a simples petição do autor. Neste sentido, na opinião dos autores, “como a afirmação da ausência de condição da ação diz alguma coisa no plano do direito material, é equivocada a posição do nosso Código de Processo Civil, no sentido de que o juiz pode sentenciar afirmando a ausência de condição da ação ou sentenciar afirmando existência ou não do direito material afirmado em juízo. Melhor explicando: *não deveria existir condição da ação*, e nesse caso o Código de Processo Civil *não precisaria, justamente porque em tese não deveria*, distinguir a sentença de carência de ação da sentença que ‘julga o mérito’” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 71). Ver, ainda: BOTELHO DE MESQUISTA, J. I. **Da ação... Op. cit.**, p. 12 e ss.; BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil: Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. v. I, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 32; MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 1, pp. 174 e ss.; SILVA, O. B.; GOMES, F. **Teoria geral... Op. cit.**, pp. 124 e ss.

<sup>260</sup> Código de Processo Civil. “**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”.

A despeito disso, neste texto não se apresentará qualquer conclusão sobre a teoria que atualmente é mais adequada ao direito processual civil. Este não é o foco da pesquisa e se deve reconhecer a complexidade do tema, inclusive na esfera processual civil. Registre-se, porém, que a doutrina do processo civil-penal (teoria geral) costuma partir de LIEBMAN para estruturar seus conceitos de ação no processo penal.

#### **2.4 O estado atual do discurso sobre a ação no direito processual penal: colonização discursiva e adoção irrefletida de conceitos processuais civis**

A breve análise que se fez do desenvolvimento histórico do conceito de ação no direito processual civil teve como finalidade instrumentalizar a compreensão das circunstâncias de sua imposição ao direito processual penal, como sói fazer a doutrina tradicional.

De fato, exceções a salvo, os entendidos do direito processual penal costumam afirmar a identidade entre os conceitos de ação no processo civil e no processo penal, limitando-se a indicar uma diferença em relação a seu conteúdo.

Não é outro o sentido da lição de José Frederico MARQUES, ao dizer que a natureza jurídica da ação penal “em nada difere do direito de ação que se exercita no juízo civil. Do ponto de vista processual, ação civil e penal só se diversificam *ratione materiae*, uma vez que apresentam as mesmas linhas conceituais e idênticos caracteres jurídicos”,<sup>261</sup> e Hélio TORNAGHI, que, após longa exposição das teorias sobre a ação no processo civil, a conceitua como “o direito subjetivo público que tem qualquer pessoa de exigir do Estado a prestação jurisdicional”, e afirma que “essa definição convém a todos os tipos de ação”.<sup>262</sup>

Um pouco mais além, as concepções encontradas em alguns manuais vinculam o conceito de ação a ideias que, desde o processo civil, forjam o núcleo da teoria geral do processo, como a lide e a pretensão. Como exemplo mais eloquente,

---

<sup>261</sup> MARQUES, J. F. *Elementos... Op. cit.*, v. I, p. 307.

<sup>262</sup> TORNAGHI, H. B. *Instituições... Op. cit.*, 1977, v. I, p. 301.

CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO afirmam que “a ação penal, portanto, não difere da ação civil quanto à sua natureza, mas somente quanto ao seu conteúdo: é o direito público subjetivo a um provimento do órgão jurisdicional sobre a lide penal”.<sup>263</sup> No mesmo sentido, segundo MIRABETE, a ação “é um direito subjetivo processual que surge em razão da existência de um litígio, seja ele civil ou penal”.<sup>264</sup>

Todavia, este não é o momento em que tal concepção teórica será detidamente analisada e criticada – o que se fará no próximo capítulo, quando se tentará proporcionar ao direito processual penal uma via alternativa –, bastando, aqui, demonstrar uma postura científica que se reprova: pela afirmação de que as teorias do processo civil comportam absoluta simetria com o processo penal, coloca-se a ação processual penal em algum canto obscuro da teoria do direito processual civil; inaceitáveis são o método e as conclusões.

Certamente, é o que costuma fazer a doutrina majoritária, que se limita a escolher uma dentre as teorias pré-concebidas da ação processual civil e a empurrar ao direito processual penal, razão pela qual predomina na doutrina civil-penal a teoria eclética da ação e a atribuição do *direito subjetivo* como sua natureza jurídica. Em todos aqueles casos, primeiro vem a teoria (do processo civil), pronta e acabada, depois vem a adequação do direito processual penal a ela, em fenômeno que já se definiu aqui como *colonização discursiva*.<sup>265</sup>

E já se falou aqui do senso comum teórico dos juristas (ver tópico 1.1), mar de pré-compreensões irrefletidas e inquestionadas, jamais revisitadas, nas quais se afoga toda tentativa de construção de um discurso científico mais coerente.

Como resultado, valer-se-á de expressão utilizada pelo próprio José Frederico MARQUES, que já se referiu à ação processual penal como “tema verdadeiramente

---

<sup>263</sup> CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria geral...** *Op. cit.*, 1979, p. 221. Como já se disse (ver tópico 1.3, *supra*), a partir da 7ª edição desta obra, os autores abandonam a noção de *lide*, como elemento distintivo da atuação jurisdicional do Estado e, no lugar dela, utilizam o conceito de *pretensão* (neste sentido, naquela edição, ver o capítulo 27).

<sup>264</sup> MIRABETE, J. F. **Processo...** *Op. cit.*, p. 108.

<sup>265</sup> Ver tópico 1.5, *supra*.

escabroso”.<sup>266</sup> Certamente, a ausência de um enfoque teórico que explore o problema desde seus fundamentos fáticos, políticos e jurídico-dogmáticos, com partida em uma visão eminentemente processual penal, contribui decisivamente para que o tema seja o que dele se diz.

---

<sup>266</sup> MARQUES, J. F. *Elementos...* *Op. cit.*, v. I, p. 305.



**PARTE II**

**POR UMA (RE)CONSTRUÇÃO TEÓRICA  
DA AÇÃO PROCESSUAL PENAL:  
A NECESSÁRIA ADOÇÃO DE MATRIZES TEÓRICAS  
PROCESSUAIS PENAS AUTÔNOMAS**

### 3 UMA PROPOSTA DE MATRIZ TEÓRICA AUTÔNOMA PARA O TEMA DA AÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

#### 3.1 Primeiros passos a uma tentativa de (re)compreensão: a inaplicabilidade do modelo teórico processual civil fundado no binômio *jus-actio*

É peculiar notar que muitos processualistas penais, no Brasil e na Itália, onde a doutrina reservou bastante atenção ao instituto, imputam à ação processual penal a pecha de tema de tratamento difícil, insolúvel, desconcertante, entre diversos outros adjetivos semelhantes.<sup>267</sup>

Quando se considera que o desenvolvimento conceitual da ação processual tem como fio condutor o problema da relação entre o direito material e a deflagração do processo, do qual resultam as teorias acima analisadas, percebe-se que as aproximações sobre a matéria têm um imenso grau de “arbitrariedade” teórica. De fato, da absoluta desconexão entre *jus* e *actio* à ligação indissolúvel entre eles, com escala na teoria eclética liebmaniana, esforçou-se a doutrina processual civil em explicar o que a ação representa em relação ao direito subjetivo material. O tema é

---

<sup>267</sup> Por todos, no Brasil, José Frederico MARQUES, para quem a ação processual é “tema verdadeiramente escabroso” (MARQUES, J. F. **Elementos...** *Op. cit.*, v. I, p. 305). Na Itália, cita-se Mario CHIAVARIO, que afirma ser a temática, do ângulo processual penal, uma das mais esquivas e desconcertantes (**L'azione penale tra diritto e politica**. Pádua: CEDAM, 1995, p. 3), além de Riccardo ORESTANO, ao sugerir que ação é instituto de difícil definição (**Azione penale (storia del problema)**. In: *Enciclopedia del diritto*. Milão: Giuffrè, 1959, v. IV). Aliás, CHIAVARIO descreve uma crise de confiança que afeta as construções dogmáticas daquele país sobre o assunto, onde o problema da ação é tratado num amplo espectro que se apresenta, em diversos graus, entre posições extremadas de apologia e refutação da aplicabilidade do conceito ao direito processual penal. Nas palavras do autor: “Certamente, não se contesta o ‘peso’ de uma literatura – monográfica e não – e ainda antes de uma terminologia e de uma sistemática legislativa, que ao *nomen juris* ‘ação penal’ fielmente reservaram um posto de honra. Mas deve haver alguma razão se ainda hoje, e principalmente hoje, registra-se, sobre a questão, uma série de atitudes (incluídas no arco que vai do discreto afastamento até a aberta refutação), os quais revelam, contudo, uma crise de confiança de dimensões não negligenciáveis” (*Id. Ibid.*, pp. 3-6). [Tradução livre de: “*Non si contesta certo il ‘peso’ di una letteratura – monografica e non – e prima ancora di una terminologia e di una sistematica legislative, che al nomen iuris ‘azione penale’ hanno fedelmente riservato un posto d’onore. Ma qualche ragione deve pur esserci se ancor oggi, ed anzi soprattutto oggi si registra al riguardo una serie di atteggiamenti (compresi nell’arco che va dalla discreta ‘presa di distanza’ sino all’aperto rifiuto), i quali rivelano comunque una crisi di fiducia di dimensioni non trascurabili*”].]

realmente difícil, pouca dúvida resta, ante a inexistência de um substrato material, ontológico, que possa suportar aquilo que se diz sobre a ação. Paira-se, aqui, sobre um dos campos da mais ampla discricionariedade linguística: colar um significado ao significante *ação* só é possível desde uma perspectiva teórica *totalizante*, que a insira no contexto de outros âmbitos do edifício teórico do Direito, como o processo, a jurisdição e o próprio direito material.

A ação processual não é uma obra da natureza, ou um fenômeno social, que reclama uma explicação científica, mas é, sobretudo, uma ideia, pura criação humana, com uma função eminentemente política ligada ao exercício da jurisdição – note-se, pois, que o processo poderia existir sem ação. Teorizar, em tais condições, é um ato essencialmente criativo: a ação é, se fundada num consenso legitimador, o que dela se diz, mesmo que isto possa variar no tempo e no espaço.

Talvez esta inferência ajude a compreender o motivo de se reputar tão difícil o tema, embora possivelmente não seja mais difícil do que outros tantos que padecem do mesmo problema de serem meras ideias, produto da cultura humana, como a coisa julgada, a jurisdição, a competência, etc.

Aqui, a base teórica do direito processual civil, onde a ação tem uma concepção forjada em sua relação com o direito material, representa uma grande pedra no caminho. Se ação é o que dela se diz, a tentativa de dizê-la desde o processo civil está fadada a um fragoroso fracasso.

Com efeito, a relação entre o direito material e o processo não pode ser o ponto de partida de uma construção teórica sobre a ação processual penal, isto na medida em que a provocação à jurisdição em relação ao processo penal difere substancialmente daquela processual civil. Note-se que, lá, o autor afirma a exigência de subordinação de um interesse alheio ao seu próprio interesse, ou seja, exerce uma pretensão.<sup>268</sup> A relação com o direito material é evidente, eis que a esperança de obter

---

<sup>268</sup> O conceito de pretensão é carneluttiano, desenvolvido no âmbito do modelo teórico centrado na noção de lide, subjetivista, e nele fundado: “Em primeiro lugar, o conflito pode dar lugar a uma atitude de vontade de um dos dois sujeitos materializado na *exigência da subordinação do interesse alheio ao interesse próprio*. Esta exigência é o que se chama *pretensão*.” (CARNELUTTI, Francesco. **Sistema**

um provimento jurisdicional favorável é o que motiva o cidadão, independentemente de se concluir que a ação é concreta ou abstrata. Em outras palavras, a ação contempla o pedido de *determinada* decisão. Já, agora, no que toca ao direito processual penal, percebe-se que a ação se dirige à obtenção de *uma* decisão. É a lição de Giovanni LEONE: “O conceito de ação civil gira em torno do direito que se faz valer, seja quando se aceita a compenetração dos dois momentos, seja quando se reivindica o máximo de autonomia do momento processual, enquanto o conceito de ação penal, no sistema penal vigente, não apenas pode, mas deve ser descarnado de quaisquer referências ao direito substancial. (...) A ação penal prescinde de uma demanda em conteúdo de mérito e se exaure em um requerimento de decisão. A ação civil é sempre um requerimento de uma *determinada* decisão; a ação penal é apenas requerimento de *uma* decisão”.<sup>269-270</sup>

Mesmo que consideradas as diferenças estruturais entre os processos penais brasileiro e italiano, sobretudo no tocante à ação, o argumento se revela válido inclusive à compreensão do instituto no Brasil.

Com efeito, veja-se que o Ministério Público, ao oferecer uma acusação, não pretende a adjudicação de um direito material do qual seria titular. A toda evidência,

---

**di diritto processuale civile.** v. I. Pádua: CEDAM, 1936, p. 40, grifos no original). [Tradução livre de: “*In primo luogo il conflitto può dar luogo a un atteggiamento della volontà di uno dei due soggetti concretato nella esigenza della subordinazione dell’interesse altrui all’interesse proprio. Questa esigenza è ciò che si chiama la pretesa*”].

<sup>269</sup> LEONE, Giovanni. **Azione penale.** In: *Enciclopedia del diritto.* Milão: Giuffrè, 1959, v. IV (grifos no original). [Tradução livre de: “*Il concetto di azione civile rotea sempre intorno al diritto fatto valere, sia quando si accetti la compenetrazione dei due momenti sia quando si rivendichi il massimo di autonomia del momento processuale mentre il concetto di azione penale nel sistema penale vigente non solo può, ma deve essere del tutto scarnificato di qualsiasi riferimento al diritto sostanziale. (...) l’azione penale prescinde da una domanda a contenuto di merito e si esaurisce in una richiesta di decisione. L’azione civile è sempre richiesta di una determinata decisione; l’azione penale è soltanto richiesta di una decisione*”]. No mesmo sentido, ver LEONE, G. **Elementi...** *Op. cit.*, p. 185.

<sup>270</sup> No mesmo sentido, v. DOMINIONI, Oreste. **Azione penale.** In: *Digesto delle Discipline Penalistiche.* Turim: UTET, 1987, v. I, p. 399, *in verbis*: “No entanto, o poder de ação produz em modo completo os seus efeitos independentemente de tais situações jurídicas substanciais; de fato, ele é validamente exercido ainda que tenha por objeto uma imputação infundada. Em suma, a ação penal como poder de pedir um pronunciamento jurisdicional favorável sobre os *merita causae* é fenômeno estranho ao sistema normativo positivo” [Tradução livre de: “*Orbene il potere di azione produce in modo compiuto i suoi effetti indipendentemente da tale situazione giuridica sostanziale; infatti, esso è validamente esercitato anche se ha per oggetto un’imputazione infondata. Insomma l’azione penale come potere di chiedere una statuizione giurisdizionale favorevole sui merita causae è fenomeno estraneo al sistema normativo positivo*”].

não se pode dizer que seja ele o titular do poder de punir. Lembre-se que o órgão exerce suas funções institucionais<sup>271</sup> segundo uma concepção de “parte” com dever de atuação segundo critérios de estrita objetividade jurídica.<sup>272</sup> E, para além disto, há que se levar em conta que o valor representado pelo princípio da presunção de inocência não pode ser desconsiderado, sequer pelo Ministério Público. Ainda, agrava o quadro o fato de que as provas do inquérito policial são produzidas sem observância ao princípio do contraditório. Enfim, por todos estes motivos, é impossível, ao exercício da ação, pretender uma sentença condenatória.<sup>273</sup> Antes, está implícito na acusação um requerimento de resolução do caso penal, do qual pode advir a condenação ou a absolvição, cabendo ao membro do *parquet*, inclusive, requerer a sentença absolutória, se a instrução demonstrar que é a solução jurídica correta.

Com argumento semelhante, mas numa perspectiva extrema, ao sustentar a incompatibilidade do conceito de ação em relação ao direito processual penal, James GOLDSCHMIDT assevera que “a situação do querelante é completamente diferente da do autor. Não faz valer, como este, um direito próprio e pede sua adjudicação, mas afirma o nascimento do direito justicial de punir e exige o exercício desse direito que, simultaneamente representa um dever. Tal é o verdadeiro sentido do *j'accuse*. (...) O

---

<sup>271</sup> A Constituição da República, em seu art. 127, ao tratar do Ministério Público, incumbe-lhe a “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Entre estes últimos, está a liberdade.

<sup>272</sup> Ao questionar o caráter de “parte” do Ministério Público, FIGUEIREDO DIAS assevera que “o principal conteúdo de sentido que se retira da caracterização do MP como órgão de administração da justiça é assim a sua incondicional submissão aos valores da descoberta da verdade e da realização da justiça, daqui decorrendo a *exigência de que, em todas as suas intervenções no processo penal, obedeça a critérios de estrita objetividade jurídica*”, assim, “interessando à comunidade jurídica não só a punição de todos os culpados mas também — e *sobretudo*, dentro de um verdadeiro Estado-de-direito — a punição só dos que sejam culpados, segue-se daí que ao MP, como órgão de administração da justiça, há de competir trazer à luz não só tudo aquilo que possa demonstrar a culpa do arguido, mas também todos os indícios da sua inocência ou da sua menor culpa” (FIGUEIREDO DIAS, J. **Direito... Op. cit.**, pp. 368-369). No Brasil, Eugênio Pacelli de OLIVEIRA afirma que “o Ministério Público só pode ser qualificado como *parte* no processo penal do ponto de vista estritamente formal ou processual. *Parte*, portanto, apenas e enquanto ocupar a *posição* de autor, a sustentar pedido condenatório em face de alguém. Mas, a partir daí, do oferecimento da denúncia, a posição do Ministério Público, no que respeita ao pedido, não é *parcial*, isto é, não se encontra vinculada à pretensão punitiva” (**Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004, p. 101).

<sup>273</sup> Sobre a impossibilidade de se identificar a ação penal com uma demanda de condenação, ver VALENTINI REUTER, Cristiana. **Le forme di controllo sull'esercizio dell'azione penale**. Pádua: CEDAM, 1995, p. 20 e ss.

contraste que se impõe pela natureza das coisas não é ação civil e ação penal, mas ação e acusação”<sup>274-275</sup>.

Neste trabalho, todavia, como se verá, inclusive em razão da noção de pluralidade de ações penais, compreende-se que o conceito de ação é necessário e deve atender a uma certa finalidade política, respeitada, por óbvio, toda a especificidade e a autonomia do direito processual penal. Todavia, a contribuição de GOLDSCHMIDT oferece um importante contraponto à transferência da compreensão processual civil da ação ao direito processual penal.

Num panorama como este, parece inadequado vincular uma pretensão de direito material à ação processual penal. E, assim, percebe-se que a base conceitual da ação processual civil, que está sempre em algum grau vinculada ao direito material (ação concreta ou abstrata), não se presta a bem explicar o fenômeno processual penal. É um fato notório que a doutrina brasileira, inclusive este pesquisador, normalmente se socorreu da teoria liebmaniana da ação – que está numa espécie de meio termo entre a existência e a ausência do direito material que daria suporte à ação – para explicar o fenômeno no direito processual penal. Nada obstante, mesmo naquela teoria, o autor sempre pretende um direito subjetivo material determinado, isto é, requer uma *determinada* decisão, em razão da qual as condições da ação de Liebman são apreciadas.

Ao direito processual penal, eis que carece daquele suporte jurídico-substantivo (pretensão de direito material), resta muito pouco útil qualquer uma daquelas construções teóricas, parecendo desimportante perguntar se a ação processual

---

<sup>274</sup> GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos y políticos del proceso penal**. Barcelona: Bosch, 1935, pp. 28-31. Sem embargo, registre-se a opinião segundo a qual parece mais apropriado falar em poder punitivo, dada a natureza indisponível da pena criminal. [Tradução livre de: “*La situación jurídica del querellante es completamente otra que la del actor. No hace valer, como éste, un derecho propio y pide su adjudicación, sino que afirma el nacimiento del derecho judicial de penar y exige el ejercicio de este derecho que al mismo tiempo representa un deber. Tal es el verdadero sentido del ‘j’accuse’.* (...) *El contraste que se impone por la naturaleza de las cosas no es acción civil y acción penal, sino acción y acusación*”.]

<sup>275</sup> No Brasil, com partida em GOLDSCHMIDT, Ricardo Jacobsen GLOECKNER sustenta a necessidade de se abandonar o conceito de ação no processo penal, substituindo-o pelo conceito de acusação (**Inaplicabilidade do conceito de ação ao processo penal**. In: *Sistema penal & violência*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, jan-jun, 2011, pp. 47-61).

penal é concreta ou abstrata, ou algo entre aqueles marcos. Propõe-se, todavia, enxergar o problema desde outro ponto de vista, diferente da velha relação *jus-actio* que informa a doutrina processual civil.

Aliás, tal constatação reclama outra, que, de certa forma, define as pretensões deste trabalho e é bem exposta por Mario CHIAVARIO: “não parece tanto atual o perguntar-se qual significado seja mais corretamente (ou ao menos mais utilmente) atribuível ao conceito de ação penal, quanto o questionar-se se um tal conceito tenha ainda um papel a desenvolver”.<sup>276</sup> Ora, como se tentará demonstrar, a ação processual penal tem um papel político de vital importância, tema que se deve antepor à discussão teórico-dogmática, inclusive porque, como se discutirá no próximo tópico, vai sempre marcada pela relatividade conceitual.

Nada obstante, sem descuidar da necessidade de se enfrentar o problema teórico, consigne-se que o foco da presente pesquisa terá o papel constitucional do instituto num lugar de centralidade. Neste ponto, deve-se afirmar que as teorias processuais civis sobre a ação são incapazes de revelar, à ação processual penal, toda a riqueza de seu conteúdo, suas peculiaridades e função política, como bem lembra Cristiana VALENTINI REUTER, ao declarar que “a atmosfera quase mística com que a doutrina enfrentou o problema da ação penal é devido à pobre atitude originária na reconstrução dogmática do tema, bem como, sem dúvida, ao trauma sintático que fórmulas exportadas do processo civil introduziram em território estrangeiro. Resta o fato de que aquele longo – secular – debate da doutrina em matéria de ação civil se transformou, penetrando no processo penal, numa dispendiosa polêmica de traços imprecisos, por tudo, fonte de uma tal sensação de desconforto que induz a maioria a abandonar o campo”.<sup>277</sup>

---

<sup>276</sup> CHIAVARIO, Mario. **Appunti sulla problematica dell'azione nel processo penale italiano: incertezze, prospettive, limiti.** In: *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, Milão, v. III, 1975, p. 865. [Tradução livre de: “non sembra tanto attuale il domandarsi quale significato sia più correttamente (od almeno più utilmente) attribuibile al concetto di ‘azione penale’, quanto il chiedersi se un simile concetto abbia ancora un ruolo da svolgere”].

<sup>277</sup> VALENTINI REUTER, Cristiana. **Le forme... Op. cit.**, p. 15. [Tradução livre de “il piglio quasi-misticheggiante con cui la dottrina ha affrontato il problema dell'azione penale, è dovuto alla scarsa attitudine originaria della materia alla ricostruzione dogmatica, nonché, indubbiamente, al trauma

Neste contexto, as palavras de Franco CORDERO se servem bem à conclusão deste argumento:

Lembre-se ainda que, para os cultores do processo civil, a ação, por antonomásia, é o poder de provocar uma decisão de mérito; e, assim, se diz que é desprovido de ação quem invoca um provimento de conteúdo juridicamente impossível ou não é legitimado ou não tem interesse de agir. Conceitos do gênero não podem ser transpostos ao processo penal. (...). Enfim, não se compreende porque se deva revelar a todo custo uma tríade correspondente às ações civis declaratória, condenatória e constitutiva. Quando se sabe que o ato do Ministério Público abre um procedimento cujo fim é verificar se uma pessoa deve ou não ser punida, não é necessário acrescentar mais nada. (...). Chegamos ao ponto central da questão, cuja solução recomenda certo espírito realístico: quem joga com as palavras mais do que o necessário acaba tão preso na quinquilharia que, tudo somado, não vale a pena discutir.<sup>278</sup>

Reafirmada, pois, a inadequação das teorias vigentes à compreensão teórica da ação no direito processual penal, todas de natureza processual civil, importa iniciar a construção de um enfoque teórico autônomo, cujo primeiro passo é compreender os limites epistêmicos que se impõem a tal elaboração científica. Assim, no próximo tópico, discutir-se-á sobre a relatividade, histórico-política e jurídica, do conceito de ação processual.

---

*sintattico che formule esportate dalla procedura civile hanno subito una volta introdotte in territorio straniero. Resta il fatto che quel lungo – secolare! – dibattito della dottrina in tema di azione civile, si è trasformato, penetrando nel processo penale, in una dispendiosa polemica dai tratti imprecisi, fonte per tutti di una tale sensazione di disagio da indurre i più ad abbandonare il campo”.*]

<sup>278</sup> CORDERO, F. **Procedura... Op. cit.**, 1966, p. 35 [Tradução livre de: “Si rammenti ancora che per i cultori del processo civile l’azione per antonomasia è il potere di provocare una decisione di merito: e così si dice che sia privo di azione chi invoca una pronuncia di contenuto giuridicamente impossibile o non è legitimato o non ha interesse ad agire. Concetti del genere non si possono trasportare nel processo penale. (...). Infine, non se capisce perché si debba scoprire ad ogni costo una triade corrispondente alle azioni civili di accertamento, di condanna e costitutive. Quando si è precisato che l’atto del pubblico ministero apre un procedimento, il cui fine è di verificare se una persona debba o meno essere punita, non occorre aggiungere altro. (...). Siamo giunti al nodo della questione, nel risolvere la quale si raccomanda un certo spirito realistico: chi gioca con le parole più del necessario finisce irretito da cineserie che, tutto sommato, non vale la pena discutere.”]



### 3.2 Sobre a ação processual como um conceito relativo

A tomada de posição totalizante, quanto ao conceito de ação processual penal, mas não apenas em relação a ele, operada pela doutrina civil-penal (teoria geral do processo), partiu de uma suposta/pretenso possibilidade de se construir uma concepção permanente e imutável sobre o tema. Tão imutável que comportou a pretensão de transcender o âmbito no qual foi criado, o direito processual civil, e servir também à compreensão do problema na esfera processual penal.

Como já se demonstrou acima, a maior parte da doutrina brasileira, ferrenhamente atrelada aos cânones da teoria unitária, esforçou-se em impor à ação processual penal uma forma que lhe não é própria. E, nesta toada, termina por tratar o conceito da ação processual penal – e até mesmo da ação processual civil – como um ente atemporal.

Nada obstante, como logrou êxito em demonstrar já na primeira metade do século XX, Piero CALAMANDREI sustenta que o conceito de ação processual é provido de uma certa historicidade, que o vincula diretamente às concepções políticas vigentes sobre o próprio Direito e seu papel social, em determinado local e tempo. Isto é, o conceito de ação, mesmo na esfera privada, seria relativo.<sup>279-280</sup>

O autor infere, do debate sobre a natureza publicística do direito processual – que lhe era atual –, que a questão da ação processual é um dos aspectos da relação entre o indivíduo e o Estado, identificando um paralelo entre sua evolução conceitual, de direito privado a poder público, e a do próprio pensamento político. Sentencia: “a dogmática processual, que erradamente se quer considerar como puro jogar técnico indiferente aos labores da política, não se afasta da crise do pensamento

---

<sup>279</sup> CALAMANDREI, Piero. **La relatività del concetto di azione**. In: *Rivista di diritto processuale civile*, Pádua, v. XVI, parte I, 1939, *passim*.

<sup>280</sup> Como demonstra LIEBMAN, em apêndice ao vocábulo “azione (teoria moderna)”, redigido por Alessandro PEKELIS para o *Nuovo Digesto Italiano*, em 1938, a interpretação historicista das teorias sobre a ação foi originalmente apresentada por PEKELIS, e teria sido retomada e desenvolvida por CALAMANDREI (Ver PEKELIS, Alessandro. **Azione (teoria moderna)**. In: *Nuovissimo digesto italiano*. Turim: UTET, 1958, v. II).

contemporâneo”.<sup>281</sup> E, ainda, informa que o objetivo de seu texto seria

demonstrar como as várias teorias que ainda competem em torno do conceito de ação encontram todas a sua justificação histórica no momento presente, na medida em que cada uma deve ser entendida como relativa a uma entre as diversas concepções (se poderia até mesmo dizer entre as várias fases de maturação) das relações entre cidadão e Estado, que se encontram atualmente convivendo em zonas limítrofes do próprio ordenamento jurídico: de modo que cada teoria não pode ser dita, em si, nem absolutamente verdadeira, nem absolutamente falsa, eis que serve para recolher, de um ponto de vista diverso, uma diferente partícula de verdade, e para brilhar por um instante, antes de ser superada, uma das inúmeras facetas daquele metal ainda em fusão que é vertido nos moldes do Estado.<sup>282</sup>

De fato, segundo CALAMANDREI, as várias teorias sobre a ação corresponderiam às diversas concepções da relação entre o interesse individual e o interesse público, e do equilíbrio que em certo momento histórico poderia haver entre a intervenção estatal e a iniciativa privada.

Assim, a teoria imanentista representaria uma expressão muito significativa da concepção liberal do Estado que lhe era contemporânea, na medida em que colocava o direito subjetivo privado como centro do sistema jurídico. O escopo do Estado seria, então, a proteção deste próprio direito privado.<sup>283</sup>

Esta compreensão do problema teria perdurado nas abordagens teóricas concretistas de MUTHER e WACH, que, embora reconhecessem a natureza pública da relação processual, e portanto a autonomia da ação em relação ao direito material, não deixaram de submeter o interesse público estatal ao interesse privado, que segue primário e predominante. A ação continuava a ser considerada instrumento e garantia

---

<sup>281</sup> CALAMANDREI, P. **La relatività...** *Op. cit.*, pp. 22-23. [Tradução livre de: “*la dogmatica processuale, che malamente si volle considerare come puro giuoco tecnico indifferente ai travagli della politica, non si appartiene dalla crisi del pensiero contemporaneo*”].]

<sup>282</sup> *Id. Ibid.*, p. 26. [Tradução livre de: “*Lo scopo di questo mio saggio è appunto quello di dimostrare come le varie teorie che ancora si contendono il campo intorno al concetto di azione trovino tutte quante la loro giustificazione storica nel momento presente, in quanto ciascuna di esse dev’essere intesa come relativa ad una tra le diverse concezioni (si potrebbe anche dire tra le diverse fasi di maturazione) dei rapporti tra cittadino e Stato, che si trovano oggi conviventi in zone limitrofe dello stesso ordinamento giuridico: sicchè ciascuna teoria non può essere detta in sé nè assolutamente vera, nè assolutamente falsa, perchè serve a cogliere da un diverso punto di vista una diversa particella di verità, e a far brillare un istante, prima che sia superata, una delle innumerevoli sfaccettature di quel metallo ancora in fusione che si cola entro l’armatura dello Stato*”].]

<sup>283</sup> *Id. Ibid.*, p. 29.

do interesse individual. Aliás, como narrou CALAMANDREI, BÜLOW teria criticado a teoria de WACH por perpetuar a escravização do processo pelo direito privado.<sup>284</sup>

A teoria chiovendiana da ação, todavia, teria sido capaz de estabelecer um ponto de equilíbrio entre o interesse público e o individual. Embora se possa reputar-lhe concretista, rompe com o esquema tradicional do direito subjetivo privado (binômio direito-dever) ao conceber a ação como direito potestativo, acentuando um reforço do princípio da autoridade estatal no processo. “Esta teoria de Giuseppe Chiovenda constitui o ápice de uma curva ideal: antes dela, a ação se constrói com uma clara prevalência do interesse privado sobre o público, depois dela, o equilíbrio se quebra em favor do interesse público, que claramente começa a prevalecer sobre o privado”.<sup>285</sup>

Por fim, segundo o autor, a teoria abstrata da ação representaria uma expressão típica da concepção autoritária da justiça civil, que enxergaria o processo como um meio para alcançar um fim público, enquanto corta definitivamente a relação entre direito e ação.<sup>286</sup> Aqui, CALAMANDREI aproxima a ação civil da ação penal, à qual reputa o mais alto grau de publicidade e abstração.<sup>287</sup>

Conclui o autor que, “quem considera a fluidez do conceito de ação e as oscilações a que é sujeito, conforme no direito substancial prevaleça a consideração dos interesses individuais ou do coletivo, deve estar convencido de que faria um esforço inútil se buscasse uma definição absoluta da ação, de tal forma que pudesse ser igualmente adaptado à ação civil e à ação penal privada e à pública: as teorias da ação como direito concreto, do *Rechtsschutzanspruch* ao direito potestativo não têm sentido senão no campo civilístico, enquanto de ação penal só se pode falar em nosso

---

<sup>284</sup> *Id. Ibid.*, pp. 30-31.

<sup>285</sup> *Id. Ibid.*, p. 32. [Tradução livre de: “*Questa teoria di Giuseppe Chiovenda costituisce l’apice di una curva ideale: prima di essa l’azione si costruisce con una netta prevalenza dell’interesse privato su quello pubblico, dopo di essa l’equilibrio si rompe a favore dell’interesse pubblico, che nettamente comincia a prevalere su quello privato*”].

<sup>286</sup> *Id. Ibid.*, p. 36.

<sup>287</sup> *Id. Ibid.*, p. 42.

ordenamento como poder e apenas em sentido abstrato”.<sup>288-289</sup>

Aliás, reforçando um argumento que já foi aqui apresentado, CALAMANDREI assevera que a ação penal não pode ser entendida segundo a estrutura do direito substancial, como se fez com a ação civil: “Na verdade, as várias tentativas que foram empreendidas para construir a ação penal sobre o esquema da ação civil, considerando-a como instrumento de um concreto direito subjetivo de punir, parecem absolutamente superadas pela concepção, hoje dominante, do Estado autoritário. O direito subjetivo de punir só existe como poder, atribuído ao Ministério Público, de provocar da parte dos órgãos competentes a atuação do direito penal objetivo; mas o acusador não aspira, na realidade, satisfazer um interesse diverso daquele que perseguem os juízes, de modo que entre ele e o órgão julgador se deve ver apenas uma divisão de trabalho, que dá lugar a uma diversidade de posições psicológicas, e não a uma distinção jurídica de objetivos”.<sup>290</sup>

---

<sup>288</sup> *Id. Ibid.*, pp. 42-43. [Tradução livre de: “*Chi considera la fluidità del concetto di azione e le oscillazioni a cui esso è soggetto secondochè nel diritto sostanziale prevalga la considerazione degli interessi individuali o di quello collettivo, deve persuadersi che farebbe una fatica vana se cercasse una definizione assoluta dell’azione, tale da potersi ugualmente adattare all’azione civile ed all’azione penale privata ed a quella pubblica: le teorie dell’azione come diritto concreto, dal Rechtsschutzanspruch al diritto potestativo, non hanno senso altro che nel campo civilistico, mentre di azione penale si può parlare nel nostro ordinamento solo come potere e solo in senso astratto*”.]

<sup>289</sup> Sobre o tema, em seu artigo sobre a ação penal publicado no *Novissimo Digesto Italiano*, Giuseppe GUARNERI descreve magistralmente as conclusões de CALAMANDREI sobre o tema da relatividade do conceito de ação processual: “Não é possível encerrar estas referências sobre as várias teorias da ação sem evidenciar que elas são, *marxisticamente*, uma superestrutura social e, portanto, seu valor depende da concepção dominante da relação entre interesse público e interesse privado que sob diversas formas se representa em todos os campos da ciência jurídica e é extremamente variável de época em época. O fato é que uma conexão constante existe entre os institutos judiciários e os princípios fundamentais do ordenamento constitucional, de modo que, variando estes últimos, os primeiros permanecem imediatamente afetados, de onde, entre outras coisas, uma inevitável relatividade do conceito de ação (CALAMANDREI) (**Azione penale: diritto processuale penale**. In: *Novissimo digesto italiano*. Turim: UTET, 1958, v. II, p. 66). [Tradução livre de: “*Non si possono chiudere questi cenni sulle varie teorie dell’azione senza rilevare che esse sono marxisticamente una sovrastruttura sociale, e pertanto il loro valore dipende dalla concezione dominante del rapporto tra interesse pubblico e interesse privato che sotto diverse forme si ripresenta in tutti i campi della scienza giuridica ed è estremamente variabile di epoca in epoca. Il fatto è che una costante connessione passa tra istituti giudiziari e principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale, per modo che variando questi ultimi, i primi ne rimangono immediatamente influenzati, donde, tra l’altro, una inevitabile relatività del concetto di azione (CALAMANDREI)*”.]

<sup>290</sup> CALAMANDREI, P. **La relatività...** *Op. cit.*, p. 42. [Tradução livre de: “*In verità, i varî tentativi che sono stati fatti per costruire l’azione penale sullo schema dell’azione civile considerandola come strumento di un concreto diritto soggettivo di punire, sembrano decisamente superati dalla*

Como parece evidente, porém, tais conclusões não poderiam simplesmente ser transferidas ao direito processual penal, pelo fato da relação entre direito subjetivo material e processo, determinante do conceito de ação no processo civil, não servir ao mesmo propósito no direito processual penal.

Nada obstante, note-se que a ação processual penal também pode assumir diferentes conformações, dependentes das contingências político-estatais. Com efeito, é fácil compreender que o papel da ação processual penal num estado autoritário tende a ser diversa daquela desempenhada em um estado democrático – assim como o processo penal, que pode assumir o caráter de instrumento punitivo, ou aquele de instrumento de garantia do cidadão –, bem como são diferentes as funções desempenhadas pelo ente quando inserido no modelo processual acusatório ou inquisitório, como se pode inferir pelo binômio disponibilidade-indisponibilidade. De certa maneira, mesmo aqui, as vicissitudes da relação entre o sujeito e o Estado determinariam a concepção da ação processual penal.

Em suma, o conceito de ação é mutável e datado, como fruto de um conjunto de fatores político-sociais. Eis a razão que leva CALAMANDREI a considerar vã a empresa de pesquisar uma *verdadeira* definição para o instituto, que se possa considerar exclusivamente correta, independentemente de todas as conjunturas jurídico-estatais.<sup>291</sup> Esta conclusão é aplicável ao direito processual penal e

---

*concezione, oggi prevalente, dello Stato autoritario. Il diritto soggettivo di punire non esiste che come potere, attribuito al P. M. di provocare da parte degli organi competenti l'attuazione del diritto penale oggettivo; ma l'accusatore non aspira in realtà a soddisfare un interesse diverso da quello che perseguono i giudici, sicché tra esso e l'organo giudicante si deve vedere soltanto una divisione di lavoro che dà luogo a una diversità di posizioni psicologiche, non ad una distinzione giuridica di scopi.”]*

<sup>291</sup> Em suas próprias palavras: “Estes pontos podem servir a dar uma explicação histórica, para nos limitarmos a um único aspecto da polêmica, à disputa sempre renascente sobre o conceito de ação: do qual é um esforço inútil pesquisar a verdadeira definição, quase como se existisse uma única a se considerar absolutamente exata diante de todas as demais, consideradas erradas, enquanto, na verdade, inclusive esta definição se dá em função da relação entre interesse individual e interesse público, que, sob diversas aparências, representa-se em todos os campos da ciência jurídica, e é, assim, sujeita à variação, tal definição, conforme na relação se acentue, por considerações políticas, a prevalência de um dos termos, e se desloque, portanto, em um sentido ou no outro, o ponto de equilíbrio entre os dois”. (*Id. Ibid.*, p. 24). [Tradução livre de: “*Questi rilievi possono servire a dare una spiegazione storicista, per limitarci ad un solo aspetto della polemica, alla disputa sempre rinascete intorno al concetto di azione: del quale è vana fatica ricercare la vera definizione, quasi che ve ne fosse una sola da considerarsi assolutamente esatta di fronte a tutte le altre da considerarsi errate, mentre in realtà*”]

importantíssima para o escopo deste ensaio.

Mais recentemente, parte da doutrina italiana pronunciou que, para além da relatividade histórico-política, o conceito de ação é contingencialmente dependente do modelo legal que o comporta. Ou seja, há outro âmbito de relatividade, que reconhece que a concepção de ação processual decorre diretamente dos dispositivos legais que tratam da provocação da jurisdição. Neste sentido, convém conhecer a aproximação feita por Riccardo ORESTANO, para quem o conceito de ação é provido de historicidade, mas, também, de um conteúdo que não pode ser considerado de forma independente da própria estrutura concreta de cada um dos diversos ordenamentos jurídicos existentes e da teorização que, daí, se torna possível.<sup>292</sup> Isto é, o conceito de ação variará de ordenamento para ordenamento, no tempo e no espaço, motivo pelo qual parece necessário afastar a pretensão de fundar um conceito totalizante de ação. Nas palavras do autor:

Somente com referência a ordenamentos concretos é possível, segundo nossa visão, tratar da ação: de um lado para ver, ao longo do tempo, como se realiza a atividade que dá início ao processo, como esta atividade é exercida e disciplinada, quais são os sujeitos que podem desenvolvê-la, em que medida ela prossegue no desenrolar do processo, se e como pode ser determinante da atividade do juiz ou se é desta regulada e dependente, quais relações ocorrem entre as situações afirmadas e a possibilidade de as deduzir em juízo, e assim por diante; por outro lado, a ver, de tempos em tempos, como tudo isto é considerado e expresso pela ciência jurídica que opera em relação àquele ordenamento determinado, como tudo isto é por ela conceituado, de que ponto de vista parte, quais ligações estabelece entre estes vários elementos, quais conexões considera e postula com as visões de conjunto daquele ordenamento, em que modo estas ligações e conexões são condicionadas e condicionantes em relação à concepção do direito que move aquela ciência ou à qual tende.<sup>293</sup>

---

*anche questa definizione è in funzione di quel rapporto tra interesse individuale ed interesse pubblico che sotto diverse apparenze si ripresenta in tutti i campi della scienza giuridica, ed è quindi soggetta a variare, essa definizione, secondo che nel rapporto si accentui per considerazioni politiche la prevalenza di uno dei termini, e si sposti quindi, in un senso o in altro, il punto di equilibrio tra i due".]*

<sup>292</sup> ORESTANO, R. *Azione...* *Op. cit.*, § 39.

<sup>293</sup> *Id. Ibid.* [Tradução livre de: “Solo riferendoci a ordinamenti concreti è possibile, a nostro avviso, trattare della azione: da un lato per vedere, volta a volta, come si realizzi l'attività che dà inizio al processo, come quest'attività è esplicata e disciplinata, quali sono i soggetti che possono svolgerla, in quale misura essa prosegua nello snodarsi del procedimento, se e come essa sia determinante dell'attività del giudice oppure sia da questa regolata e dipendente, quale relazione intercorra fra le situazioni affermate e la possibilità di dedurle in giudizio, e via dicendo; dall'altro per vedere, volta a volta, come tutto ciò sia considerato ed espresso dalla scienza giuridica che opera in ordine a quel determinato ordinamento, come tutto ciò sia da essa concettualizzato, da quale punto di vista essa si

De fato, a teoria da ação processual se põe, em cada momento histórico, em conformidade com o modelo legal que lhe serve de base. E este, por sua vez, segundo o autor, é fruto de experiências concretas. “Uma construção, portanto, que se não refira aos dados concretos de uma experiência determinada é, para nós, pelo menos do ponto de vista jurídico, sem sentido. Disto resulta, para nós, que nenhuma ‘teoria da ação’ pode aspirar a se apresentar como válida independentemente de qualquer experiência, mas deve ser construída, seja que se volte ao presente, seja que se veja o passado, em função de uma série de elementos que constituem o *proprium* da experiência tomada em consideração”.<sup>294</sup>

Daqui se extrai uma importante conclusão: a teoria da ação deve estar sempre referida ao ordenamento jurídico positivo, mas também é determinada em conformidade com os caracteres político-sociais que moldam cada sociedade e Estado. No que diz com a ação processual penal, pode-se próprio dizer que guarda um papel político fundamental em relação ao direito processual penal e ao exercício da jurisdição, com consequências imediatas em sua concreta realização, e, portanto, nas vidas das pessoas sujeitas à persecução penal.

Entender que a dogmática jurídica tem limites intransponíveis, e aceitar esta condição (o que, aqui, significa abrir mão de uma teoria totalizante em relação à ação), pode libertar a teoria do direito processual penal do jugo de certas [pré]concepções teóricas que a afastam dos valores político-jurídicos definidos na Constituição.

Cristiana VALENTINI REUTER aponta que “a doutrina, em relação ao tema da ação, tenta balançar entre dois polos opostos: um dirigido a demonstrar a

---

*collochi, quali collegamenti essa stabilisca fra questi vari elementi, quali connessioni essa scorga e postuli con le visioni d'insieme di quell'ordinamento, in qual modo questi collegamenti e queste connessioni siano condizionate e condizionanti rispetto alle concezioni del diritto da cui quella scienza muove o verso cui tende.”]*

<sup>294</sup> *Id. Ibid.*, § 38. [Tradução livre de: “Una costruzione quindi che non si riferisca ai dati concreti di un'esperienza determinata è per noi, almeno dal punto di vista giuridico, un non senso. Da ciò consegue, per noi, che nessuna «teoria dell'azione» può aspirare a porsi come valida rispetto a qualsiasi esperienza, ma deve esser costruita, sia che ci si rivolga al presente, sia che si guardi al passato, in funzione di una serie di elementi che costituiscono il *proprium* dell'esperienza presa in considerazione”.]

irremediável relatividade do problema escolhido como campo de investigação, e outro repleto de recorrentes tentativas de propor novos modelos de ação passíveis de se transformar em ‘dogma’”.<sup>295</sup> A idéia de uma indelével “relatividade histórica do conceito de ação surge já nos primeiros decênios do século [Século XX], mas coexiste até hoje com as reconstruções mais totalizantes, ainda dirigidas a fornecer um instrumento dogmático ontologicamente válido”.<sup>296</sup> Aqui, é alarmante a constatação de que a doutrina brasileira, quase integralmente, ignora palavras já escritas há muitos anos, de modo que as concepções totalizantes predominam de forma tanto acrítica quanto irrefletida, principalmente quando se trata da abordagem teórica unitária (civil-penal).

Em resumo, o conceito de ação processual é dotado de uma relatividade inerente, admitindo variações em conformidade com o modelo legal que lhe dá suporte e em razão do conjunto de caracteres histórico-políticos que informam a própria concepção vigente do direito processual penal.

### **3.3 Em busca de um núcleo teórico fundamental: a ação como ato de provocação da jurisdição e sua pluralidade**

Tendo-se presentes as considerações sobre sua relatividade, que impede a construção de um conceito de ação processual universalmente válido, impõe-se questionar se seria possível estabelecer denominadores teóricos mínimos, que se poderia compartilhar entre as várias concepções de ação processual desenvolvidas no espaço-tempo.

---

<sup>295</sup> VALENTINI REUTER, C. **Le forme...** *Op. cit.*, p. 13. [Tradução livre de: “*la dottrina in tema di azione tenta di bilanciarsi tra due poli opposti: l’uno indirizzato a dimostrare l’irremediabile relatività del problema prescelto come campo d’indagine, e l’altro costellato da ricorrenti tentativi di proporre nuovi modelli di azione passibili di trasformarsi in ‘dogma’*”].

<sup>296</sup> VALENTINI REUTER, C. **Le forme...** *Op. cit.*, p. 5. [Tradução livre de: “*L’idea di una essenziale, irremediabile, relatività storica del concetto di ‘azione’ si fa strada già nei primi decenni del secolo, ma coesiste sino ad oggi con ricostruzioni più assolutizzanti, ancora indirizzate, cioè, a fornire uno strumento dogmatico ontologicamente valido*”].



“Não existe a Ação, como fórmula reconstrutiva universalmente válida, mas existem tantas possíveis formas quanto os sistemas processuais concretamente vigentes”.<sup>297</sup> Com tais palavras, Cristiana VALENTINI REUTER sintetiza o alcance do problema da relatividade, que é determinante da concepção da ação processual penal que se pretende, aqui, delinear.

Todavia, parece claro que, atualmente, o tema não é completamente desprovido de um núcleo ontológico básico que permite identificar o fenômeno processual em análise, diferenciando-o de outros atos processuais penais. Em que pese cada ordenamento jurídico conferir à ação uma conformação teórica única, há um mínimo semântico que permite compreender, de maneira geral, independentemente da legislação em concreto, que se está a tratar do ato de provocação da jurisdição. Afinal, contemporaneamente, a própria adoção da expressão “ação processual penal” não é um ato arbitrário e desprovido de qualquer conteúdo linguístico prévio.

Sugere-se, pois, que este núcleo teórico diz com a própria provocação da jurisdição, ponto de convergência de reúne diferentes autores, ainda que descrevam a ação processual com matizes diversos. Tanto “concretistas” como “abstrativistas” não discordariam da existência de um momento de provocação que é inerente à ação.

Isto permite a VALENTINI REUTER afirmar que, para além de seu “núcleo ontológico essencial, que é a natureza de provocação da *jurisdictio*, a ação penal não possui qualquer caractere que lhe seja próprio, imutável”,<sup>298</sup> isto é, independente das contingências histórico-políticas e jurídicas.

De fato, “como a doutrina mais consciente já esclareceu há tempos, a ação, em seu núcleo primário, não é outra coisa senão um *agere* em provocação do intervento jurisdicional (...). Todo o resto, toda característica adicional que se queira e se possa acrescentar ao refinamento do conceito de ação é – indiscutivelmente – obra exclusiva do legislador, que poderá configurar como obrigatório ou discricionário o exercício do

---

<sup>297</sup> *Id. Ibid.*, p. 5 [Tradução livre de: “*non esiste l’Azione, quale formula ricostruttiva universalmente valida, ma ne esistono tante possibile forme quanti i sistemi processuali concretamente vigenti*”].]

<sup>298</sup> *Id. Ibid.*, p. 26. [Tradução livre de: “*fermo quel nucleo ontologico essenziale, che è la natura di provocazione della ‘jurisdictio’, l’azione penale non possiede alcun carattere che le sia proprio, immutabile*”].]

poder em discurso, poderá fazê-lo objeto de um *munus publicum* ou abandoná-lo à vontade do privado, poderá lhe dar um conteúdo genérico – requerimento de jurisdição, precisamente – ou um eminentemente persecutório e específico”.<sup>299</sup>

Paolo DE LALLA exorta o jurista a jamais se destacar de seu próprio campo normativo de investigação, deixando-se atrair pelo fascínio geométrico da dogmática abstrata.<sup>300</sup> Segundo aquele autor, a tentação de ontologizar conceitos construídos sobre uma base legislativa determinada produz o efeito de desorientar a obra interpretativa.<sup>301</sup>

O conceito e a natureza jurídica da ação processual penal devem ser construídos, pois, segundo o tratamento constitucional e legal dado ao instituto em cada singular ordenamento jurídico. No Brasil, como se verá no próximo capítulo, os princípios da oficialidade e da obrigatoriedade têm um papel fundamental na compreensão do tema, inclusive na definição de seu papel político. Além disso, atente-se para o fato de que o conceito de ação processual vai sempre referido ao conceito de jurisdição, que também será objeto de análise no capítulo subsequente.

Nada obstante, aquele mesmo núcleo teórico fundamental – ação como ato de provocação da jurisdição – permite, atualmente, como faz parte da doutrina italiana, afirmar a noção de pluralidade de ações processuais penais, ante o vislumbre de que, ao lado daquele ato que pretende a instauração do processo penal tendente à resolução da situação de dúvida em relação à aplicação de uma sanção penal (ao qual o jargão legal e cotidiano associou a alcunha *ação penal*), existem inúmeros outros atos de provocação da jurisdição que se prestam ao requerimento de provimentos jurisdicionais penais diversos.

---

<sup>299</sup> *Id. Ibid.*, p. 22. [Tradução livre de: “Come la dottrina più consapevole ha già da tempo chiarito, l’azione, nel suo nucleo primario, non è altro che un ‘agere’ in provocazione dell’intervento giurisdizionale (...). Tutto il resto, ogni ulteriore carattere che si voglia e si possa aggiungere ad affinamento del concetto d’azione è – indiscutibilmente – opera esclusiva del legislatore, che potrà configurare come obbligatorio o discrezionale l’esercizio del potere in discorso, potrà farne materia di un ‘munus publicum’ oppure abbandonarlo alla volontà del privato, potrà dargli un contenuto generico – richiesta di giurisdizione, appunto – oppure uno eminentemente persecutorio e specifico”.]

<sup>300</sup> No Brasil, esta exortação é especialmente relevante, notadamente quando se verifica que a dogmática tradicional coloca o discurso do direito processual civil antes da realidade normativa processual penal.

<sup>301</sup> DE LALLA, Paolo. **Il concetto legislativo di azione penale**. Nápoles: Jovene, 1966, *passim*.

Neste sentido, uma das primeiras asserções foi a de Eduardo MASSARI, ainda nos anos 10 do século XX,<sup>302</sup> retomada e revisada alguns decênios depois.<sup>303</sup> Nas palavras do autor:

Tampouco se pode admitir que a ação penal seja apenas aquela particular atividade que se dirige a provocar a decisão do juiz sobre a existência objetiva e subjetiva do crime e a obter a condenação do culpado. (...) Daqui resulta que aquela particular forma de ação, a qual é comumente designada como *ação penal*, não é outra senão a figura de ação penal mais importante: aquela à qual, em função da linguagem legal, refere-se a linguagem comum, na prática do foro. Mas ela não exclui a existência de outras atividades, que tendem também à instauração do processo com objetivos diversos do *accertamento* do crime, e são, portanto, ações penais veras e próprias.<sup>304</sup>

Ao citar exemplos de outras ações penais, MASSARI se refere às provocações da jurisdição que se voltam à resolução de incidentes da execução penal, à reabilitação do condenado, à declaração da extinção da punibilidade, entre outras.<sup>305</sup>

Com efeito, aquele autor inaugurou o debate doutrinário, entre os italianos, sobre a unicidade-pluralidade da ação processual penal, que irrompe nas primeiras

---

<sup>302</sup> MASSARI, Eduardo. **La norma penale**. Santa Maria Capua Vetere: Francesco Cavotta, 1913, *passim*. Nesta obra, o autor sugeriu, na esteira da compreensão civilista da ação, que cada crime teria uma ação processual correspondente (pp. 219-220). Todavia, inclusive em razão das considerações feitas acima (v. item 3.1), sobre a impossibilidade de relacionar o direito material à ação processual penal, reputa-se refutada tal tese. Nada obstante, registre-se que também é de Eduardo MASSARI a outra concepção da pluralidade de ações penais, que aqui se expõe.

<sup>303</sup> MASSARI, Eduardo. **Lineamenti del processo penale italiano**. Nápoles: Jovene, 1929, pp. 29-30; MASSARI, Eduardo. **Il processo penale nella nuova legislazione italiana**. Nápoles: Jovene, 1934, p. 20 e seguintes.

<sup>304</sup> MASSARI, E. **Il processo... Op. cit.**, pp. 20-21. [Tradução livre de: “*Neanche può ammettersi che l’azione penale sia soltanto quella particolare attività, che si volge a provocare la decisione del giudice sulla esistenza oggettiva e soggettiva del reato, e a ottenere la condanna del colpevole. (...) Da ciò deriva che quella particolare forma di azione, la quale è comunemente designata col nome di azione penale, non altro è che la figura di azione penale più importante : quella cioè alla quale, sulla scorta del linguaggio legislativo, si riferisce il linguaggio comune, nella pratica del foro. Ma essa non esclude la esistenza di altre attività, che tendono anch’esse alla instaurazione del processo a scopi diversi dall’accertamento del reato, e sono perciò azioni penali vere e proprie*”.]

<sup>305</sup> *Id. Ibid.*, p. 21: “Tais são, por exemplo, a assim dita ação penal que mira à resolução de um incidente de execução; a ação para obter uma decisão judiciária em tema de extradição passiva; a ação para reabilitação e, em geral, para a declaração das causas extintivas da pena; e outras semelhantes. [Tradução livre de: “*Tali sono, per esempio, la così detta azione penale che mira alla risoluzione di un incidente di esecuzione; l’azione per ottenere una decisione giudiziaria in tema di estradizione passiva; l’azione per riabilitazione e, in genere, per la dichiarazione delle cause estintive della pena; e simili altre*”.]

décadas do século XX, e retoma sua força no final dos anos 50, especialmente com a obra de Giovanni LEONE,<sup>306</sup> ao desenvolver a ideia lançada por MASSARI.

Segundo LEONE, “em relação a este complexo de situações se pode falar de *pluralidade da ação penal*, não no sentido que foi pela primeira vez delineado o conceito por MASSARI,<sup>307</sup> mas no sentido de estabelecer que, além da ação penal principal do Ministério Público, dirigida a obter a decisão do juiz sobre uma *notitia criminis*, existem outros casos, nos quais o poder de pedir ao juiz a decisão é reconhecido também a sujeitos diversos do Ministério Público e se volta a obter decisão não sobre uma *notitia criminis*, mas sobre um objeto diverso. Estes casos podem ser definidos como *ações penais complementares*”,<sup>308-309</sup> às quais acrescenta a *richiesta di archiviazione (mutatis mutandis*, equivalente ao instituto brasileiro do requerimento de arquivamento do inquérito policial).<sup>310-311</sup>

Mais recentemente, Giulio UBERTIS asseverou que “as únicas possibilidades de útil discriminação tipológica, em matéria de atos motores de um procedimento

---

<sup>306</sup> LEONE, Giovanni. **Azione penale**. In: *Enciclopedia del diritto*. Milão: Giuffrè, 1959, v. IV. Em obra do final dos anos 30, porém, LEONE já havia tratado do problema (**Sulla pluralità dell'azione penale**. In: *Scritti giuridici in memoria di Eduardo Massari*. Nápoles: Jovene, 1938), com o objetivo de rebater as críticas opostas à obra de MASSARI.

<sup>307</sup> Ver nota de rodapé n.º 302.

<sup>308</sup> LEONE, G. **Azione... Op. cit.**, § 5. O autor, anteriormente, havia utilizado a denominação *ações penais secundárias (Sulla pluralità... Op. cit., passim)*, mas, a partir desta obra, afirmou preferir a denominação *ações penais complementares* [Tradução livre de: “*In relazione a questo complesso di situazioni si può parlare di pluralità dell'azione penale non nel senso nel quale fu per la prima volta delineato il concetto dal MASSARI bensì nel senso di stabilire che, oltre all'azione penale principale del p.m. diretta ad ottenere la decisione del giudizio su una notitia criminis, esistono altri casi in cui il potere di chiedere al giudice la decisione è riconosciuto anche a soggetti diversi dal p.m. ed è diretta ad ottenere la decisione non su una notitia criminis bensì su un diverso oggetto. Questi casi possono definirsi come azioni penali complementari*”].

<sup>309</sup> No mesmo sentido, GUARNERI, G. **Azione... Op. cit.**, p. 68.

<sup>310</sup> LEONE, G. **Azione... Op. cit.**, § 1: “o problema do arquivamento, o qual, a nosso juízo, não pode ser considerado como destacado do princípio *ne procedat iudex ex officio* e, portanto, vai concebido como um aspecto da ação penal”. [Tradução livre de: “*il problema dell' archiviazione, la quale, a nostro giudizio, non può essere considerata come distaccata dal principio ne procedat iudex ex officio e, pertanto, va concepita come un aspetto dell'azione penale*”].

<sup>311</sup> Neste ponto, é seguido por Girolamo BELLAVISTA (**Lezioni di diritto processuale penale**. 4ª ed. Milão: Giuffrè, 1975, p. 37), que adverte contra o erro de confundir o Ministério Público com o acusador: “não se deve sempre e em todo caso confundir a figura do acusador com a do Ministério Público: também é ação penal o requerimento de arquivamento, e é por tudo evidente, neste caso, a inexistência da *opinio delicti*”. [Tradução livre de: “*non si deve sempre ed in ogni caso confondere la figura dell'accusatore con quella del pubblico ministero: anche la richiesta di archiviazione è esercizio dell'azione penale, ed è del tutto evidente in questo caso la inesistenza della opinio delicti*”].

penal que constitua o *genus* ‘ação penal’, são aquelas relativas à enucleação da anteriormente identificada *species* ‘ação penal em sentido estrito’”.<sup>312</sup> Esta última, a ação tendente à instauração do processo penal, enquanto as demais, classifica em duas categorias: a “ação penal de prevenção criminal”, cujo escopo é a aplicação de medida de segurança; e as “ações penais complementares”.<sup>313</sup>

Não foram poucas as objeções opostas à noção plúrima da ação processual penal na doutrina italiana, apresentadas e sintetizadas por Giovanni LEONE em dois argumentos: a) tais ações processuais penais secundárias/complementares seriam, em verdade, correspondentes a outros ramos do direito processual, que reputa a Arturo SANTORO;<sup>314</sup> b) não haveria verdadeira autonomia em tais ações, que dariam lugar a procedimentos incidentais ou complementares, cuja voz principal seria a de Guglielmo SABATINI,<sup>315</sup> corroborada por várias outras, entre as quais Isaia GREGORI, Eugenio FLORIAN e Guido BORTOLOTTI.<sup>316</sup>

Sobre o primeiro argumento, o autor afirma ser evidente a natureza processual penal daquelas atividades de provocação jurisdicional, na medida em que tratam da punibilidade e/ou da liberdade do indivíduo, mas também porque deflagram a intervenção do juiz penal e se enquadram no esquema teórico do direito processual penal.<sup>317</sup>

Já, agora, quanto ao segundo, afirma que “de maior eficiência é a objeção de SABATINI, para quem tais atividades, não tendo natureza autônoma, não merecem ser consideradas como ação”.<sup>318</sup> Aqui, embora LEONE concorde que nem todo

---

<sup>312</sup> UBERTIS, Giulio. **Azione penale**. In: *Enciclopedia giuridica Treccani*. Roma: Istituto della Enciclopedia italiana, 1996, v. IV. [Tradução livre de: “*le uniche possibilità di utile discriminazione tipologica, in materia di atti motori di un procedimento penale costituenti il genus ‘azione penale’, sono pertanto quelle relative alla enucleazione della testé individuata species ‘azione penale in senso stretto’*”].

<sup>313</sup> *Id. Ibid.*

<sup>314</sup> SANTORO, Arturo. **Sulla pretesa plurimità dell’azione penale**. In: *Scritti in onore di E. Ferri*. Turim: UTET, 1929, p. 443 e seguintes.

<sup>315</sup> SABATINI, Guglielmo. **Principi di diritto processuale penale italiano**. Città di Castello: Unione Arti Grafiche, 1931, p. 274-275.

<sup>316</sup> Cfr. LEONE, G. **Sulla pluralità...** *Op. cit.*, p. 552.

<sup>317</sup> *Id. Ibid.*, p. 553.

<sup>318</sup> *Id. Ibid.* [Tradução livre de: “*Di maggior efficienza è l’obiezione del SABATINI, secondo cui tali attività, non avendo natura autonoma, non meritano d’essere considerate come azioni*”].

requerimento dirigido ao juiz penal se constitua em ação, afirma que se não pode negar a autonomia de vários deles.

À diferenciação entre ações e incidentes processuais, LEONE propõe a adoção de critério estabelecido por MORTARA, para quem são incidentais as atividades dirigidas a integrar a finalidade do processo principal, no sentido de preparar ou completar a decisão pretendida: “Para fazer ainda mais concreto este critério, pode-se dizer que incidental é toda atividade que, antes ou durante o processo, mira a preparar a decisão e, após o processo, a completar a decisão”, citando como exemplos a liquidação de custas judiciárias, a *correzione della sentenza*,<sup>319</sup> a prestação de caução.<sup>320</sup> Assim, segundo o autor, a atividade tendente à declaração de uma causa extintiva da punibilidade, eis que não está dirigida a integrar a finalidade principal do processo, seria uma ação autônoma.

De forma mais ampla, Giuseppe GUARNERI ensina que as ações penais complementares devem ser verificadas e individualizadas negativamente. Isto é, ao próprio Ministério Público, mas também a sujeitos privados, é reconhecido “o poder de iniciar um procedimento mediante o requerimento de decisão sobre um determinado objeto diverso do *accertamento* de um fato que constitui a *notitia criminis*”.<sup>321</sup> No mesmo diapasão, mais recentemente, Giulio UBERTIS<sup>322</sup> e Mario CHIAVARIO.<sup>323</sup>

<sup>319</sup> Instituto próprio do direito italiano, pelo qual se promove a correção de erros materiais contidos em decisão judicial. No Brasil, a ideia já foi utilizada jurisprudencialmente, mesmo em relação a casos em que já se operou o trânsito em julgado. Como exemplo, ver: STJ (AI 2000/0115321-8. Min. Luiz Fux, j. 21/11/2006).

<sup>320</sup> LEONE, G. *Sulla pluralità... Op. cit.*, p. 554. [Tradução livre de: “*Per rendere ancora più concreto questo criterio, si potrà che incidentale è ogni attività che, precedentemente o in costanza del processo, mira a preparare la decisione e, successivamente al processo, mira a completare la decisione*”].

<sup>321</sup> GUARNERI, G. *Azione... Op. cit.*, p. 68. [Tradução livre de: “*il potere di iniziare un procedimento mediante la richiesta di decisione su un determinato oggetto diverso dall'accertamento di un fatto costituente la notitia criminis*”].

<sup>322</sup> UBERTIS, G. *Azione... Op. cit.*, § 1, ao tratar das ações complementares, contrapostas à ação penal em sentido estrito, que são “definidas a *negativis* como relativas a um procedimento não inerente à verificação do objeto de uma *notitia criminis*”. [Tradução livre de: “*definite a negativis come relative ad un procedimento non inerente alla verifica dell'oggetto di una notitia criminis*”].

<sup>323</sup> CHIAVARIO, M. *Appunti... Op. cit.*, p. 884. Ao lado da distinção entre a ação penal em sentido estrito, susceptível de conduzir à aplicação de uma pena e a ação de prevenção criminal, que pode

No Brasil, a noção de pluralidade de ações não é desconhecida pela doutrina, como se percebe das obras de Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA e José Frederico MARQUES.<sup>324</sup> Todavia, o tema sempre foi tratado de passagem, sem grande aprofundamento, na medida em que sempre se ocupou exclusivamente da análise da ação penal em sentido estrito.

Assim, à guisa de conclusão deste tópico, impõe-se reafirmar que, dada a relatividade da ação processual, seja no plano histórico-político, seja no plano normativo, incabível é qualquer tentativa de dotar seu conceito de um caráter totalizante. Porém, este fato não exclui a possibilidade de se falar em um núcleo ontológico básico, reduzido à constatação de que a ação processual é um ato de provocação da jurisdição.

Eis o suporte teórico da afirmação da pluralidade da ação processual penal, na medida em que o ordenamento jurídico processual penal prevê inúmeros atos de provocação da jurisdição, com diferentes escopos e características.

No capítulo 4, tratar-se-á da ação processual penal no Brasil, momento em que a discussão sobre a pluralidade será direcionada ao ordenamento pátrio. Nada obstante, ainda no âmbito dos apontamentos nucleares sobre o tema, e antes de iniciar a análise do instituto na realidade normativa brasileira, convém discutir os possíveis papéis políticos que a ação processual penal pode desenvolver, nos diferentes modelos de sistema processual.

---

levar à aplicação de uma medida de segurança, o autor afirma que “se identifica uma série de ações penais complementares, que, porém, são relacionadas à categoria somente em termos negativos, como ‘requerimentos de decisões sobre um determinado objeto diverso do *accertamento* de um fato que constitui a *notitia criminis*’”. [Tradução livre de: “*s’individua una serie di ‘azioni penali complementari’, che però sono riconducibili a categoria soltanto in termini negative, come ‘richieste di decisioni su un determinato oggetto diverso dall’accertamento di un fatto costituente la notitia criminis*”].]

<sup>324</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, t. 5, § 68; MARQUES, J. F. **Elementos... Op. cit.**, v. I, pp. 321 e ss. Ver, também, TUCCI, R. L. **Teoria... Op. cit.**, p. 101 e ss.

### 3.4 Revisitando o binômio abstrato-concreto em relação à ação processual penal: a ação e seu conteúdo político

Como se discutiu a partir de Piero CALAMANDREI, o desenvolvimento histórico do conceito de ação no direito processual civil guarda conformidade com o estágio de evolução da relação entre o Estado e o cidadão. Com efeito, as teorias concreta e abstrata da ação são atuações de diferentes momentos político-estatais.

Para a doutrina processual civil, o binômio abstrato-concreto se situa no cotejo entre o direito subjetivo material e o processo e é determinado segundo o grau de vinculação entre aqueles institutos. Em qualquer caso, porém, o juízo de abstração ou concretude se forma em relação ao direito subjetivo material pretendido em juízo.

Este é o motivo (ver, *supra*, item 3.1) pelo qual se afastou, aqui, a possibilidade da adoção de qualquer uma daquelas teorias em relação ao direito processual penal.<sup>325</sup> De fato, considerando que o autor, no direito processual penal, não exerce pretensão de direito material, eis que não é o titular do *jus puniendi* (aqui sempre apreendido como poder de punir), inaplicáveis são as conclusões da doutrina processual civil sobre o caráter abstrato ou concreto da ação processual. Como disse Oreste DOMINIONI, é definitivamente adquirida pela doutrina processual penal – ao menos na Itália – “a autonomia do poder de ação [penal] das situações subjetivas de

---

<sup>325</sup> Aqui, pode ser útil citar Oreste DOMINIONI, para quem “o poder de ação penal é delineado segundo a específica estrutura do processo penal, que praticamente torna irrelevantes os perfis que o poder de ação manifesta no processo civil. Sobre isto, antes das análises, é realmente necessário fazer uma advertência, que vale a um tempo como enunciação metodológica e como crítica de proposições doutrinárias recorrentes: confiar a definição do conceito de ação penal a uma mecânica transposição de modelos processuais civis conduz a resultados certamente insatisfatórios. O que importa não é tanto dotar a doutrina do processo penal de uma noção de ação que repita fórmulas dogmáticas mais ou menos consolidadas, mas extrair um conceito que reúna em si os dados normativos próprios do processo penal (*Azione... Op. cit.*, p. 399). [Tradução livre de: “*il potere di azione penale si delinea secondo la specifica struttura del processo penale, che in misura pressoché totale rende non pertinenti ad esso i profili che il potere d’azione manifesta in seno al processo civile. A questo riguardo è anzi necessario premettere all’analisi un’avvertenza, che vale ad un tempo come enunciazione metodologica e come critica di ricorrenti proposizioni dottrinarie: affidare la definizione del concetto di azione penale a una meccanica trasposizione di schemi processualciviltistici conduce a risultati senz’altro inappaganti. Ciò che importa non è tanto dotare la dottrina del processo penale di una nozione di azione che ripeta formule dogmatiche più o meno consolidate, bensì enucleare un concetto che convogli in sé i dati normative propri del processo penale*”].



direito substancial”. De fato, “o poder de ação produz em modo completo os seus efeitos independentemente de tais situações jurídicas substanciais. (...) Em suma, a ação penal como poder de pedir um pronunciamento jurisdicional favorável sobre os *merita causae* é fenômeno estranho ao sistema normativo positivo”.<sup>326</sup>

Neste diapasão, perde importância a discussão sobre a abstração ou concretude da ação processual penal, ao menos quando se toma como referência o direito subjetivo material. Nada obstante, têm-se vislumbrado um outro sentido para o binômio abstrato-concreto no direito processual penal, sentido este capaz de revelar o papel político que a ação representa.<sup>327</sup>

Com relação a isto, Cristiana VALENTINI REUTER demonstra que a deturpada lógica da busca da verdade substancial produziu, no direito italiano, com a legislação processual penal fascista do anos 30, uma não velada inquisitorialidade fundada em tal conceito de verdade. E, assim, surgiu a ideia de uma ação *autônoma*, em relação ao direito material, *abstrata*, eis que independente da norma violada, e também *neutra* no conteúdo, na medida em que se não constitui em requerimento de condenação, mas de mera jurisdição, fundado em um suposto pedido de *justiça* e

---

<sup>326</sup> DOMINIONI, O. *Azione... Op. cit.*, p. 399. [Tradução livre de: “*l’autonomia del potere di azione dalle situazioni soggettive di diritto sostanziale*”; “*il potere di azione produce in modo compiuto i suoi effetti indipendentemente da tale situazione giuridica sostanziale. (...) Insomma l’azione penale come potere di chiedere una statuizione giurisdizionale favorevole sui merita causae è fenomeno estraneo al sistema normativo positivo*”.]

<sup>327</sup> Vittorio DENTI, processualista civil, atento ao problema da relatividade da ação processual, em passagem exemplar, demonstra que o conceito de ação – aqui, pode-se dizer o mesmo da ação processual penal –, para além da questão de sua conformação normativa, deve levar em conta a posição do juiz no ordenamento, isto é, as características fundamentais da própria ordem judiciária. Veja-se que esta ideia transcende os limites da estrita dogmática normativa, alcançando uma dimensão evidentemente política. Em suas palavras: “Isto comporta, por outro lado, a exigência de que o problema da ação seja ligado não apenas com as modalidades processuais de tutela, mas também com a própria posição do juiz no ordenamento, e, portanto, com as características fundamentais da ordem judiciária. Correlação esta que é, ao invés, prevalentemente faltante no desenvolvimento das teorias da ação, centradas todas sobre a relação entre direito substancial e processo, e, por isso, sobre a projeção no processo dos direitos subjetivos” (**Azione (diritto processuale civile)**). In: *Enciclopedia giuridica Treccani*. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1996, v. IV, p. 2). [Tradução livre de: “*Ciò comporta, peraltro, l’esigenza che il problema dell’azione sia collegato non soltanto con le modalità processuali della tutela, ma anche con la posizione stessa del giudice nell’ordinamento, e quindi con le caratteristiche fondamentali dell’ordine giudiziario. Correlazione, questa, che è invece prevalentemente mancata nello svolgimento delle teorie dell’azione, centrate tutte sul rapporto tra diritto sostanziale e processo, e perciò sulla proiezione nel processo dei diritti soggettivi*”.]

verdade.<sup>328</sup> Isto é, no processo penal inquisitório, a ação processual penal é abstrata.<sup>329</sup>

Em citação lapidar:

Assim – se afirma – a ação penal não é tradução da norma em instância punitiva, mas mero requerimento de jurisdição; não se dirige contra um ‘adversário’, por que no processo dirigido à verificação da verdade não existem ‘partes’; o Ministério Público, por sua vez, não atua pela condenação, mas apenas em vista de um neutro, imparcial *accertamento* final. Na abolição da dialética antagonística está o sentido da viragem ideológica em exame, um sentido que é comum a outras operações semelhantes realizadas pelo regime fascista, exemplar, entre todas, o englobamento dos sindicatos na visão totalizante das Corporações, estruturas cuja qualificação como ‘órgãos do Estado’ se prestavam a anular toda instância contraditória.<sup>330</sup>

Aliás, o próprio CALAMANDREI já havia relacionado a ação penal, por seu caráter público e abstrato, ao modelo inquisitório do Estado autoritário. Como já se citou: “Na verdade, as várias tentativas que foram empreendidas para construir a ação penal sobre o esquema da ação civil, considerando-a como instrumento de um concreto direito subjetivo de punir, parecem absolutamente superadas pela concepção, hoje dominante, do Estado autoritário”. E, ressaltando a unidade de escopo entre as funções do juiz e do Ministério Público: “mas o acusador não aspira, na realidade, satisfazer um interesse diverso daquele que perseguem os juízes, de modo que entre ele e o órgão julgador se deve ver apenas uma divisão de trabalho, que dá lugar a uma diversidade de posições psicológicas, e não a uma distinção jurídica de objetivos”.<sup>331-332</sup>

<sup>328</sup> VALENTINI REUTER, C. *Le forme... Op. cit.*, p. 18.

<sup>329</sup> No mesmo sentido, ver GUARNERI, G. *Azione... Op. cit.*, p. 68.

<sup>330</sup> *Id. Ibid.*, p. 19. [Tradução livre de: “Così - se afferma - l'azione penale non è traduzione della norma in istanza punitiva, bensì mera richiesta di giurisdizione; non si dirige contro un 'avversario', perché nel processo volto all'accertamento della verità non esistono 'parti'; il pubblico ministero, a sua volta, non agisce pela condanna, ma solo in vista di un neutro, imparziale accertamento finale. Nell'abolizione della dialettica antagonistica sta il senso della svolta ideologica in esame, un senso che la accomuna ad altre operazioni consimili operate dal regime fascista, esemplare tra tutte l'inglobamento dei sindacati nella visione totalizzante delle Corporazioni, strutture la cui qualifica di 'organi dello Stato' valeva a cancellare ogni istanza contrappositiva”].

<sup>331</sup> CALAMANDREI, P. *La relatività... Op. cit.*, p. 42. [Tradução livre de: “In verità, i varî tentativi che sono stati fatti per costruire l'azione penale sullo schema dell'azione civile considerandola come strumento di un concreto diritto soggettivo di punire, sembrano decisamente superati dalla concezione, oggi prevalente, dello Stato autoritario”; “ma l'accusatore non aspira in realtà a soddisfare un interesse diverso da quello che perseguono i giudici, sicchè tra esso e l'organo

À ação no processo inquisitório, pois, não se pode atribuir propriamente um conteúdo persecutório/condenatório, razão de sua *abstração*: “em essência, se a ação penal não tem conexão com a dita *pretensão punitiva*, ou seja, se ela é abstrata, então o Ministério Público não tem nenhum papel de parte e não mira a condenação, mas o estabelecimento da verdade; simultaneamente, se o processo tem como objetivo supremo a descoberta da assim dita *verdade material*, e o promotor trabalha com as outras partes do processo em vista deste fim, então à *actio* não poderia ser consistentemente atribuído um conteúdo persecutório”.<sup>333</sup>

Em suas últimas consequências, o modelo encerra uma grave incoerência, que retira uma parte significativa da força do princípio da presunção de inocência. Esta incoerência pode ser traduzida em uma pergunta: como a ação pode ser *abstrata*, quando contém a atribuição de um fato criminoso ao acusado – a chamada imputação?

De fato, em que pese não seja possível – segundo os motivos acima expostos – enxergar na ação um requerimento de condenação, mas apenas de resolução do caso penal, a *imputação* se impõe como uma insuperável exigência procedimental, tanto para definir o juízo competente e o procedimento aplicável, como para fixar parâmetros para o fluxo do prazo prescricional. Também, exerce uma importante função ligada ao exercício da defesa e do contraditório, na medida em que procura limitar o objeto de juízo e estabelecer os parâmetros da correlação entre a acusação e a sentença.<sup>334</sup>

Todavia, assumida a suposta *imparcialidade* do Ministério Público, ou, como

---

*giudicante si deve vedere soltanto una divisione di lavoro che dà luogo a una diversità di posizioni psicologiche, non ad una distinzione giuridica di scopi”.*]

<sup>332</sup> Também tratando da convergência de objetivos, no processo penal, entre juiz e Ministério Público, ver SABATINI, Giuseppe. **Vecchio e nuovo nella teoria dell’azione penale**. Roma: Juris Domus, 1962, p. 30 e seguintes.

<sup>333</sup> VALENTINI REUTER, C. **Le forme...** *Op. cit.*, p. 21. [Tradução livre de: “*in sostanza, se l’azione penale non ha legami con la cosiddetta pretesa punitiva, se, cioè, è astratta, allora il pubblico ministero non ha un ruolo di parte e non mira alla condanna, bensì all’accertamento della verità; contemporaneamente, se il processo ha come supremo scopo la scoperta della cosiddetta verità materiale, e il pubblico ministero collabora colle altre parti del processo in vista di tale fine, allora all’actio non potrebbe coerentemente venir attribuito un contenuto persecutorio*”].

<sup>334</sup> Para uma extensiva revisão teórica sobre o tema da imputação, pautada no modelo italiano anterior à reforma de 1988, mais próximo do brasileiro, recomenda-se o artigo: DOMINIONI, Oreste. **Imputazione (diritto processuale penale)**. In: *Enciclopedia del diritto*. Milão: Giuffrè, 1970, v. XX.

queria FIGUEIREDO DIAS, sua atuação pautada por critérios de estrita objetividade jurídica,<sup>335</sup> torna-se, no mínimo, incoerente pensar na carga assertiva contida na imputação, que terminará por orientar o próprio juiz durante a instrução.

Neste ambiente, o princípio da presunção de inocência se vê reduzido a um aspecto formal. “Enxertando-se sobre o tronco de um processo ainda fundamentalmente inquisitório, embora eufemisticamente denominado misto, a presunção de inocência, no entanto, produz efeitos não previstos pelos primeiros teóricos, vindo a ser, em essência, bastante diluída pela coexistência com institutos profundamente dissonantes. Parece, de fato, impossível, a não ser ao preço de contorções lógicas pouco esclarecedoras, coordenar a presunção de inocência com o ativo papel do juiz do *dibattimento*<sup>336</sup>, sempre comprometido com um Ministério Público definido como ‘parte imparcial’, na sobre-humana tarefa de investigação da ‘verdade objetiva’”.<sup>337</sup>

Ao tentar se adaptar aos princípios constitucionais vigentes, o processo inquisitório desmorona em incongruências quase incompreensíveis e, de fato, insolúveis. Tais problemas, todavia, são amenizados quando se insere a ação no contexto do processo acusatório.

Com efeito, num processo acusatório que se queira autêntico – mediado pela ausência de poderes instrutórios ao juiz e, assim, por conferir às partes o verdadeiro lugar de *partes*, não de meros *partícipes* –, a ação processual penal tem um papel bastante diverso, na medida em que não é regida pelo princípio da *obrigatoriedade*, mas pelo princípio da *oportunidade*, bem como o conteúdo do processo é, a todo o

---

<sup>335</sup> Conforme discussão *supra*; ver nota de rodapé n.º 272.

<sup>336</sup> O *dibattimento* é a fase do processo penal italiano vigente na qual, em audiência, realiza-se a colheita de provas, de forma oral e contraditória. Genericamente, representa a fase de instrução probatória.

<sup>337</sup> VALENTINI REUTER, C. *Le forme... Op. cit.*, p. 279. [Tradução livre de: “*Innestandosi sul tronco di un processo fondamentalemente ancora inquisitorio, benché eufemisticamente denominato ‘misto’, la presunzione d’innocenza, però, produce effetti non previsti dai primi teorici, finendo col venire, in sostanza, alquanto diluita dalla coesistenza con istituti profondamente dissonanti. Sembra, infatti, impossibile, se non a prezzo di contorsioni logiche scarsamente chiarificatrici, coordinare la presunzione d’innocenza con l’attivo ruolo del giudice del dibattimento, sempre impegnato, in una con un pubblico ministero definito ‘parte imparziale’, nel sovrumano compito di ricerca della ‘verità obbiettiva’*”].

momento durante sua tramitação, marcado pela absoluta *disponibilitàde*. Em outras palavras, a ação ganha uma conotação *concreta*, quando se considera que o Ministério Público poderia ter deixado de oferecer a ação, mas optou por oferecê-la, bem como poderá, a qualquer instante, encerrar, unilateralmente, a persecução penal.<sup>338-339</sup>

Ao tratar da aproximação da doutrina italiana com a herança inquisitória do *Codice Rocco*, Cristiana VALENTINI REUTER sugere que o esforço de se considerar o Ministério Público como uma espécie de “órgão de justiça”, imparcial, é o que motiva a compreensão de que a ação não deve conter um requerimento de condenação:

O que se quer evitar, em última análise, é um deslize, uma revisão, no sentido antagônico, dialético e "acusatório" do processo penal. Não é por acaso, na verdade, que aquelas teorias que atribuem ao ato de oferecimento da ação um conteúdo, sem meios termos, 'persecutório', ou seja, de pedido de condenação, provém de expoentes da doutrina, em geral, mais propensos do que outros a admitir a necessidade de uma revisão no sentido acusatório do sistema processual penal.<sup>340</sup>

Isto é importante e deve ser bem compreendido: desde que o processo penal seja efetivamente acusatório, é extremamente conveniente que a ação assuma seu caráter “*concreto*”. Não na forma do direito processual civil, que, como se viu, é inaplicável ao direito processual penal em razão de suas especificidades, mas eis que se trata de ato pelo qual o Ministério Público afirma uma convicção em relação ao caso penal – que, todavia, tem como condição *sine qua non* uma investigação

---

<sup>338</sup> Em certa extensão, a ação penal de iniciativa privada, que no Brasil é regida pelos princípios da oportunidade e, no tocante ao conteúdo do processo, da disponibilidade, estaria mais próxima do modelo de ação processual inerente ao processo acusatório. Nada obstante, esta forma de ação esbarra em problemas ainda mais sérios, ligados à impossibilidade de se compatibilizar os interesses, sempre públicos, que servem de fundamento à questão penal e os interesses privados que orientam a tomada de decisão da vítima que se coloca como parte autora. Este tema será aprofundado no próximo capítulo.

<sup>339</sup> Para uma análise extensiva dos reflexos desta “concretude” da ação no processo penal italiano vigente, ver DI RUGGIERI, Francesca. **Azione penale**. In: *Enciclopedia del diritto*. Milão: Giuffrè, 2010, Annali III.

<sup>340</sup> *Id. Ibid.*, p. 20. [Tradução livre de: “*Ciò che si vuole evitare, in ultima analisi, è uno slittamento, una revisione in senso antagonistico, dialettico e 'accusatorio' del processo penale. Non è per caso, in effetti, che quelle teorie che attribuiscono all'atto di promovimento dell'azione penale un contenuto senza mezzi termini 'persecutorio', ossia di richiesta di condanna, provengono da esponenti della dottrina, in genere più propensi di altri ad ammettere la necessità di una revisione in senso accusatorio del sistema processualpenalistico*”].

preliminar bem feita. Ainda, lembre-se que ele próprio, sem a ajuda do magistrado, deverá demonstrar tal alegação. E, também, não se olvide que, se a qualquer momento se convencer do contrário, poderá desistir do processo.<sup>341</sup>

A conveniência deste caráter *concreto* da ação no processo acusatório reside no fato de que se retira da atuação do Ministério Público a aura de imparcialidade, que já tem pouca correspondência na realidade fática e opera como um escudo legitimador, que pode, em alguns casos, inclusive solapar a própria compreensão da presunção de inocência do acusado, notadamente quando se visualiza a contraposição entre um *imparcial defensor da sociedade* ao réu, este normalmente [pré-]compreendido como o inimigo daquela mesma sociedade.

Importa que o Ministério Público possa assumir, na íntegra e sem falsas aparências, o lugar e o discurso do acusador, preservada a disponibilidade e respeitada, em sua totalidade, o modelo processual acusatório (repita-se, subtraindo-se do juiz a iniciativa probatória, para que seja efetivamente o árbitro pretensamente imparcial).

Tratando do modelo acusatório, VALENTINI REUTER afirma: “Metáforas à parte, a acusação não é mais configurável como um requerimento ‘abstrato’ de jurisdição, requerimento, ou seja, de uma decisão qualquer, mas como ‘concreta’ demanda de condenação, feita por um sujeito que não é mais um órgão ‘parajurisdicional’, mas propriamente e profundamente ‘parte’. Parte de acusação”.<sup>342</sup> Segundo a autora, tal concretude seria uma consequência imediata da escolha feita pelo acusador, ao término das investigações preliminares, entre oferecer a ação processual penal ou arquivar.<sup>343</sup>

---

<sup>341</sup> Evidente, todavia, que este desistir do processo deveria ser submetido a alguma forma de controle, possivelmente o hierárquico. Tornar-se-á ao tema no quarto capítulo deste texto.

<sup>342</sup> VALENTINI REUTER, C. **Le forme...** *Op. cit.*, p. 258. [Tradução livre de: “*Fuori di metafora, l'azione penale non è più configurabile quale richiesta 'astratta' di giurisdizione, richiesta, cioè, di una decisione purchessia, ma 'concreta' domanda di condanna, fatta da un soggetto che non è più un organo 'paragiurisdizionale', ma propriamente e fino in fondo 'parte'. Parte d'accusa.*”]

<sup>343</sup> *Id. Ibid.*

Aqui, a imputação expressaria o papel político da ação no processo penal, que deve colocar o Ministério Público e, principalmente, o juiz,<sup>344</sup> em seu devido lugar. Diante das provas recolhidas pela polícia judiciária, o promotor se absterá de promover a ação se forem insuficientes ou demonstrarem que não há crime. Se, apesar disto, oferecer a acusação, faz em afirmação de seu caráter *concreto*, neste último sentido apresentado.

Neste diapasão, a presunção de inocência passa a ter um papel decisivo, que imputa ao juiz – longe da colheita da prova e assentado num lugar que cheira imparcialidade – a missão de ser seu efetivo garantidor. Na estrutura acusatória, sempre que o acusador não se desincumbir do ônus de provar, peremptoriamente, a autoria e a materialidade do crime, a presunção de inocência deve vir afirmada por um juiz-árbitro, realidade quase impossível no atual processo penal brasileiro, marcado pela iniciativa probatória do juiz.

Essencial, pois, que a ação processual penal se insira em um processo com feições democráticas e efetivamente acusatórias, sob pena de seguir inadequada à Constituição.

A ação processual penal parece ter um papel político da maior relevância, por tudo oposto à ideia de obrigatoriedade da acusação e indisponibilidade do conteúdo do processo, tanto quanto à iniciativa probatória do juiz.

De fato, numa estrutura essencialmente acusatória, seria preciso dar ao Ministério Público a possibilidade de decidir acusar apenas quando convém aos interesses da sociedade e do Estado. A discricionariedade, aqui, embora fundamentada e sujeita a controle hierárquico, possivelmente com a participação da vítima, é indispensável. E não se trata, meramente, de uma decisão fundada na suficiência das provas colhidas no inquérito policial. Mais do que isto, é possível conceber situações nas quais, embora exista crime, não convém acusar, seja porque suas consequências já são suficientemente penosas ao próprio agente, a ponto de recomendar a não aplicação

---

<sup>344</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Mettere Il pubblico ministero al suo posto – ed anche il giudice.** In: *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 17, n. 200, pp. 23-24, julho, 2009.

da pena, seja porque a pena, no caso concreto, não alcançaria qualquer finalidade juridicamente válida, seja porque a legislação penal, em relação a determinados crimes, está ultrapassada e superada, enfim, pelos mais diversos motivos, é possível vislumbrar que nem sempre o processo e a pena representam uma resposta político-criminal adequada ou justa.<sup>345-346</sup>

Por outro lado, mesmo quando a intervenção jurisdicional penal se impõe como necessária, a par das críticas que se pode opor ao modelo, a ideia de uma justiça penal consensual poderia representar significativo avanço, desde que pudessem ser reunidas certas condições materiais, dentre as quais uma investigação preliminar realizada de forma séria e suficiente aparece como a mais importante delas.

A cultura inquisitória vigente no Brasil, inclusive nos dias atuais, estimula uma ação processual penal oferecida de forma indolente e, até mesmo, irresponsável, acentuando a compreensão de que o réu, normalmente carente, merece ser tratado como mero objeto do processo. De fato, o modelo inquisitório não estimula uma acusação responsável. Sabe-se que os inquéritos policial são instruídos de forma decifiente, sabe-se que o promotor não tem qualquer contato prévio com as pessoas que foram envolvidas na investigação preliminar, indiciado e testemunhas. Mesmo assim, obriga-se-lhe a acusar, o que, quiçá, faz movido pela sensação de que, durante a instrução processual, o fato será esclarecido, sob a regência de um juiz-instrutor. Ledo engano; o processo também é, corriqueiramente, instruído de forma pobre, com fortes

---

<sup>345</sup> Tais situações, hoje, frequentemente não passam da fase do inquérito policial, caindo na vala comum dos milhares de casos penais não investigados/processados que se apresentam todos os anos e, eventualmente, são alcançados pela prescrição segundo a pena em abstrato. Alternativamente, tornam-se aquelas denúncias comumente avaliadas, pela comunidade jurídica em geral, como injustas, absurdas, excessivas, desnecessárias, etc.

<sup>346</sup> Na lição de Alexandre Morais da ROSA e Sylvio Lourenço da SILVEIRA FILHO: “A política criminal apresenta-se, também, como fator necessário à interpretação das normas processuais, uma vez que sempre é de um *ser-aí* (Heidegger), inserido no mundo da vida. Apesar de o conhecimento das formas processuais ser importante, o isolamento formal faz desaparecer a estrutura democrática – eminentemente acusatória – do Processo Penal” (**Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 70). Neste sentido, como ensina Alberto M. BINDER, é importante ao jurista iniciar “um caminho de reflexão e crítica pessoal, orientado a um modelo próprio de Política Criminal, que o tenha sempre presente e que aprenda a lutar por ele” (**Iniciación al proceso penal acusatório**. Campomanes: Buenos Aires, 2000, p. 26).



tendências a ser não mais do que uma mecânica reprodução do *modus operandi* e das conclusões da instrução preliminar.

Aliás, pensando no papel que a ação desempenha no modelo processual brasileiro, muito como herança de uma ideologia autoritária que considera o direito e o processo penal como instrumentos de defesa da sociedade contra o indivíduo, não se pode dizer que, efetivamente, a doutrina e a jurisprudência, de forma ampla, têm consciência daquela incumbência pretensamente neutra que a acusação deve desempenhar atual processo penal pátrio. Basta lembrar que, nos dias atuais, é a regra encontrar pedidos condenatórios nas denúncias, malgrado sejam redigidas exclusivamente com base na prova colhida pelo delegado de polícia, sem qualquer intermediação contraditória. E isto ocorre ainda que a doutrina mais avançada reconheça, hoje, ante o papel constitucional do Ministério Público, que inclusive lhe impõe requerer a absolvição do acusado, se for o caso, que a denúncia não pode conter senão um pedido de resolução do caso deduzido em juízo.<sup>347</sup>

A compreensão da ação processual penal como mero requerimento de resolução do caso penal, inerente à estrutura inquisitória, supostamente neutra e amarrada ao discurso constitucional, enquanto deveria representar um limite ao poder punitivo do Estado (assim querem seus teóricos), paradoxalmente, esconde sua face mais brutal e autoritária, na medida em que certas práticas evidentemente punitivas, que habitam nos fóruns da vida, permeadas por discursos políticos e jurídicos de repressão e aniquilação do “inimigo”, são apresentadas como atos pautados em estrita objetividade jurídica. Pior do que isto, a suposta neutralidade do juiz e do membro do Ministério Público, ainda que não encontre correspondência fática, muito na medida da própria cultura punitiva que informa a práxis, como já se disse, serve de escudo legitimador para tais práticas inquisitórias.

Entenda-se bem: a dogmática constitucional não pode se servir a maquiagem os problemas político-culturais que assolam a prática do direito processual penal, afirmando-lhe uma roupagem democrática que, a todo efeito, falta e faz falta.

---

<sup>347</sup> Por todos, LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v. I. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 105 e ss.

Ao mesmo tempo, parece evidente que o câmbio para um modelo processual acusatório teria que enfrentar severos problemas, se quisesse dar efetividade ao papel político da ação processual penal. Em primeiro lugar, mencione-se a própria cultura inquisitória vigente, que ofusca a compreensão que juízes e membros do Ministério Público devem ter de seus escopos funcionais. Como já se disse, uma lei acusatória pode ser operada da maneira mais inquisitória. Este problema é sério e, quiçá, momentaneamente insolúvel, dependente de uma evolução no próprio pensamento sobre o processo penal capaz de abalar o senso comum teórico dos juristas.

Sem embargo, concretamente, existem problemas estruturais que mereceriam atenção, em especial a falta de recursos, humanos e materiais, da polícia judiciária. A maneira como o inquérito policial é feito, hoje, no Brasil, poria a perder qualquer tentativa de reforma legislativa. O modelo de ação regida pelos princípios da *oportunidade* e da *disponibilidade* (em relação ao caso penal) só pode prosperar se a investigação preliminar for bem feita e fornecer ao acusador elementos de prova suficientes para tomar aquela decisão que parece ser a mais importante de toda a estrutura da persecução penal: acusar ou não.

#### 4 DA AÇÃO PROCESSUAL PENAL NO DIREITO BRASILEIRO: CONSIDERAÇÕES NUCLEARES SOBRE A PROVOCAÇÃO DA JURISDIÇÃO EM RELAÇÃO AO CASO PENAL

A ação processual penal tem um decisivo papel político, cuja representação habita a essência do próprio modelo de direito processual penal vigente. Esta é a mensagem do capítulo anterior, no qual se discutiu a relatividade do conceito de ação e sua referência à concreta realidade política estatal e judiciária.

Este caráter de fluidez conceitual impede a adoção de conceitos totalizantes, pretensamente capazes de explicar o fenômeno da ação processual de forma atemporal e compreensiva de todas as suas modalidades. Para além do núcleo teórico fundamental, identificado como o caráter de ato de provocação da jurisdição, inerente ao instituto, as inferências teóricas terão sempre uma forte base normativa.

Uma passagem de VALENTINI REUTER sintetiza tais conclusões de forma tão precisa que se pede vênua para transcrevê-la integralmente:

Viu-se como, procedendo a uma progressiva depuração do conceito de ação penal, é possível alcançar um núcleo, universalizável (...) em todo contexto em que surja uma função que se caracterize como *iurisdictio*. Ontologicamente definível como poder de provocar a intervenção do Estado-jurisdição, este núcleo conceitual, porém, corresponde igualmente a tudo o que se pode predizer, sem levar em contas legislações concretas. Seu valor prático é meramente instrumental, indispensável a fins cognoscitivos, mas de um entendimento que, para resultar útil em concreto, deve ir além, descendo a compreender não mais *o que* é a ação penal, mas *como* é, ou como ela é formada no específico contexto normativo em que está imerso o intérprete.<sup>348-349</sup>

---

<sup>348</sup> VALENTINI REUTER, Cristiana. **Le forme... Op. cit.**, p. 27. [Tradução livre de: “*Si è visto come, procedendo ad un progressivo depuramento del concetto di azione penale, sia possibile giungere ad un nucleo, universalizzabile (...) in ogni contesto in cui appaia una funzione caratterizzantesi come iurisdictio. Ontologicamente definibile come potere di provocare l'intervento dello Stato-giurisdizione, questo nucleo concettuale, però, corrisponde anche a tutto ciò che è possibile predicarne, senza tenere conto delle legislazioni concrete. Il suo valore pratico è meramente strumentale, indispensabili a fini conoscitivi, ma di una conoscenza che, per risultare utile in concreto deve andare oltre, scendendo a comprendere non più cos'è l'azione penale, ma com'è, ovvero come viene plasmata nello specifico contesto normativo in cui è immerso l'interprete*”].

<sup>349</sup> É digno de nota que, segundo a autora, este núcleo teórico básico inerente à ação processual é compartilhado pelas teorias do direito processual penal e do direito processual civil, ou como afirma, genericamente, em qualquer situação na qual haja exercício de jurisdição. Nada obstante, apesar da

Eis por que, neste capítulo, tentar-se-á aplicar tais ideias ao contexto jurídico da ação processual penal na legislação brasileira. Nada obstante, convém primeiramente repisar que aquele mesmo núcleo teórico permite concluir que a ação processual penal é plúrima, não se limitando ao seu aspecto de acusação.

#### 4.1 Aportes iniciais: a ação processual em sua pluralidade

Em relação à doutrina processual penal brasileira, ressalvadas eventuais exceções, nota-se que impera o discurso processual civil sobre a ação, quase sempre através de importações acríticas e pouco refletidas. O fenômeno acima designado por colonização discursiva encontra, aí, um importante vetor de disseminação. No geral, afirma-se que a diferença é meramente de objeto, ou conteúdo, permanecendo idêntico o esquema teórico.<sup>350</sup>

Todavia, como já se disse, o modelo da teoria geral do processo, fundado no conceito de lide – e/ou suas derivações – é inadequado a sustentar qualquer conceito teórico no direito processual penal. Mas, também, o próprio binômio *jus-actio* inerente à ação no processo civil é incapaz de apresentar uma resposta satisfatória para o problema da ação processual penal. É fato que a renovação teórica, crítica, é indispensável para que o tema avance. Lembre-se que há questões políticas importantes circundantes ao tema, razão pela qual uma base teórica coerente e condizente com a teoria do direito processual penal é condição de possibilidade das garantias constitucionais.

A teoria geral do processo propõe uma compreensão totalizante para o

---

possível existência de pontos de contato e semelhanças entre os ramos do direito processual, esta conclusão jamais seria suficiente, com base nos argumentos apresentados no primeiro capítulo, para se fundar – ou justificar – uma teoria unitária do processo.

<sup>350</sup> Por todos CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 274 e ss.; e TORNAGHI, H. B. **Instituições... Op. cit.**, 1977, v. I, p. 301.

instituto, capaz de abarcar tanto a ação processual civil como a ação processual penal. Viu-se que, em razão da relatividade do conceito de ação, restarão sempre infrutíferas tais tentativas.

Se tal perspectiva é demasiado ampla, por outro lado, a doutrina brasileira tem o hábito de restringir o discurso sobre a ação processual penal ao aspecto da acusação, como, aliás, faz a própria legislação processual penal. Esta outra perspectiva, porém, é demasiado restritiva.

De fato, não subsiste razão para considerar que só existe ação processual penal no ato do oferecimento da denúncia ou da queixa. Para além dos argumentos já apresentados, note-se que o princípio da inércia da jurisdição impõe uma compreensão mais ampla do que seja o ato de provocação da jurisdição. Importa que o juiz se abstenha da iniciativa em relação ao processo, inclusive como um mecanismo de favorecimento de sua imparcialidade, mas não apenas em relação ao processo voltado à resolução do caso penal. Esta abstenção deve se aplicar ao processo penal cautelar, mas também ao conhecimento e declaração da extinção da punibilidade, a revisão criminal, entre outros casos.

Fixou-se, no primeiro capítulo, o conceito de *caso penal* como um conceito central na estruturação teórica do direito processual penal. De fato, para Franco CORDERO, “o processo penal serve a verificar se uma pessoa deva ser punida”.<sup>351</sup> E, sendo assim, pode-se concluir que o escopo do processo penal é determinar se, ao autor do fato em exame desde a investigação preliminar, fruto de uma notícia de crime, deve ser aplicada uma pena. Como propôs Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, este é o conteúdo do processo, que traduz na seguinte definição: situação de dúvida em relação à aplicação de uma sanção penal.<sup>352</sup>

---

<sup>351</sup> CORDERO, Franco. **Procedura penale**. 8ª ed. Milão: Giuffrè, 1985, p. 111. [Tradução livre de: “*Il processo penale serve a verificare se una persona debba essere punita*”].

<sup>352</sup> "Entenda-se bem, de encontrar uma palavra, uma expressão, adequada ao fenômeno que se dá no processo e, dessa maneira, o melhor é deixar, na medida do possível, um menor espaço à indeterminação, por natureza sempre presente. *Caso penal* cumpre o requisito a contento. Com ele, estamos diante de uma situação de incerteza, de dúvida, quanto à aplicação da sanção penal ao agente que, com sua conduta, incidiu no tipo penal. Em não sendo auto-executável a sanção, não há outro caminho que o processo para fazer o acertamento do caso penal. A jurisdição, ademais, é indefectível e

Compreenda-se bem, a situação de dúvida que deve obrigatoriamente ser resolvida pelo juiz é aquela referente à pena. Isto decorre do princípio da indeclinabilidade da jurisdição, ou seja, do fato de que ao magistrado não é dado responder *non liquet*.

Nada obstante, perceba-se que, frequentemente, não é possível apresentar uma declaração de certeza jurisdicional em relação à existência, ou autoria, do crime. Em tais casos, o juiz não é capaz de dizer se há ou não crime, mas necessariamente deve oferecer uma resposta jurisdicional para a situação que lhe foi apresentada. Esta resposta, embora não diga sobre o crime, sempre diz sobre a pena, ainda que seja para afirmar que, em razão da presunção de inocência, não se aplicará pena ao acusado.

Em suma, a questão de fundo, que sempre deve receber uma resposta jurisdicional, é aquela referente à aplicação da pena. Desde aqui, é lícito concluir que o provimento declaratório de extinção da punibilidade resolve negativamente aquela situação de dúvida (“devo aplicar pena?”). Inegável, pois, seu caráter de decisão de mérito.

O conceito de caso penal é vital para o adequado entendimento de diversas questões da teoria do direito processual penal, inclusive no tocante à ação processual.

Ora, se ao declarar extinta a punibilidade o magistrado resolve a questão de mérito, seria inconcebível imaginar que o requerimento de declaração de extinção da punibilidade oferecido pelo Ministério Público, em relação a um fato alcançado pela prescrição punitiva (art. 109, do Código Penal), como alternativa ao exercício da acusação, não represente uma modalidade própria de ação processual penal. Trata-se, pois, de ato de provocação da jurisdição por meio do qual se requer o acertamento do caso penal, na medida em que a conduta não é punível (art. 61, § único, do Código de Processo Penal). Neste caso, houve provocação (ação), conhecimento (processo) e decisão de mérito.

Todavia, houve ação, mas não houve acusação, motivo pelo qual não se pode

---

atua, até o acertamento positivo, de condenação, alheia a elementos de ordem subjetiva" (COUTINHO, J. N. M. *A lide... Op. cit.*, p. 138).

reduzir o problema da ação processual penal a este último aspecto. Ainda, memore-se que esta mesma forma de provocação da jurisdição pode partir do próprio indiciado.

Este exemplo, porém, não esgota a dimensão de pluralidade dos atos de provocação da jurisdição, que se espraiam por toda a legislação processual penal. Sobre isto, muito precisa é a lição de Giovanni LEONE, já invocada, à qual se recorre novamente: “Pretendendo oferecer uma definição que concirna não somente à ação penal principal, mas também àquelas ações penais complementares de que já falamos, devemos ter presente que em ambas as categorias a ação penal surge como o direito de provocar a decisão do juiz penal; e que, enquanto na primeira a decisão concerne ao *accertamento* de um fato que constitua um crime, na segunda se deduz uma particular demanda declaratória ou de produção ou modificação de relações jurídicas, sempre em relação a um fato que constitua crime”.<sup>353-354</sup>

Em definição tão ampla, estão compreendidos, além da denúncia e da queixa, o requerimento de declaração de extinção da punibilidade, a revisão criminal, o pedido de arquivamento do inquérito policial, o requerimento de prisão preventiva, ou outras medidas penais cautelares, e, entre vários outros, o *habeas corpus*.

Aqui, o tema da *jurisdição* é importante e não pode ser descuidado. A relação entre jurisdição e ação é (e deve ser) indefectível, de modo que se não pode falar em atuação jurisdicional sem prévia provocação (ação) por sujeito processual diverso do juiz (princípio da inércia da jurisdição).

Veja-se que a finalidade última da *jurisdição*, que se caracteriza como um

---

<sup>353</sup> LEONE, G. *Azione... Op. cit.*, § 6. [Tradução livre de: “*Volendo offrire una definizione che concerna non solo l'azione penale principale ma anche quelle azioni penali complementari di cui abbiamo ora parlato, dobbiamo tener presente che in ambedue le categorie l'azione penale appare come il diritto di provocare la decisione del giudice penale; e che, mentre nella prima la decisione concerne l'accertamento di un fatto costituente reato, nella seconda essa deduce una particolare domanda di accertamento ovvero la produzione o modificazione di rapporti giuridici sempre in relazione ad un fatto costituente reato*”.]

<sup>354</sup> Nada obstante, frise-se que tal conceito comporta certos excessos, como a sugestão de que a ação está referida a um fato que constitui crime. Ora, sabe-se que antes da sentença penal condenatória transitada em julgado, não é possível afirmar categoricamente que o evento que foi objeto do processo constitui um crime. É preciso sempre lembrar que, neste momento, se está diante de um juízo de probabilidade em relação à natureza criminosa do fato.

*poder*, é a resolução dos *casos penais*,<sup>355-356</sup> mas este poder não se limita meramente ao aspecto do acerto da situação de dúvida, isto é, a um de seus atributos, definido como *judgar (juditio)*.<sup>357</sup> Antes, o *jus dicere*, a dicção do direito nos casos concretos, comporta um ampla miríade de provimentos jurisdicionais que visam concretizar e tornar possível o próprio *acertamento*. Assim, não escapa à compreensão que os atos processuais penais cautelares e ligados à execução penal tem um evidente caráter jurisdicional. E, deste modo, limitar o discurso da ação processual penal ao momento do oferecimento da denúncia ou da queixa representaria um reducionismo injustificado.

É fato que a doutrina brasileira não ignora, em absoluto, a noção plúrima da ação processual penal,<sup>358</sup> cujo caráter foi apresentado, sob evidente influência da dogmática italiana, já nos anos 60 do século passado, especialmente pela pena de José Frederico MARQUES.

Todavia, a despeito de sua importância e das implicações teóricas que dela se pode extrair, a temática jamais recebeu a devida atenção. De fato, a questão é central e, quando não considerada, impede o estabelecimento do conceito e da natureza jurídica do instituto da ação processual penal, que dependem da exata compreensão de seu conteúdo e extensão.

---

<sup>355</sup> Assim, COUTINHO, J. N. M. **A lide... Op. cit.**, p. 138.

<sup>356</sup> Superada a discussão sobre a aplicabilidade de conceitos subjetivistas carneluttianos no direito processual penal, como lide, pretensão, interesse, etc. (ver item 1.3, *supra*), resta necessário concluir que a noção de lide – e derivações – não se presta adequadamente à definição do conceito de jurisdição penal, como pretendeu fazer a doutrina vinculada à teoria geral do processo. Sobre isto, Clara Maria Roman BORGES (**Jurisdição... Op. cit., passim**) propõe a adoção, restrita e limitada, da definição chiovendiana, que afirma como elemento distintivo da *jurisdição* a ideia de *coisa julgada*. Define-se, pois, o atuar jurisdicional como aquele tendente à formação da coisa julgada, fato que o distingue das demais expressões do poder estatal. Como ensina a autora, todavia, esta adoção da teoria de Giuseppe Chiovenda não pode prescindir de uma importante ressalva, voltada à negação das noções de subsidiariedade (à lei) e substitutividade (ao interesse privado), constitutivas do conceito de jurisdição daquele autor, mas inconciliáveis com o pensamento processual penal contemporâneo, que afirma, entre outras coisas, a indefectibilidade da jurisdição e compreende a interpretação normativa como um ato criativo do intérprete. BORGES, ainda, ao reconhecer a natureza de poder que é inerente à jurisdição, articula seu aporte teórico-crítico com a lição de Michel FOUCAULT, o que afasta o discurso da nefelibática verborragia acadêmica e o confronta com a realidade normalizadora do sistema penal.

<sup>357</sup> Ver, *infra*, nota de rodapé n.º 370.

<sup>358</sup> PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado... Op. cit.**, t. 5, § 68; MARQUES, J. F. **Elementos... Op. cit.**, v. I, pp. 321 e ss.



Note-se que o conceito de ação pode ser construído exclusivamente com base no conhecimento científico sobre a *ação penal principal* (ou *ação penal em sentido estrito*, como chamou, no Brasil, José Frederico MARQUES), isto é, a *acusação*, mas também pode – e deve – englobar os demais atos de provocação da jurisdição penal. Daqui se conclui que a referência genérica à *ação processual penal*, sem qualquer outro adjetivo, só pode representar o segundo caso.

Por tudo, genericamente, pode-se afirmar que a ação processual penal é uma forma de provocação da atuação jurisdicional penal. Giovanni LEONE identifica na *notícia do crime* o ponto de referência da provocação à jurisdição penal, como se depreende de sua tentativa de formular um conceito amplo de ação processual penal: “A ação penal em sentido amplo é definida como o poder (do Ministério Público ou de outros sujeitos) de requerer ao juiz penal a decisão sobre uma *notitia criminis*, isto é, sobre a existência das condições requeridas para certos provimentos dirigidos à repressão de um crime ou à modificação de relações jurídicas penais preexistentes”.<sup>359</sup>

Esta construção teórica – provocação da atuação jurisdicional para obter uma decisão sobre uma *notitia criminis* –, porém, quando se considera que o conceito de *notitia criminis*, no direito brasileiro, é bastante restrita e praticamente irrelevante após a instauração do inquérito policial,<sup>360</sup> parece carecer de completude, já que deixaria de fora, no mínimo, a *revisão criminal*, que não tem referência àquele instituto.

Por outro lado, Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO vincula sua definição de ação processual penal, ainda que restrita à *ação penal em sentido estrito*, ao conceito de *caso penal*, para indicar que pela ação provoca-se, “para acertar um determinado caso penal, a atuação jurisdicional”.<sup>361</sup>

No tocante à ampliação do escopo teórico da ação processual penal, aqui

---

<sup>359</sup> LEONE, G. **Azione...** *Op. cit.*, § 6. [Tradução livre de: “L’azione penale in senso ampio va definita come il potere (del p.m. o di altri soggetti) di chiedere al giudice penale la decisione su una ‘notitia criminis’ ovvero sulla sussistenza delle condizioni richieste per taluni delimitati provvedimenti diretti alla repressione di un reato o alla modificazione di rapporti giuridici penali preesistenti”.]

<sup>360</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos...** *Op. cit.*, v. I, p. 134: “Chama-se *notitia criminis* ao conhecimento espontâneo ou provocado que tem a autoridade pública da prática de uma infração penal”.

<sup>361</sup> COUTINHO, J. N. M. **A lide...** *Op. cit.*, p. 147.

proposta, a definição de COUTINHO, pela referência à situação de dúvida em relação à aplicação da pena (caso penal), torna-se bastante útil.

Nada obstante, é preciso levar em conta que nem sempre quando provocado, o juiz acerta o caso penal, isto é, elimina a situação de dúvida quanto à aplicabilidade da pena. Exemplificativamente, considere-se o requerimento de arquivamento do inquérito policial, espécie de decisão de natureza cautelar<sup>362</sup> em processo penal, que possibilita a retomada da persecução penal caso surjam novas provas. É evidente que em tal situação não há resolução do caso penal, mas mesmo assim há um ato de provocação da jurisdição (ação).

Tais dificuldades se resolvem com uma pequena adaptação à definição de COUTINHO, da qual resulta uma noção bastante ampla, aplicável ao direito brasileiro: pode-se dizer que, genericamente, a ação processual penal é o ato de provocação da atuação jurisdicional *em relação* a um caso penal. Esta aproximação é apta a designar todos os atos de provocação da jurisdição identificados na estrutura do direito processual penal brasileiro.

#### *4.1.1 As ações processuais penais em espécie*

Ainda que de forma breve, convém aprofundar esta discussão com a apresentação das diferentes modalidades de ação processual penal.

Assim, entre as mais importantes ações processuais penais de conhecimento, mencione-se a *ação penal em sentido estrito*, as *ações autônomas de impugnação* e o *requerimento de declaração de extinção da punibilidade*.

A espécie principal de ato de provocação da jurisdição penal pertence a este gênero, a chamada de *ação penal em sentido estrito* (ou *ação penal principal*), que se trata da própria acusação (art. 41, do Código de Processo Penal), caracterizada como

---

<sup>362</sup> Sobre o tema, ver: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A natureza cautelar da decisão de arquivamento do inquérito policial**. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 18, n. 70, 1993, abr./jun., pp. 49 e ss.

requerimento de instauração do processo penal, que se dirige à resolução do caso penal. Por se referir à modalidade mais importante e mais extensamente regulada na legislação processual, a quase integralidade dos tópicos abaixo está voltada ao tema.

Nada obstante, note-se que as chamadas *ações autônomas de impugnação* são típicas ações processuais penais de conhecimento, como o *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII, da Constituição da República, e art. 648 e ss., do Código de Processo Penal), dirigido à obtenção de um provimento jurisdicional mandamental, consistente em ordem judicial visando à cessação, ou a prevenção, de ato ilegal restritivo da liberdade, além da *revisão criminal* (art. 621 e ss., do Código de Processo Penal), que comporta requerimento, exclusivo do condenado, de provimento jurisdicional de caráter constitutivo, orientado à impugnação de sentença transitada em julgado.

O *requerimento de declaração da extinção da punibilidade* (art. 61, § único, do Código de Processo Penal) está voltado à obtenção de provimento jurisdicional declaratório fundado na prescrição punitiva.

Como tal, eis que soluciona a dúvida quanto à aplicação de pena, com conseqüente formação de coisa julgada material, considera-se que acerta o caso penal. Em outras palavras, já se disse, trata-se de provimento que resolve o mérito.

De titularidade do acusador (público ou privado) ou do réu, pode ser apresentado inclusive durante o inquérito policial. Especialmente importante, aqui, é compreender que tal requerimento pode ser uma alternativa ao oferecimento da acusação, presente como um dever do membro do Ministério Público nas hipóteses em que a prescrição está aperfeiçoada.

Como conseqüência, considerada sua natureza de ação processual penal, antes da instauração do processo (na fase da investigação preliminar), vedado é ao juiz conhecer de ofício da extinção da punibilidade, com respeito ao princípio da inércia da jurisdição. Durante o processo, todavia, a matéria ganha o caráter de questão prejudicial de mérito, justificando-se a redação do *caput* do art. 61, do Código de Processo Penal.

Já, agora, no tocante às ações penais relativas ao processo penal cautelar, tema

delicado e controverso, cite-se como exemplos principais, *o requerimento de arquivamento do inquérito policial, além dos requerimentos de prisões processuais e outras medidas cautelares.*

Como ensina Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, a decisão de arquivamento do inquérito policial tem natureza jurisdicional e cautelar, além de fundamento na ausência do mínimo probatório exigido para o recebimento da denúncia. Insuficiente a prova de materialidade e autoria, vedado é o exercício da acusação, impondo-se o requerimento de arquivamento.

Ao se questionar sobre o ato de *arquivamento*, a dúvida que imediatamente se levanta diz com seu caráter administrativo ou jurisdicional. Aquele autor, ao sustentar a opinião de que se trata de ato jurisdicional, afirma se tratar de decisão em *processo cautelar*, na medida em que o arquivamento visa postergar a decisão de mérito e possibilitar, no futuro, uma eventual retomada da persecução penal.

Sustenta o autor que esta linha de argumentação é mais coerente à interpretação do art. 18, do Código de Processo Penal, pois, “se a decisão de arquivamento fosse meramente administrativa (como quer a nossa Jurisprudência e doutrina dominante), não haveria razão para o legislador impor obstáculos ao desarquivamento, como o fez, exigindo novas provas, o que acabou se refletindo na Súmula 524 [do STF]”.<sup>363</sup> Ainda, afirma que a vera e própria decisão de arquivamento faz uma espécie de coisa julgada, que designa por *coisa julgada com efeitos análogos aos da cláusula rebus sic stantibus*, adquirindo estabilidade provisória, até que surjam novas provas. O desarquivamento do inquérito, por sua vez, afasta a coisa julgada.<sup>364</sup>

Neste caso, impossível afirmar que o requerimento de arquivamento tenha natureza diversa daquela da ação processual penal, isto é, dos atos de provocação da jurisdição em relação ao caso penal.<sup>365</sup> Trata-se, enfim, de ação processual inserida no

---

<sup>363</sup> COUTINHO, J. N. M. **A natureza...** *Op. cit.*, p. 55.

<sup>364</sup> *Id. Ibid.*

<sup>365</sup> No âmbito da doutrina italiana, mesmo sob a vigência da legislação processual penal agora revogada, se verifica um acalorado e, em certa medida, ainda vigente debate sobre a natureza de ação do requerimento de arquivamento. Parte da doutrina, majoritária e representada principalmente por Franco CORDERO, sustenta que o requerimento de arquivamento teria um caráter de “não ação”

âmbito do processo penal cautelar.

Quanto às ditas medidas penais cautelares, a despeito de todo o debate sobre sua natureza, classificação e limites, acirrado com as recentes alterações no Código de Processo Penal introduzidas pela Lei 12.403/2011, é necessário firmar uma forte e irrestrita posição constitucional.<sup>366</sup>

É fato conhecido que a maior parte da doutrina, quiçá, ainda sob a influência da compreensão autoritária da legislação processual penal brasileira, defende a tese de que se não pode propriamente falar em um processo cautelar, mas meramente em medidas cautelares, como incidentes processuais.<sup>367</sup> Em verdade, tem-se tratado do tema como se as providências cautelares pudessem ser objeto de provimentos administrativos, desvinculados das garantias constitucionais impostas ao processo penal.

A redação original do Código de Processo Penal (1941), de maneira geral, admitia a possibilidade de ampla iniciativa do juiz na decretação de medidas como a prisão processual, mesmo em momento anterior à instauração do processo. Nada em desacordo com sua origem e natureza inquisitória e autoritária. Sobre isto, o advento da Lei 12.403/2011 representou um avanço, embora tímido, na direção constitucional. A atual redação do art. 282, § 2º, estabelece que a decretação das medidas cautelares durante a investigação preliminar dependerá de *representação* da autoridade policial ou *requerimento do Ministério Público*. Nada obstante, segue o automatismo judiciário

---

(**Archivazione**. In: *Enciclopedia del diritto*. Milão: Giuffrè, 1958, v. II). Para o autor, a inexistência do limite da “superveniência de novas provas” (presente no Brasil), que não impede oferecimento de uma nova acusação fundada em mera reavaliação das provas, aparece como o principal argumento contrário à formação de coisa julgada no ato de arquivamento. E, assim, não se poderia falar em ato jurisdicional. Giovanni LEONE (**Azione... Op. cit.**) por seu turno, sustenta que a negativa do reconhecimento da natureza de ação ao pedido de arquivamento só é possível quando se limita o conceito de ação ao aspecto de requerimento de condenação do acusado, negando-lhe o caráter plúrimo. No Brasil, todavia, independentemente de quem tenha razão naquele debate, o instituto guarda significativas diferenças estruturais em relação ao modelo italiano. Por este motivo, eventuais conclusões diversas daquela doutrina parecem não infirmar os argumentos aqui expostos.

<sup>366</sup> Sobre a questão da existência de *ações cautelares*, referência obrigatória é a análise feita por Fauzi Hassan CHOUKR em seu **Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 441 e ss.

<sup>367</sup> Por todos, ver: JARDIM, Afrânio Silva. **Reflexões teóricas sobre o processo penal**. In: *Justitia*. São Paulo, n. 127, 1984. TUCCI, R. L. **Teoria... Op. cit.**, p. 106 e ss.

em relação às medidas decretadas no curso do processo (na parte inicial daquele mesmo dispositivo, lê-se: “as medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício, ou a requerimento das partes...”).

Todavia, o descompasso e a inadequação em relação à Constituição seguem existindo e são evidentes. Veja-se que o art. 5º, LIV, estabelece que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. O texto não deixa qualquer dúvida quanto à medida da garantia aplicável à hipótese: a decretação de medidas cautelares, inclusive patrimoniais, não pode prescindir do devido processo legal. Lembre-se, ainda, que, em leitura constitucional,<sup>368</sup> trata-se de ato cuja natureza é jurisdicional.<sup>369-370</sup>

Caberá, pois, aos juízes e tribunais interpretar o texto do Código de Processo Penal em conformidade com a Constituição. Se processo deve haver, inalienáveis são o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV),<sup>371</sup> além de ser vedada a iniciativa de

---

<sup>368</sup> **Art. 5º, LXI, da Constituição da República:** “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

<sup>369</sup> Sobre este tema, ver: CÂMARA, Luiz Antonio. **Medidas cautelares pessoais: prisão e liberdade provisória**. 2ª. ed. Curitiba: Juruá, 2012, especialmente o Capítulo 1.

<sup>370</sup> Para compreender o caráter jurisdicional dos provimentos cautelares, é preciso considerar que estão sempre voltados e referidos à tutela do processo de conhecimento ou de execução. Existem apenas em razão de outros provimentos jurisdicionais, como condição de possibilidade e garantia, razão pela qual estão inseridos no bojo do poder jurisdicional (CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**. Pádua: CEDAM, 1936, *passim*). Aqui, embora antiga, parece útil certa compreensão da doutrina do séc. XIX, que classificava os atributos do poder jurisdicional em cinco categorias: *notio*, *vocatio*, *coercitio*, *judicio* e *executio* (respectivamente, conhecimento, chamamento, coerção, julgamento e execução). Toda esta miríade de atributos compõe o poder jurisdicional, em suas diversas dimensões constitutivas. Giuseppe SAREDO, jurista lígure do “Oitocento”, a despeito de todo o apego e referência ao direito romano, inerentes àquele tempo, explicava que “a autoridade judiciária tem a *jurisdictio* e o *imperium*, o que compreende o direito de conhecer, ordenar, julgar, punir, constranger à execução: *notio*, *vocatio*, *coercitio*, *judicium*, *executio*”. Sobre a *coercitio*, base da intervenção cautelar, afirmava se tratar do “direito de se fazer respeitar, de reprimir as ofensas à lei feitas no exercício de suas funções: *jurisdictio sine coercitione nulla est*” (**Istituzioni di procedura civile**. v. I. 3. ed. Florença: G. Pellas, 1887-8, p. 198). [Tradução livre de: “*L’autorità giudiziaria ha la jurisdictio e l’imperium, il che comprende il diritto di conoscere, ordinare, giudicare, punire, costringere all’esecuzione: notio, vocatio, coercitio, judicium, executio; il diritto di farsi rispettare, di reprimere le offese a lei fatte nell’esercizio delle sue funzioni: jurisdictio sine coercitione nulla est*”.]

<sup>371</sup> Neste sentido, também o art. 7º, n.s 5 e 6, da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH, 1969). Ainda, o texto do Código de Processo Penal, após as alterações operadas pela Lei 12.403/2011, passa a prever o contraditório de forma parcial: “**Art. 282. § 3º.** Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a

ofício do juiz. Em outras palavras, não se pode prescindir de provocação da jurisdição por sujeito processual diverso, *i. e.*, ação processual. O princípio da inércia, aqui, impõe-se como condição de imparcialidade e isonomia.

Por tudo, conclui-se que o Código de Processo Penal deve ser lido em compasso com a Constituição, por meio do reconhecimento da existência de um verdadeiro “processo cautelar”, instaurado mediante “ação cautelar” e mediado pelos princípios do contraditório e da ampla defesa, pouco importando se a decretação da providência cautelar ocorrerá antes do processo ou durante ele.

Já em relação à execução penal, por outro lado, não se vislumbra a existência de “ações executórias”, eis que é composta por incidentes processuais que se inserem no próprio escopo da parte dispositiva da sentença.

Embora seja inegável o caráter jurisdicional da execução penal,<sup>372</sup> considerada a forma da intervenção do juiz definida na Lei 7.210/1984, tais atos jurisdicionais não dependem de provocação específica: a partir dos parâmetros fixados na sentença, o impulso e o desenvolvimento da execução penal decorrem do próprio texto legal. E assim convém que seja, eis que não seria razoável exigir um requerimento prévio para que o juiz, exemplificativamente, determinasse a progressão de regime do condenado; cumpridos os requisitos, a ordem deve ser automática e imediata.

Em suma, este breve apanhado das diversas modalidades de ação processual penal é limitado e jamais comportou intenção de esgotamento. Importa, porém, compreender os efeitos do reconhecimento de tal multiplicidade de atos de provocação,

---

intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo”. Parcial e insuficiente. Segundo o magistério de Fauzi Hassan CHOUKR, as providências cautelares devem estar sujeitas “a um contraditório ainda que posterior, e obedientes a determinada procedimentalização”. E, “somente haverá sentido em interpretar-se a norma em questão a partir de alguma conversão de entendimento sobre a estrutura jurídica e o papel das medidas cautelares em consonância com a Constituição, observando-se, a partir dessas premissas, que há uma distinção entre medidas decretáveis *inaudiatum altera pars* (sem oitiva da parte contrária) e outras que, pela situação concreta, podem admitir contraditório prévio” (**Código de Processo Penal... Op. cit.**, 2011, p. 444). Ver, também, LOPES JUNIOR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 19 e ss.

<sup>372</sup> Sobre o tema, ver FERNANDES, Antônio Scarance. **Reflexos Relevantes de um Processo de Execução Penal Jurisdicionalizado**. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 3, 1985.

especialmente no tocante à imparcialidade do juízo. Inúmeros são os atos jurisdicionais que, atualmente, são decretados de ofício, em alarmante risco ao devido processo legal, principalmente em relação às medidas cautelares.

#### **4.2 Panorama atual do tratamento legal da ação processual penal em sentido estrito e seus princípios normativos fundamentais**

De todo o rol de ações processuais penais, parece fundamental dedicar uma análise mais criteriosa à ação processual penal em sentido estrito, não apenas por ser tida como a principal das espécies, ou por ser aquela prevista na legislação de forma extensiva, mas, principalmente, pelo potencial que conserva em se apresentar, politicamente, como um instrumento punitivo ou de garantia. A ação processual penal em sentido estrito pode ser tratada como um mecanismo extremamente antidemocrático, que demarca e aprofunda as desigualdades sociais, ou como um próprio limite ao ímpeto punitivo estatal.

Nos dois capítulos anteriores, esforçou-se por desconstituir o modelo teórico da *teoria geral do processo*, que pouco pode contribuir em relação a esta questão, aprofundando-se numa compreensão independente e autônoma sobre o tema. Convém citar a lição de Franco CORDERO, com ênfase na exortação final: “Agora, sendo distintos os dois processos, quanto ao objeto e aos mecanismos propulsivos, as teorias civilistas sobre a ação não são transportáveis à matéria penal, embora alguns as tomassem emprestadas. *Raciocinemos sobre fenômenos, deixando de lado os teoremas*”.<sup>373</sup> Partir-se-á, pois, dos fenômenos e da realidade normativa processual penal.

Todavia, antes de se enfrentar os temas do conceito e da natureza jurídica da ação processual penal, importa resgatar as características normativas, legais e

---

<sup>373</sup> CORDERO, F. *Procedura... Op. cit.*, 1991, p. 375 (grifou-se). [Tradução livre de: “*Ora, diversi essendo i due processi, quanto a oggetto e meccanismi propulsivi, le teorie civilistiche sull’azione non sono trasponibili alla materia penale ma qualcuno le pigliava a prestito. Ragioniamo sui fenomeni lasciando da parte i teoremi*”].]



constitucionais, do instituto. Tal será feito com partida na chamada “classificação” subjetiva da ação, que leva em consideração os sujeitos que têm titularidade para o seu oferecimento.

A ação processual penal está regulada em um conjunto de dispositivos constitucionais, que serão mencionadas abaixo, além de, na esfera infraconstitucional, no Título VII, da Parte Geral, do Código Penal, entre os artigos 100 e 104, e no Título III, do Livro I, do Código de Processo Penal, sem desconsiderar algumas leis especiais com regras processuais penais tratando do instituto.

Nota-se, todavia, a ausência de precisão terminológica e técnica. A legislação processual penal infraconstitucional – e não apenas em relação à ação – é confusa e lacunosa, sem esquecer que, apesar das recentes alterações, segue maculada por inúmeras incompatibilidades constitucionais.

Inicialmente, percebe-se que, no tocante à topografia normativa do tema, é incoerente a superveniência de dispositivos legais sobre a ação processual no Código Penal. Sabe-se que o direito processual penal já teve uma estrita vinculação teórica e legislativa em relação direito penal. A legislação portuguesa aplicada no Brasil é disto um excelente exemplo, na medida em que não contava com um autônomo código de direito processual penal. De fato, no quinto livro das Ordenações do Reino, que trata sobre o Direito Penal, há esparsos e rudimentares dispositivos sobre o procedimento voltado à aplicação das penas.

Já, agora, durante o século XIX, nota-se uma completa ausência de uniformidade no enquadramento legal do instituto. Jorge Alberto ROMEIRO afirma que algumas legislações europeias, como a austríaca e a norueguesa disciplinavam a ação na lei penal. Todavia, o modelo francês tratava da persecução penal inteiramente no Código de Instrução Criminal, nada deixando para o Código Criminal.<sup>374</sup>

No Brasil, o Código Criminal de 1830 seguiu o exemplo francês. Além de alguns poucos artigos de sua parte especial, que cuidavam de condições especiais sobre o exercício da acusação em relação a certos crimes, a ação processual penal foi

---

<sup>374</sup> ROMEIRO, Jorge Alberto. **Da ação penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 29.

amplamente regulada no Código de Processo Criminal do Império, de 1832.

Nada obstante, a legislação republicana tornou a inserir no Código Penal o disciplinamento jurídico da ação. Como explica José Frederico MARQUES, “justifica-se a atitude do legislador de 1890, que procurou firmar preceitos uniformes relativamente à persecução penal, num sistema normativo de caráter pluralista para o Direito Processual, uma vez que a ideia federativa dos albores da República acabou por deixar aos Estados-membros a competência para legislar sobre o processo civil e penal”.<sup>375</sup>

Todavia, não se justifica sua manutenção no modelo legal do Estado Novo, na medida em que se tornou a unificar a legislação processual penal, em esforço do qual resultou o Código vigente. É evidente a natureza processual do instituto, tanto que aqueles artigos foram praticamente replicados no Código de Processo Penal. Mais adequado seria, pois, como já disse José Frederico MARQUES,<sup>376</sup> que os dispositivos do Código Penal mencionados estivessem apenas no Código de Processo Penal.

Por outro lado, na legislação processual penal brasileira, em grande incidência se apresenta um equívoco terminológico, que contribui para que o mesmo erro seja percebido na dia-a-dia dos tribunais pátrios e, inclusive, em obras científicas. Trata-se do uso da expressão *ação penal* quando se pretendia fazer referência ao próprio *processo penal*, ou ao seu conteúdo.<sup>377</sup> Este fato é bastante perceptível em dizeres comuns como *juízo da ação*, que, em verdade, refere-se ao acerto do caso penal, ou *autos de ação penal* e *trancamento da ação penal*, quando se deveria dizer *processo penal*, além de outros vários.<sup>378</sup> No texto do Código de Processo Penal, sem embargo de eventuais ocorrências em leis especiais, exemplos de tais equívocos são os artigos 31, 36, 42, 60, 64, § único, 92, 94, 111, 149, § 2º, 156, inciso I, 259, 268, 311,

<sup>375</sup> MARQUES, J. F. *Elementos... Op. cit.*, v. I, p. 307.

<sup>376</sup> *Id. Ibid.*

<sup>377</sup> Sobre o problema da ausência de uniformização linguística na teoria do direito processual penal, ver COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei. Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 225 e ss.

<sup>378</sup> KUHLMANN, Sylvio Roberto Degasperi. **A actio sob a ótica de Muther, a partir da definição de Celso.** *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal.* (Coord. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho) Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 146.

337, 564, inciso III, alínea “d”, 600, § 2º, e 804.<sup>379</sup>

É preciso compreender, de uma vez por todas, que o conceito de ação é diverso do conceito de processo: enquanto este se refere ao conjunto de atos dirigido ao fim de resolver um *caso penal*, aquele é meramente o ato de provocação da jurisdição.

Apresentadas estas ressalvas, com vistas à compreensão do tratamento legal do tema da ação, utilizar-se-á a “classificação” da ação conforme a parte autora para fixar os pontos nucleares da normativa sobre o instituto.

Todavia, é digno de nota que, apesar de existirem diversas “classificações” da ação processual penal nos manuais tradicionais, não há, propriamente, que se falar em qualquer classificação das ações. Com efeito, eis que, genericamente, a ação processual diz com um instrumento para a provocação da atuação jurisdicional, é de se concluir que, por natureza, não comporta taxionomia. As “classificações” da ação, em verdade, estão sempre referidas a outros institutos do direito processual, como o próprio processo ou provimento jurisdicional pretendido pelo autor. Assim, falar em ação condenatória, constitutiva ou declaratória, representa muito evidentemente o segundo caso, bem como, ao primeiro, dizer de ação de conhecimento, cautelar ou executiva.

Esta constatação se aplica, da mesma forma, à “classificação” subjetiva da ação, que é comumente empregada para a sistematização teórica do instituto e se

---

<sup>379</sup> Alguns dos dispositivos citados: Código de Processo Penal. “**Art. 31** - No caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou prosseguir na ação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão”; “**Art. 42** – O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.”; “**Art. 60** - Nos casos em que somente se procede mediante queixa, considerar-se-á perempta a ação penal: **I** - quando, iniciada esta, o querelante deixar de promover o andamento do processo durante 30 (trinta) dias seguidos; **II** - quando, falecendo o querelante, ou sobrevindo sua incapacidade, não comparecer em juízo, para prosseguir no processo, dentro do prazo de 60 (sessenta) dias, qualquer das pessoas a quem couber fazê-lo, ressalvado o disposto no Art. 36; **III** - quando o querelante deixar de comparecer, sem motivo justificado, a qualquer ato do processo a que deva estar presente, ou deixar de formular o pedido de condenação nas alegações finais; **IV** - quando, sendo o querelante pessoa jurídica, esta se extinguir sem deixar sucessor.”; “**Art. 92** – Se a decisão sobre a existência da infração depender da solução de controvérsia, que o juiz repute séria e fundada, sobre o estado civil das pessoas, o curso da ação penal ficará suspenso até que no juízo cível seja a controvérsia dirimida por sentença passada em julgado, sem prejuízo, entretanto, da inquirição das testemunhas e de outras provas de natureza urgente.”

baseia em um critério subjetivo ligado ao autor, isto é, à parte legítima para a propositura da ação processual penal.<sup>380</sup>

Desta forma, nos termos do art. 100, e seus §§ 1º e 2º, do Código Penal,<sup>381</sup> falar-se-á de uma *ação processual penal pública* quando a titularidade para seu exercício for do Ministério Público, ou de uma *ação processual penal de iniciativa privada*, quando a lei atribuir ao ofendido a legitimidade para agir.<sup>382</sup> Via de regra, com base no *caput* do dispositivo supracitado, a ação processual penal é pública, competindo seu exercício ao ofendido, ou seu representante legal ou legitimados, apenas quando a lei expressamente o declara, em geral pela locução “somente se procede mediante queixa”, presente na parte especial do Código Penal e em algumas leis especiais.

#### 4.2.1 A ação processual penal pública e seus princípios fundamentais

É possível dizer, de forma genérica, que a ação penal processual penal pública é aquela que se promove por *denúncia* do Ministério Público (art. 24, do Código de Processo Penal).

Comumente, ao exercício desta modalidade de provocação da jurisdição, requer-se apenas o preenchimento, pelo autor, de certos requisitos legais que, genericamente, condicionam a admissibilidade da acusação (ver, *infra*, tópico 4.5), sendo desnecessária qualquer espécie de manifestação de concordância do ofendido em relação à persecução penal. Por este motivo, o ato ganha o apelido de *ação processual penal pública incondicionada*, que é a regra geral.

---

<sup>380</sup> “É uma classificação, por elementar, que não leva em consideração a estrutura ontológica da ação (sempre pública), mas o seu autor.” (COUTINHO, J. N. M. **Introdução... Op. cit.**, p. 125).

<sup>381</sup> Código Penal. **Art. 100** - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido. **§ 1º** - A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça. **§ 2º** - A ação de iniciativa privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo.

<sup>382</sup> Ver, também, os artigos 24 e 30 do Código de Processo Penal.

Excepcionalmente, porém, conforme o bem jurídico tutelado pela norma penal, além daqueles requisitos genéricos, exige-se do autor que demonstre a concordância da vítima em relação à *persecutio criminis*. Trata-se da *representação* (art. 39, do Código de Processo Penal) e da *requisição do Ministro da Justiça*. Em tais casos, o ato ganha a alcunha de *ação processual penal pública condicionada*.

No primeiro caso, a lei exige uma manifestação de concordância (expressa ou tácita) do ofendido em relação à provocação da jurisdição, limitando-se a atuação do Ministério Público aos casos em que ela está presente. Isto se justifica na medida em que há algum interesse privado da vítima, como a intimidade, a privacidade, etc., que se põe em confronto com a existência do processo penal. Isto é, a persecução penal fragilizaria este direito individual ou representaria uma grave afronta a ele. São exemplos de crimes cuja ação processual penal depende da representação do ofendido: a ameaça (art. 147, e § único, do Código Penal), os crimes contra a inviolabilidade de correspondência (arts. 151 e 152, do Código Penal) ou dos segredos, inclusive profissionais (arts. 153 e 154, do Código Penal), os crimes patrimoniais cometidos em prejuízo do cônjuge desquitado ou judicialmente separado, de irmão, legítimo ou ilegítimo, ou de tio ou sobrinho, com quem o agente coabita (art. 182, do Código Penal), entre outros.

No segundo, a persecução penal deve ser expressamente requisitada pelo Ministro da Justiça, como nas seguintes hipóteses: a) crimes contra a honra do Presidente da República ou de chefe de estado estrangeiro (art. 141, II, do Código Penal c/c art. 145, § único, do mesmo diploma); b) crimes cometidos por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil (art. 7º, § 3º, “b”, do Código Penal).

A ação processual penal pública, em qualquer de suas modalidades, vai regida por dois princípios fundamentais: *oficialidade* e *obrigatoriedade* (ou *legalidade*); além de outros que, impropriamente, são considerados princípios relativos à ação.<sup>383</sup>

a) O princípio da *oficialidade* determina que a ação processual penal, em razão dos interesses envolvidos do fato supostamente criminoso, deve ser exercida por um

---

<sup>383</sup> COUTINHO, J. N. M. *Introdução... Op. cit.*, pp. 123 e ss.

órgão oficial do Estado. Segundo Jorge de Figueiredo DIAS, a questão é a “de saber a quem compete a iniciativa (o impulso) de investigar a prática de uma infração e a decisão de a submeter ou não a julgamento”.<sup>384</sup> Em relação à ação processual penal pública, como o interesse que impulsiona a atuação da jurisdição “é público e pertence à coletividade, a ação deve ser promovida por órgãos oficiais: trata-se dos crimes públicos e semi-públicos, dos quais decorreriam a ação penal pública incondicionada e a ação penal pública condicionada, respectivamente”.<sup>385-386</sup>

Conforme a lição de Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, o princípio da oficialidade tem origem inquisitória, pois o “impulso do qual se origina a persecução penal é promovido por um órgão estatal; (...) Aliás, é forçoso reconhecer que, de certa forma, tal princípio legitimou o sistema inquisitório, na medida que se entendia que o juiz-inquisidor era o único ente estatal capaz de, em nome da coletividade, dar início à persecução penal. Assim, pensava-se que, caso fosse deixado ao particular o impulso de investigação e do processo, seria colocado em risco o interesse coletivo”.<sup>387</sup>

Nada obstante, ainda que superado o sistema inquisitório puro e completamente apropriado, pela legislação brasileira contemporânea, o princípio da demanda (separação das funções de acusar e julgar), segue fundamental a afirmação do princípio da oficialidade, como condição indispensável à tutela dos interesses da coletividade nas infrações penais de ação processual penal pública.<sup>388</sup>

Sobre este tema, Franco CORDERO afirma que, diante da impossibilidade de restauração do antigo sistema da acusação privada, as legislações posteriores à superação do sistema inquisitório puro conceberam a ideia de uma parte artificial,<sup>389</sup> o *ator institucional*, que já existia no *ancien régime*, porém com função processual de

<sup>384</sup> FIGUEIREDO DIAS, J. *Direito... Op. cit.*, p. 116.

<sup>385</sup> COUTINHO, J. N. M. *Introdução... Op. cit.*, p. 124.

<sup>386</sup> Note-se, porém, que o critério de distinção segundo a natureza do interesse tutelado pela norma penal não pode ser considerado ontologicamente. Considere-se o crime previsto no art. 345, do Código Penal, cujo *nomen juris* é o de “exercício arbitrário das próprias razões”, que, apesar de afrontar diretamente a proibição da autodefesa dos direitos, baseada no monopólio do Estado na resolução dos conflitos sociais e umbilicalmente ligada ao próprio fundamento da soberania estatal, tem ação penal promovida por iniciativa privada (COUTINHO, J. N. M. *Introdução... Op. cit.*, p. 125).

<sup>387</sup> COUTINHO, J. N. M. *Introdução... Op. cit.*, p. 124.

<sup>388</sup> *Id. Ibid.*

<sup>389</sup> Sobre esta noção de *parte artificial*, ver também CARNELUTTI, F. *Mettere... Op. cit.*, p. 259.

menor importância: o *Ministério Público*. Em suas palavras, sobre a legislação republicana da Convenção, posterior à Revolução Francesa:

o artigo 5º da lei 3 do Brumário do ano IV (5 de outubro de 1795) o define [o ator institucional] com uma fórmula que penetrou no círculo linguístico europeu: “a ação pública tem por objeto castigar os atentados dirigidos contra a ordem social”; Merlin de Douai definiu-a claramente; “ela pertence essencialmente ao povo”; o advérbio é uma concessão à metafísica jusnatural-iluminista; “é exercida em seu nome por funcionários designados para este fim”; e assim reaparece o *Ministério Público*, um pouco aumentado (no *ancien régime* era um postulante passivo, reduzido somente à *pluma*).<sup>390</sup>

Costuma-se atribuir ao art. 129, I, da Constituição da República, o fundamento normativo do princípio da oficialidade no direito processual penal brasileiro, quando determina, sobre as funções institucionais do Ministério Público, que lhe incumbe “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”.

b) No tocante ao princípio da *obrigatoriedade*, ainda que não tenha previsão expressa na ordem constitucional brasileira,<sup>391</sup> reputa-se integrado ao rol de princípios fundamentais do direito processual penal pátrio como um corolário do princípio constitucional da isonomia.<sup>392</sup>

Dada a *obrigatoriedade*, e o monopólio da ação processual penal pública, tem-se que “deve o Ministério Público exercê-la, ou, alternativamente, pedir uma providência que o exima”.<sup>393</sup> O princípio se apresenta como um mecanismo de prevenção, que visa proteger o órgão estatal de acusações de manipulações ou pressões que possam prejudicar a persecução penal. Eis por que o comando normativo

---

<sup>390</sup> CORDERO, F. *Procedura... Op. cit.*, 1991, p. 378. [Tradução livre de: “l’art. 5 code 3 brumaio anno IV (5 ottobre 1795) lo definisce con una formula penetrata nel circolo linguistico europeo: ‘l’action publique a pour objet de punir les atteintes portées à l’ordre social’; era definitore chiaro Merlin de Douai; ‘elle appartient essentiellement au peuple’; l’avverbio è una concessione alla metafisica giusnatural-illuministica; ‘elle est exercée en son nom par des fonctionnaires établis à cet effet’; e così riappare ‘le ministère public’, alquanto accresciuto (nell’ancien régime era un requirente passivo, ridotto alla sola ‘plume’).”]

<sup>391</sup> O legislador constitucional italiano fez inserir, de forma expressa, em sua Constituição, o princípio da *obrigatoriedade*: **Art. 112.** “Il pubblico ministero ha l’obbligo di esercitare l’azione penale”. [Tradução livre: “O ministério público tem a obrigação de exercer a ação penal”].

<sup>392</sup> COUTINHO, J. N. M. *Introdução... Op. cit.*, p. 126.

<sup>393</sup> CORDERO, F. *Procedura... Op. cit.*, 1991, p. 380. [Tradução livre de: “il pubblico ministero deve esercitarla o, alternativamente, chiedere un provvedimento che lo esima”].

estabelece que a ação processual penal pública deve ser sempre exercida.<sup>394</sup>

Sem embargo, Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO afirma que a obrigatoriedade da acusação não se coloca de forma absoluta. Antes, restringe-se e se relativiza na dimensão em que está limitada aos casos em que se apresentam integralmente os pressupostos processuais e as condições da ação.<sup>395</sup>

Este princípio tem uma importância decisiva na formação teórica do instituto da ação processual penal, bem como na definição de suas finalidades políticas. No item 4.4, retomar-se-á a discussão do princípio da obrigatoriedade da ação processual penal pública, mediante novos aportes teóricos e com foco na realidade concreta da persecução no Brasil.

c) Ainda, para além destes que se reputa princípios normativos fundamentais em relação à ação processual penal, é conveniente mencionar outros três, normalmente tratados como tal, mas que estão referidos a fenômenos estranhos à provocação da jurisdição ou são meros corolários do princípio da obrigatoriedade. Trata-se dos princípios da *indivisibilidade*, da *intranscendência* e da *indisponibilidade*.<sup>396</sup>

O terceiro, aliás, sequer mereceria figurar no rol dos princípios relativos à ação. Com efeito, previsto no artigo 42, do Código de Processo Penal, diz respeito ao conteúdo do processo, não à ação processual. Seu enunciado: oferecida e recebida a denúncia, não pode o Ministério Público desistir do processo. Lembre-se de todo o exposto acima sobre o recorrente equívoco terminológico no qual o Código incide, quando confunde ação com processo.<sup>397</sup>

Nada obstante, percebe-se que há uma vinculação muito evidente entre *obrigatoriedade* e *indisponibilidade*. Ainda que os princípios estejam referidos a institutos processuais distintos, pode-se dizer que o segundo é um reflexo do primeiro, fundado na constatação de que, no modelo processual eminentemente inquisitório vigente, regido pela falaciosa (e perigosa) ideia da busca da verdade real, não faria

---

<sup>394</sup> COUTINHO, J. N. M. *Introdução... Op. cit.*, p. 126.

<sup>395</sup> *Id. Ibid.*, p. 127.

<sup>396</sup> Por todos, TOURINHO FILHO, F. C. *Processo... Op. cit.*, v. I, p. 328 e ss.

<sup>397</sup> Código de Processo Penal. “**Art. 42** - O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.”



nenhum sentido a acusação surgir como obrigatória, mas o conteúdo do processo ser plenamente disponível ao acusador. Não é outro o motivo pelo qual, mesmo que o Ministério Público requeira a absolvição do acusado, o juiz pode condená-lo. Como se discutiu no item 3.4, *supra*, esta questão envolve o próprio papel político representado pela ação no âmbito do direito processual penal.

Já, agora, os princípios da *indivisibilidade* e da *intranscendência*, ainda que tenham relação com a ação processual penal pública, não podem ser considerados *princípios fundamentais*, isto é, normas gerais a partir das quais o instituto deve ser construído e aplicado, mas são consequências normativas da própria obrigatoriedade.

A *indivisibilidade* enuncia que, havendo concurso de agentes na prática da infração, deve a acusação ser oferecida em face de todos eles. Mesmo que isto seja procedente – como de fato é –, não se ignora seu caráter de corolário do princípio da *obrigatoriedade*, como expressão da *isonomia*, além de resultado das normas relativas à definição da competência nos casos de continência de infrações penais.

Por sua vez, a *intranscendência* reza que “a ação penal é proposta apenas contra a pessoa ou as pessoas a quem se imputa a prática da infração”.<sup>398</sup> Aqui, o problema é de relevância: é evidente que a propositura de ação processual penal contra pessoa em face da qual não se imputa crime, ou em relação a quem não se pode dizer que estão presentes as condições da ação, representaria constrangimento ilegal.

---

<sup>398</sup> TOURINHO FILHO, F. C. *Processo... Op. cit.*, v. I, p. 339. Como um exemplo de ordenamento que trataria a questão de forma diversa, o autor apresenta o direito processual penal mexicano, no qual, segundo diz, o próprio órgão de acusação deve requerer, de ofício, a reparação do dano *ex delicto*, mesmo que o tenha que fazer em face de pessoa que não seja o acusado, como, hipoteticamente, seu responsável legal. Todavia, percebe-se que tal requerimento tem natureza civil, sendo evidente que a ação processual penal é exercida apenas em face dos imputados.

#### 4.2.2 A ação processual penal de iniciativa privada e seus princípios fundamentais

Esta modalidade de ação processual penal em sentido estrito, apesar da alcunha “ação penal privada”, utilizada no Código de Processo Penal, tem natureza evidentemente pública. Neste sentido, em nada difere da dita *ação processual penal pública*, exceto em relação à titularidade de seu exercício. É útil dizer, todavia, que o ofendido, titular da ação processual penal de iniciativa privada, não postula em juízo um direito próprio. Absurdo seria sustentar que a punibilidade é um “direito” do cidadão privado.

Sobre isto, Joaquim Canuto Mendes de ALMEIDA afirmou que a ação processual penal é sempre pública: “Os qualificativos ‘pública’ e ‘privada’ ligados à ação levam o espírito, não raro, a confusões que é preciso evitar. São conceitos ambíguos que se respeitam menos por adequados do que pelo valor técnico que a prática lhes dá. Todas as ações penais são ‘públicas’, pelo fim a que se destinam, a efetivação do direito penal, ramo do direito público. (...). A pena é de interesse público e só assim se justifica; sendo fim da ação penal impô-la, há sempre, no procedimento penal ‘ação pública’”.<sup>399</sup>

Nos termos do Código de Processo Penal, em seu art. 30, “ao ofendido ou a quem tenha qualidade para representá-lo caberá intentar a ação privada”, i. e., o sujeito passivo do crime, em função dos interesses eminentemente privados que estão em jogo, decidirá, segundo um critério de oportunidade, se convém deflagrar a persecução penal. Como exemplos de infrações que, em regra, são consideradas, pela lei penal, como “crimes privados”, cite-se os delitos contra a honra (cf. artigo 145, do Código

---

<sup>399</sup> ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Processo penal, ação e jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 236. No mesmo sentido, Rogério de Lauria TUCCI, para quem “a pena é de interesse público e só assim se justifica; sendo fim da ação penal impô-la, há sempre, no procedimento penal, *ação pública*”. Por isso, com toda a razão, o autor admoesta ao uso da expressão “ação penal de iniciativa privada” (**Teoria... Op. cit.**, p. 112). Sem embargo, não é possível concordar que o fim da ação processual penal seja a imposição da pena. Como já se discutiu, no modelo processual vigente, a finalidade da ação processual penal em sentido estrito é provocar a atuação da jurisdição para resolver uma situação de dúvida em relação à aplicação de uma sanção penal.

Penal), o crime de dano simples e dano qualificado por motivo egoístico ou prejuízo considerável (cf. artigo 167, do Código Penal) e o já mencionado crime de exercício arbitrário das próprias razões (cf. artigo 345, § 1º, do Código Penal), a despeito de sua evidente natureza pública.<sup>400</sup>

Embora o titular desta ação seja o ofendido, é digno de menção que, no caso de sua morte ou ausência declarada por decisão judicial, a ação passa a ser de titularidade das pessoas indicadas no art. 31, do Código de Processo Penal: o cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.<sup>401</sup> Ao autor da ação processual penal de iniciativa privada, dá-se o nome de *querelante*, considerando que oferece uma *queixa*.

Eis que, neste último caso, o exercício da ação depende da conveniência do ofendido, que pode ou não oferecer a acusação, sem necessidade de apresentar qualquer justificativa para sua escolha, deve-se concluir que diversos são os princípios que governam a ação de iniciativa privada. Assim, em contraposição aos princípios da *oficialidade* e da *obligatoriedade* (relativos à ação processual penal de iniciativa oficial, pública), aqui, vigoram os princípios da *privatividade* e da *oportunidade*, respectivamente.

Todavia, em convergência com a ação processual penal pública, o princípio da *indivisibilidade* da ação penal de iniciativa privada tem previsão legal, no art. 48, do Código de Processo Penal: “A queixa contra qualquer dos autores do crime obrigará ao processo de todos, e o Ministério Público velará pela sua indivisibilidade”. Isto se justifica na medida em que a conveniência do autor – marcada pela escolha que faz entre acusar ou não –, determinada por razões diversas e alheias a um escrutínio geral, mas sempre casuísticas, não o autoriza a submeter apenas uma parte dos ofensores ao

---

<sup>400</sup> Ver nota de rodapé n.º 386.

<sup>401</sup> Sem embargo, em relação ao crime contra o casamento previsto no art. 236, do Código Penal, sob *nomen juris* “induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento”, diz-se que a *ação penal de iniciativa privada é personalíssima*, eis que compete apenas ao cônjuge enganado (parágrafo único), vedada, portanto, a iniciativa das pessoas arroladas no art. 31, do Código de Processo Penal. O mesmo se passava com a conduta de adultério, descriminalizada pela Lei 11.106/2005, que revogou o disposto no art. 240, do Código Penal.

processo penal.<sup>402</sup> A escolha por acusar, faz presumir que o autor privilegiará o interesse público – que diz sempre com a punição de todos os culpados – em detrimento de seus próprios interesses individuais. Da mesma maneira, o princípio da *intranscendência* também se costuma tratar em relação à ação de iniciativa privada.<sup>403</sup>

Por fim, fala parte da doutrina no princípio da *disponibilidade*,<sup>404</sup> em antagonia ao princípio da *indisponibilidade* da ação de iniciativa oficial. Valem, aqui, porém, todas as observações feitas, acima, sobre o fato de tal princípio ter relação, em verdade, com o conteúdo do processo, e não com a ação.

Nada obstante, discussão de maior importância é aquela pertinente à adequação da iniciativa privada em relação à ação no direito processual penal contemporâneo. Mais do que isto, poder-se-ia mesmo questionar sua constitucionalidade.

É fato de cabal evidência que todas as questões subjacentes ao processo penal são de ordem pública, a começar pelo próprio dever da jurisdição de punir os culpados. Nada há de *privado* naquilo que é o núcleo da intervenção penal estatal, e o princípio constitucional da isonomia não admite a ingerência de interesses privados, lícitos ou ilícitos, seja alguma espécie de *vendetta* ou até mesmo a mais pura torpeza humana, nas decisões tomadas em âmbito de persecução penal.

Sujeitar o processo penal à vontade arbitrária do ofendido é reduzi-lo ao ignóbil papel de um mecanismo de vingança, totalmente descontextualizado de sua missão constitucional de garantia. Quer-se do direito processual penal uma forma de limitação do poder punitivo estatal, como instrumento de garantia do cidadão, e, neste

---

<sup>402</sup> Evidentemente, a titularidade privada para o exercício da ação processual penal não significa que o Estado transferiu o *poder de punir* ao ofendido, mas, somente, a capacidade de provocar a atuação da jurisdição penal. Neste sentido, a ação penal de iniciativa não se presta a atender um sentimento de vingança do querelante. Como ensina ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, o fato de o Estado aplicar uma sanção penal ao agente do crime não permite concluir que, “ao levar a cabo esta missão, o faça para satisfazer um imaginário crédito que o ofendido tenha em relação à penalidade dos atos de que foi vítima” (**Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Guillermo Kraft, 1945, t. II, p. 65). [Tradução livre de “*al llevar a cabo tal misión lo haga para satisfacer un imaginario crédito que el ofendido tenga respecto a la penalidad de los actos de que fue víctima*”].

<sup>403</sup> Cf. TOURINHO FILHO, F. C. **Processo... Op. cit.**, v. I, pp. 454-455.

<sup>404</sup> *Id. Ibid.*, p. 451.

sentido, nada mais retrógrado do que o submeter às vontades, ou caprichos, do cidadão privado, de quem não se pode perscrutar os motivos e que não tem, em princípio, qualquer comprometimento com o interesse público.

Ainda que tenha suas raízes nos mais antigos modelos de direito processual penal – grego, romano e germano arcaico<sup>405</sup> – a iniciativa privada da ação processual penal não mais se sustenta. Aliás, esta conclusão não é nova, e já conhecida e defendida por autores contemporâneos ao Código de Processo Criminal do Império Brasileiro, como João Mendes de ALMEIDA JÚNIOR, para quem, já naquela época, “a tendencia para a abolição da acção penal *por queixa do offendido*, vai se accentuando entre os criminalistas”.<sup>406</sup> E, neste contexto, faz referência à lição de Francesco CARRARA, em contraposição ao argumento de Giovanni CARMIGNANI, quando sustentou que o crime causa uma *dor moral* na vítima, que nela provoca a necessidade de ver sofrer o autor do delito, motivo pelo qual competiria ao direito criminal dar uma satisfação a tal dor, ao desejo de vingança que deriva da ira do ofendido.<sup>407</sup> Em passagem brilhante, CARRARA assevera que se trata de “argumentação antijurídica essa, que converte a pena em proteção ao culpado; argumentação injusta, que mede a pena do delinquente, não em função da sua culpabilidade, mas da presumida maldade do ofendido; argumentação imoral, que leva a autoridade civil a inclinar-se perante a mais feroz e a mais anticristã das paixões, a vingança, e nas mãos dessa infernal potência põe a balança da justiça, relegada à condição de escrava de ressentimentos privados, como nos tempos da barbárie primitiva”.<sup>408</sup>

Na doutrina italiana contemporânea, várias são as vozes que sustentam argumentos contrários à ação de iniciativa privada. Entre elas, a de Giuseppe SABATINI, ao afirmar que uma tal ação seria incompatível com o próprio escopo da

---

<sup>405</sup> Cf. ALMEIDA JUNIOR, João Mendes. **O processo criminal brasileiro**. Rio de Janeiro: Laemmert & Cia, 1901, p. 114 e ss.

<sup>406</sup> ALMEIDA JUNIOR, J. M. **O processo...** *Op. cit.*, p. 122 (Redação original mantida).

<sup>407</sup> Giovanni CARMIGNANI é um jurista italiano, de Pisa, cuja carreira jurídica foi inaugurada ainda no Séc. XVIII. A obra daquele autor que veicula a ideia apresentada por ALMEIDA JUNIOR, escrita em latim: CARMIGNANI, Joannis. **Elementa juris criminalis**. 3. ed. Pisa: S. Nistri, 1822, § 409.

<sup>408</sup> CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal. Parte geral**. v. I. Trad. José Luiz V. De A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1956, § 552.

legislação processual penal de subtrair do âmbito privado a administração da Justiça. As exigências públicas daí decorrentes superam qualquer visão privatística. Além disso, o autor sugere que a ação penal de iniciativa privada é inerente às legislações anteriores à formação dos órgãos estatais de acusação, de modo que o exercício público da acusação representaria uma evolução dos sistemas processuais.<sup>409</sup>

Deve-se mencionar que a atual proposta legislativa de apresentação de um novo Código de Processo Penal (Projeto de Lei n.º 156/2009, do Senado Federal) promove avanços em relação a esta matéria. De fato, o anteprojeto suprime a ação processual penal de iniciativa privada, substituindo-a pela ação de iniciativa oficial condicionada à representação da vítima.<sup>410</sup>

Nada obstante, para além do problema processual penal, poder-se-ia mesmo criticar a necessidade de tutela penal para a maior parte dos crimes hodiernamente previstos, cuja ação é de iniciativa do ofendido. Os atuais crimes contra a honra, o crime de dano, entre outros, podem encontrar, na tutela civil voltada à reparação de danos, inclusive morais, satisfação muito mais completa e adequada à espécie. A descriminalização, pois, deve ser o caminho legislativo para a quase totalidade de tais delitos. Os demais, em caso de concreta imprescindibilidade da tutela penal, devem mesmo ser tratados como crimes cuja ação penal seja de iniciativa oficial, quiçá condicionada à representação.

---

<sup>409</sup> SABATINI, Gius. **Vecchio... Op. cit.**, pp. 24-25. No mesmo sentido: SABATINI, Guglielmo. **Principi... Op. cit.**, p. 51; CHIAVARIO, M. **Appunti... Op. cit.**, p. 871 e ss.

<sup>410</sup> Uma breve análise sobre esta questão, entre outras, no projeto de reforma, pode ser vista em: NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. **Notas sobre o juízo de admissibilidade no anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal**. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do Projeto de Lei n.º 156/2009, do Senado Federal**. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 185 e ss.

#### 4.2.3 Ponderações sobre a ação processual penal de iniciativa privada subsidiária da pública

Ainda, no tocante à ação de iniciativa privada, merecem nota os casos, excepcionais, nos quais a *queixa* pode ser oferecida em relação a crimes de ação penal pública com iniciativa oficial. É a *ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública*, regulada no art. 5º, LIX, da Constituição da República e art. 29, do Código de Processo Penal, que se apresenta quando há inércia/omissão do Ministério Público, órgão oficial de acusação, em oferecer a *denúncia*.

Segundo o texto constitucional, “será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal”.<sup>411</sup> Oferecida esta modalidade de ação, todavia, caberá ao Ministério Público “aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal” (art. 29, do Código de Processo Penal).

Sobre o tema, expõe-se opinião no sentido de que a iniciativa do querelante deve ser limitada, propriamente, ao exercício da ação. Recebida a queixa, com a consequente instauração do processo, deve o Ministério Público, obrigatoriamente, retomar seu lugar de parte principal, em razão de seu papel constitucional.

Lembre-se que ação, como ato de provocação, não se confunde com processo. Assim, segundo a concepção de ação processual aqui defendida, não se pode dizer que o texto constitucional garante ao ofendido a promoção da instrução e a postulação durante o processo, inclusive porque a queixa pode ser repudiada e substituída por uma denúncia.

---

<sup>411</sup> O prazo para o oferecimento da denúncia é o estipulado no art. 46, do Código de Processo Penal, isto é, 5 (cinco) dias, se o investigado estiver preso, e 15 (quinze), se estiver solto, contado, em qualquer caso, da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos do inquérito policial. Algumas leis especiais, porém, estabelecem prazos diferenciados. Como exemplo: o prazo é de 10 (dez) dias em relação aos crimes eleitorais (art. 357, do Código Eleitoral) e aos crimes previstos na nova Lei de Tóxicos (art. 54, da Lei 11.343/06); de 2 (dois) dias em relação aos crimes contra a economia popular (art. 10, § 2º, da Lei 1.521/51); e de 48 (quarenta e oito) horas em relação ao crime de abuso de autoridade (art. 13, da Lei 4.898/65).

Deste modo, oferecida a *queixa* em crime de ação de iniciativa oficial, esgota-se aí a intervenção da vítima como autor principal, restando-lhe, caso deseje, integrar o processo como assistente de acusação.

Isto é imperioso quando se considera os argumentos, acima expostos, sobre a inadequação da ação penal de iniciativa privada à contemporânea principiologia normativa relativa ao direito processual penal. Aliás, a situação parece ainda mais grave, eis que se trata do cidadão privado, movido, não raro, por motivos inconfessáveis, atuando em crime de ação pública.

Evidente que não é esta a disposição sobre o tema na legislação processual penal vigente, mas se apresenta, aqui, contribuição voltada aos esforços de reforma do Código de Processo Penal.<sup>412</sup>

#### **4.3 Discussões sobre o conceito e a natureza jurídica da ação processual penal**

Apresentadas, ainda que brevemente, tais considerações nucleares sobre o tratamento legal do instituto da ação processual penal na legislação brasileira, torna-se possível discutir seu conceito e natureza jurídica.

Ressalta-se, todavia, que se não trata de debate com interesse meramente acadêmico. À correta compreensão dos conceitos teóricos fundamentais depende o entendimento de questões da realidade concreta que são extremamente importantes, especialmente quando se pretende enxergar no instituto um instrumento de garantia do cidadão.

É neste momento que, dada a ausência de criatividade e esforço na concepção de novas ideias, além da estrita vinculação cognitiva e linguística com o direito processual civil, as maiores dificuldades surgem. O segundo fator, de fato, parece ser

---

<sup>412</sup> Esta sugestão foi apresentada em sessão do NPP/PPGD-UFPR (Núcleo de Processo Penal, vinculado ao Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR), que entre 2010 e 2012 esteve voltado à discussão sobre a reforma do Código de Processo Penal, com o escopo de realizar análise crítica do Projeto de Lei n.º 156/2009, do Senado Federal, inclusive mediante a apresentação de propostas de emendas.



especialmente nocivo, na medida em que impede um entendimento autêntico e fundado nas especificidades do fenômeno jurídico processual penal. As soluções apresentadas, quase sempre, limitam-se a escolher no arsenal cognitivo da ação processual civil uma das várias abordagens lá vigentes, ainda que a adequação seja forçosa ou mesmo inexistente.

Mario CHIAVARIO, em revisão às posições doutrinárias sobre o tema da natureza da ação processual penal, identifica que se dividem em três categorias: os que defendem a natureza de *direito subjetivo*, aqueles que advogam, desde CHIOVENDA, a natureza de *direito potestativo* e outros tantos que vislumbram a ação processual como *poder*.<sup>413</sup>

No Brasil, em regra, reputa-se à ação processual penal a natureza de um *direito subjetivo*, ainda que uns tantos, a partir da teoria chiovendiana, dela tratem como *direito potestativo*, não raro utilizando a expressão *poder jurídico*.

Por todos, no tocante ao primeiro caso, José Frederico MARQUES, diante da necessidade de compatibilização teórica com o direito processual civil, afirma que a ação processual penal é direito subjetivo que tem o Estado-Administração em face do Estado-juiz, de provocar sua atuação.<sup>414</sup> E, na mesma toada, TOURINHO FILHO, que exorta a não confundir o dever jurídico de atuação do Ministério Público com a natureza jurídica da ação penal. Em suas palavras, “o exercício desse direito é que constitui um dever do Estado-Administração”.<sup>415</sup>

Uma objeção bastante intuitiva à noção de *direito subjetivo* decorre do princípio da obrigatoriedade da ação processual penal. Assim, seria dificilmente aceitável a ideia de um direito cujo exercício seja obrigatório, especialmente quando se trata de atividade exercida por dever público de ofício.<sup>416</sup>

Neste diapasão, Giuseppe SABATINI conclui que a ação processual penal tem o estatuto de uma *função constitucional necessária*, que, assim, não pode se conformar

---

<sup>413</sup> CHIAVARIO, M. *Appunti... Op. cit.*, p. 876.

<sup>414</sup> MARQUES, J. F. *Elementos... Op. cit.*, v. I, p. 312.

<sup>415</sup> TOURINHO FILHO, *Processo... Op. cit.*, v. I, p. 311.

<sup>416</sup> Neste sentido, Carlo TAORMINA (*L'essenzialità del procedimento penale*. Nápoles: Jovene, 1974, p. 511) afirma que “o *dever* é incompatível com o direito subjetivo e seu exercício”. [Tradução livre de: “*l'obbligo è incompatibile con il diritto soggettivo e con il relativo esercizio*”].]

à noção de direito subjetivo.<sup>417</sup>

Neste ponto, sobre a crítica à noção de *ação penal como direito subjetivo*, fundada no argumento da obrigatoriedade da ação processual penal, Giovanni LEONE sustentou que “se pode responder que o dever do Ministério Público de promover a ação penal é em relação aos órgãos superiores, e também no tocante aos cidadãos (...); ao passo que o direito subjetivo se orienta em face do órgão da jurisdição”.<sup>418-419</sup>

Apesar de engenhosa, tal posição não resiste a uma análise mais cuidadosa. Assim, por um lado, Joaquim Canuto Mendes da ALMEIDA apresenta uma distinção entre *direito subjetivo* e *direito não subjetivo*, com partida na natureza do interesse que lhe é correspondente: lá, *interesse pessoal*, aqui, *interesse impessoal*.<sup>420</sup> Pois, ao dizer que o interesse penalmente tutelado é impessoal, sugere que é, “o direito à ação penal,<sup>421</sup> isto é, direito à prestação jurisdicional penal, *direito não subjetivo*, por ser tutelar de interesse impessoal do *público*”, seja ele exercido pelo Ministério Público ou por qualquer pessoa.<sup>422</sup>

Desde aqui, conclui-se que a noção de direito subjetivo é expressão marcante de um interesse *pessoal*,<sup>423</sup> fato que retiraria da ação processual penal o caráter de *direito subjetivo*.

Por outro lado, na doutrina italiana, onde o debate sobre a ação processual

<sup>417</sup> SABATINI, Gius. **Vecchio... Op. cit.**, pp. 23-24.

<sup>418</sup> LEONE, Giovanni. **Tratado... Op. cit.**, v. I, p. 132.

<sup>419</sup> Inclusive, a natureza jurídica de *direito subjetivo* já foi sustentada, anteriormente, em obra nossa: Ver NUNES DA SILVEIRA, M. A. **A tipicidade... Op. cit.**, p. 34.

<sup>420</sup> ALMEIDA, J. C. M. **Processo... Op. cit.**, p. 7. Ainda, sobre o tema, sustenta o autor que “desde que *governar* (legislar, administrar e julgar) deixou de ser *mercê* do detentor da *potestas* política para tornar-se poder-dever estatal, no, por isso mesmo, chamado *Estado de direito*, os governados deixaram de ser meros súditos, protegidos pela *mercê* do soberano, para se tornarem titulares de *direito subjetivo* (direito do privado) ou de *direito não subjetivo* (direito do público), à tutela administrativa, no âmbito de um chamado Direito Administrativo, e à tutela jurisdicional, no âmbito de um chamado Direito Judiciário, os quais contemporaneamente surgiram como ramos autônomos do então novo Direito Público” (*Id. Ibid.*, p. 15. Grifos no original).

<sup>421</sup> Registre-se que, para ALMEIDA, o direito de ação tem natureza substancial (ALMEIDA, J. C. M. **Processo... Op. cit.**, p. 15).

<sup>422</sup> ALMEIDA, J. C. M. **Processo... Op. cit.**, p. 17.

<sup>423</sup> Segundo a lição de Orlando GOMES, “não se confundem os direitos subjetivos com os *direitos-deveres*, denominados *potesta* pelos italianos, isto é, os poderes atribuídos a um sujeito para a satisfação de interesses alheios que devem ser exercidos obrigatoriamente” (**Introdução ao direito civil**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 110). Ver, também, AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 189 e ss.; no ponto em que trata da *essência* do direito subjetivo.

penal é mais profícuo e menos comprometido com o linguajar teórico do direito processual civil, surgem inúmeros argumentos contrários à compreensão do instituto como um *direito*.

Na opinião de GUARNERI, sem levar em consideração a questão da obrigatoriedade, o argumento de que a ação processual penal pode ser caracterizada como um direito subjetivo tem raiz na teoria do direito privado, notadamente numa velha concepção dogmática fundada no binômio direito-dever, segundo a qual para cada dever corresponde um direito, e vice-versa. Assim, eis que o juiz tem um *dever* de resolução da *res in judicio deducta*, o autor, em contrapartida, teria um *direito* de ação.

Todavia, segundo o autor, seria contemporaneamente inegável o reconhecimento da existência de obrigações sem direitos correspondentes – de cujo exemplo cita a obrigação de alistamento militar, além de certas obrigações relativas ao direito de família.<sup>424</sup> Por isso, o dever de prestar a jurisdição, decorrente do princípio da indeclinabilidade da jurisdição penal, não dependeria, necessariamente, do exercício de uma ação caracterizada como direito. Antes, sugere que ao *dever* do juiz de decidir (consistente no exercício da jurisdição), corresponde não um direito, mas o cumprimento de outro *dever*, tão sério quanto aquele, pertinente ao Ministério Público, de exercer a ação processual penal. Opõe-se, pois, dois deveres. Assim, a velha dogmática não seria capaz, com a fórmula do *direito subjetivo*, de explicar o fenômeno processual penal.<sup>425</sup>

Da mesma forma, procura afastar outro argumento invocado em defesa da noção de direito subjetivo, apresentado por Alfredo DE MARSICO – e repetido em diversos outros autores, com pequenas variações, inclusive brasileiros –, para quem a ação consistiria em um direito subjetivo do Estado de pedir ao juiz a aplicação da lei pela atuação de seu poder-dever de punir.<sup>426</sup> Assim, esta teoria exige que se admita a existência de um direito subjetivo do Estado (feito presente pelo Ministério Público)

---

<sup>424</sup> GUARNERI, Giuseppe. **Sulla teoria generale del processo penale**. Milão: Giuffrè, 1939, pp.125-126.

<sup>425</sup> *Id. Ibid.*, p. 127.

<sup>426</sup> DE MARSICO, Alfredo. **Lezioni di diritto processuale penale**. Nápoles: Jovene, 1937, p. 42 e ss.

que se opõe a seus próprios órgãos, ideia que GUARNERI refuta sob o argumento de que “um direito do Estado em face de si mesmo é inadmissível”. “O binômio direito e obrigação exige, em vez disso, a existência de dois sujeitos distintos; situação que não se verifica neste caso, porque o órgão, como ensina o seu significado etimológico, não tem posição autônoma, mas se insere na própria constituição do sujeito”.<sup>427</sup>

De fato, note-se que, no plano administrativo, o órgão do Ministério Público, a exemplo de outros, assume a configuração de uma pessoa jurídica de direito público, titular de direitos e obrigações em face de outras pessoas, físicas ou jurídicas. No caso do exercício de suas funções institucionais, todavia, atua exercendo um poder público, que se não confunde com tais direitos e obrigações.

Silvio RANIERI, em sentido semelhante, conclui que a configuração de direito subjetivo é inadequada à ação processual penal, na medida em que o Ministério Público não exercita um *direito* ao oferecer a acusação, mas cumpre uma de suas funções institucionais. Ainda, no outro polo, sugere que o juiz não tem, em razão da acusação, uma obrigação diante do autor (que constituiria a noção de direito subjetivo, na forma do binômio direito-obrigação), mas atua movido por um *dever* de seu próprio ofício. Isto é, eis que não visa satisfazer um interesse do Ministério Público, a atuação jurisdicional não pode ser considerada uma contrapartida dada ao acusador; não se trata de uma obrigação em face do órgão de acusação, mas diante do próprio Estado, donde provém o poder jurisdicional.<sup>428</sup>

Com esta ordem de ideias, GUARNERI afirma que o direito processual penal deve ser compreendido desde uma perspectiva teórica objetivista, isto é, que não esteja fundada em conceitos subjetivistas (ver, *supra*, item 1.3). Neste diapasão, explica que uma atitude subjetivista quanto ao direito processual penal só pode ser adotada em relação ao período histórico em que a persecução ficava ao encargo da própria vítima,

---

<sup>427</sup> GUARNERI, G. **Sulla... Op. cit.**, p. 126. [Tradução livre de: “*E un diritto dello Stato verso se stesso è inammissibile*”; “*il binomio diritto e obbligo, esige invece l’esistenza di due soggetti distinti; situazione che non si verifica in questo caso, perché l’organo, come insegna il suo significato etimologico, non ha posizione autonoma, ma rientra nella stessa costituzione del soggetto*].

<sup>428</sup> RANIERI, Silvio. **Manuale di diritto processuale penale**. 4ª ed. Pádua: CEDAM, 1960, pp. 111-112.

que promovia o processo visando o reconhecimento de um direito próprio à reparação, ou mesmo à repressão. Todavia, desde há muito – e hoje –, a jurisdição penal se entende numa perspectiva coletivizada e objetivada. “A questão que agora se põe ao juiz é esta: não de verificar se esta ou aquela pessoa tem direito que venha pronunciada uma condenação penal, mas somente se a lei foi violada ou não”. E segue o autor, “são, portanto, fora da estrada aqueles que acreditam distinguir também aqui um direito subjetivo, precisamente o direito subjetivo da sociedade a que os delitos sejam punidos. A sociedade não é uma pessoa jurídica, mesmo quando organizada no Estado”.<sup>429</sup> Assim, como o Estado não pode ter um direito em face de si próprio, trata-se “de uma função pública que se realiza por motivos objetivos [*obbiettivi*] e mira escopos objetivos [*oggettivi*]”.<sup>430</sup> Se para cumprir este desiderato, o Estado se utiliza de pessoas físicas (ou mesmo órgãos), não se pode dizer que o poder a elas conferido se apresente como um direito subjetivo seu. Aliás, na Itália, seria esta *despersonalização* do direito processual penal, segundo GUARNERI, um de seus aspectos teóricos contemporâneos mais característicos.<sup>431</sup>

Em conclusão, de forma lapidar, o autor sentencia: “a verdade é que a questão é insolúvel se se quiser empregar conceitos privatísticos que decorrem da relação processual”.<sup>432</sup>

No caso brasileiro, as conclusões de GUARNERI são evidentes no tocante à ação processual penal de iniciativa oficial, mas também são pertinentes em relação à ação penal de iniciativa privada, inexistente na Itália, na medida em que o *querelante* não atua movido pela necessidade de concretizar um interesse próprio. Os interesses envolvidos no processo penal são todos públicos e, se é justificável a intervenção da

---

<sup>429</sup> GUARNERI, G. *Sulla... Op. cit.*, pp. 123. [Tradução livre de: “*La questione che ora si pone davanti il giudice, è questa: non di vedere se questa o quella persona ha diritto che venga pronunciata una condanna penale, ma soltanto se la legge è stata violata o no*”; “*Sono quindi fuori di strada coloro che ritengono di ravvisare anche qui un diritto subbiiettivo, precisamente il diritto subbiiettivo della società a che i delitti siano puniti. La società non è una persona giuridica, anche quando è organizzata nello Stato*”].

<sup>430</sup> *Id. Ibid.* [Tradução livre de: “*di una pubblica funzione che si esplica per motivi obbiettivi e mira a scopi oggettivi*”].

<sup>431</sup> *Id. Ibid.*, pp. 123-124.

<sup>432</sup> *Id. Ibid.*, p. 127. [Tradução livre de: “*La verità è che la questione è insolubile, se si vogliono impiegare i concetti privatistici che fluiscono dal rapporto processuale*”].

vítima quanto a sua concordância (na forma da representação), por outro lado, após a instauração do processo, impossível é conciliar a persecução processual, marcada por princípios constitucionais como o da presunção de inocência, com interesses privados. Como já se discutiu, a ação penal de iniciativa privada não se encontra coerente com a ordem constitucional vigente. Ainda que se pudesse falar em um *direito* da vítima ao exercício da ação processual penal, mesmo aqui este atuar não estaria voltado à realização de um interesse subjetivo seu.

Por outro lado, há quem sustente, a partir da noção concretista chiovendiana, que a ação processual penal é um direito potestativo. Neste sentido, Giovanni LEONE afirma que

resumindo, agora, podemos dizer que a ação penal investe o órgão jurisdicional, o qual, por efeito dela, está obrigado a emitir a decisão; e investe também o sujeito em face de quem se requer a decisão (imputado), o qual resta sujeito ao efeito produzido pela promoção da ação penal, isto é, ao desenvolvimento do processo e à aplicação da lei penal. Traduzindo esta constatação em fórmulas jurídicas, diremos que a ação se põe, em relação ao órgão jurisdicional, como direito subjetivo (público); e, em relação ao imputado, como direito potestativo.<sup>433</sup>

Todavia, não é possível concordar que a ação processual penal tenha uma dúplice natureza: *direito subjetivo* em relação ao Estado e *direito potestativo* (que para CHIOVENDA é a manifestação de um *poder jurídico*) em relação ao acusado. Dois são os argumentos que infirmam a tese:

Em primeiro lugar, é preciso não olvidar que, na lição de CHIOVENDA, a ação do processo civil é um direito potestativo, pois contempla uma noção de faculdade (ou potestade). Deste modo, o autor fala em *poder*, ou *direito potestativo*, porque entende que compete somente ao autor decidir se “sujeitará” o réu. Nada obstante, como se disse, em razão do princípio da obrigatoriedade, tais conclusões não

---

<sup>433</sup> LEONE, Giovanni. **Tratado de derecho procesal penal**. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1989, t. I, p. 131. [Tradução livre de: “*resumiendo ahora, podemos decir que la acción penal inviste al órgano de la jurisdicción, el cual, por efecto de ella, está obligado a emitir la decisión; e inviste también al sujeto frente al cual se requiere la decisión (imputado), el cual queda sujeto al efecto producido por la promoción de la acción penal, es decir, al desarrollo del proceso y a la aplicación de la ley penal. Traduciendo esta constatación a fórmulas jurídicas, diremos que la acción penal se pone, en relación al órgano jurisdiccional, como derecho subjetivo (público); y en relación al imputado, como derecho potestativo*”.]

são transferíveis ao direito processual penal.

Em segundo lugar, atente-se para o fato de que, como provocação à atuação jurisdicional, a ação processual penal não se dirige ao adversário, mas somente ao Estado-juiz. Deste modo, o adversário estará sujeito, se for o caso, a um poder do Estado-juiz, não do autor.<sup>434</sup>

Segundo ALLORIO, a ação processual se compreende numa relação jurídica que se restringe ao autor e ao juiz, cuja natureza é a de um poder, exercido em face deste, com o objetivo de se obter uma pronúncia sobre determinada questão posta em juízo. A contrapartida ao exercício deste poder não é a sujeição do acusado, mas a do juiz, que não pode se furtar à resolução da questão.<sup>435</sup> “Portanto, a contraparte não está sujeita ao poder de ação, mas ao poder jurisdicional. Em relação ao poder de ação somente se poderia falar, mas por tudo imprecisamente, e com uma expressão que se deve evitar, de uma sujeição indireta”.<sup>436</sup>

Lembre-se, aliás, que no direito processual penal brasileiro contemporâneo, a ação não deve conter um requerimento de condenação do imputado, mas meramente um requerimento de instauração do processo. Oferecida a ação, o juiz não pode deixar de verificar a admissibilidade da acusação e, caso seja positiva, de instaurar o

---

<sup>434</sup> Hélio TORNAGHI tinha uma visão muito clara sobre isso, como demonstra ao falar, embora sem focar o processo penal, da teoria chiovendiana: “Ora, afirma Chiovenda, o autor tem o poder de criar para o réu, mediante a atividade do órgão jurisdicional, determinados efeitos jurídicos a que o réu não pode subtrair-se; ele, réu, não tem nenhum dever jurídico para com o autor, no processo, mas lhe está inevitavelmente sujeito, no sentido de que não tem meios para impedir que o autor lhe crie determinadas situações. Logo, a ação é direito potestativo do autor contra o réu. Eu estaria pronto a curvar-me diante do grande, sumo e respeitável mestre Chiovenda, se realmente o autor tivesse aquele poder, se o réu lhe estivesse sujeito. Mas a verdade é que não está e, perdoem-me a ousadia, Chiovenda viu uma miragem. Quem tem o poder de criar direitos e obrigações para o réu, quem pode modificar-lhe a situação jurídica é o Estado, por intermédio do juiz. Pouco importa que se chame a esse poder direito potestativo ou apenas poder jurídico. (...). Amesquinhou o papel do juiz, fez dele apenas uma ferramenta na mão do autor. O judiciário é realmente uma máquina que o autor movimenta, mas há que ter em conta duas circunstâncias: primeira, quem tem o poder sobre o réu é a máquina; segunda, essa máquina é pensante e se ela achar que o autor está errado quando ele supõe estar certo, ainda que realmente quem esteja errado seja ela, o autor nada consegue contra o réu” (*Instituições... Op. cit.*, 1977, v. I, pp. 294-295).

<sup>435</sup> ALLORIO, Enrico. *La pluralità degli ordinamenti giuridici e l'accertamento giudiziale*. In: *Rivista di diritto civile*, Pádua, a. I, 1955, p. 266

<sup>436</sup> *Id. Ibid.* [Tradução livre de: “*La controparte è pertanto soggetta non al potere d'azione, bensì al potere giurisdizionale: rispetto al potere d'azione si potrebbe parlare, ma del tutto imprecisamente, e con locuzione perciò da evitare, d'una soggezione indiretta*”.]

processo. O poder de ação processual penal se restringe à discussão sobre a possibilidade de deflagração da fase judicial da persecução penal. Recebida a denúncia, ocorre a sujeição do acusado, não à ação, mas à própria jurisdição.

Neste sentido, a ação processual penal só poderia ser considerada um direito potestativo em face do acusado se não encontrasse qualquer limitação (voltando-se, assim, à noção chiovendiana de potestade), o que não é o caso diante da existência e necessidade de um juízo de admissibilidade da acusação (vide item 4.4.1, *infra*).

Das próprias críticas às construções teóricas da ação como *direito subjetivo* e *direito potestativo* decorre a conclusão de que a ação processual penal se trata de um poder – ainda que se não lhe possa dar a extensão pretendida por Giovanni LEONE. De fato, não se pode falar em um poder de sujeitar o acusado, mas apenas de provocar o Estado-juiz para que se manifeste sobre a possibilidade de atuação da Jurisdição em relação ao caso penal.

Nas palavras de ALLORIO, a ação deve ser compreendida como um poder dirigido ao juiz; “e ela tem, por assim dizer, como contrapartida passiva uma sujeição do juiz”, razão pela qual se define “como o poder de fazer surgir um dever do juiz; de fazer nascer, assim, uma situação na qual o comportamento do juiz que se pronuncia sobre a demanda é conforme o direito, enquanto o comportamento do juiz que omite de se pronunciar é contrário ao direito”.<sup>437</sup>

Entenda-se bem. A definição de ALLORIO, embora útil, merece certa restrição. A ação processual, realmente, faz surgir um dever ao juiz, mas não se deve olvidar que está sujeita a um controle de admissibilidade. Assim, o juiz está sempre obrigado a se manifestar sobre o preenchimento ou ausência dos requisitos à concreta atuação jurisdicional.

Diga-se, pois, que o entendimento segundo o qual a ação é um *poder* é compartilhada por diversos autores, em diferentes construções teóricas.<sup>438</sup> Léon

---

<sup>437</sup> ALLORIO, E. **La pluralità...** *Op. cit.*, p. 266. [Tradução livre de: “*ed essa ha, per dir così, come contropartita passiva una soggezione del giudice*”; “*come il potere di far sorgere un dovere del giudice; di far nascere cioè una situazione nella quale il comportamento del giudice, che pronunci sulla domanda, è conforme al diritto, mentre il comportamento del giudice, che ometta di pronunciare, è contrario al diritto*”].

<sup>438</sup> Sobre o tema, ver SABATINI, G. **Principi...** *Op. cit.*, v. I, p. 300.



DUGUIT, por exemplo, em sua construção teórica peculiar, embora marcadamente positivista, em relação à teoria do Estado e do Direito, nega a noção de *direito subjetivo* e afirma que “a ação é a possibilidade de demandar ao juiz que resolva uma questão jurídica e de receber uma decisão que é a consequência lógica da solução que ele dá à questão de direito”.<sup>439</sup>

RANIERI, embora não utilize expressamente o vocábulo *poder*, descreve a ação processual penal como tal, apresentando-a como a atividade do Ministério Público que visa ativar o processo, tratando-a como uma *condição* para o exercício da jurisdição, mas também como um *limite* ao próprio órgão jurisdicional, cuja atuação estará delimitada, do início ao fim do processo, pela imputação nela contida.<sup>440</sup>

Na Itália, com foco na acusação, Franco CORDERO assevera que a ação é um poder da parte, ignorado pelo automatismo inquisitório. A romper com o monopólio judicial na instauração do processo, que concentrava poderes na mão de apenas uma pessoa e desenvolvia falsas perspectivas, abolindo a distância necessária para um juízo equânime, é inserida em sua estrutura uma parte artificial (acusador), que exerce aquele poder.<sup>441</sup> É evidente, aqui, a identificação da ação processual com um mecanismo que visa facilitar o lugar de imparcialidade do juiz. “A ação é um poder da parte. O automatismo inquisitório, de fato, a ignora: o aparato trabalha *ex officio*; o mesmo órgão investiga sobre possíveis crimes, recolhe informações, adquire provas, julga”.<sup>442</sup>

Então, o mesmo autor, ao indicar que a ação não tem natureza de *direito subjetivo*, como a propriedade e o crédito, que são livremente disponíveis a seus titulares, independentemente de justificativa, afirma que ação é “o poder correlato aos

---

<sup>439</sup> DUGUIT, Léon. **Traité de droit constitutionnel**. v. II. 2. ed. Paris: Fontemoing & Cie, 1923, p. 322. [Tradução livre de: “*L’action, c’est la possibilité de demander au juge de résoudre une question de droit et de prendre une décision qui soit la conséquence logique de la solution qu’il donne à la question de droit*”.]

<sup>440</sup> RANIERI, S. **Manuale...** *Op. cit.*, p. 109-110. É digno de nota que o autor reconhece a pluralidade da ação processual penal, ao menos ao Ministério Público, indicando que a aqui chamada *ação processual penal em sentido estrito* é apenas uma de suas diversas modalidades.

<sup>441</sup> CORDERO, F. **Procedura...** *Op. cit.*, 2006, p. 399.

<sup>442</sup> *Id. Ibid.* [Tradução livre de: “*L’azione è un potere della parte. L’automatismo inquisitorio, infatti, la ignora: l’apparato lavora ex officio; lo stesso organo investiga su possibile reati, raccoglie notizie, acquisisce prove, giudica*”.]

epílogos jurisdicionais; exercitando-o validamente, o autor obtém uma decisão sobre o que pediu, favorável ou contrária; pode acontecer, todavia, que o arguido seja absolvido ‘ab observatione iudicii’,<sup>443</sup> mal instaurado, restando irresolutas todas as questões sobre a relação em questão; então, nada impede novas demandas”.<sup>444</sup>

Em suma, de tudo o que se disse, é possível extrair a conclusão de que a ação processual penal é, por sua natureza jurídica, um *poder*, o poder de provocar a jurisdição. Este entendimento é comum a todas as modalidades de ação processual, dada a questão da pluralidade, inclusive à acusação e suas formas de iniciativa oficial ou privada.

Assim, afirmados tais pressupostos teóricos, parece possível elaborar um conceito de ação processual penal, que recolha todas as conclusões acima expostas e esteja adequado ao modelo delineado na legislação brasileira atual, nos seguintes termos: ação processual penal é o poder, conferido ao Ministério Público, outras autoridades públicas e sujeitos privados, de provocar a jurisdição em relação a um caso penal, visando a instauração do processo penal principal (ação processual penal em sentido estrito, acusação) ou o conhecimento de outra questão que deve ser objeto de um provimento jurisdicional (modalidades diversas de ação processual penal).

Não se olvide, todavia, que a ação processual penal se esgota no momento em que o juiz a admite. Após este momento, desenrola-se o *processo*, seja o processo penal principal, voltado à resolução do *caso penal*, sejam outras modalidades abreviadas ou voltadas a escopos diversos. A instauração do processo, ou o conhecimento da questão posta ao Estado-juiz, todavia, não é uma consequência imediata e automática do exercício da ação processual, mas depende sempre de um prévio juízo de admissibilidade realizado pelo juiz, tema do tópico 4.5, abaixo.

---

<sup>443</sup> Isto é, sem análise do mérito.

<sup>444</sup> CORDERO, F. *Procedura... Op. cit.*, 2006, p.398 [Tradução livre de: “*Il potere correlato agli epiloghi giurisdizionali; esercitandolo validamente, l’attore ottiene una decisione su quanto ha chiesto; può darsi, invece, che il convenuto venga assolto ‘ab osservazione iudicii’, male instaurato, restando insoluta ogni questione sul rapporto de quo; allora niente osta a nuove domande*”].]

#### **4.4 Considerações fundamentais sobre as formas de controle da ação processual penal: (re)compreensão teórica sobre o princípio da obrigatoriedade**

Como ensinou Mario CHIAVARIO, a escolha entre os princípios da obrigatoriedade e da oportunidade tem um papel decisivo na conformação teórica do tema da ação processual penal.<sup>445</sup> Por este motivo, faz-se necessário certo aprofundamento discursivo, que tem por finalidade precípua demonstrar que o direito processual penal pode trilhar diferentes caminhos políticos, mas deve manter como norte a Constituição da República.

##### *4.4.1 Obrigatoriedade no ordenamento vigente: necessidade de uma compreensão ampla*

Como bem demonstrou Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, a noção de obrigatoriedade da acusação não é absoluta, pois se restringe e relativiza na dimensão em que está limitada aos casos em que se apresentam integralmente os pressupostos processuais e as condições da ação.<sup>446</sup>

No tocante à ação penal em sentido estrito, aquela conclusão é precisa. Todavia, considerando-se a ampliação do conceito de ação processual, aqui operada, é possível concluir que tanto o requerimento de arquivamento do inquérito policial, como o requerimento de declaração da extinção da punibilidade são modalidades de ação processual penal. Daqui, decorre uma dimensão diversa, e mais abrangente, do conteúdo e alcance do princípio da obrigatoriedade.

De fato, se o Ministério Público não pode deduzir a acusação, em razão da ausência de uma das condições da ação, por outro lado não pode ele permanecer inerte, situação que frustraria o sistema de controle em relação à persecução penal. Assim,

---

<sup>445</sup> CHIAVARIO, M. *Appunti... Op. cit.*, p. 878 e ss.

<sup>446</sup> COUTINHO, J. N. M. *Introdução... Op. cit.*, p. 127.

sempre que estiver diante de um procedimento de investigação preliminar conclusivo, o órgão oficial de acusação deverá agir, seja pelo oferecimento da denúncia, quando presentes as condições da ação penal em sentido estrito, seja por um *agir alternativo* (que o exima de oferecer a acusação), que se impõe quando não estão todas elas presentes, como, exemplificativamente, o pedido de reconhecimento e declaração da extinção da punibilidade ou o pedido de arquivamento do inquérito policial ou peças de investigação. Diante da concepção plúrima da ação processual penal, sabe-se que este *agir alternativo* não deixa de ser ação.

Giovanni LEONE tinha clareza sobre esta questão, como se percebe quando afirma que “o princípio da obrigatoriedade deve ser observado com o maior rigor; e que, em consequência, também nos casos mais evidentes de *notitia criminis* infundada, o Ministério Público está obrigado a promover o decreto de arquivamento”.<sup>447</sup>

A “inação” do MP é vedada: eis que a decisão de arquivamento – ou o provimento extintivo da punibilidade – são atos jurisdicionais, a investigação preliminar está sempre sujeita a controle judicial, existam ou não os elementos necessários para o exercício da acusação. O exercício de *uma* ação processual penal (seja a acusação ou uma das modalidades alternativas) é sempre obrigatório, de forma absoluta.

Trata-se de um instrumento político de controle da ação, justificado pelo binômio obrigatoriedade-indisponibilidade, já discutido. Inclusive, daí não ser admissível o chamado arquivamento *implícito* do inquérito policial, que representaria uma forma de *inação*. Deve o Ministério Público *agir* em face de todos os indiciados<sup>448</sup> durante a investigação preliminar, ainda que tenha que denunciar parte

---

<sup>447</sup> LEONE, G. **Tratado...** *Op. cit.*, v. I, p. 142. [Tradução livre de: “*el principio de obligatoriedad debe ser observado con el mayor rigor; y que, por consiguiente, también en los casos más evidentes de notitia criminis infundada, el ministerio público está obligado a promover el decreto de archivación*”].]

<sup>448</sup> Como ensina Aury LOPES JUNIOR, a lei brasileira não contempla um ato formal de *indiciamento*, com momento e forma estabelecidos em lei de forma precisa. O ato, porém, representa uma espécie de declaração emanada da autoridade polícia sobre a existência de indícios de autoria em face de determinada pessoa que foi alvo de investigação (**Direito...** *Op. cit.*, v. I, p. 305 e ss). O indiciamento é um importante momento procedimental, pois fixa marcos mínimos e obrigatórios para o *agir* do Ministério Público.

deles e requerer o arquivamento ou outra providência em relação aos demais.

#### 4.4.2 *O princípio da obrigatoriedade da ação processual penal em seu confronto com a realidade: novos desafios político-criminais*

Os discursos doutrinário, jurisprudencial e político sobre o tema da ação processual penal encontram no princípio da obrigatoriedade uma espécie de fortaleza daquilo que se reputa ser um processo penal democrático e igualitário. O embate com a realidade, todavia, coloca esta ordem de ideias em cheque, dia após dia da prática daquilo que se chama persecução penal.

Um breve estudo sobre a origem do discurso sobre a obrigatoriedade da ação processual penal no Brasil faz perceber que, de maneira geral, a doutrina brasileira, desde a italiana, considera o princípio como uma consequência da assunção pelo Estado do monopólio da vingança. Assim, dado o interesse público na punição dos culpados, a indisponibilidade do conteúdo do processo (como dimensão da obrigatoriedade) surgiria indelével. O princípio, então, seria uma espécie de garantia da independência do Ministério Público e do tratamento igualitário dos cidadãos em face da Justiça penal.<sup>449</sup>

Esta visão foi importada dos autores italianos que escreveram, sobretudo, após a entrada em vigor da Constituição italiana de 1947. Giovanni LEONE, por todos, ao tratar do tema, diz que “o princípio da obrigatoriedade da ação penal é rigorosamente inseparável do princípio da obrigatoriedade da norma penal e de uma organização democrática do processo penal, que não toleraria o princípio da discricionariedade”.<sup>450</sup>

---

<sup>449</sup> JARDIM, Afrânio Silva. **Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 47 e ss.; No mesmo sentido, predominante na doutrina brasileira, por todos: MARQUES, J. F. **Elementos...** *Op. cit.*, v. I, p. 334 e ss.; ROMEIRO, J. A. **Da ação...** *Op. cit.*, p. 84 e ss.

<sup>450</sup> LEONE, G. **Azione...** *Op. cit.*, § 4º. No mesmo sentido, entre outros, ver GUARNERI, G. **Azione...** *Op. cit.*, p. 69. [Tradução livre de: “*Il principio di obbligatorietà dell’azione penale è rigorosamente inseparabile dal principio dell’obbligatorietà della norma penale e da un’organizzazione democratica del processo penale, la quale non tollererebbe il principio di discrezionalità*”].

Sobre esta postura teórica, Cristiana VALENTINI REUTER menciona que a inclusão de tal princípio na Constituição italiana, forjada no pós-guerra, tinha um evidente caráter político. Naquela Itália, há pouco livre do fascismo, circulava, já na Constituinte, discurso segundo o qual importava proteger o Ministério Público, e o próprio processo penal, de ingerências do Executivo. Assim nasce a disposição de seu art. 112, de uma atitude temerosa em relação à identificação do comportamento discricionário do Ministério Público com a manipulação indevida da coisa penal por parte do Executivo, ou, em outras palavras, à identificação do princípio da oportunidade com um vínculo hierárquico externo. *Mutatis mutandis*, é a mesma ordem de pensamento que levou a Carta Magna declarar a subordinação dos juízes à lei, e somente a ela (art. 101).<sup>451</sup>

Ainda no contexto do pós-guerra, cite-se importante modificação legislativa que retirou do Ministério Público o controle sobre o arquivamento (mediante alteração da redação do art. 74, do Código de Processo Penal italiano<sup>452</sup>), consagrando o controle judicial, que sobrevive à reforma dos anos 80 e ainda está presente no Código atualmente em vigor. Esta modificação legislativa é fruto dos mesmos influxos discursivos que determinaram o texto atual do art. 112, da Constituição italiana.<sup>453</sup>

Toda esta constatação, diga-se de passagem, corrobora a afirmação, que se interpôs no capítulo anterior, de que a teoria da ação processual é fruto das condições políticas circunstantes ao próprio Estado.

Todavia, VALENTINI REUTER, em ampla análise comparativa ao princípio da obrigatoriedade vigente na Alemanha (*Legalitätsgrundsatz*), conclui que, entre os alemães, sua adoção vai marcada pela relatividade, a despeito de se ter experimentado, naquele país, um Estado totalitário com ingerência ainda mais cogente nas instituições estatais. De fato, ausente qualquer previsão constitucional sobre o tema, o *StPO*

---

<sup>451</sup> VALENTINI REUTER. *Le forme... Op. cit.*, pp. 30-31.

<sup>452</sup> Operada pelo D. L. 14 de Novembro de 1944, n. 588, art. 6º.

<sup>453</sup> Sobre a recente evolução histórico-política da legislação processual penal italiana, recomenda-se a leitura de: ORLANDI, Renzo. *La giustizia... Op. cit.*; ORLANDI, Renzo. *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana. In: AA. VV. Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana: Materiali dall'incontro di studio – Ferrara, 12-13 Novembre 2010.* Milão: Giuffrè, 2011.

(*Strafprozeßordnung*, o Código de Processo Penal alemão) contempla inúmeras exceções ao princípio da obrigatoriedade, a que se soma a circunstância de que a decisão de arquivamento cabe exclusivamente ao Ministério Público.<sup>454</sup>

Assim, a autora sugere que a mera adoção do princípio da obrigatoriedade não é garantia de um processo penal democrático, bem como, pode-se dizer, não decorreria necessariamente da escolha pelo princípio da disponibilidade. A citação é longa, mas vale a lição:

O legislador italiano, assediado, depois da guerra, pela difícil tarefa de erigir, com a Constituição, os fundamentos do Estado democrático, não percebeu como a garantia mais sólida para um correto exercício da ação penal não residia tanto na escolha de um instituto em detrimento de outro – no caso, o princípio da obrigatoriedade ao invés daquele da oportunidade, como meio idôneo a tutelar a independência do Ministério Público em relação a outros poderes e a igualdade dos cidadãos perante a lei – mas, sim, a efetiva construção, em todas as instituições envolvidas, de uma atitude de fundamental observância à ideia de “Estado de Direito”, qual o *Rechtsstaatprinzip*, que o regime anterior havia espezinhado muito mais *de facto* do que através de alterações legislativas.<sup>455</sup>

É um dado importante e digno de referência que, entre os italianos, o rigor constitucional sobre o tema da obrigatoriedade da ação, nos últimos trinta anos, mas principalmente após as reformas legislativas, pretensamente acusatórias, do final dos anos 80, tem causado certo embaraço teórico e na concretização prática da persecução penal. Tem-se a percepção que, de suposta garantia, o princípio passou a representar uma espécie de obstáculo teórico à concretização de um processo penal democrático. Inúmeras são as abordagens doutrinárias sustentando ou justificando a necessidade de

<sup>454</sup> VALENTINI REUTER. *Le forme... Op. cit.*, pp. 31-32. Em relação ao tema, ainda, ver: AA. VV. *Procedure penali d’Europa: Belgio, Francia, Germania, Inghilterra, Italia*. Milão: CEDAM, 2001, p. 192 e ss; TRIFFTERER, Otto. *The pre-trial phase (The police and prosecution) In: The criminal justice system of the federal republic of Germany*. *Nouvelles études pénales*, v. 2. Toulouse: Érès, 1981, p. 50 e ss.

<sup>455</sup> VALENTINI REUTER. *Le forme... Op. cit.*, p. 38. [Tradução livre de: “*Il legislatore italiano, assediato, nell’immediato dopoguerra, dal difficile compito di erigere, con la Costituzione, le fondamenta dello Stato democratico, non ha avvertito come la garanzia più salda per un corretto esercizio dello strumento penale, risiedesse non tanto nella scelta di un istituto piuttosto che un altro – nel caso di specie del principio di obbligatorietà piuttosto che quello di opportunità, come mezzo idoneo a tutelare l’indipendenza del pubblico ministero da altri poteri e l’uguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge – quanto, piuttosto, l’effettiva costruzione, nelle istituzioni complessivamente intese, di un atteggiamento di fondamentale ossequio verso l’idea dello ‘Stato di diritto’, quel ‘Rechtsstaatprinzip’ che il passato regime aveva calpestato molto più ‘di fatto’ che non attraverso mutamenti legislativi*”.]

relativização daquele princípio, até mesmo como um meio de concebê-lo, atualmente, com um conteúdo concreto e coerente.<sup>456</sup>

No caso brasileiro, porém, pouca ou nenhuma crítica se faz ao conteúdo e à própria conveniência política da aplicação do princípio. Fato é que seu enunciado é repetido, de autor por autor, não raro sem qualquer conhecimento sobre sua origem e significado político. Como já se expôs, o câmbio para o modelo processual acusatório, no sentido aqui concebido, imporia um completo repensamento dos binômios obrigatoriedade-discrecionalidade e disponibilidade-indisponibilidade.

Aqui, o confronto com a realidade é bastante persuasivo. É intuitivo e dispensaria profundas análises estatísticas concluir que a grossa parte dos fatos supostamente criminosos noticiados não resulta na deflagração da fase administrativa da persecução penal. A crônica carência estrutural da polícia judiciária – provavelmente insolúvel a curto ou médio prazo – impede a investigação de todos os fatos noticiados e provoca a utilização de informais critérios de seleção, que levam em conta a gravidade dos fatos, a atenção midiática, a provocação da vítima, entre vários outros interesses. A maior parcela, todavia, sequer figurará como objeto de um inquérito policial.

Ainda, quando se considera a pequena parte em relação a qual há inquéritos instaurados, sabe-se que, pelos mesmo motivos acima indicados, um grande percentual terá como resultado provável o arquivamento, pela impossibilidade de se obter as provas necessárias para o exercício da ação, ou, como sói acontecer, a declaração da extinção da punibilidade pela prescrição.

Os poucos casos em que há instrução relativamente bem feita serão submetidos ao crivo da obrigatoriedade da acusação, devendo-se considerar, ainda, que muitas das denúncias oferecidas não dispõem de um lastro probatório adequado, e só promovem a instauração de processos graças a certa “frouxidão” no juízo de

---

<sup>456</sup> Entre muitos outros, ver: CHIAVARIO, M. *Appunti... Op. cit.*, p. 906 e ss.; UBERTIS, G. *Azione... Op. cit.*, pp. 3 a 5; UBERTIS, Giulio. *Obbligatorietà dell'azione penale e diversion nel sistema penale italiano. In: Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Milão, a. XXV, fasc. 4, out-dez, 1982; VALENTINI REUTER, C. *Le forme... Op. cit.*, p. 39 e ss.



admissibilidade – fruto, em determinada medida, da convivência, ou resignação, dos órgãos estatais em relação ao *status quo*.

Diante de tal panorama, questiona-se como é possível seguir sustentando que o princípio da obrigatoriedade é uma garantia de tratamento igualitário dos cidadãos sujeitos à jurisdição penal. Mais, pergunta-se se é possível dizer que se trata de um instrumento de democracia processual. A resposta, nos dois casos, não pode ser outra senão a negativa. Em verdade, um discurso desta natureza está, concretamente, à beira da falácia.

A despeito de uma pretensa obrigatoriedade, os mecanismos seletivos da investigação preliminar representam uma evidente e inalienável discricionariedade, à qual se soma outra, ligada às escolhas feitas pelo Ministério Público quanto ao próprio conteúdo da imputação. A *opinio delicti* é um forte momento de discricionariedade, sobre o qual o princípio é praticamente nulo e inoperante.<sup>457</sup>

Importa, sobretudo, compreender e aceitar estes limites, que são virtualmente insuperáveis, quase fisiológicos. O desafio, então, passa a ser encontrar uma maneira de racionalizar o exercício da ação processual penal, voltando-a para o escopo de um processo penal democrático e adequado à Constituição.

Na Itália, diante de uma situação semelhante, Claudio VITALONE sugeriu que a questão da obrigatoriedade deve ser objeto de uma estratégia política, em âmbito geral, que envolva todas as esferas do Ministério Público, visando definir critérios gerais para a adoção da discricionariedade em relação à ação processual penal, com foco no estabelecimento de prioridades quanto à persecução penal.<sup>458</sup>

Para o caso brasileiro, onde os problemas estruturais são muito mais significativos, sugere-se que o princípio da obrigatoriedade deve ceder espaço a uma discricionariedade, controlada hierarquicamente e, quando possível, com intervenção

---

<sup>457</sup> Esta observação é de Claudio VITALONE, presente em texto sobre o papel do Ministério Público em face dos limites concretos do princípio da obrigatoriedade (**La funzione d'accusa tra obbligatorietà e discrezionalità**. In: GAITO, Alfredo (org.). **Accusa penale e ruolo del pubblico ministero: atti del convegno – Perugia 20-21 aprile 1990**. Nápoles: Jovene, 1991, p. 294).

<sup>458</sup> *Id. Ibid.*, p. 295.

da vítima, tudo no contexto de uma reforma verdadeiramente acusatória.<sup>459</sup> Ressalte-se, todavia, que esta orientação política deve ser objeto de articulação entre o Ministério Público, federal e estadual, além dos poderes Executivo e Legislativo, como condição de possibilidade de sua operacionalização de forma útil e adequada à Constituição, a ser orquestrada com soluções penais alternativas, como a própria justiça consensual, além do redirecionamento da tutela penal, em vários casos, para os âmbitos civil e administrativo.

#### **4.5 As formas de controle sobre o exercício da ação penal em sentido estrito: as condições à atuação jurisdicional visando à resolução do caso penal**

De maneira geral, pode-se dizer que a ação processual penal, em qualquer de suas formas, visa à atuação jurisdicional em relação a determinado provimento jurisdicional requerido, que pode ser a instauração do processo penal voltado à resolução do caso penal ou qualquer outra espécie de intervenção jurisdicional relacionada ao caso penal (ver item 4.1.1, *supra*).

Não é difícil compreender, pois, que cada modalidade de ação processual penal tem seus próprios requisitos de admissibilidade, que devem ser preenchidos para que a jurisdição, de fato, ofereça sua intervenção. Assim, exemplificativamente, não se conhecerá de um pedido de revisão criminal que pretenda a modificação de uma sentença absolutória transitada em julgado, por falta de previsão legal para tal provimento (art. 621, do Código de Processo Penal), bem como não se conhecerá um pedido de arquivamento do inquérito policial apresentado pelo ofendido em crime de ação de iniciativa oficial, por ausência de legitimidade, etc.

Ainda que seja possível verticalizar o estudo dos requisitos de admissibilidade

---

<sup>459</sup> Esta proposta de controle hierárquico da decisão de arquivamento, com intervenção da vítima, foi inserida, pelas mãos de Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, no anteprojeto do novo Código de Processo Penal, a partir do qual iniciou a tramitação do Projeto de Lei 156/2009, do Senado Federal (reforma global da legislação processual penal). Sobre o tema, recomenda-se: NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurelio. **Notas sobre o inquérito policial no projeto de reforma do Código de Processo Penal**. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do Projeto de Lei n.º 156/2009, do Senado Federal**. v. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 49 e ss.

de cada modalidade de ação processual penal individualmente considerada, este texto não comporta pretensão de esgotamento em relação a esta questão. Considerando que seu foco é discutir o papel político da ação processual penal, sua adequação constitucional e possíveis escolhas em relação à reforma da legislação processual, um trabalho de tal magnitude pouco contribuiria para seu escopo. As bases estão propostas – bem como sujeitas à crítica – e poderão, quiçá, servir de base para futuros desenvolvimentos do tema do controle relativo à ação processual penal.

Aqui, todavia, dada sua maior importância, inclusive como mecanismo de limitação do poder punitivo e persecutório estatal, convém retomar discussão, já iniciada em outras obras,<sup>460</sup> sobre as condições da ação processual penal em sentido estrito, isto é, sobre as condições de admissibilidade da acusação. Importa, sobretudo, controlar o exercício daquela espécie de ação e obstar seu emprego abusivo. Uma adequada compreensão do tema das condições da ação processual penal, com viés constitucional e voltado à construção teórica autônoma que aqui se defende para o direito processual penal, parece ser indispensável à consecução daquele desiderato.

O conhecimento sobre as condições da ação processual penal em sentido estrito é fruto de um imenso e inacabado debate doutrinário que carece de uniformidade linguística e epistemológica, embora se perceba uma predominância muito significativa da abordagem ligada à teoria geral do processo. A despeito de certo número – sempre crescente – de vozes dissonantes, ainda predomina a tradicional fórmula liebmaniana, eminentemente processual civil, que extrai do conceito de *lide*, e derivados, as condições da ação.

Ao direito processual penal, assim, coube uma indiscriminada e acrítica

---

<sup>460</sup> Em dois textos anteriores, especificamente voltadas à análise do tema, analisamos a problemática das condições da ação processual penal em sentido estrito. Recomenda-se, em especial, a segunda: NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. **A tipicidade e o juízo de admissibilidade da acusação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. **O interesse de agir e sua (in)adequação ao direito processual penal**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. Embora algumas das idéias lá apresentadas, especialmente em relação ao conceito de ação tenham sido superadas por este escrito, procurou-se analisar a questão das condições da ação com vagar e profundidade. Recomenda-se, ainda, a leitura das seguintes obras: CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 661-662; LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 4<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, v. I, pp. 349-366.

importação de conceitos processuais civis, sem grandes questionamentos sobre sua efetiva funcionalidade. Em verdade, colocou-se a teoria à frente da realidade, numa postura científica que produz o efeito de enfraquecer o juízo de admissibilidade da acusação.

Já se procurou demonstrar que qualquer das teorias processuais civis sobre a ação processual carece de idoneidade teórica para explicar o fenômeno processual penal, notadamente pelo fundamento que têm no binômio *jus-actio*, inadequado ao direito processual penal (ver, *supra*, item 3.1). Por tal motivo, desde logo, rejeita-se a possibilidade de adoção das condições da ação apresentadas por LIEBMAN e incorporadas ao Código de Processo Civil brasileiro.

Concretamente, se se quer que o problema das condições da ação processual penal represente contribuição útil e efetiva – como instrumento de garantia do cidadão – a uma prática judiciária democrática e constitucional, deve ele ser objeto de construção científica autônoma, livre de pré-compreensões e fundada na própria realidade teórico-normativa do direito processual penal.

Apresentar-se-á, pois, os principais desenvolvimentos sobre a questão presentes na doutrina pátria e considerações sobre sua adequação ao modelo teórico, sobre a ação processual penal, aqui delineado.

#### *4.5.1 As condições da ação processual segundo a obra de Liebman. A indiscriminada adoção na teoria do direito processual penal e sua crítica*

Considerando que um dos pressupostos que orientaram a elaboração deste texto é a adoção de enfoques teóricos próprios e autônomos para o direito processual penal, que coloquem seus próprios fenômenos à frente das elucubrações teóricas, o mesmo será feito em relação ao tema das condições da ação. Todavia, eis que se trata de discussão na qual a colonização discursiva é extremamente evidente, convém verificar, ainda que de forma breve, o conteúdo das condições da ação liebmanianas e a forma de sua transferência – via *teoria geral do processo* – à ação processual penal,

bem como submeter tais concepções à devida crítica.<sup>461</sup>

LIEBMAN principia sua abordagem sobre as condições da ação ainda no Brasil, com foco no direito processual civil, em obras como “O despacho saneador e o julgamento do mérito”,<sup>462</sup> de 1945, e “Estudos sobre o processo civil brasileiro”, de 1947. Lá, sugere que há um conjunto de questões, ditas *prévias*, que não integram o *meritum causae* e devem ser resolvida antes dele, que vai apontado pelo autor como a *lide*. Em suas palavras, “lide é, portanto, o conflito efetivo ou virtual de pedidos contraditórios, sobre o qual o juiz é convidado a decidir. Assim modificado, o conceito de lide torna-se perfeitamente aceitável na teoria do processo e exprime satisfatoriamente o que se costuma chamar de mérito da causa. Julgar a lide e julgar o mérito são expressões sinônimas que se referem à decisão do pedido do autor”.<sup>463</sup>

No tocante às questões prévias, empreende classificação em quatro categorias: os *pressupostos processuais*, cuja ausência afeta a relação processual, a competência do juiz, a capacidade das partes e a ausência de situações impeditivas do processo, como, entre outras, a litispendência, o compromisso arbitral e a suspeição do juiz; as *nulidades* dos atos processuais; as *situações terminativas* do processo, que dizem com fatos e circunstâncias que, embora não sejam nulidades, dão ao réu a faculdade de requerer a extinção do processo sem resolução de mérito;<sup>464</sup> e as *condições da ação*.<sup>465</sup> Estas últimas, para LIEBMAN, são “requisitos de existência da ação, devendo por isso ser objeto de investigação no processo, preliminarmente ao exame do mérito”,<sup>466</sup> de modo que a ausência de qualquer uma delas acarretaria, pois, a própria inexistência do

---

<sup>461</sup> Para uma visão geral sobre a teoria eclética da ação, na formulação de Enrico Tullio LIEBMAN, remete-se o leitor ao item 2.3.5, *supra*.

<sup>462</sup> Afirma LIEBMAN que o despacho saneador, que visa assegurar que, ao momento da apreciação do mérito, todas as questões prévias estejam resolvidas, é uma inovação em matéria processual civil introduzida pelos legisladores português e brasileiro. (**O despacho saneador e o julgamento do mérito**. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a. 42, n. 104, 1945, p. 216).

<sup>463</sup> *Id. Ibid.*, p. 223.

<sup>464</sup> No Código de Processo Civil vigente, é exemplo de tais situações a prevista no art. 267, inciso III, o abandono da causa pelo autor por mais de 30 (trinta) dias, por não promover os atos e diligências que lhe competir.

<sup>465</sup> LIEBMAN, E. T. **O despacho... Op. cit.**, pp. 223-225.

<sup>466</sup> LIEBMAN, E. T. **Manual... Op. cit.**, v. I, p. 203.

direito de ação (*carência de ação*).<sup>467</sup>

No Brasil, esta concepção teórica abarcou quase a unanimidade da doutrina processual civil,<sup>468</sup> com importantes reflexos legislativos,<sup>469</sup> a despeito de importantes vozes dissonantes.<sup>470</sup>

Nada obstante, é oportuno registrar que há alguns pontos de divergência entre o modelo teórico liebmaniano e o estado atual do tratamento doutrinário brasileiro da questão. Por exemplo, em geral, discorda-se da asserção de LIEBMAN segundo a qual a falta de uma das condições da ação tem como consequência a inexistência jurídica (*carência*) da ação. Antes, prefere-se falar, como CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, em condições ao exercício do direito de ação.<sup>471</sup>

Todavia, diferentemente do que afirmam aqueles autores, ainda que a ausência das condições da ação, de fato, não afete a sua existência, tampouco se pode dizer que prejudique seu exercício. Aqui, importa não confundir *exercício* com *obtenção da tutela jurisdicional*.<sup>472</sup> Considerando que, no processo civil, a ação é ilimitada no sentido do direito constitucional de petição (art. 5º, XXXV, CR/88), não há que se falar em condições ao exercício do direito de ação, mas sim à obtenção da tutela jurisdicional por meio dele. Ausente uma delas, mesmo que o juiz deixe de apreciar o mérito, moveu-se a jurisdição e, por isso, conclui-se que a ação foi exercida. Melhor, neste ponto, Humberto THEODORO JUNIOR, ao dizer que “sempre haverá uma sentença para declarar que tais condições não ocorrem e, dessa forma, o direito de ação estará atendido pelo julgado que declarar a inexistência das supostas condições”.<sup>473</sup>

<sup>467</sup> *Id. Ibid.*: “Só quando estiverem presentes essas condições é que se pode considerar existente a ação, surgindo para o juiz a necessidade de julgar sobre a demanda, para acolhê-la ou rejeitá-la”.

<sup>468</sup> Alguns representantes da corrente teórica: BUZAID, Alfredo. **Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil**. São Paulo, Saraiva, 1956, p. 111; GRINOVER, A. P. **As condições...** *Op. cit.*, 1977, p. 29; MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971, v. II, p. 38.

<sup>469</sup> Lembre-se que as condições da ação de LIEBMAN foram incorporadas ao atual Código de Processo Civil (art. 267, VI).

<sup>470</sup> Entre vários outros, ver: BOTELHO DE MESQUISTA, J. I. **Da ação...** *Op. cit.*, p. 12 e ss.; BARBI, C. A. **Comentários...** *Op. cit.*, p. 32; MARINONI, L. G. **Teoria...** *Op. cit.*, v. 1, pp. 174 e ss.; SILVA, O. B.; GOMES, F. **Teoria geral...** *Op. cit.*, pp. 124 e ss.

<sup>471</sup> CINTRA, A.C.A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria...** *Op. cit.*, 1979, p. 224.

<sup>472</sup> COUTINHO, J. N. M. **A lide...** *Op. cit.*, p. 148.

<sup>473</sup> THEODORO JÚNIOR, H, Humberto. **Pressupostos processuais e condições da ação do processo cautelar**. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a. 82, n. 292, 1985, p. 29.

Em suas obras dos anos 40, LIEBMAN enuncia, além das ditas negativas,<sup>474</sup> como condições da ação a *possibilidade jurídica*, a *legitimação* e o *interesse de agir*.<sup>475</sup> Em textos mais recentes, todavia, o autor alterou seu rol de condições da ação, restringindo-o às duas últimas. Seja como for, é imperioso perceber que todas elas são deduzidas do conceito de *lide*, cuja inadequação ao direito processual penal é evidente: “as condições, portanto, são os requisitos que a lide deve possuir para poder ser julgada. Eles dizem respeito às relações entre a lide e o conflito de interesses que a fez surgir, porque a lide só pode ser decidida se for adequada e apropriada àquele conflito”.<sup>476</sup>

Embora esta constatação fosse suficiente para reputar infundada a transferência de tais condições da ação ao direito processual penal, convém discutir cada uma delas em seu conteúdo originário, processual civil, e as conturbadas condições de sua adoção da teoria do direito processual penal.

Assim, a *possibilidade jurídica*, segundo LIEBMAN, entende-se como “a possibilidade para o juiz, na ordem jurídica à qual pertence, de pronunciar a espécie de decisão pedida pelo autor. Por ex., um pedido de divórcio carece hoje, no Brasil, de possibilidade jurídica, porque as leis brasileiras não permitem decretar a dissolução do casamento. (...). Nesses casos o juiz nem deve conhecer da lide, porque, de qualquer modo, não poderia proferir a decisão pleiteada pelo autor”.<sup>477</sup> Ainda, a *possibilidade jurídica* é “a admissibilidade em abstrato do provimento reclamado, segundo as

---

<sup>474</sup> Nos textos inaugurais de LIEBMAN sobre o tema das condições da ação, entre eles o “Despacho saneador e o julgamento do mérito” (1945) e os “Estudos sobre o processo civil brasileiro” (1947), além das condições “positivas” da ação, o autor fala de condições negativas da ação: “Além disso, inclui-se na mesma categoria a falta de fatos extintivos da ação, como a coisa julgada e a preempção da ação conseqüente a três absolvições da instância (art. 204 do Cód. de Proc. Civil), e de fatos suspensivos da ação, como o *beneficium excussionis*” (**O despacho... Op. cit.**, p. 223). Nas últimas edições de seu “Manual de direito processual civil”, porém, publicado na Itália, o autor aparentemente abandona o discurso sobre as condições negativas da ação, embora não as inclua expressamente entre os pressupostos processuais.

<sup>475</sup> LIEBMAN, E. T. **Despacho... Op. cit.**, p. 223.

<sup>476</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 139.

<sup>477</sup> LIEBMAN, E. T. **Despacho... Op. cit.**, pp. 223-224.

normas vigentes no ordenamento jurídico nacional”.<sup>478-479</sup>

Todavia, é digno de menção que, na 3ª edição de seu “*Manuale di diritto processuale civile*” (publicada em 1973), o autor negou a possibilidade jurídica como condição da ação. Como informa Cândido Rangel DINAMARCO, em razão da entrada em vigor da lei do divórcio (Lei 898, de 01/12/1970), na Itália, LIEBMAN se sentiu “desencorajado de continuar a incluir a *possibilidade jurídica* entre as condições da ação (afinal esse era o principal exemplo de impossibilidade jurídica da demanda); e nisso tudo vê-se até certa ironia das coisas, pois no mesmo ano de 1973, em que vinha à lume o Código de Processo Civil brasileiro, consagrando legislativamente a teoria de LIEBMAN, com as suas três condições, surgia também o novo posicionamento do próprio pai da idéia, renunciando a uma delas”.<sup>480</sup>

Nada obstante, parece que o professor italiano ignorou o fato de que nem sempre o pedido do autor estará amparado, expressamente, pela lei. Basta, entretanto, para que seja possível, que ele não esteja vedado. Esta é a lição de Egas Dirceu MONIZ DE ARAGÃO, professor da Universidade Federal do Paraná, que demonstra o erro de LIEBMAN em conceituar a possibilidade jurídica do pedido em termos positivos (admissibilidade). Em suas palavras: “O Direito brasileiro há longo tempo conhece preceitos que autorizam o juiz a decidir as causas que lhe sejam submetidas, ainda mesmo que falte uma previsão legislativa a seu respeito”.<sup>481</sup> Assim, “a

<sup>478</sup> LIEBMAN, E. T. **Problemi...** *Op. cit.*, p. 46. [Tradução livre de: “*l’ammissibilità in astratto del provvedimento chiesto, secondo le norme vigenti nell’ordine giuridico nazionale*”].

<sup>479</sup> “Em sentido muito parecido com o dado por LIEBMAN – o que poderia levar à especulação de que esta é uma de suas influências ao enunciar a *possibilidade jurídica* como condição da ação –, Heinrich DEGENKOLB (**Einlassungszwang...** *Op. cit.*, p. 41) estabeleceu um requisito de existência do direito de ação, na seara da teoria abstrata, relacionado à adequação jurídica da demanda. Mesmo sem preocupação imediata com o juízo de admissibilidade da ação, como já se viu, aquele autor afirma que só a tem o cidadão que – além de agir de boa-fé –, puder invocar uma norma legal em seu favor, no sentido da demanda juridicamente relevante – “*rechtlich erheblichen Klagbehauptung*” (NUNES DA SILVEIRA, M. A. **O interesse...** *Op. cit.*, p. 100).

<sup>480</sup> LIEBMAN, E. T. **Manual...** *Op. cit.*, v. I, p. 204, nota do tradutor n.º 127 (Cândido Rangel Dinamarco).

<sup>481</sup> MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. **Comentários ao código de processo civil**. v. II. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 522: “Desde as Ordenações do Reino (Afonsinas, L. II, T. VIII; Manuelinas, L. II, T. V; Filipinas, L. III, T. LXIV), passando pela Lei da Boa Razão (18 de agosto de 1769), sempre foi tida em consideração a possibilidade de o ordenamento jurídico não conter a solução para determinado caso concreto, ocasião em que o juiz recorre a outros subsídios



possibilidade jurídica, portanto, não deve ser conceituada, como se tem feito, com vistas à existência de uma previsão no ordenamento jurídico, que torne o pedido viável em tese, mas, isto sim, com vistas à inexistência, no ordenamento jurídico, de uma previsão que o torne inviável. Se a lei contiver um tal veto, será caso de impossibilidade jurídica do pedido; faltarão uma das condições da ação”.<sup>482</sup> Consigne-se que esta leitura contou com a adesão, entre outros, de Ada Pellegrini GRINOVER.<sup>483</sup>

Já, agora, o *interesse de agir*, onde a influência da doutrina de Adolf WACH é muito evidente, segundo LIEBMAN, é caracterizado pelo requisito da *utilidade* do provimento, ou, como ensina, é “a relação de utilidade entre a afirmada lesão a um direito e o provimento de tutela jurisdicional pedido”.<sup>484</sup> Ainda, tratar-se-ia do elemento material do direito de ação – indissociavelmente vinculado à lide –, o conflito substancial de interesses: “A existência do conflito de interesses fora do processo é a situação de fato que faz nascer no autor interesse de pedir ao juiz uma providência capaz de resolvê-lo. Se não existe o conflito ou se o pedido do autor não é adequado para resolvê-lo, o juiz deve recusar o exame do pedido como inútil, antieconômico e dispersivo”.<sup>485</sup>

Sem embargo, ressalte-se que o *interesse de agir* é distinto do *interesse substancial*, ou *material*, do qual decorre.<sup>486</sup> Assim apregoa GRINOVER, ao dizer que o *interesse material* (interesse em lide, ou primário) não se confunde com o *interesse processual* (interesse na “composição” da lide, ou secundário), cujo escopo é “conseguir, pelos órgãos da Justiça e através de sua atividade, a satisfação do interesse

(Constituição de 1934, art. 113, n.º 37; Lei de Introdução ao Código Civil, arts. 5.º e 7.º, na redação de 1916, 4.º na de 1942; Código de 1939, arts. 113 e 114, neste, art. 126).”

<sup>482</sup> *Id. Ibid.*, p. 527.

<sup>483</sup> GRINOVER, A. P. *As condições...* *Op. cit.*, 1977, p. 45.

<sup>484</sup> LIEBMAN, E. T. *Manual...* *Op. cit.*, v. I, p.207.

<sup>485</sup> LIEBMAN, E. T. *Estudos...* *Op. cit.*, p. 141. “É digno de nota, porém, que numa primeira concepção, presente em ‘O despacho saneador e o julgamento de mérito’, LIEBMAN vincula o interesse de agir à existência do conflito de interesses fora do processo. Posteriormente, para melhor diferenciar a condição da ação do problema do mérito, o autor passa a falar em interesse de agir como fruto da afirmação da lesão ao direito material” (NUNES DA SILVEIRA, *O interesse...* *Op. cit.*, p. 102.

<sup>486</sup> LIEBMAN, E. T. *Manual...* *Op. cit.*, v. I, p.206.

material”.<sup>487</sup>

CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO sustentam que o *interesse de agir* é revelado pelo binômio *necessidade-adequação*, de modo que, além de se fazer *necessário* o recurso à tutela jurisdicional, como único meio à satisfação do direito material (interesse-necessidade), exige-se *adequação* entre o provimento judicial pretendido e a situação lamentada pelo autor (interesse-adequação), cujo exemplo de sua ausência seria a pretensão de se cobrar créditos pecuniários por meio do mandado de segurança.<sup>488</sup>

Segundo LIEBMAN, porém, há um terceiro critério seria o revelador do *interesse de agir*,<sup>489</sup> que recebe sua concepção teórica definitiva com a doutrina brasileira. É o *interesse-utilidade*, caracterizado por “não basta[r] ao interesse ser ‘necessário’ e ‘adequado’; também é fundamental ser útil, trazer um benefício prático-jurídico ao interessado. Ambos os critérios acima aludidos (‘necessidade’ e ‘adequação’) têm como pano de fundo a noção de utilidade”.<sup>490</sup>

Quanto à *legitimação para agir*, como chamou LIEBMAN, também designada como *legitimatío ad causam*, diz-se que é a “pertinência subjetiva da ação àquele que a propõe e em relação à outra parte”,<sup>491</sup> ou, no mesmo sentido, a titularidade ativa e passiva da ação.<sup>492</sup> Note-se, assim, que esta condição da ação decorre diretamente do conceito de lide, e se deduz do interesse de agir: “o problema da legitimação consiste em individualizar a pessoa a quem pertence o interesse de agir (e, pois, a ação) e a pessoa com referência à qual [*nei cui confronti*] ele existe; em outras palavras, é um problema que decorre da distinção entre a existência objetiva do interesse de agir e a sua pertinência subjetiva”.<sup>493</sup>

<sup>487</sup> GRINOVER, A. P. *As condições...* *Op. cit.*, 1977, p. 87.

<sup>488</sup> CINTRA, A.C.A.; GRINOVER, A. P.; e DINAMARCO, C. R. *Teoria...* *Op. cit.*, 1979, p. 223.

<sup>489</sup> LIEBMAN, E. T. *Manual...* *Op. cit.*, v. I, p.207.

<sup>490</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 86.

<sup>491</sup> LIEBMAN, E. T. *Problemi...* *Op. cit.*, p. 46. [Tradução livre de: “*l'appartenenza dell'azione a colui che la propone e in confronto alla controparte*”.]

<sup>492</sup> LIEBMAN, E. T. *Manual...* *Op. cit.*, v. I, p.208.

<sup>493</sup> LIEBMAN, E. T. *Manual...* *Op. cit.*, v. I, p.208.

Portanto, parte legítima, no pólo ativo, é aquela que pode reclamar a tutela jurisdicional com referência ao interesse material, em conflito, do qual se considera titular. Nos termos do art. 6º, do Código de Processo Civil, “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”. No tocante à legitimidade passiva, porém, como ensina LIEBMAN, “tratando-se [a ação] de direito a ser exercido necessariamente com referência a uma parte contrária, também esta deve ser precisamente a pessoa que, para os fins do provimento pedido, apareça como titular de um interesse oposto – ou seja, aquele em cuja esfera jurídica o provimento pedido deverá produzir efeitos”.<sup>494</sup>

Eis, em síntese apertada, o teor das condições da ação no direito processual civil, conforme inaugurado por LIEBMAN e aperfeiçoado pela doutrina adepta de seu modelo teórico. Neste ponto, note-se que é postura da doutrina *monista* (vinculada à *teoria geral do processo*) a simples transferência de tais condições da ação do processo civil ao penal,<sup>495</sup> hábito que, agora, se sujeita a crítica.

Neste sentido, já se manifestaram Antonio Acir BREDA,<sup>496</sup> ao propor que as condições da ação processual penal devem ser explicadas com base nos dispositivos pertinentes do Código de Processo Penal, a despeito de concepções teóricas pré-concebidas, e Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO,<sup>497</sup> que procurou aperfeiçoar a estrutura desenhada por BREDA.

Corroborando aquela conclusão, Maria Thereza Rocha de Assis MOURA

---

<sup>494</sup> *Id. Ibid.*, p. 209.

<sup>495</sup> Representam essa corrente, além de outros, MARQUES, J. F. **Elementos... Op. cit.**, v. I, p. 318; JARDIM, Afrânio Silva. **Direito... Op. cit.**, p. 54; TOURINHO FILHO, F. C. **Processo... Op. cit. penal**, p. 516; TUCCI, R. L. **Teoria... Op. cit.**, pp. 89-95; CINTRA, A.C.A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria... Op. cit.**, 1979, p. 256; MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Condições da ação penal**. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 3, n. 9, 1978, jan./mar., p. 169; GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **Justa causa no processo penal: conceito e natureza jurídica**. *Garantias Constitucionais e Processo Penal* (Coord. Gilson Bonato). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, pp. 187-201.

<sup>496</sup> BREDA, Antonio Acir. **Notas sobre o anteprojeto de código de processo penal**. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 11/12, jul-dez, 1973, pp. 57-58.

<sup>497</sup> “A doutrina tradicional do nosso processo civil-penal, sem muitas indagações sobre as chocantes incoerências que a transferência provoca, assim atua. Não faz por mal, é verdade, mas procurando, em nome do pressuposto fundamental — a lide, à qual o processo existe como instrumento de sua composição — observar coerentemente os fenômenos processuais. O vício, portanto, está na raiz e não propriamente nos efeitos.” (COUTINHO, J. N. M. **A lide... Op. cit.**, p. 146).

afirma que, no tocante às condições da ação, é “de todo desaconselhável e impróprio, tecnicamente, transferir o entendimento existente no Direito Processual Civil para o Direito Processual Penal. Tais como definidas as condições naquele ramo do Direito, não se ajustam ao processo penal. Inútil querer ignorar o jurista, a martelo, as evidentes diferenças existentes entre as duas disciplinas, para ver operar na ação penal condenatória as três condições da ação, tal como divisadas no processo civil”.<sup>498</sup>

Entre os italianos, Franco CORDERO, na mesma toada: “Lembre-se ainda que, para os cultores do processo civil, a ação, por antonomásia, é o poder de provocar uma decisão de mérito; e, assim, se diz que é desprovido de ação quem invoca um provimento de conteúdo juridicamente impossível ou não é legitimado ou não tem interesse de agir. Conceitos do gênero não podem ser transpostos ao processo penal”.<sup>499</sup>

Concretamente, sobre a *possibilidade jurídica* como condição da ação processual penal, no seio da doutrina comprometida com a teoria unitária, afirmou José Frederico MARQUES que está presente quando “a pretensão do autor se refere a providência admissível pelo direito objetivo”.<sup>500</sup> Assim, se a denúncia ou queixa narra fato atípico, ante a impossibilidade de aplicação de uma sanção penal, faltar-lhe-ia *possibilidade jurídica do pedido*.<sup>501</sup>

Note-se, pois, que a compreensão em exame limita aquela condição da ação à mera narrativa do fato, isto é, aos termos da imputação fática na peça acusatória, sem necessária relação com o conteúdo concreto do caso penal. MARQUES descreve um juízo estritamente formal de adequação do texto da acusação ao texto da lei. Aqui, Ada Pellegrini GRINOVER sustenta que não apenas esta, mas todas as condições da ação

---

<sup>498</sup> MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 215.

<sup>499</sup> CORDERO, F. **Procedura... Op. cit.**, 1966, p. 35 [Tradução livre de: “*Si rammenti ancora che per il cultori del processo civile l'azione per antonomasia è il potere di provocare una decisione di merito: e così si dice che sia privo di azione chi invoca una pronuncia di contenuto giuridicamente impossibile o non è legittimato o non ha interesse ad agire. Concetti del genere non si possono trasporre nel processo penale.*”]

<sup>500</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos... Op. cit.**, v. I, p. 318.

<sup>501</sup> *Id. Ibid.*

devem ser perquiridas exclusivamente na medida daquilo que foi alegado pelo autor (teoria da “*prospettazione*”, ou, como ela denomina, da *apresentação*).<sup>502</sup>

Veja-se que a noção de MARQUES se amolda perfeitamente ao conceito liebmaniano original de *possibilidade jurídica* no direito processual civil, descrito em termos *positivos*, como *admissibilidade* do provimento jurisdicional pleiteado.

Porém, nesta passagem ao direito processual penal, há, pelo menos, duas objeções oponíveis. Em primeiro lugar, lembre-se que, no direito processual civil, a conceituação em termos *positivos* da possibilidade jurídica é insustentável (ver *supra*), de modo que se lhe compreende em termos *negativos*, isto é, haveria possibilidade jurídica do pedido quando este não é vedado pela lei. Esta fórmula é de todo inaceitável “ao processo penal, eis que a imputação só é possível em relação a fato positivamente previsto como crime na legislação penal (*nullum crimen sine lege*). Sendo assim, desde logo, tem-se que o conteúdo da ‘mesma’ condição da ação é diverso nos dois ramos do direito processual. A toda evidência, pois, são coisas distintas, do que se conclui que a utilização da mesma denominação é não mais do que um recurso à manutenção do discurso teórico unitário”.<sup>503-504</sup>

Além disso, a análise das condições da ação processual penal deve reclamar uma avaliação concreta do caso penal, ainda que provisória, que jamais pode ser limitada à adequação textual da denúncia a um tipo penal. Exige-se do juiz que olhe “além” da inicial – que, inclusive, pode se referir a um fato falso ou inadequadamente

<sup>502</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **As condições da ação penal**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 69, 2007, p. 182.

<sup>503</sup> NUNES DA SILVEIRA, M. A. **O interesse...** *Op. cit.*, p. 108.

<sup>504</sup> “Com efeito, LIEBMAN construiu a *possibilidade jurídica do pedido* em termos *positivos* (admissibilidade), e tal construção foi rejeitada pela doutrina brasileira (e pelo próprio LIEBMAN, posteriormente, ao negá-la). Conforme a lição de MONIZ DE ARAGÃO, na seara processual civil, a única concepção possível para aquela condição da ação é a que a aborda desde um ângulo eminentemente *negativo* (ausência de vedação). Segundo Jacinto COUTINHO (**A lide...** *Op. cit.*, p. 150), ‘no nosso processo penal, a tese da possibilidade jurídica é inaceitável, porque o requisito, visto pelo ângulo da tipicidade — não precisa ir longe para compreender que quando o art. 43, I, do CPP fala de crime, está tratando do tipo — necessariamente deve ser conceituado de modo positivo. Em outras palavras: para o autor ver procedente a ação, deve levar ao juiz, na imputação, uma conduta que, aparentemente, corresponda a um tipo legal’” (NUNES DA SILVEIRA, M. A. **O interesse...** *Op. cit.*, p. 109. COUTINHO faz referência ao art. 43, do Código de Processo Penal, à época vigente, mas atualmente revogado e substituído, como fundamento para as condições da ação, por outros dispositivos. As circunstâncias e consequências desta revogação serão discutidas abaixo.

narrado –, de modo que possa dizer, no mínimo, que há uma concreta situação de dúvida a sugerir, ao menos aparentemente, a existência de um crime.<sup>505</sup>

Em suma, ou a ideia de *possibilidade jurídica* não se aplica ao juízo de admissibilidade da acusação, que deve ser realizado segundo outros critérios (como se verá), ou, no mínimo, ela tem conteúdos diversos no direito processual civil e no direito processual penal. Seja como for, nada aconselha a utilização da mesma terminologia. É preciso lembrar que para GRINOVER, em nome da teoria unitária, “o valor e o significado das condições da ação devem ser os mesmos no processo civil e no processo penal”,<sup>506</sup> circunstância que, neste caso, não se configura.

A importação do *interesse de agir*, por sua vez, tem como resultado uma ampla confusão teórica, que produz um sem-número de diferentes explicações, muitas vezes contraditórias entre si, num aparente reflexo da ausência de uma base semântica apropriada no discurso do direito processual penal.<sup>507</sup> Em nome da teoria geral do processo – tomada como pressuposto – parece valer tudo. É a mais eloquente

---

<sup>505</sup> “Recentemente, em mais um esforço de justificação da teoria geral do processo, Ada Pellegrini GRINOVER, inclusive em revisão a alguns de seus posicionamentos iniciais sobre o tema (expostos na monografia “As condições da ação penal”, publicada em 1977), envidou esforços ao enquadramento de todas as hipóteses concebidas pela doutrina como condições da ação penal em uma das três condições enunciadas por LIEBMAN. No conteúdo da *possibilidade jurídica*, nesta nova leitura, a autora insere a *tipicidade do fato narrado*, a *justa causa* e todos os requisitos legais à admissibilidade da acusação que a doutrina denomina *condições específicas da ação penal*. A *tipicidade do fato narrado*, como a própria autora havia sustentado antes, é matéria de mérito, que se não confunde com a *possibilidade jurídica* (e nem tampouco com a *tipicidade aparente*, que será descrita na seqüência). A *justa causa*, por seu turno, é condição da ação que diz com a presença do lastro mínimo probatório, que indica que a acusação encontra sólida relação com uma situação fática concreta que justifica a movimentação da jurisdição: sendo assim, eis que a autora entende que as condições da ação devem ser analisadas exclusivamente em face do alegado pelo autor, como pode o juiz apreciar o material probatório em sede de análise da *possibilidade jurídica*? Evidentemente que se trata de critérios de juízo distintos” (NUNES DA SILVEIRA, M. A. **O interesse... Op. cit.**, p. 110).

<sup>506</sup> GRINOVER, A. P. **As condições... Op. cit.**, 2007, p. 187.

<sup>507</sup> “A transferência do *interesse de agir* para o direito processual, que se busca operar a partir daqueles três critérios de definição (necessidade, adequação e utilidade), encontra amplo espectro de diferentes conteúdos – como *justa causa*, *idoneidade do pedido*, *‘fumus boni juris’*, *punibilidade concreta*, *ausência de causas de justificação*, *tipicidade da conduta*, *impossibilidade de solução do caso penal fora do processo*, *adequação procedimental* e *adequação do provimento jurisdicional pleiteado* –, sendo que vários deles são inconciliáveis entre si; esta multiplicidade de conteúdos que a doutrina civil-penal reputa ao *interesse de agir* no processo penal, pela evidente impossibilidade de alcançar uniformidade discursiva, revela que a transferência é artificial e inadequada, eis que ignora as particularidades do direito processual penal e tenta impor uma condição da ação que foi construída para o processo civil” (NUNES DA SILVEIRA, M. A. **O interesse... Op. cit.**, pp. 191-192).

evidência da postura teórica que aqui se denuncia: primeiro a teoria, posta e acabada; os fenômenos devem se adequar a ela. Todavia, esta condição da ação, como se viu, é decorrência imediata do conceito de *lide* – que nada de relevante ou útil significa, e tampouco poderia significar, no direito processual penal –, razão de sua difícil adequação.

Quanto à crítica à adoção do interesse de agir no processo penal, na Itália, Aldo ATTARDI constatou que o processo penal é o único meio idôneo – portanto, sempre *necessário* – para a aplicação da pena, de modo que o *interesse de agir* não se prestaria a limitar a admissibilidade da ação processual penal. Se o processo penal é sempre necessário, o interesse de agir não representa qualquer filtro à admissibilidade da acusação. Assim, “o interesse de agir não é condição (de admissibilidade ou de procedência) da demanda com a qual o Ministério Público promove a ação penal”.<sup>508</sup>

Esta simples conclusão é tão evidente que, mesmo no âmbito da doutrina civil-penal, termina por ser reconhecida. É como faz Ada Pellegrini GRINOVER, “ao concluir, como fez em 1977, a partir da doutrina italiana, ‘que o *interesse de agir* não é condição da ação penal, pois está ‘implícito em toda acusação. O processo penal é sempre necessário (...)’,<sup>509</sup> referindo-se, assim, à característica de indefectibilidade da jurisdição penal<sup>510</sup> (designada pelas expressões *nulla poena sine iudicio e nulla poena*

<sup>508</sup> ATTARDI, A. *L’interesse ad agere*. Pádua: CEDAM, 1952, p. 276. [Tradução livre de: “*L’interesse ad agere non è condizione (di ammissibilità o di fondatezza) della domanda con la quale il P.M. promuove l’azione penale*”].

<sup>509</sup> GRINOVER, A. P. *As condições... Op. cit.*, 1977, p. 132.

<sup>510</sup> Emilio GOMEZ ORBANEJA, como fazem os autores espanhóis, denomina a *indefectibilidade da jurisdição penal* de “*principio de la necesidad del proceso penal*” (**Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal**. v. I. Barcelona: Bosch, 1951, p. 27). Sobre o princípio, plasmado no artigo 1º da vigente *Ley de Enjuiciamiento Criminal* espanhola (“Não se imporá pena alguma por consequência de atos puníveis cuja repressão incumba à jurisdição ordinária, senão em conformidade com as disposições do presente Código ou de leis especiais e em virtude de sentença ditada por juiz competente”), Juan MONTERO AROCA ensina que “os julgados e tribunais não têm monopólio algum na aplicação do direito privado. Este direito se aplica normalmente pelos particulares em sua vida diária quando contratam, quando constituem família, quando fazem testamento, etc. Os órgãos jurisdicionais também aplicam esse direito, mas, desde logo, não o fazem em regime de exclusividade, e nem sequer se pode dizer que, estatisticamente, sejam seus aplicadores mais importantes. Todas as pessoas, quando se relacionam juridicamente com outras, estão atuando esse direito. E o mesmo acontece em outros ramos do direito, mesmo que não seja possível lhes qualificar como direito privado em sentido estrito, com ocorre com o direito do trabalho, o administrativo ou o tributário, que também são aplicados tanto pelos particulares (como trabalhadores ou empresários, por um lado, ou como

*sine iudice*, e consagrada na Carta Magna de 1988, em seu artigo 5º, incisos LIII e LIV<sup>511</sup>)”<sup>512-513</sup>.

Com fundamentos distintos, mas também procedentes, Giovanni LEONE afirma que a regra do art. 100, do Código de Processo Civil italiano (base legal do *interesse de agir* no ordenamento jurídico daquele país), não se aplica no direito processual penal. Em suas palavras, “o fenômeno se explica facilmente considerando que, para o Ministério Público, dado o princípio da obrigatoriedade da ação penal, não

---

administradores, por outro) quanto pelas Administrações públicas, e isto até o extremo de que são todos eles seus normais aplicadores. *O direito penal, pelo contrário, se aplica única e exclusivamente pelos julgados e tribunais e, precisamente, apenas por meio do processo, do que resulta que estamos diante de uma situação muito diferente da aplicação de outros ramos do ordenamento jurídico*” (**Principios del proceso penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, pp. 15-16, sem grifos no original). [Tradução livre de: “*No se impondrá pena alguna por consecuencia de actos punibles cuya represión incumba a la jurisdicción ordinaria, sino de conformidad con las disposiciones del presente Código o de Leyes especiales y en virtud de sentencia dictada por Juez competente*”; “*los juzgados y tribunales no tienen monopolio alguno en la aplicación del Derecho privado. Este Derecho se aplica normalmente por los particulares en su vida diaria cuando contratan, cuando constituyen familia, cuando hacen testamento, etc. Los órganos jurisdiccionales también aplican ese Derecho, pero, desde luego, no lo hacen en régimen de exclusividad, y ni siquiera puede decirse que estadísticamente sean sus aplicadores más importantes. Todas las personas, cuando se relacionan jurídicamente con otras, están actuando ese Derecho. Y lo mismo sucede con otras ramas jurídica, aunque no puedan calificarse de Derecho privado en sentido estricto, como ocurre con los derechos laboral, administrativo o fiscal, que también son aplicados tanto por los particulares (en cuanto trabajadores o empresarios, por un lado, o como administradores, por otro) cuanto por las Administraciones públicas, y ello hasta el extremo de que unos y otras son sus normales aplicadores. El derecho penal, por el contrario, se aplica única y exclusivamente por los juzgados y tribunales y sólo precisamente por medio del proceso, con lo que resulta que estamos ante una situación muy diferente de la aplicación de las otras ramas del ordenamiento jurídico*”.]

<sup>511</sup> Constituição da República de 1988: “**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: (...) **LIII** - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; **LIV** - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

<sup>512</sup> NUNES DA SILVEIRA, M. A. **A tipicidade...** *Op. cit.*, p. 47.

<sup>513</sup> “A despeito do acerto da posição inicial, não se ignora que, para fins de compatibilização com a teoria processual civil, em obras posteriores (“As nulidades no processo penal” e o artigo “As condições da ação penal”, publicado em número recente da *Revista Brasileira de Ciências Criminais*), bastante citadas aqui, a autora volta atrás e procura encontrar, nos outros elementos do *interesse, adequação e utilidade*, o sustentáculo para um discurso unitário” (NUNES DA SILVEIRA, M. A. **O interesse...** *Op. cit.*, p. 181).



se pode pôr um problema de interesse de agir, que é inerente ao próprio direito de ação”.<sup>514</sup>

Na doutrina brasileira, Antonio Acir BREDA foi um dos primeiros a se posicionar contrariamente ao *interesse de agir* como condição da ação processual penal. Para o autor, não parece “que o interesse de agir tenha qualquer importância para o processo penal”. E, conclui: se surge “quando a situação jurídica existente antes do processo é tal que o recurso à jurisdição se apresenta como necessário, é evidente que o problema não existe no processo penal”, onde o Estado não pode impor pena fora do processo.<sup>515-516</sup>

Enfim, a impositação de um conteúdo para esta condição da ação no direito processual penal não pode ser considerada mais do que uma forçada artificialidade. Eis que o principal critério revelador do interesse de agir é o fato de que o autor deve carecer da jurisdição para ver tutelado seu direito, isto é, a *necessidade* do provimento jurisdicional invocado, conclui-se que o critério é inútil ao processo penal, sempre necessário para a concretização do direito penal.<sup>517</sup>

---

<sup>514</sup> LEONE, G. **Lineamenti...** *Op. cit.*, p. 35. [Tradução livre de: “*Il fenomeno si spiega agevolmente, considerando che per il pubblico ministero, dato il principio di obbligatorietà dell’azione penale, non si può porre un problema d’interesse ad agire, che è inerente allo stesso diritto di azione*”].

<sup>515</sup> BREDA, A. A. **Notas...** *Op. cit.*, p. 58.

<sup>516</sup> No mesmo sentido, Maria Thereza Rocha de Assis MOURA: “O mesmo se diga do interesse de agir, que decorre da necessidade de intervenção do Poder Judiciário para a imposição da sanção penal e da adequação do provimento pleiteado. Tais requisitos são ínsitos à acusação, não só em virtude da legalidade, como também da regra da obrigatoriedade da ação penal. Irrelevante, pois, mencionada condição, para ação penal de natureza condenatória” (MOURA, M. T. R. A. **Justa causa...** *Op. cit.*, pp. 216-217).

<sup>517</sup> “Tampouco se diga que o advento dos institutos da transação e da conciliação no processo penal, frutos da Lei 9.099/95, determina uma mitigação daquela conclusão, ainda que, das palavras de GRINOVER, assim se pudesse concluir. Com efeito, ao negar o interesse de agir como condição da ação penal, a autora sustenta que ‘o processo penal é sempre necessário, proibida que é a autocomposição, em suas formas de submissão, de desistência e de transação’ (GRINOVER, A. P. **As condições...** *Op. cit.*, 1977, p. 132). Daí decorre a conclusão de Maurício Zanoide de MORAES: ‘Assim, a ressalva feita pela professora Ada Pellegrini Grinover há 20 anos, *As condições*, cit., item 62, no sentido de que o critério da necessidade não teria relevância enquanto o sistema processual penal não previsse as possibilidades de conciliação e transação, continua precisa e vicejante. Com a atual introdução destes institutos pela Lei 9.099/95, reafirmou-se a oportunidade e a aplicabilidade do critério da “necessidade” para a verificação do “interesse de agir” no âmbito penal. O exercício do ato de instauração do processo, nas infrações de menor potencial ofensivo, *somente será válido após os meios extraprocessuais (leia-se conciliação e transação) estarem esgotados*. Frise-se, porquanto relevante, que a aceitação das propostas de conciliação e transação penal por parte do “autor do fato”

Quanto ao argumento de que esta condição da ação, no processo penal, explicaria-se pelo *interesse-adequação*, basta dizer que a acusação é o único meio adequado à provocação da atuação jurisdicional visando um eventual acerto positivo do caso penal. Assim, segue supérflua a análise.

E, no que diz com o *interesse-utilidade* (que, para alguns,<sup>518</sup> se confunde com as situações em que a punibilidade está extinta), insuperável a conclusão de que um provimento jurisdicional segue sendo sempre necessário. Neste caso, a punibilidade

---

não se dá de forma compulsória; ele poderá recusá-las ou até formular contraproposta. Contudo, o que nos importa no momento não é o eventual acordo das partes, mas sim a indispensabilidade da dedução de proposta (compositiva e transacional), antes do exercício da demanda penal, como forma de obter a “solução consensuada” em detrimento da pacificação pela imposição de uma decisão jurisdicional. Concluindo tudo o quanto se disse sobre os crimes abrangidos pela Lei 9.099/95: nas infrações penais por ela alcançadas, *a ação penal carecerá de interesse de agir (interesse-necessidade) quando às partes controversistas não for proporcionada a oportunidade de buscarem o consenso pré-processual através da conciliação ou da transação penal*’ (MORAES, Maurício Zanoide de. **Interesse... Op. cit.**, pp. 82-83). Sem embargo — e com a devida vênia do autor, que a merece —, importa notar que, em verdade, a transação e a conciliação não têm o condão de, ausentes, determinar a falta de interesse de agir. Com efeito, lembre-se que o princípio da necessidade do processo penal (indefectibilidade da jurisdição penal) tem fundamento constitucional e informa que o caso penal (que surge com a violação da norma penal) será sempre solucionado por meio do devido processo legal e por juiz competente. Nessa direção, a despeito do afirmado, convém observar que a conciliação e a transação jamais poderiam ser consideradas meios extraprocessuais de acerto do caso penal. *Isso equivaleria a admitir possível a aplicação de uma pena sem processo* (SOUZA NETTO, José Laurindo. **Processo penal: modificações da Lei dos Juizados Especiais Criminais**. Curitiba: Juruá, 1999, p. 135), o que evidentemente seria inconstitucional, por afronta ao princípio do devido processo legal. Em contrário, note-se que ‘foi a mesma Constituição que consagrou o princípio do devido processo legal que introduziu em nosso sistema processual penal o instituto da transação. Com a regra do art. 98, I, o legislador constituinte criou um novo processo legal’ (NOGUEIRA, Márcio Franklin. **Transação penal**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 204). Inclusive, note-se que a conciliação — que importa em renúncia ao direito de oferecer queixa e representação, nos termos do art. 74, da Lei 9.099/95 — não é novidade no sistema processual brasileiro. Há similar instituto no procedimento dos crimes contra a honra (art. 520, do CPP), consubstanciado na audiência de conciliação (ou reconciliação), que deve ser promovida pelo juiz, antes do recebimento da queixa. (...) Aqui, como lá, lograda a conciliação, estar-se-á diante de fato extintivo da punibilidade. Já a transação penal — tema extremamente controverso na doutrina — igualmente não prescinde de processo, afinal, exerce-se através de uma espécie de ação penal (ainda que não seja ação de natureza condenatória com as características até então conhecidas), com imputação de conduta ao autor, que se submete a júízo de admissibilidade e, além disso, que é homologada por sentença judicial sujeita a recurso, havendo, portanto, uma decisão que põe fim a um processo” (NUNES DA SILVEIRA, M. A. **A tipicidade... Op. cit.**, pp. 49-51). Ver, também, COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Manifesto contra os juizados especiais criminais: uma leitura de certa “efetivação” constitucional**. *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 11.

<sup>518</sup> Assim, entre outros, MIRABETE, J. F. **Processo... Op. cit.**, p. 114.

deve ser declarada extinta por meio de um provimento jurisdicional, isto é, a jurisdição ainda assim é necessária e não há resolução extraprocessual do caso penal.<sup>519</sup>

No que diz com a *legitimidade da parte*, concluir-se-á (abaixo) que, de fato, é condição da ação processual penal. Todavia, é indispensável compreender que seu conteúdo não é equivalente ao da condição da ação processual civil de mesmo nome. Lá, a *lide*, conceito intransferível ao direito processual penal. Diferentemente do que sustenta GRINOVER,<sup>520</sup> o conceito geral de legitimação não se aplica integralmente à ação penal: os critérios para identificar a parte legítima, nos dois ramos do direito processual, são bastante distintos.

Como ensinou LIEBMAN, no direito processual civil, a *legitimação para agir* decorre do conflito material de interesses, de modo que é legítima a parte que pode pretender um direito material em face de outra (art. 6º, do Código de Processo Civil). “No processo penal, por seu turno, o problema é de outra ordem. O Ministério Público e o querelante não são os titulares do poder de punir, e o primeiro sequer figura na relação substancial de direito penal. Antes, a legitimidade das partes, no processo penal, é um problema eminentemente legal: a própria lei diz quem tem, segundo a natureza do crime, titularidade para a ação penal, independentemente de qualquer outra consideração”.<sup>521</sup>

No confronto com tal consideração crítica, Ada Pellegrini GRINOVER – afastando-se de LIEBMAN – modificou seu conceito de legitimidade para agir e passou a sustentar sua desvinculação em relação ao interesse de agir. Assim, disse que a legitimidade é “o reconhecimento do autor e do réu, por parte da ordem jurídica, como sendo as pessoas facultadas, respectivamente, a pedir e contestar a providência que é objeto da demanda”.<sup>522</sup> E, logo, em relação ao direito processual penal, sentenciou que “a ação penal condenatória só pode ser proposta pelo titular da

---

<sup>519</sup> Para um aprofundamento no tema, com a apresentação detalhada de diversas tentativas de explicação do conteúdo do *interesse de agir* no direito processual penal, bem como sua apreciação crítica, recomenda-se a já citada obra: NUNES DA SILVEIRA, M. A. **O interesse...** *Op. cit.*, cap. 4.

<sup>520</sup> GRINOVER, A. P. **As condições...** *Op. cit.*, 2007, p. 197.

<sup>521</sup> NUNES DA SILVEIRA, M. A. **O interesse...** *Op. cit.*, p. 111.

<sup>522</sup> GRINOVER, A. P. **As condições...** *Op. cit.*, 2007, p. 183.

pretensão condenatória, e em face daquele que é titular da resistência, ou seja da defesa. Assim sendo, legitimado ativo à ação penal condenatória, no Brasil, é o Ministério Público, na ação penal pública (legitimação ordinária) e o ofendido (legitimação extraordinária), na ação penal privada”.<sup>523-524</sup>

Sobre isto, transcreve-se observação presente em outra obra: “O equívoco desta abordagem reside no fato, já mencionado, de que o poder de punir não pertence ao Ministério Público (este é apenas o titular da ação penal pública). Sendo assim, *ad absurdum*, a insistir no pensamento da autora, chegar-se-ia à conclusão de que não há *legitimação ordinária* no processo penal, eis que sempre a parte autora (querelante ou Ministério Público) estaria pleiteando, em nome próprio, um direito alheio. Como já se disse, estas considerações são irrelevantes no processo penal. A parte legítima o é por pura e simples determinação legal, pouco importando a posição do autor (ordinária ou extraordinária) em relação ao poder de punir”.<sup>525</sup>

Por tudo, a adequação das condições liebmanianas da ação ao direito processual penal, para dizer o mínimo, é tormentosa, senão equivocada e distante de sua concretude fático-normativa. Numa repetição oportuna, convém lembrar a lição de CORDERO, ao explicar que as condições da ação do processo civil são irrelevantes, inclusive quando se considera que o Ministério Público não promove a ação visando à condenação do acusado, mas apenas a instauração do processo, onde a situação de dúvida deve ser sanada. Assim, aquelas três condições não são transponíveis ao direito

---

<sup>523</sup> *Id. Ibid.*, p. 198.

<sup>524</sup> “Pequenos reparos devem ser feitos a este trecho: em primeiro lugar, note-se que o ‘titular da resistência’, em relação a quem se poderia falar em legitimidade passiva não é a defesa, mas o réu; além disso, não é correto falar em uma pretensão condenatória, ou punitiva, mas somente no requerimento de uma decisão sobre o caso penal. Sobre o tema, já se manifestou Giovanni LEONE, nos seguintes termos: ‘a ação penal não se manifesta como requerimento de condenação, mas como requerimento de uma decisão sobre uma *notitia criminis*, isto é, sobre um fato determinado, correspondente a um fato-tipo penal’. (LEONE, G. **Elementi...** *Op. cit.*, p. 185) O que se requer, efetivamente, é uma decisão do juiz sobre o caso penal. De fato, as provas obtidas com a investigação preliminar são insuficientes para que o Ministério Público possa concluir, no momento do oferecimento da denúncia, se o réu deve ser condenado. Isto é algo que só será possível após a instrução probatória processual” (NUNES DA SILVEIRA, M. A. **O interesse...** *Op. cit.*, p. 112). [Tradução livre de: “*l’azione penale si esprime non come richiesta di condanna, bensì come richiesta di una decisione su una ‘notitia criminis’, cioè su un fatto determinato, corrispondente ad una fattispecie penale*”].

<sup>525</sup> NUNES DA SILVEIRA, M. A. **O interesse...** *Op. cit.*, p. 111.

processual penal.<sup>526</sup>

Perceba-se que as condições da ação processual penal são uma espécie de filtro que visa proteger o cidadão contra uma eventual submissão injusta ao processo penal. “Por essa razão há que se ter muita clareza sobre o objeto do juízo de admissibilidade da acusação e, neste sentido, parece de todo inadequado procurar na teoria do direito processual civil os elementos filtrantes que, antes, devem ser encontrados na legislação processual penal”.<sup>527</sup> Propõe-se, pois, fixar seus critérios em leitura teórica distinta, que se passa a expor.

#### 4.5.2 *Uma nova proposta para as condições da ação processual penal e um novo debate iniciado*

Com consciência da inadequação das condições da ação liebmanianas ao direito processual penal, uma parcela da doutrina brasileira tem feitos esforços no sentido da construção de um discurso teórico mais coerente em relação ao tema.

Aqui, inovadora foi a intervenção de Fernando N. Bittencourt FOWLER<sup>528</sup> e Antônio Acir BREDA,<sup>529</sup> como se demonstrará. Registre-se, ainda, que Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO realizou pequenos, mas importantes ajustes ao modelo delineado por BREDA,<sup>530</sup> cujo resultado foi adotado por diversos outros autores.<sup>531</sup> Recentemente, o debate ganhou força e surgiram leituras críticas e aperfeiçoamentos em relação a esta nova sistemática.<sup>532</sup>

<sup>526</sup> CORDERO, F. *Procedura... Op. cit.*, 1966, p. 35.

<sup>527</sup> NUNES DA SILVEIRA, M. A. *O interesse... Op. cit.*, p. 106.

<sup>528</sup> FOWLER, Fernando N. Bittencourt. **Anotações em torno da ação penal pública no projeto de reforma.** *Revista do Ministério Público do Paraná*, Curitiba, a. 6, n. 7, 1977.

<sup>529</sup> BREDA, Antonio Acir. **Efeitos da declaração de nulidade no processo penal.** *Revista do Ministério Público do Paraná*, Curitiba, a. 9, n. 9, p. 171-189, 1980.

<sup>530</sup> COUTINHO, J. N. M. *A lide... Op. cit.*, pp. 148-149.

<sup>531</sup> Entre eles, RAMOS, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro.** Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 258 e ss.; GEBRAN NETO, João Pedro. **Inquérito policial: arquivamento e princípio da obrigatoriedade.** Curitiba: Juruá, 2001, p. 41.

<sup>532</sup> Com propostas de correções e ajustes, as seguintes obras incorporam o esquema BREDA-COUTINHO para as condições da ação: CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal: parte geral.**

Já se disse em outra obra: “O raciocínio de Antonio Acir BREDA, como precursor do modelo, é de uma simplicidade desconcertante, que deveria servir à conscientização dos defensores do modelo unitário (civil-penal) do desacerto de sua postura científica. De fato, sobre a possibilidade de compatibilização com a doutrina do processo civil, embora assevere que seu trabalho ‘não comporta crítica quanto à validade científica desta postura’, sentencia o autor, de forma irretocável que, ‘por ora, basta dizer que as condições exigidas para o exercício da ação penal são aquelas catalogadas na lei processual penal!’<sup>533</sup>. Em outras palavras, o ponto de partida é o Código de Processo Penal e os fenômenos processuais penais: somente depois de perquiridos é que se poderia pensar, se isto não fosse inócuo, em adequação a uma *teoria geral do processo*, jamais o contrário”<sup>534</sup>.

Assim, segundo o autor, as condições da ação processual penal teriam fundamento no atualmente revogado art. 43, e na interpretação sistemática de seu inciso III, segunda parte, com o art. 18, do Código de Processo Penal, e estariam descritas na legislação de forma negativa. Isto é, o implemento de qualquer uma daquelas hipóteses implicaria a inadmissibilidade da acusação. Aqueles dispositivos do Código de Processo Penal:

“**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 da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal. **Parágrafo único.** Nos casos do n.º III, a rejeição da denúncia ou queixa não obstará ao exercício da ação penal, desde que promovida por parte legítima ou satisfeita a condição.”;

“**Art. 18.** Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia.”

Após a reconstrução de COUTINHO, com fundamento nestes mesmos

---

Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 661-662; LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito...** *Op. cit.*, pp. 349-366; NUNES DA SILVEIRA, M. A. **A tipicidade...** *Op. cit.*, pp. 45 e ss; NUNES DA SILVEIRA, M. A. **O interesse...** *Op. cit.*, *passim*.

<sup>533</sup> BREDA, A. A. **Efeitos...** *Op. cit.*, p. 178.

<sup>534</sup> NUNES DA SILVEIRA, M. A. **O interesse...** *Op. cit.*, p. 114.

dispositivos legais, propôs-se que as condições da ação processual penal em sentido estrito seriam quatro: a) *tipicidade aparente*<sup>535</sup> (art. 43, I, do Código de Processo Penal); b) *punibilidade concreta* (art. 43, II, do Código de Processo Penal); c) *legitimidade da parte* (art. 43, III, 1ª parte, do Código de Processo Penal); d) *justa causa* (art. 43, III, 2ª parte, c/c art. 18, ambos do Código de Processo Penal).<sup>536</sup>

Todavia, a Lei 11.719/08, que modificou diversos dispositivos referentes aos procedimentos no Código de Processo Penal, entre outras alterações, revogou expressamente o art. 43, transferindo o tratamento legal das condições da ação processual penal para o atual art. 395, II e III, do mesmo diploma:

“**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*; **III** – *faltar justa causa para o exercício da ação penal*”;

No texto vigente, as condições da ação processual penal estão previstas de forma genérica e superficial. Mais, além do equívoco terminológico consubstanciado em “condição para o *exercício* da ação penal”,<sup>537</sup> com tal reforma, deixou a lei processual penal de delimitar claramente as hipóteses de rejeição da acusação.

Por outro lado, introduz-se o instituto da *absolvição sumária*, passível de utilização em todos os procedimentos processuais penais de 1º grau (art. 394, § 4º, do Código de Processo Penal), que caberá nas seguintes hipóteses:

“**Art. 397.** Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: **I** - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; **II** - a existência manifesta de causa excludente da

<sup>535</sup> “O conteúdo — e denominação — da condição da ação do art. 43, I, do Código de Processo Penal, foi originalmente definido, por BREDA, como *tipicidade objetiva*, porém, no juízo de admissibilidade da acusação, não se perquire a *tipicidade*, que é matéria de mérito, mas sim — em juízo de aparência determinado pela expressão legal ‘evidentemente não constituir crime’ — aquilo que COUTINHO denominou *tipicidade aparente*” (NUNES DA SILVEIRA, M. A. **O interesse... Op. cit.**, p. 115).

<sup>536</sup> COUTINHO, J. N. M. **A lide... Op. cit.**, pp. 148-149.

<sup>537</sup> Tais condições, em verdade, não obstam o exercício da ação processual penal, embora impeçam, em certa medida, a atuação jurisdicional em relação ao caso penal. Esta questão será retomada e aprofundada adiante.

culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade; **III** - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou **IV** - extinta a punibilidade do agente”;

Note-se que as hipóteses de absolvição sumária, em parte, são muito semelhantes às condições da ação previstas no revogado art. 43, do Código, mas hoje inseridas em um contexto diverso, que é o de uma decisão de mérito proferida após a citação do acusado (art. 396) e a apresentação da resposta à acusação (art. 396-A). O modelo, assim, engendra uma grave incoerência de dimensões teórica e prática, eis que, mesmo quando patente a extinção da punibilidade ou a ausência de natureza criminosa do fato, parece impor ao juiz o recebimento da denúncia e posterior absolvição sumária. Ideal teria sido o estabelecimento de um verdadeiro contraditório prévio ao juízo de admissibilidade da acusação, hipótese em que a citação ocorreria apenas após a apresentação da defesa preliminar, caso o juiz admitisse a acusação.

Este tema foi muito bem abordado por Lênio Luis STRECK,<sup>538</sup> Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO<sup>539</sup> e Antonio Acir BREDÁ,<sup>540</sup> que propuseram como solução a declaração pelo Supremo Tribunal Federal da inconstitucionalidade do juízo de admissibilidade sem contraditório prévio, embora sem redução de texto, mediante simples reinterpretação das expressões “citação”, no art. 396,<sup>541</sup> e “intimação”, no art. 399.<sup>542</sup> Assim, onde se lê “citação”, ler-se-ia “intimação”, e onde se lê “intimação”, ler-se-ia “citação”. Com isto, seria corrigido o grave problema da inexistência de contraditório prévio ao juízo de admissibilidade da acusação e o próprio tratamento

---

<sup>538</sup> STRECK, Lenio Luiz. **A jurisdição constitucional e o "duplo juízo de admissibilidade" do artigo 396 do CPP: uma solução hermenêutica**, in [www.leniostreck.com.br](http://www.leniostreck.com.br).

<sup>539</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Solução para o absurdo legal e técnico do novo art. 396 do CPP**. O Estado do Paraná - Caderno Direito e Justiça, Curitiba, p. 8 - 8, 21 out. 2008.

<sup>540</sup> BREDÁ, Antonio Acir. **A reforma do processo penal. A fase postulatória dos procedimentos ordinário e sumário ou uma sucessão de equívocos**. Cadernos Jurídicos, Ordem dos Advogados do Brasil, seção Paraná, Curitiba, n.º 4, jul. 2009.

<sup>541</sup> Código de Processo Penal. **Art. 396**. Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, *recebê-la-á* e ordenará a *citação* do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

<sup>542</sup> Código de Processo Penal. **Art. 399**. *Recebida* a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a *intimação* do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente.



das condições da ação receberia contornos mais coerentes.<sup>543</sup>

Porém, ausente tal declaração de inconstitucionalidade, a confusa redação legal em relação ao tema impõe aos aplicadores da norma processual penal um imenso esforço hermenêutico, desde que se pretenda adequar a análise dos requisitos de admissibilidade da acusação aos ditames constitucionais. Assim, na forma do art. 395, II, do Código de Processo Penal, o juiz liminarmente deverá rejeitar a ação processual penal quando ausente ao menos uma das condições da ação, ainda que, em certa medida, isto possa implicar o adiamento da análise de parte das hipóteses previstas no art. 397.

Todavia, para facilitar a compreensão deste argumento, primeiramente será apresentada e discutida a proposta BREDÁ-COUTINHO para as condições de admissibilidade da acusação, de modo que, posteriormente, se possa articular esta nova abordagem ao modelo teórico aqui proposto.

a) *Tipicidade aparente ou injusto aparente*

Ainda orientado pelo derogado art. 43, I, do Código de Processo Penal, Fernando Norberto Bittencourt FOWLER afirmou: “Sem que o fato típico objeto da imputação tenha a aparência de delito definido na lei penal, impossível é que a acusação se revista de idoneidade para justificar a instauração de um processo. O fato constante da imputação deve ser certo e determinado, isto é, representativo de um trecho de realidade vivida, que guarde correspondência a um modelo abstrato cunhado

---

<sup>543</sup> No tocante ao capítulo sobre o juízo de admissibilidade da acusação, no Projeto de Lei 156/2009, do Senado Federal, que visa apresentar um novo Código de Processo de Penal, é necessário dizer que, lamentavelmente, traz pouquíssimos avanços em relação à confusa e inepta estrutura atual, mantendo-se a inconstitucionalidade denunciada por STRECK, COUTINHO e BREDÁ. Para uma análise do tema: NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. **Notas sobre o juízo de admissibilidade no anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal**. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do Projeto de Lei n.º 156/2009, do Senado Federal**. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 185 e ss.

na lei penal”.<sup>544</sup> A conclusão é inalienável, dada a injustiça que decorreria da instauração de um processo penal quando fosse evidente a ausência de um ilícito penal.

Este é o fundamento da condição da ação batizada por Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO de *tipicidade aparente*, que se refere, então, à demonstração, pelo autor, de que os fatos imputados gozam, ao menos aparentemente, de credibilidade tal, a ponto de poderem ser considerados típicos. Trata-se, portanto, de algo distinto do juízo sobre a própria *tipicidade* do fato, que integra o *meritum causae*.<sup>545</sup> O juízo de aparência aqui discutido tem uma dimensão probabilística, que não impede, ao final, após a instrução processual, que se profira sentença absolutória de mérito que repute atípica a conduta.<sup>546</sup>

Atualmente, esta condição da ação se extrai da interpretação sistemática dos artigos 395, II, e 397, III, do Código de Processo Penal. Assim, se o fato narrado “evidentemente não constitui crime”, a acusação deve ser rejeitada.

Desde esta concepção, e compreendida a distinção entre *tipicidade* (matéria de mérito) e *tipicidade aparente* (condição da ação), convém aprofundar a discussão e pensar em seu alcance no tocante à teoria do crime. Sobre isto, como se disse anteriormente,

o art. 43, I, do Código de Processo Penal,<sup>547</sup> utiliza a expressão *crime*, e não a expressão *tipo*. Nada obstante, sempre que for necessária instrução probatória, estar-se-á tratando de um problema de mérito, e, portanto, não de questão passível de verificação em sede de admissibilidade da acusação. Assim, a doutrina antiga interpretava, naquele dispositivo do

---

<sup>544</sup> FOWLER, F. N. B. *Anotações... Op. cit.*, p. 91.

<sup>545</sup> *Id. Ibid.*

<sup>546</sup> Todavia, segundo o autor, seria possível ao juiz reconhecer a ausência de crime ainda no juízo de admissibilidade, rejeitando a acusação (a teor do então art. 43, I, do Código de Processo Penal) em verdadeira decisão antecipada de mérito. A absolvição, aqui, decorreria do fato, absolutamente, “não constitui[r] crime; qualquer dúvida, a mínima que seja, leva o juiz a decidir positivamente, instaurando o processo” (COUTINHO, J. N. M. **A lide... Op. cit.**, p. 151). Ou seja, neste último caso, haveria aparência de tipicidade (*tipicidade aparente*) em relação ao fato narrado, ainda que o juiz ainda não possa declarar, resolvendo o *meritum causae*, que está presente a tipicidade, bem como das demais elementares do crime.

<sup>547</sup> Atualmente, art. 395, II, c/c art. 397, III, do Código de Processo Penal.

Código de Processo Penal, *crime como fato típico*.<sup>548</sup> Também BREDA assim intuiu, ao propor a denominação *tipicidade objetiva*, eis que a subsunção do fato narrado à descrição legal da conduta (tipo legal) é atividade mental que pode, em geral, ser feita sem necessidade de instrução probatória (e caso haja dúvida mínima, instaura-se o processo). Vale lembrar, porém, como já foi mencionado, que COUTINHO aperfeiçoou o modelo de BREDA, ao observar que, em sede de admissibilidade da acusação, se não faz juízo sobre a *tipicidade objetiva* (matéria de mérito), mas juízo de aparência determinado pela expressão legal “evidentemente não constituir crime”, ou seja, sobre a *tipicidade aparente* (“condição da ação penal”).<sup>549</sup>

Assim, sugere-se que, “em sede de juízo de acusação, este dispositivo legal não contempla a análise de todos os estratos (tipicidade, ilicitude e culpabilidade) do conceito analítico de crime: basta notar que a *imputação fática*, a narrativa do fato com todas as suas circunstâncias (art. 41, do Código de Processo Penal) – requisito formal de qualquer denúncia ou queixa –, é elaborada a partir de uma figura penal típica, que não contempla os outros dois elementos da teoria do delito”.<sup>550</sup>

Nada obstante, convém anotar que, em relação a certos dispositivos da lei penal, o juízo de tipicidade exige um adiantamento da avaliação acerca do caráter ilícito da conduta. Exemplos deste fenômeno, segundo Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, seriam as condutas típicas que possuem em sua descrição as expressões *indevidamente, ilegalmente, sem justa causa, sem justo motivo*.<sup>551</sup> A exemplo, os casos dos artigos 151, 244 e 350,<sup>552</sup> do Código Penal, entre vários outros.<sup>553</sup> Por este motivo,

<sup>548</sup> “O primeiro caso de rejeição previsto no art. 43 é aquele em que o fato narrado na denúncia ou queixa não constitui crime *em tese*. Refere-se a lei ao fato atípico, ao fato que não se conforma com nenhuma figura de crime descrita em lei.” (TORNAGHI, Hélio. **Processo penal**. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1953, p. 122). No mesmo sentido: ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal brasileiro anotado**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1960, v. I, pp. 429-430.

<sup>549</sup> NUNES DA SILVEIRA, M. A. **A tipicidade...** *Op. cit.*, pp. 79-80.

<sup>550</sup> NUNES DA SILVEIRA, M. A. **O interesse...** *Op. cit.*, p. 119.

<sup>551</sup> COUTINHO, J. N. M. **A lide...** *Op. cit.*, p. 151.

<sup>552</sup> Código Penal: “Violação de correspondência. **Art. 151** - Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem”; “Abandono material. **Art. 244** - Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo”; “Exercício arbitrário ou abuso de poder. **Art. 350** - Ordenar ou executar medida privativa de liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder”.

<sup>553</sup> Juarez CIRINO DOS SANTOS confirma a tese de que em certos casos a configuração da tipicidade depende da prévia análise de elementos da ilicitude. Em suas palavras, “freqüentemente, o tipo legal exige elementos da antijuridicidade, cuja ausência exclui o próprio tipo (por exemplo, o caráter *injusto*

o autor explica que seu conceito de *tipicidade aparente* vai permeado pela noção de *tipicidade material*,<sup>554</sup> cunhada por Luis Alberto MACHADO (que, em última análise, representa uma estrutura bipartida do fato punível). Todavia, como já se afirmou,

para evitar que o conteúdo da *tipicidade aparente* dependa da validade de construção teórica do tipo que — ainda que se lhe não pretenda negar a razão — não é unânime no âmbito do direito penal (vale lembrar que a maior parte da doutrina penalista descreve o conceito analítico de delito na estrutura tripartida), sugere-se que a expressão *tipicidade aparente* versa, em verdade, sobre o *tipo de injusto*. *Tipo de injusto* é expressão que satisfaria tanto os penalistas que advogam pela teoria tripartida do crime, como os que defendem o modelo de estrutura bipartida. Em suma, importa que a condição da ação em exame abarque tanto as hipóteses de ausência de tipicidade como as de ausência de ilicitude, e *tipo de injusto* parece indicar com precisão o conteúdo da condição da ação “tipicidade aparente”. Nada obstante, não se deve olvidar que, no caso da ausência de ilicitude, a grande maioria dos casos penais exige maior dilação probatória e deve levar à instauração do processo. Memore-se a lição de COUTINHO, supramencionada, segundo a qual a mínima dúvida existente sobre o fato evidentemente não constituir crime deve levar à instauração do processo.<sup>555-556</sup>

---

do mal, na ameaça) e, além disso, existem tipos legais que não admitem causas de justificação (por exemplo, o estupro e o atentado violento ao pudor), nos quais tipicidade e antijuridicidade se confundem (**A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 4).

<sup>554</sup> MACHADO assevera que “tipo e ‘antijuridicidade’ formam, verdadeiramente, uma só e única estrutura”. Essa conclusão se baseia no fato de que, primeiramente, o *valor e o desvalor são jurídicos* (sendo, pois, imprópria a denominação antijuridicidade), e aquele que ao agir aperfeiçoa um tipo penal, age de forma jurídica e penalmente relevante, ou seja, a conduta não é antijurídica, mas juridicamente desvalorada. E, ainda, como (por sua própria técnica de construção legislativa) a lei penal “possui preceito implícito, contrário ao exposto no tipo” (no tipo “matar alguém”, o preceito é “não matar”), a tipicidade “é sempre desvalor, antinormatividade, o que incorre no mundo jurídico, como regra geral”. Desse modo, “o problema não é de antijuridicidade, mas de possibilidade de agir compondo o tipo com tolerância ou permissão do Direito. Quando alguém mata em legítima defesa, para a doutrina tradicional teria agido típica, porém não antijuridicamente. Ora, quando se mata em legítima defesa, o tipo compõe-se apenas aparentemente, formalmente, mas sem ofensa ao preceito, sem antinormatividade, sem violação do Direito (no mesmo caso, quem atua tipicamente no Direito Tributário, pode não ter de pagar o tributo, se se beneficia de uma isenção). A norma traduz o desvalor do Direito à conduta. Quando se atua aparentemente em conformidade com o tipo, porém, materialmente, em conformidade com o Direito, não se pratica o crime por atipia material da conduta. A conduta é sancionada, não quando seja antijurídica, mas juridicamente desvalorada pelo Direito. (...). O crime, conseqüentemente à sua origem jurídica — o crime é um ente jurídico — define-se como uma ação típica e censurável. O problema está em saber-se se a conduta *compõe materialmente o tipo* e, em fazendo, se é censurável quanto ao seu autor” (**Direito criminal: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, pp. 118-122).

<sup>555</sup> NUNES DA SILVEIRA, M. A. **A tipicidade...** *Op. cit.*, p. 83.

<sup>556</sup> Em relação ao conceito de *tipo de injusto*, note-se que comporta a *tipicidade* e a *ilicitude* em um mesmo âmbito, sem implicar, necessariamente, unidade conceitual. A propósito, há que se lembrar da lição de Claus ROXIN: “(...) que tipo e antijuridicidade devem permanecer separados sistematicamente, mas que, nada obstante, ambos podem se reunir compondo um tipo global no aspecto do injusto” (**Derecho penal: parte general**. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas, 1997, v. I, p. 286). No mesmo sentido, Hans WELZEL, ao afirmar que “a antijuridicidade é uma mera relação (uma contradição entre dois

Esta posição ganhou a adesão de Juarez CIRINO DOS SANTOS, que fez referência ao presente requisito de admissibilidade da acusação como *aparente tipo de injusto*, ou, como se propõe aqui, *injusto aparente*.<sup>557</sup>

#### b) *Punibilidade concreta*

Prevista no art. 395, II, c/c 397, IV, do Código de Processo Penal (anteriormente, o art. 43, II) a *punibilidade concreta* se refere à ausência de qualquer uma das causas de extinção da punibilidade.<sup>558</sup>

Fala-se de uma punibilidade “*concreta*”, em oposição à ideia de *punibilidade abstrata*, consubstanciada na mera previsão legal de uma sanção à prática de um fato previsto como crime, em abstrato. Praticado um daqueles fatos-tipo, surge para o

---

membros de uma relação); o injusto, pelo contrário, é algo substancial: a conduta antijurídica mesma. A antijuridicidade é um predicado, o injusto um substantivo. O injusto é a forma de conduta antijurídica mesma: a perturbação arbitrária da posse, o furto, a tentativa de homicídio. A antijuridicidade é uma qualidade dessas formas de conduta e precisamente a contradição em que se encontram com o ordenamento jurídico. Existe, pois, um injusto penal específico, do mesmo modo que há um injusto civil ou administrativo específico (um exemplo do primeiro é a tentativa e do segundo a perturbação arbitrária da posse), mas existe somente uma antijuridicidade unitária. Todas as matérias de proibição, reguladas nas diversas áreas do Direito, são antijurídicas para todo o ordenamento jurídico” (**Derecho penal alemán: parte general**. 11ª ed. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez. Santiago: Jurídica de Chile, 1970, p. 78). [Tradução livre de: “ (...) *que tipo y antijuridicidad han de quedar separados sistemáticamente, pero que, no obstante, ambos se pueden reunir componiendo un tipo global en el aspecto del injusto*”; “ (...) *la antijuridicidad es una mera relación (una contradicción entre dos miembros de una relación); lo injusto, por el contrario, es algo sustancial: la conducta antijurídica misma. La antijuridicidad es un predicado, lo injusto un sustantivo. Lo injusto es la forma de conducta antijurídica misma: la perturbación arbitraria de la posesión, el hurto, la tentativa de homicidio. La antijuridicidad es una cualidad de estas formas de conducta y precisamente la contradicción en que se encuentran con el ordenamiento jurídico. Existe, pues, un injusto penal específico, del mismo modo que hay un injusto civil o administrativo específico (un ejemplo del primero es la tentativa y del segundo la perturbación arbitraria de la posesión), pero existe sólo una antijuridicidad unitaria. Todas las materias de prohibición, reguladas en los diversos sectores del Derecho, son antijurídicas para todo el ordenamiento jurídico*”.]

<sup>557</sup> CIRINO DOS SANTOS, J. **Direito penal... Op. cit.**, p. 662. Aury LOPES JÚNIOR, por sua vez, prefere falar em *aparência de fato delituoso* (LOPES JÚNIOR, A. **Direito... Op. cit.**, p. 353).

<sup>558</sup> Sejam as hipóteses genéricas, previstas no art. 107, do Código Penal, além daquelas estabelecidas em leis especiais, como o pagamento do tributo, antes do recebimento da denúncia, no crime de sonegação fiscal (art. 34, da Lei 9.249/95).

Estado a possibilidade de punir o agente, isto é, no tocante ao fato concreto, apresenta-se a *punibilidade concreta*, ainda que limitada a um juízo probabilístico. Segundo Franco CORDERO, o termo *punibilidade* compreende diversos significados, mas, aqui, vai entendido como “a circunstância de que um determinado fato seja passível de tal valoração normativa, que se caracterize como o elemento condicionante de um dever condenatório futuro e eventual do juiz penal”.<sup>559</sup>

Assim, “eis que a finalidade do processo penal, ante a acusação, é o acerto de um caso penal, com possível imposição de pena, e que a existência de uma causa de extinção da punibilidade só admitiria seu acerto negativo, a *punibilidade concreta* encontra seu lugar como condição à admissibilidade da acusação”.<sup>560</sup>

### c) *Legitimidade de parte*

Previamente estabelecida no art. 43, III, 1ª parte, do Código de Processo Penal, atualmente esta condição não tem previsão legal expressa, mas decorre sistematicamente da compreensão de que a lei penal estabelece ao ofendido ou ao Ministério Público a titularidade para o oferecimento da acusação. “Diferentemente do que afirma a doutrina civil-penal,<sup>561</sup> a legitimidade da parte, condição à admissibilidade da acusação, só tem, em comum com a *legitimação ad causam* do direito processual civil, a denominação”.<sup>562</sup> De fato, para LIEBMAN, lembre-se que o tema é construído desde o conceito de *lide*, vinculado ao *interesse de agir* e configurado como *pertinência subjetiva*.<sup>563</sup> Em relação ao direito processual penal,

<sup>559</sup> CORDERO, Franco. **Contributo allo studio dell'aministia nel processo**. Milão: Giuffrè, 1957, p. 26. [Tradução livre de: “*la circostanza che un determinato fatto sia passibile di una tal valutazione normativa, da atteggiarsi come l'elemento condizionante di un dovere condannatorio futuro ed eventuale del giudice penale.*”]

<sup>560</sup> NUNES DA SILVEIRA, M. A. **O interesse...** *Op. cit.*, p. 126.

<sup>561</sup> GRINOVER, A. P. **As condições...** *Op. cit.*, 2007, p. 197: “O conceito de legitimação [da teoria geral do processo] aplica-se integralmente à ação penal”.

<sup>562</sup> NUNES DA SILVEIRA, M. A. **O interesse...** *Op. cit.*, p. 127.

<sup>563</sup> MARQUES, J. F. **Instituições...** *Op. cit.*, v. II, p.41.

porém, como já se afirmou (ver tópico anterior) a determinação da legitimidade para a ação decorre exclusivamente do texto legal, sem qualquer consideração quanto à questão da pertinência subjetiva.<sup>564</sup>

Note-se, ainda, que o problema da *legitimidade passiva* não pertence às condições à admissibilidade da acusação, a despeito da opinião de parte da doutrina.<sup>565</sup> Mais do que isto, a tentativa de inserir a legitimidade passiva no juízo da acusação decorre da intenção de adequar a teoria processual civil à ação penal, num esforço de justificação da *teoria geral do processo*.

Todavia, é de se perceber que, no juízo de acusação, “ainda não se sabe se o acusado é o autor do crime, o que só ocorrerá na sentença. A *legitimidade passiva*, portanto, jamais poderia ser deduzida da situação concreta de direito material (como LIEBMAN pretende em relação ao direito processual civil). Antes, a possibilidade de submeter alguém ao processo penal decorre, meramente, da conclusão de que há indícios de autoria em seu desfavor, apurados em prévio procedimento de investigação preliminar”.<sup>566</sup> Ainda, sobre este tema, escreveu-se:

Por outro lado, alguns afirmam que há *ilegitimidade passiva* nos casos em que a denúncia é oferecida contra menor de 18 anos ou pessoa que detém imunidades parlamentares ou diplomáticas.<sup>567</sup> Com embargo, porém, naqueles casos, o vício do ato é ainda mais grave: considerando-se que tais pessoas estão fora do âmbito de aplicação da norma processual penal brasileira, que se não destina a elas, impõe-se a conclusão de que tal acusação é um ato juridicamente inexistente. Não seria diferente, nesse sentido, da “ação penal” oferecida em face de animal ou coisa.<sup>568</sup> O que falta, aqui, é um pressuposto processual de existência.

---

<sup>564</sup> Sobre o tema, GEBRAN NETO, desde COUTINHO, afirmou que a legitimidade “só encontra relevância no direito processual penal em face da dicotomia entre ação penal pública e privada” (GEBRAN NETO, J. P. **Inquérito... Op. cit.**, p. 50).

<sup>565</sup> Como ocorre, entre outros, em José Frederico MARQUES (**Elementos... Op. cit.**, v. I, p. 320) e Ada Pellegrini GRINOVER (**As condições... Op. cit.**, 2007, p. 198).

<sup>566</sup> NUNES DA SILVEIRA, M. A. **O interesse... Op. cit.**, p. 128.

<sup>567</sup> GRINOVER, A. P. **As condições... Op. cit.**, 2007, p. 197

<sup>568</sup> TOURINHO FILHO, em relação à denúncia oferecida em face de menor de 18 (dezoito) anos, chega à conclusão semelhante: “Temos para nós que, *in casu*, haveria incapacidade processual. Os menores de 18 anos não podem ser réus, como não o podem ser as pessoas jurídicas, os mortos e os animais. Logo, a relação processual que vier a ser instaurada contra um menor de 18 anos será absolutamente inválida, podendo o juiz anular o feito, nos termos do art. 564, II, do CPP, em face da absoluta *illegitimitas ad processum*”. E, ainda, “parece claro que, se o menor não pode ser parte no processo penal, a relação processual que viesse a ser instaurada contra ele seria, em rigor, inexistente”

Sobre o tema, valiosa é a lição de Antonio Acir BREDA, ao dizer que “os pressupostos de existência se resumem ao estudo do processo como um *actum trium personarum*. O nosso direito positivo não concebe um processo de conhecimento sem um *autor*, um *réu* e um *juiz* com jurisdição penal”.<sup>569</sup>

Enfim, a legitimidade para a ação, no direito processual penal, está exclusivamente relacionada à parte autora e decorre, apenas, do texto legal.

#### d) *Justa causa*

Antonio Acir BREDA propôs a *justa causa* como a quarta condição da ação penal, então prevista no artigo 43, inciso III, 2ª parte, do Código de Processo Penal (“ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal”), em interpretação sistemática com o artigo 18, do mesmo diploma. Atualmente, o Código faz referência expressa à *justa causa* para a ação penal no art. 395, III.

Segundo o autor, seu conteúdo seria a existência de *prova do fato e indícios de autoria*. Assim, quando se impuser o arquivamento do inquérito policial, por falta de base para a denúncia (art. 18, do Código de Processo Penal), “faltarão condições para o exercício da ação penal”. Em suas palavras: “estaríamos diante da chamada falta de *justa causa* para a acusação, isto é, falta de prova do fato e indícios de autoria, requisitos indispensáveis ao exercício da ação penal, uma vez que o processo penal não se compadece com a acusação fruto de mera elaboração mental”.<sup>570-571</sup>

---

(*Processo... Op. cit.*, v. I, p. 549). Ainda, sobre a distinção entre *legitimatío ad causam* e *legitimatío ad processum*, ver LEONE, G. *Tratado... Op. cit.*, t. I, pp. 448 e ss.

<sup>569</sup> BREDA, Antonio Acir. *Efeitos... Op. cit.*, p. 175.

<sup>570</sup> BREDA, A. A. *Efeitos... Op. cit.*, p. 178. Joaquim Canuto Mendes ALMEIDA já havia feito referência a tal requisito de admissibilidade, desde a doutrina francesa, ao dizer que o juízo de acusação é importante para evitar as “imputações temerárias e levianas” (*Processo... Op. cit.*, p. 174)

<sup>571</sup> Diga-se, porém, que a expressão *justa causa* compreende grande indeterminação e ambiguidade, sendo utilizada em diferentes diplomas legais e contextos jurídicos (Maria Thereza Rocha de Assis MOURA, com profundidade, tratou do tema das diversas acepções da expressão *justa causa* na obra “*Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência*”, publicada, em 2001, pela Revista dos Tribunais). Mesmo em relação ao juízo de admissibilidade da acusação, o uso da expressão não encontra uniformidade, contemplando uma miríade de significados: “Há autores que a utilizam em uma noção ampla, no sentido do preenchimento, pelo autor, de todas as condições à admissibilidade da



e) *Outras condições da ação processual penal*

Para além das condições à admissibilidade da acusação acima narradas, ditas genéricas na medida em que se aplicam, indistintamente, a todas as ações processuais penais em sentido estrito, há um conjunto de requisitos de natureza processual ao recebimento da denúncia ou queixa que dizem com situações específicas. “Apesar da diversidade de casos, tais situações têm em comum o fato de impedirem, por sua ausência, o recebimento da denúncia ou queixa. Como exemplos, poder-se-ia citar a *representação* e a *requisição do Ministro da Justiça*, em relação às ações penais públicas condicionadas, a sentença declaratória de falência nos crimes falimentares (art. 180, da Lei 11.101/2005), a sentença anulatória de casamento transitada em julgado nos crimes de induzimento a erro essencial ou ocultação de impedimento ao casamento (art. 236, parágrafo único, do Código Penal), a audiência de reconciliação do procedimento especial dos crimes contra a honra (art. 520, do Código de Processo Penal), a representação fiscal nos crimes contra a ordem tributária (art. 83, da Lei 9.430/1996), entre outras”.<sup>572</sup>

---

acusação. Segundo esta acepção, faltando qualquer uma que seja das ‘condições da ação penal’, faltarão *justa causa*. Segundo MOURA, ‘a justa causa não constitui uma condição da ação, mas a falta de qualquer uma das apontadas condições da ação implica *falta de justa causa*’ (**Justa causa... Op. cit.**, p. 221). A despeito disso, como já se viu, BRENDA restringe seu conteúdo à *prova do crime e indícios de autoria* (tratando, por assim dizer, de uma *justa causa em sentido estrito*), afirmando tratar-se de uma das quatro condições genéricas à admissibilidade da acusação. Também, como uma quarta ‘condição da ação penal’, Afrânio Silva JARDIM identifica a *justa causa* com o “mínimo de lastro probatório” (indícios de autoria e prova da materialidade da conduta) para a acusação (**Ação penal... Op. cit.**, pp. 42-43)” (NUNES DA SILVEIRA, M. A. **O interesse... Op. cit.**, p. 130). A despeito da possível discussão em relação à denominação desta *condição da ação*, importa perceber que a presença do mínimo probatório que dá suporte à acusação é um inalienável requisito para sua admissibilidade.

<sup>572</sup> NUNES DA SILVEIRA, M. A. **O interesse... Op. cit.**, p. 133.

#### 4.5.3 *Ponderações sobre a natureza jurídica das condições da ação: efeitos de sua ausência*

Fundamentalmente, na medida em que se prestam a “filtrar” a acusação, com a finalidade de evitar seu emprego abusivo, pode-se dizer que as *condições da ação* se inserem no bojo da teoria do direito processual penal como um mecanismo de garantia do cidadão e de limitação do poder punitivo estatal. Este entendimento é importante, sobretudo, para valorar as abordagens teóricas acima delineadas. Parece evidente, assim, que o esquema BREDÁ-COUTINHO é muito mais apto a atender esta finalidade, eis que as condições da ação do processo civil, pela pouca – ou nula – adaptabilidade ao fenômeno processual e pela ausência de um referencial semântico adequado, representariam um filtro ineficiente, senão inócuo. Presume-se que, se esta conclusão não é tão perceptível, isto se deve ao fato de a Jurisprudência brasileira ainda sustentar o retrógrado e inconstitucional entendimento de que o juízo de admissibilidade da acusação é um mero despacho de expediente, sem necessidade de fundamentação, ao arrepio do disposto no art. 93, IX, da Constituição da República.

Tomadas como elemento filtrante, surge com muita importância a necessidade de explicar a natureza jurídica das *condições da ação* e, aqui, o problema será tratado de forma compatível com a concepção de ação processual acima delineada.

Primeiramente, parte-se da premissa de que o modelo de LIEBMAN, e suas derivações presentes na doutrina vinculada à teoria geral do processo, não é capaz de explicar, por todo o exposto até o momento, o juízo de admissibilidade da acusação de forma adequada. Apenas a título de exemplo, imagine-se situação em que esteja extinta a punibilidade pela prescrição; oferecida a denúncia, o juiz declarará ausente a *punibilidade concreta*, deixando de receber a acusação. Segundo o entendimento liebmaniano, faltando qualquer uma das condições da ação, vetado está o juízo de mérito.<sup>573</sup> Neste caso, não haveria explicação para o fato de que a declaração de extinção da punibilidade, proferida pelo juiz, implica resolução do mérito. O mesmo se

---

<sup>573</sup> Ver tópico 2.3.5, acima.

poderia dizer da rejeição da acusação nas hipóteses em que o fato *evidentemente* não constitui crime.<sup>574</sup> Com efeito, a rejeição da denúncia ou queixa, nestes casos, implica uma contradição teórica insuperável: eis que a atuação jurisdicional em relação ao caso penal, pelo princípio da inércia, está vinculado, antes de tudo, à provocação de outro sujeito processual (que se dá por meio da ação penal), como é possível ao juiz, desde um juízo negativo de admissibilidade da acusação (fato que, em princípio, o impediria de apreciar o caso penal) prolatar decisão antecipada de mérito, que resolve definitivamente o caso penal pela afirmação de que o fato não é crime? O mesmo raciocínio, de fato, pode ser desenvolvido em relação à falta de *punibilidade concreta*: se a ação não foi admitida, como pode o juiz conhecer do caso penal para declarar extinta a punibilidade?

Esta contradição, todavia, é apenas aparente, e decorre da transferência

---

<sup>574</sup> Sobre os efeitos do juízo de admissibilidade negativo: “Assim, concretamente, se deixar o juiz de receber a denúncia ou a queixa por de falta *legitimidade de parte*, de *justa causa* ou de uma das *condições específicas da ação penal em sentido estrito*, nova ação pode ser promovida ao seu preenchimento. No que diz com o problema da *legitimidade*, se for ‘ilegítima’ a parte, no caso de ação penal pública de iniciativa do Ministério Público, o juiz determinará que a legítima se manifeste. Já, agora, no caso de ação penal de iniciativa privada, ante a ilegitimidade, determinará o magistrado que se aguarde pela manifestação da parte legítima (art. 19, do Código de Processo Penal). A falta de *justa causa* ou *lastro probatório mínimo*, como ensina Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, desde já citado art. 18, do Código de Processo Penal, é fundamento material ao pedido e decisão de arquivamento do inquérito policial (COUTINHO, J. N. M. **A natureza... Op. cit.**, p. 50). Como indica o mesmo dispositivo, se surgirem novas provas, pode o procedimento de investigação preliminar ser desarquivado. Sendo assim, se ao invés de requerer o arquivamento, for oferecida acusação sem o lastro probatório mínimo, não é de se imaginar que a decisão do juiz, ao deixar de recebê-la, possa impedir novo exercício de ação se suprida a deficiência probatória. Raciocínio semelhante pode ser elaborado em relação às ditas *condições específicas da ação penal*. Neste sentido, Ada Pellegrini GRINOVER, com acerto, propõe chamar esta decisão de ‘não recebimento’ da denúncia ou queixa, eis que não preclui a via judiciária, isto é, não impede a admissibilidade de nova ação penal. A expressão ‘não recebimento’ decorre da própria legislação, a teor do art. 581, I, do Código de Processo Penal,<sup>574</sup> que estabelece o *recurso em sentido estrito* como o meio legal de impugnação desta decisão. O mesmo argumento, *a contrariu sensu*, pode ser utilizado para sustentar que a decisão do juiz fundada nos incisos I e II, do art. 43, do Código de Processo Penal [*atualmente, 395, II, c/c 397, III e IV, do CPP*], preclui a via judiciária e, por isso, impede a admissibilidade de nova acusação. De fato, o reconhecimento pelo juiz da falta de *tipicidade/injusto aparente* ou de *punibilidade concreta* equivale a uma decisão de mérito, e representa verdadeiro acerto negativo do caso penal. Por óbvio, se o fato narrado evidentemente não é crime, ou está extinta a punibilidade, não há que se falar em nova acusação. Neste sentido, GRINOVER propôs chamar esta decisão de ‘rejeição’ da denúncia ou queixa, para diferenciá-la, por seus efeitos, da decisão de ‘não recebimento’ (GRINOVER, A. P. **As condições... Op. cit.**, 1977, pp. 70-71). Desta decisão, por ser, assim, definitiva, cabe o recurso de *apelação*, com fundamento no art. 593, II, do Código de Processo Penal” (NUNES DA SILVEIRA, M. A. **O interesse... Op. cit.**, p. 143).

acrítica do pensamento processual civil sobre as condições da ação ao direito processual penal. O erro está na associação entre improcedência da ação (falta de condições da ação) e proibição de juízo de mérito, que serve, quiçá, apenas para o direito processual civil.<sup>575</sup> Todavia, aqui, manifesta-se opinião no sentido de que a provocação à jurisdição no direito processual penal deve seguir uma lógica própria, cuja base normativa é eminentemente constitucional.

A ação processual penal em sentido estrito visa provocar a instauração de um processo penal cuja finalidade precípua é o acertamento do caso penal, mediante a afirmação de uma *imputação* (art. 41, do Código de Processo Penal), ainda que “em tese”, de determinada conduta ao acusado. Embora o conteúdo da acusação seja abstrato, desvinculado de qualquer pretensão de direito material,<sup>576</sup> é evidente que há uma prognose de condenação (que pode ou não se confirmar), fundada na prova do inquérito policial, razão que motivou o acusador a provocar a jurisdição.

Perceba-se, assim, que o oferecimento da acusação sempre impõe a alguém o constrangimento de tal *imputação* e, portanto, sendo injusto o constrangimento, impõe-se ao juiz, na condição de *garante do cidadão e da Constituição*, reparar a injustiça pelo proferimento de decisão que restaure ao acusado sua dignidade, *mesmo*

---

<sup>575</sup> Registre-se, a este propósito, acertada opinião de Ricardo Jacobsen GLOECKNER, ao afirmar: “Um segundo e inaceitável problema decorre da teoria eclética de Liebman. O processualista italiano aponta que o juiz exerceria uma espécie de atividade pré-jurisdicional quando da verificação dos elementos-base da ação: as condições e os pressupostos processuais. Qual a natureza dos atos judiciais quando da declaração de carência do direito de ação? Imagine-se um habeas corpus destinado ao trancamento do processo, uma vez que aportes mínimos de autoria e materialidade do crime são frágeis ou mesmo inexistentes. Antes mesmo da reforma processual penal de 2008, a doutrina apontava se tratar a justa causa – como é conhecida a demonstrabilidade daquelas provas minimamente necessárias a fim de desencadear o processo – de uma quarta condição da ação. Imaginemos uma denúncia recebida sem estes requisitos. Imagine-se, posteriormente, um habeas corpus negado pelo Tribunal de Justiça, pelo Superior Tribunal de Justiça e concedida a ordem pelo Supremo Tribunal Federal. Teríamos um enorme paradoxo: a decisão do STF teria o condão de ser uma decisão pré-jurisdicional que anula atos jurisdicionais, através de um instrumento “(pré)processual(?)” cujo escopo último é retirar a eficácia jurisdicional de atos jurídicos! A partir desses argumentos é incompreensível possa se admitir a análise das condições da ação como momento pré-jurisdicional” (**A inaplicabilidade...** *Op. cit.*, p. 56).

<sup>576</sup> Isto é, como exposto no item 3.4, *supra*, não no sentido processual civil da expressão, mas considerando que o Ministério Público não pretende a *condenação* do acusado, mas meramente a resolução do *caso penal*.

que isto signifique resolver o próprio mérito do caso em “desfavor” da acusação.<sup>577</sup>

Em outras palavras, propõe-se o estabelecimento de um princípio normativo em relação à ação processual penal, com matriz constitucional, que se poderia chamar de *princípio da provocação ampla*, segundo o qual a provocação da jurisdição penal, na forma da *acusação*, possibilita ao juiz não apenas instaurar o procedimento instrutório que resultará numa sentença de mérito, mas também decidir, sumariamente, o *mérito* em favor do cidadão que se vê, indevidamente, envolvido na persecução penal.

Eis que a injusta implicação do indivíduo em um procedimento penal representa sério constrangimento ilegal, a conclusão acima se impõe constitucionalmente. Assim, oferecida a denúncia em relação a fato que evidentemente não constitui crime, ou em situação na qual esteja extinta a punibilidade, deve o juiz decidir o próprio mérito, ainda que só haja provocação pelo próprio acusador. Aqui, não se pode dizer que a jurisdição atuou de ofício, eis que ausente requerimento do réu no sentido de sua absolvição ou da declaração de extinção da punibilidade. Antes, a provocação feita pelo acusador é ampla, irrestrita e suficiente para justificar tal provimento jurisdicional.<sup>578</sup>

---

<sup>577</sup> O Codice di Procedura Penale italiano, em seu art. 129, estabelece que o juiz, em qualquer estado ou grau do processo, quando reconhecer que o fato não ocorreu ou que o acusado não o praticou, ou, ainda, que o fato não constitui crime ou que o crime está extinto, o declarará, de ofício, imediatamente. Trata-se do *proscioglimento immediato*, situação na qual o juiz resolverá o mérito do caso penal, em qualquer momento, mesmo antes da instrução ou logo após o oferecimento da ação penal, quando a prova for evidente neste sentido. A doutrina italiana tem justificado tal ato em um amplo rol de normas constitucionais e legais, desde os princípios da economia processual e da congruência, até os direitos de liberdade e dignidade do acusado; todas normas igualmente pertencentes ao direito processual penal brasileiro. No Código de Processo Penal pátrio, hipótese semelhante está prevista no aqui citado art. 397, que prevê a absolvição sumária do acusado em hipóteses semelhantes à italiana. Diferentemente, porém, segundo o texto legal, o ato ocorrerá em momento procedimental determinado, posterior ao juízo de admissibilidade e à citação. Defende-se, aqui, a tese de que a absolvição sumária deve acontecer antecipadamente, no próprio juízo de admissibilidade da acusação, quando a prova for suficiente para este fim, numa verdadeira cognição antecipada do art. 397, que se impõe por razões de ordem pública e em face de direitos fundamentais do acusado: tal providência estaria justificada por aquele mesmo conjunto de princípios e garantias constitucionais mencionados. Sobre o *proscioglimento immediato*, no direito italiano, recomenda-se as seguintes obras: SCOMPARI, Laura. **Il proscioglimento immediato nel sistema processuale penale**. Turim: G. Giappichelli, 2008; IAI, Ivano. **Il proscioglimento predibattimentale**. Milão: Giuffrè, 2009.

<sup>578</sup> Seria possível pensar, ainda, apenas a título de exemplo, na situação em que se requer a prisão preventiva de investigado, em relação a fato cuja extinção da punibilidade se operou. Ao negar o

No tocante às condições da ação processual penal em sentido estrito, a conclusão acima exige um repensar de sua natureza jurídica. E, sobre isto, pode-se concluir que não são condições de existência ou ao exercício da ação (o ato de provocação é existente e foi exercido), mas também não são, estritamente, condições à atuação da jurisdição em relação ao caso penal.<sup>579</sup> Por um dever de tutela constitucional, a jurisdição deve *atuar* em favor do réu, inclusive no mérito, em casos excepcionais, mesmo quando ausentes certas *condições da ação*.

Portanto, as condições da ação processual penal em sentido estrito devem ser reputadas como requisitos à deflagração da fase processual da *persecução penal*, isto é, requisitos que devem ser preenchidos para que a imputação, embora provisória, seja considerada suficientemente idônea para justificar a submissão do acusado ao procedimento instrutório, marcando-o com o *status* de réu.

Melhor seria, pois, denominar-lhes *condições à admissibilidade da acusação*, na medida em que seu preenchimento representará a aceitação, recebimento, da *imputação* oferecida, para fins de reconstituição processual e acertamento do caso.<sup>580</sup>

Considerando o papel político-constitucional que a ação processual precisa desempenhar, esta concepção parece se aproximar mais da compreensão do direito processual penal como instrumento de garantia do cidadão, mas só pode ser devidamente entendida caso se desista das pré-concepções processuais civis sobre o tema que ainda operam em matéria processual penal.

---

pedido de prisão processual, deve o juiz declarar extinta a punibilidade, resolvendo o *meritum causae*, apesar de a provocação à jurisdição, inicialmente, estar limitada a um provimento cautelar. A extinção da punibilidade, no caso, é questão prejudicial em relação à medida cautelar pretendida.

<sup>579</sup> Como já sustentamos em obras anteriores: NUNES DA SILVEIRA, M. A. **A tipicidade...** *Op. cit.*, *passim*; e NUNES DA SILVEIRA, M. A. **O interesse...** *Op. cit.*, *passim*.

<sup>580</sup> Neste texto, todavia, utilizou-se a expressão “condições da ação” em razão de sua consagração doutrinária, jurisprudencial e legislativa. Seu conteúdo, todavia, quando se considera as conclusões aqui apresentadas sobre o próprio conceito e a natureza jurídica da ação processual penal, deve ser compreendido segundo se expôs logo acima.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS: A AÇÃO PROCESSUAL PENAL E O PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO

Esta obra teve por finalidade apresentar uma alternativa à construção teórica tradicional sobre a ação processual penal, marcada por vários ranços dogmáticos, especialmente aqueles provenientes da origem autoritária do Código de Processo Penal e, em momento posterior, da *teoria geral do processo* e da gramática processual civil.

Jamais se ignorou, todavia, que não há mais espaço, na ciência jurídica contemporânea, para qualquer pretensão de verdade absoluta, motivo pelo qual não se pretende, aqui, oferecer a palavra final sobre o tema. Antes, espera-se que a obra possa contribuir para a elevação do debate crítico – o que só será possível quando houver a superação daqueles modelos teóricos que, hoje, pouco ou nada contribuem para a compreensão do direito processual penal –, ao que quer servir, sobretudo, como um convite.

Assim, o modelo de ação fundado no binômio *jus-actio*, do direito processual civil, não tem condições de explicar satisfatoriamente a ação processual penal, notadamente em razão de sua impossível vinculação com uma *pretensão de direito material*, delineada pelo fato de que o Ministério Público jamais postula um direito próprio. Daqui decorre a conclusão de que o binômio *abstrato-concreto*, inerente às teorias sobre a ação no direito processual civil, bem como a doutrina liebmaniana, que se pretende em posição intermediária em relação àqueles marcos, são inidôneos à compreensão do instituto no direito processual penal.

Desde um enfoque teórico processual penal autônomo, a ação processual penal deve ser entendida como um ente jurídico cujo conteúdo é relativo e variável, ainda que detenha um núcleo teórico fundamental, consistente em seu caráter de *ato de provocação da jurisdição*. Daí sua natureza plúrima, isto é, o fato de que não há *uma* ação processual penal, mas *várias* ações processuais penais, com escopos, objetos e requisitos distintos.

De maneira ampla, pode-se a definir como o poder, conferido ao Ministério

Público, outras autoridades públicas e sujeitos privados, de provocar a jurisdição em relação a um caso penal, visando a instauração do processo penal principal – ação processual penal em sentido estrito, acusação – ou o conhecimento de outra questão que deve ser objeto de um provimento jurisdicional – modalidades diversas de ação processual penal.

No tocante às condições da ação processual penal em sentido estrito (que assume a forma de uma *acusação*), esta compreensão revela a inadequação do modelo liebmaniano, do qual decorrem incoerências teóricas insuperáveis. De fato, pode-se concluir que não são condições de existência ou ao exercício da ação (o ato de provocação é existente e foi exercido), mas também não são, estritamente, condições à atuação da jurisdição em relação ao caso penal, como tem sustentado a melhor doutrina. Ao invés, por um dever de tutela constitucional, a jurisdição deve *atuar* em favor do réu, inclusive no mérito, em casos excepcionais, mesmo quando ausentes certas *condições da ação*.

Portanto, as condições da ação processual penal em sentido estrito devem ser reputadas como requisitos à deflagração da fase processual da *persecução penal*, isto é, requisitos que devem ser preenchidos para que a imputação, embora provisória, seja considerada suficientemente idônea para justificar a submissão do acusado ao procedimento instrutório, marcando-o com o *status* de réu. Melhor seria, pois, denominar-lhes *condições à admissibilidade da acusação*, na medida em que seu preenchimento deverá representar a aceitação, recebimento, da *imputação* oferecida, para fins de reconstituição processual e acertamento do caso. Considerando o papel político-constitucional que a ação processual precisa desempenhar, esta concepção parece se aproximar mais da compreensão do direito processual penal como instrumento de garantia do cidadão, mas só pode ser devidamente entendida caso se desista das pré-concepções processuais civis sobre o tema que ainda operam em matéria processual penal.

Mantendo-se isto em foco, vale revisar as conclusões recolhidas ao longo do texto:



a) o instituto da ação processual penal é um dos elementos da trilogia fundamental da teoria do direito processual penal – jurisdição, ação e processo –, cuja elaboração teórica deve ter como ponto de partida o próprio fenômeno processual penal, em sua *realidade normativa*, negados quaisquer *a priori* dogmáticos fundados em outros ramos do direito processual (capítulo 2);

b) neste contexto, deve-se reconhecer que o modelo de ação fundado no binômio *jus-actio*, do direito processual civil, não tem condições de explicar satisfatoriamente a ação processual penal, notadamente em razão de sua impossível vinculação com uma *pretensão de direito material*, delineada pelo fato de que o Ministério Público jamais postula um direito próprio (tópico 3.1);

c) importa, ainda, assumir o caráter relativo do conceito de ação, que não pode ser objeto de construções teóricas absolutas ou totalizantes, mas é sempre variável e condicionado, tanto por questões histórico-políticas, como pelo tratamento legal dado ao instituto na legislação (tópico 3.2);

d) a despeito de se reconhecer esta relatividade conceitual, nota-se que o tema não é desprovido de um *núcleo teórico fundamental*, pretensamente imutável, embora extremamente limitado, que é a compreensão de que toda ação é um ato de provocação da jurisdição – mesmo que todos os seus demais caracteres possam variar no tempo e no espaço –, donde é possível assumir que é um fenômeno plural, isto é, não há *uma* ação penal, mas *várias* ações processuais penais diversas (tópico 3.3);

e) o binômio *abstrato-concreto*, inerente às teorias sobre a ação no direito processual civil e referido à relação entre o direito material e a ação, pelas razões indicadas à inaplicabilidade do modelo *jus-actio*, é inidôneo a demonstrar a evolução teórica e o estado atual do tema no direito processual penal (tópico 3.4);

f) nada obstante, pode ser útil engendrar uma nova forma de compreender o binômio *abstrato-concreto*, em relação à ação processual penal, não mais na medida de sua relação com o direito material – sempre inadequada –, mas no entendimento de que o instituto, quando inserido numa estrutura processual inquisitória, assim dita *abstrata*, em verdade, assume um disfarce falsamente neutro e imparcial, enquanto a

mesma ação, quando compõe uma estrutura eminentemente acusatória (marcada pela ausência de iniciativa probatória do juiz, que é árbitro, decididamente equidistante das partes e garante da presunção de inocência do acusado), deve assumir um caráter *concreto*, inerente ao papel do acusador, parte de acusação, que, todavia, tem plena *disponibilidade* em relação ao caso penal e pode, a todo tempo, se for o caso, “desistir” da imputação (tópico 3.4);

g) no que diz, especificamente, com a ação processual penal no ordenamento jurídico brasileiro, ainda que deva ser conhecida em sua intensa pluralidade (tópico 4.1), nota-se como está plenamente adequada ao modelo inquisitório, inclusive no tocante ao juízo de admissibilidade, ainda desprovido de contraditório;

h) neste âmbito, por seu conceito e natureza jurídica, deve-se entender a ação processual penal, no Brasil, como o poder, conferido ao Ministério Público, outras autoridades públicas e sujeitos privados, de provocar a jurisdição em relação a um caso penal, visando a instauração do processo penal principal – ação processual penal em sentido estrito, acusação – ou o conhecimento de outra questão que deve ser objeto de um provimento jurisdicional – modalidades diversas de ação processual penal (tópico 4.3);

i) eis que o direito processual penal joga com questões de ordem pública, como a liberdade, a dignidade, mas também como o poder de punir os culpados, considera-se incompatível com tal múnus a intervenção do ofendido na condição de parte autora – figura típica de um processo penal anterior à constituição dos órgãos estatais de acusação e da própria compreensão publicística do direito processual penal –, embora isto não deva excluir sua intervenção como assistente de acusação, motivo pelo qual se propõe a extinção da *ação penal de iniciativa privada* e a limitação de sua modalidade *subsidiária da pública* exclusivamente ao âmbito da ação, isto é, ao momento inicial de provocação, retomando o Ministério Público seu papel de *parte principal* após o juízo de admissibilidade da acusação (tópico 4.3);

j) as condições da ação processual penal em sentido estrito devem ser consideradas como requisitos à deflagração da fase processual da *persecução penal*, isto é, requisitos que devem ser preenchidos para que a imputação, embora provisória, seja considerada suficientemente idônea para justificar a submissão do acusado ao

procedimento instrutório, marcando-o com o *status* de réu, razão pela qual seria mais adequada a denominação *condições à admissibilidade da acusação*, na medida em que seu preenchimento representará a aceitação, recebimento, da *imputação* oferecida, para fins de reconstituição processual e acertamento do caso (tópico 4.5);

k) reputam-se de vital importância, quando se considera a função política que a ação pode desempenhar, suas instâncias de controle, que atualmente se delimitam, no bojo de um processo eminentemente inquisitório, pelo conhecimento sobre as condições da ação processual penal (tópico 4.5) e ao princípio da obrigatoriedade da ação (tópico 4.4);

l) com efeito, é no binômio *obrigatoriedade-discricionariedade* que parece residir a questão nuclear em relação ao tema do papel político da ação processual penal, que só seria capaz de alcançar sua feição mais democrática e constitucional, quando a relação jurídica entre as partes e o juiz se encontrar reequilibrada, no âmbito de um modelo processual essencialmente acusatório – que tem por base a atividade de *árbitro do juiz*, alheio ao trabalho investigativo e instrutório, o completo ônus probatório ao Ministério Público e o pleno reconhecimento da presunção de inocência do acusado, garantido pelo magistrado –, ainda que isto tenha de implicar a abolição do modelo da obrigatoriedade da acusação;

De fato, com relação à última conclusão apresentada, tem-se que a ação deve exercer um papel político-criminal em relação à persecução penal, articulado pelo Ministério Público, mas como resultado de uma estratégia política que se molde como consenso entre o próprio *órgão de acusação*, em completo âmbito nacional, e os poderes Executivo e Legislativo, sem o que as eventuais medidas isoladas quedarão sempre inócuas.

Neste contexto, uma abordagem como a do *direito penal mínimo* é vital. Considerada a gravidade e a complexidade do problema da falência das instituições brasileiras de persecução penal, a atual proliferação de novos tipos penais é medida que apenas agrava a situação e afasta ainda mais o modelo dos ditames constitucionais. Ainda, da mesma maneira, a elaboração de políticas gerais que façam recrudescer a punição, exigindo ainda mais do aparelho estatal está fadada ao fracasso. Urge depurar a legislação criminal e, de forma inovativa, limitar a tutela penal aos casos em que

efetivamente se possa falar em *ultima ratio*, liberando as polícias judiciárias para cuidar de casos efetivamente relevantes e necessários. Tudo o mais deve ser redirecionado para formas alternativas de tutela jurídica, como a civil e a administrativa.

A justiça consensual, tão criticada, pode surgir como um instrumento valioso neste sentido, desde que conduzida com a devida seriedade e baseada em investigações preliminares sólidas; e não apenas em relação aos crimes de menor potencial ofensivo. A experiência dos Juizados Especiais Criminais trouxe certo ceticismo em relação ao modelo, mas se deve considerar que, lá, inexistente investigação preliminar, além do fato de que as propostas de acordo são feitas, no geral, sem um prévio e aprofundado conhecimento dos casos que serão submetidos à transação penal, quase que de forma improvisada.

A discricionariedade em relação à ação, neste diapasão, submetida a controle hierárquico e da própria vítima, exerceria uma função político-criminal concreta. Não há razão para acusar sempre, mas somente quando o interesse estatal, manifestado como fruto da estratégia política supramencionada, reclamar a intervenção penal do Estado.

Para isto, veja-se que é condição de possibilidade a conformação e adequação da atividade policial ao modelo político proposto para a ação processual penal. E, neste particular, a absoluta autonomia funcional da polícia judiciária em relação ao órgão de acusação, em que pese tenha um caráter histórico na legislação brasileira (ligado às reformas do Código de Processo Criminal do Império realizadas em 1841 e 1871 e reproduzido em todas as Constituições republicanas), não se sustenta quando se pensa a estrutura da persecução penal em seu conjunto. Em verdade, nada parece justificar o fato de que o Ministério Público acusará sem ter experimentado qualquer contato prévio com o acusado ou com o momento de produção das provas da investigação preliminar, mas fundado exclusivamente em elementos de cognição produzidos sem seu conhecimento e efetiva intervenção.

Em tempos de mais uma tentativa de reforma da legislação processual penal (Projeto de Lei n.º 156/2009, do Senado Federal, em tramitação), vale pensar a sério neste

problema: na estrutura de investigação preliminar vigente, limitadas são as possibilidades de elaboração, pelo Ministério Público, de um adequado juízo político-criminal ligado à oportunidade/conveniência da acusação, fato que torna inexecutável o papel que a ação processual deveria desempenhar no projetado modelo processual penal acusatório.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto; LEVENE Hijo, Ricardo. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Guillermo Kraft, 1945;

ALLORIO, Enrico. **La pluralità degli ordinamenti giuridici e l'accertamento giudiziale**. In: *Rivista di diritto civile*, Pádua, a. I, 1955;

ALMEIDA, Andréia Alves de. **Processualidade Jurídica e Legitimidade Normativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2005;

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Processo penal, ação e jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975;

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes. **O processo criminal brasileiro**. Rio de Janeiro: Laemmert & Cia, 1901;

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000;

APEL, Karl-Otto. **Fundamentação última não-metafísica?** In: STEIN, E.; BONI, L. A. (Org.) *Dialética e liberdade*. Petrópolis: Vozes, 1993;

AQUINO, Rubim Santos Leão de; *et al.* **Sociedade brasileira: uma história através dos movimentos sociais: da crise do escravismo ao apogeu do neo-liberalismo**. Rio de Janeiro: Record, 2007;

ATTARDI, Aldo. **L'interesse ad agire**. Pádua: CEDAM, 1952;

AZEVEDO, Plauto Faraco. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: SAFE, 1989;

BACHELARD, Gaston. **O novo espírito científico**. Trad. António José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 1996;

BARBI, Celso Agrícola. **A ação declaratória no processo civil brasileiro**. 2ª ed. Belo Horizonte: [s.n], 1962;

\_\_\_\_\_. **Comentários ao Código de Processo Civil: Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. v. I, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981;

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O juiz e a prova**. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 178, jul-set., 1984;

BARROSO, Luiz Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro.** In: *Revista da Acadêmica Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, a. 1, n.º 1, 2001;

BELLAVISTA, Girolamo. **Lezioni di diritto processuale penale.** 4ª ed. Milão: Giuffrè, 1975;

\_\_\_\_\_. **Studi sul processo penale.** 2ª ed. Milão: Giuffrè, 1952;

BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. **Istituzioni di diritto e procedura penale.** 7ª ed. Pádua: CEDAM, 2000;

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado.** 11ª ed. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1956;

BINDER, Alberto M. **Iniciación al proceso penal acusatório.** Campomanes: Buenos Aires, 2000;

BORGES, Clara Maria Roman. **A competência nos crimes plurilocais e o princípio do juiz natural.** 2001. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba;

\_\_\_\_\_. **Jurisdição penal e normalização.** Florianópolis: Conceito, 2010;

BOTELHO DE MESQUISTA, José Ignácio. **Da ação civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975;

BREDA, Antonio Acir. **A reforma do processo penal. A fase postulatória dos procedimentos ordinário e sumário ou uma sucessão de equívocos.** Cadernos Jurídicos, Ordem dos Advogados do Brasil, seção Paraná, Curitiba, n.º 4, jul. 2009;

\_\_\_\_\_. **Efeitos da declaração de nulidade no processo penal.** *Revista do Ministério Público do Paraná*, Curitiba, a. 9, n. 9, 1980;

\_\_\_\_\_. **Notas sobre o anteprojeto de código de processo penal.** *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 11/12, jul-dez, 1973;

BÜLOW, Oskar von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales.** Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJE, 1964;

BUZAID, Alfredo. **Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil.** São Paulo, Saraiva, 1956;

\_\_\_\_\_. **Grandes processualistas.** São Paulo: Saraiva, 1982;

CALAMANDREI, Piero. **Il concetto di lite nel pensiero di Francesco Carnelutti.** *Rivista di diritto processuale civile.* Pádua: Cedam, 1930;

\_\_\_\_\_. **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari.** Pádua: CEDAM, 1936;

\_\_\_\_\_. **La relatività del concetto di azione.** *In: Rivista di diritto processuale civile,* Pádua, v. XVI, parte I, 1939;

CÂMARA, Luiz Antonio. **Medidas cautelares pessoais: prisão e liberdade provisória.** 2ª. ed. Curitiba: Juruá, 2012;

CÂMARA LEAL, Antonio Luiz. **Manual elementar de direito civil.** São Paulo: Saraiva, 1930;

CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico.** 3ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1941;

CAPELATO, Maria Helena. **O Estado Novo: o que trouxe de novo?** *In: FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucilia de Almeida Neves (org.). O Brasil republicano: o tempo do nacional-estatismo: do início da década de 1930 ao apogeu do Estado Novo.* v. 2. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003;

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos.** São Paulo: Cultrix, 1996;

CARMIGNANI, Joannis. **Elementa juris criminalis.** 3. ed. Pisa: S. Nistri, 1822;

CARNELUTTI, Francesco. **Cenerentola.** *Rivista di diritto processuale.* v. I, Pádua: CEDAM, 1946;

\_\_\_\_\_. **Lezioni di diritto processuale civile.** Pádua: CEDAM, 1926, reimpressão 1986;

\_\_\_\_\_. **Lezioni sul processo penale.** 2ª ed. Roma: Ateneo, 1949;

\_\_\_\_\_. **Metodologia del diritto.** Pádua: Cedam, 1939;

\_\_\_\_\_. **Mettere il pubblico ministero al suo posto.** *Rivista di diritto processuale.* v. VIII. Pádua: CEDAM, 1953;



- \_\_\_\_\_. **Sistema di diritto processuale civile.** v. I. Pádua: CEDAM, 1936;
- \_\_\_\_\_. **Sulla 'reformatio in pejus'.** *Rivista di diritto processuale civile.* v. II, Pádua: Cedam, 1927;
- \_\_\_\_\_. **Verità, dubbio, certezza.** *Rivista di diritto processuale.* v. XX. Pádua: CEDAM, 1965;
- CARONE, Edgard. **A Terceira República (1937-1945).** 2ª ed. São Paulo: Difel, 1982;
- CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal. Parte geral.** v. I. Trad. José Luiz V. De A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1956;
- CERTOMA, Giuseppe Leroy. **The accusatory system v. the inquisitorial system: procedural truth v. fact?** *Australian Law Journal,* Sydney, v. 56, 1982;
- CHIAVARIO, Mario. **Appunti sulla problematica dell'azione nel processo penale italiano: incertezze, prospettive, limiti.** In: *Rivista trimestrale di diritto processuale civile,* Milão, v. III, 1975;
- \_\_\_\_\_. **L'azione penale tra diritto e politica.** Pádua: CEDAM, 1995;
- CHIOVENDA, Giuseppe. **La acción en el sistema de los derechos.** Trad. Santiago Sentís Melendo. Bogotá: Temis, 1986;
- \_\_\_\_\_. **Principios de derecho procesal civil.** Trad. José Casais y Santaló. Madri: Editorial Réus, 1922;
- CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005;
- \_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial.** 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011;
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979;
- \_\_\_\_\_. **Teoria geral do processo.** 7ª ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 1990;
- \_\_\_\_\_. **Teoria geral do processo.** 25ª ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2009;

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000;

\_\_\_\_\_. **Direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006;

COLAO, Flórida. **Processo penale e pubblica opinione dall'età liberale al regime fascista**. In: GARLATI, Loredana (coord.) **L'inconscio inquisitorio: l'eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana**. Milão: Giuffrè, 2010;

CORDERO, Franco. **Archiviazione**. In: *Enciclopedia del diritto*. Milão: Giuffrè, 1958, v. II;

\_\_\_\_\_. **Contributo allo studio dell'amnistia nel processo**. Milão: Giuffrè, 1957;

\_\_\_\_\_. **Guida alla procedura penale**. Turim: UTET, 1986;

\_\_\_\_\_. **La riforma dell'istruzione penale**. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milão, v. 3, jul./set., 1963;

\_\_\_\_\_. **Linee di un processo acusatorio**. In: AA. VV. **Convegni di Studio 'Enrico de Nicola': criteri direttivi per una riforma del processo penale**, v. IV. Milão: Giuffrè, 1965;

\_\_\_\_\_. **Procedura penale**. Milão: Giuffrè, 1966;

\_\_\_\_\_. **Procedura penale**. 8ª ed., Milão: Giuffrè, 1985;

\_\_\_\_\_. **Procedura penale**. Milão: Giuffrè, 1991;

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 1998;

\_\_\_\_\_. **A natureza cautelar da decisão de arquivamento do inquérito policial**. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 18, n. 70, abr./jun. , 1993;

\_\_\_\_\_. **Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei**. *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006;

\_\_\_\_\_. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, a. 30, n. 30,

1998;

\_\_\_\_\_. **Manifesto contra os juizados especiais criminais: uma leitura de certa “efetivação” constitucional.** *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005;

\_\_\_\_\_. **Mettere Il pubblico ministero al suo posto – ed anche il giudice.** *In: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 17, n. 200, pp. 23-24, julho, 2009;

\_\_\_\_\_. **O papel do novo juiz no processo penal.** *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal.* Rio de Janeiro: Renovar, 2000;

\_\_\_\_\_. **Solução para o absurdo legal e técnico do novo art. 396 do CPP.** *O Estado do Paraná - Caderno Direito e Justiça*, Curitiba, p. 8 - 8, 21 out. 2008;

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil.** 4ª ed. Montevideo: B de F, 2005;

CUNHA, Célio da. **Educação e autoritarismo no Estado Novo.** 2ª ed. São Paulo: Cortez, 1989;

DE LALLA, Paolo. **Il concetto legislativo di azione penale.** Nápoles: Jovene, 1966;

DE MARSICO, Alfredo. **Lezioni di diritto processuale penale.** Nápoles: Jovene, 1937;

DEGENKOLB, Heinrich. **Einlassungszwang und urteilnorm.** Leipzig: Breitkopf & Härtel, 1877;

DENTI, Vittorio. **Azione (diritto processuale civile).** *In: Enciclopedia giuridica Treccani.* Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1996, v. IV;

DI RUGGIERI, Francesca. **Azione penale.** *In: Enciclopedia del diritto.* Milão: Giuffrè, 2010, Annali III;

DINIZ, Eli. **O Estado Novo: estrutura de poder. Relações de classes.** *In: AA. VV. O Brasil republicano.* t. III. Coleção História Geral da Civilização Brasileira (dir. Boris Fausto). São Paulo: Difel, 1986;

DOMINIONI, Oreste. **Azione penale.** *In: Digesto delle Discipline Penali.* Turim: UTET, 1987, v. I;

\_\_\_\_\_. **Imputazione (diritto processuale penale)**. In: *Enciclopedia del diritto*. Milão: Giuffrè, 1970, v. XX;

DOYLE, Sir Arthur Conan. **His last bow: some reminiscences of Sherlock Holmes**. Oxford: Oxford University Press, 1994;

DUGUIT, Léon. **Traité de droit constitutionnel**. v. II. 2. ed. Paris: Fontemoing & Cie, 1923;

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal brasileiro anotado**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1960;

FAIRCLOUGH, Norman. **A análise crítica do discurso e a mercantilização do discurso público: as universidades**. In: MAGALHÃES, Célia M (Org.). **Reflexões sobre a análise crítica do discurso**. Belo Horizonte: UFMG, 2001;

\_\_\_\_\_. **Discurso e mudança social**. Brasília: UnB, 2001;

FERNANDES, Antônio Scarance. **Reflexos Relevantes de um Processo de Execução Penal Jurisdicionalizado**. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 3, 1985;

FERNÁNDEZ-LARGO, Antônio Osuna. **La hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer**. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1993;

FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione: teoria del garantismo penale**. 10ª ed. Bari: Laterza, 2011;

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 1974;

FIGUEIREDO TEIXEIRA, Sálvio de. **Código de Processo Civil anotado**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993;

FOSCHINI, Amedeo. **L'onere della prova e il processo penale**. In: *Studi in onore di Ernesto Eula*. Milão: Giuffrè, 1957;

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Trad. Raquel Ramallete. 6ª ed. Petrópolis: Vozes, 1988;

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

GARCÍA DEL CORRAL, Ildelfonso L. **Cuerpo del derecho civil romano**. v. 3. Barcelona: Jaime Molinas, 1897;

GEBRAN NETO, João Pedro. **Inquérito policial: arquivamento e princípio da obrigatoriedade**. Curitiba: Juruá, 2001;

GINZBURG, Carlo. **Miti, emblemi, spie: morfologia e storia**. Turim: Einaudi, 2000;

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Inaplicabilidade do conceito de ação ao processo penal**. In: *Sistema penal & violência*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, jan-jun, 2011;

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos y políticos del proceso penal**. Barcelona: Bosch, 1935;

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000;

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **Justa causa no processo penal: conceito e natureza jurídica**. *Garantias Constitucionais e Processo Penal* (Coord. Gilson Bonato). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002;

GOMEZ ORBANEJA, Emilio. **Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal**. v. I. Barcelona: Bosch, 1951;

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório**. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. Brasília, n. 18, v. 1, jan./jun., 2005;

\_\_\_\_\_. **A prova no processo penal**. *A reforma do processo penal (anais de seminário)*. Brasília: Ministério da Justiça, 2007;

\_\_\_\_\_. **As condições da ação penal**, São Paulo: Bushatsky, 1977;

\_\_\_\_\_. **As condições da ação penal**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 69, 2007;

GROSSI, Paolo. **L'Europa del diritto**. 7ª ed. Roma-Bari: Laterza, 2011;

GUARNERI, Giuseppe. **Azione penale: diritto processuale penale**. In: *Novissimo digesto italiano*. Turim: UTET, 1958;

\_\_\_\_\_. **Sulla teoria generale del processo penale**. Milão: Giuffrè, 1939;

HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico**. Trad. Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990;

HERRMANN, Joachim. **The german criminal justice system: the trial phase – appellate and review proceedings**. In: **The criminal justice system of the Federal Republic of Germany**. *Nouvelles études pénales*, v. 2. Toulouse: Érès, 1981;

IAI, Ivano. **Il proscioglimento predibattimentale**. Milão: Giuffrè, 2009;

JARDIM, Afrânio Silva. **Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001;

\_\_\_\_\_. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002;

\_\_\_\_\_. **Reflexões teóricas sobre o processo penal**. In: *Justitia*. São Paulo, n. 127, 1984;

JUY-BIRMANN, Rodolphe. **Il processo penale in Germania**. In: DELMAS-MARTY, Mireille; CHIAVARIO, Mario (coord.). **Procedure penali d'Europa: Belgio, Francia, Germania, Inghilterra, Italia**. Milão: CEDAM, 2001;

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Trad. Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2003;

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Armado, 1974;

KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000;

KUHLMANN, Sylvio Roberto Degasperi. **A actio sob a ótica de Muther, a partir da definição de Celso**. *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. (Coord. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho) Rio de Janeiro: Renovar, 2000;

LACERDA, Galeno. **Considerações sobre a reforma processual**. Revista dos Tribunais, São Paulo, RT, n. 355, maio, 1975;

LALANDE, André. **Vocabulaire technique et critique de la philosophie**. 10. ed. Paris: Presses universitaires de France, 1968;

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo – Primeiros estudos**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009;

\_\_\_\_\_. **Teoria Processual da Decisão Jurídica.** São Paulo: Landy, 2002;

LEONE, Giovanni. **Azione penale.** In: *Enciclopedia del diritto.* Milão: Giuffrè, 1959, v. IV;

\_\_\_\_\_. **Elementi di diritto e procedura penale.** 2ª Ed. Napoli: Jovene, 1969;

\_\_\_\_\_. **Lineamenti di diritto processuale penale.** 2ª ed., Napoli: Jovene, 1952;

\_\_\_\_\_. **Manuale di diritto processuale penale.** 12ª ed., Napoli: Jovene, 1988

\_\_\_\_\_. **Sulla pluralità dell'azione penale.** In: *Scritti giuridici in memoria di Eduardo Massari.* Nápoles: Jovene, 1938;

\_\_\_\_\_. **Tratado de derecho procesal penal.** Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEJA, 1989;

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Estudos sobre o processo civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 1947;

\_\_\_\_\_. **Manual de direito processual civil.** 3ª ed. Trad. Cândido R. Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 2005;

\_\_\_\_\_. **O despacho saneador e o julgamento do mérito.** *Revista Forense,* Rio de Janeiro, a. 42, n. 104, 1945;

\_\_\_\_\_. **Problemi del processo civile.** Napoli: Morano Editore, 1962;

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009;

\_\_\_\_\_. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011;

LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo.** Florianópolis: Conceito, 2006;

LYRA FILHO, Roberto. **Porque estudar direito, hoje?** Brasília: Nair, 1984;

MACHADO, Luiz Alberto. **Direito criminal: parte geral.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987;

MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Condições da ação penal.** *Revista de Processo*, São Paulo, a. 3, n. 9, jan./mar., 1978;

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006;

\_\_\_\_\_; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004;

\_\_\_\_\_; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado artigo por artigo.** 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010;

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **Ciência do direito: conceito, objeto, método.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001;

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal.** v. I, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1965;

\_\_\_\_\_. **Instituições de direito processual civil.** v. II, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971;

\_\_\_\_\_. **Estudos de direito processual penal.** Rio de Janeiro: Forense, 1960;

\_\_\_\_\_. **O direito processual em São Paulo.** São Paulo: Saraiva, 1977;

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito processual penal.** São Paulo: Saraiva, 1980;

MASSARI, Eduardo. **Il processo penale nella nuova legislazione italiana.** Nápoles: Jovene, 1934;

\_\_\_\_\_. **La norma penale.** Santa Maria Capua Vetere: Francesco Cavotta, 1913;

\_\_\_\_\_. **Lineamenti del processo penale italiano.** Nápoles: Jovene, 1929;

MATTIROLLO, Luigi. **Trattato di diritto giudiziario civile italiano.** 5ª ed. Turim: Fratelli Bocca, 1902;

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao Direito.** 2. ed. Lisboa: Estampa, 1994;

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. **Comentários ao código de processo civil.** v. II. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983;

MONTEIRO, João. **Direito das acções.** São Paulo: Typographia Duprat & Comp.,



1905;

MONTERO AROCA, Juan. *Principios del proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997;

MORAES, Maurício Zanoide de. **Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000;

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001;

\_\_\_\_\_. **Tributo a Sérgio Marcos de Moraes Pitombo**. In: Revista da Escola Paulista da Magistratura, a. 4, n. 1, jan-jun, 2003;

MUTHER, Theodor. **Sobre la doctrina de la *actio* romana, del derecho de accionar actual, de la *litiscontestatio* y de la sucesion singular en las obligaciones: crítica del libro de Windscheid “La “actio” del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho actual**. In: WINDSCHEID, Bernard; MUTHER, Theodor. **Polémica sobre la “actio”**. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1974;

NOGUEIRA, Márcio Franklin. **Transação penal**. São Paulo: Malheiros, 2003;

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008;

NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. **A tipicidade e o juízo de admissibilidade da acusação**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2005;

\_\_\_\_\_. **Direito processual penal: Objeto e método**. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a. 103, n. 394, nov./dez., 2007;

\_\_\_\_\_. **O interesse de agir e sua (in)adequação ao direito processual penal**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

\_\_\_\_\_. **Notas sobre o inquérito policial no projeto de reforma do Código de Processo Penal**. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do Projeto de Lei n.º 156/2009, do Senado Federal**. v. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011;

\_\_\_\_\_. **Notas sobre o juízo de admissibilidade no anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal**. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **O novo processo**

**penal à luz da Constituição: análise crítica do Projeto de Lei n.º 156/2009, do Senado Federal.** v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010;

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal.** 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2012;

\_\_\_\_\_. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais.** Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004;

ORESTANO, Riccardo. **Azione penale (storia del problema).** In: *Enciclopedia del diritto.* Milão: Giuffrè, 1959, v. IV;

ORLANDI, Eni P. **O discurso fundador.** Campinas: Pontes, 1993;

ORLANDI, Renzo. **Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana.** In: AA. VV. **Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana: Materiali dall'incontro di studio – Ferrara, 12-13 Novembre 2010.** Milão: Giuffrè, 2011;

\_\_\_\_\_. **La giustizia penale,** no prelo;

ORWELL, George. **Nineteen Eight-Four.** Londres: Martin Secker & Warburg, 1949;

PAULA BAPTISTA, Francisco de. **Compendio de theoria e pratica do processo civil comparado com o commercial e de hermeneutica juridica.** 5ª ed. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1898;

PEKELIS, Alessandro. **Azione (teoria moderna).** In: *Nuovissimo digesto italiano.* Turim: UTET, 1958;

PÉREZ SARMIENTO, Eric Lorenzo. **Código de procedimiento penal.** Bogotá: Temis, 2006;

PISAPIA, Gian Domenico. **Compendio di Procedura Penale.** 4ª ed. Pádua, CEDAM, 1985;

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. **Da revelia do demandado no novo Código de Processo Civil** In: AA. VV. **O processo civil.** 2ª ed. São Paulo: AASP, 1974;

PLÓSZ, Alexander. **Beiträge zur theorie des klagerechts.** Leipzig: Duncker & Humblot, 1880;

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações.** t. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974;

POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. Trad. Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 11ª ed. São Paulo: Cultrix, 2004;

RAMOS, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998;

RANIERI, Silvio. **Manuale di diritto processual penale**. 4ª ed. Pádua: CEDAM, 1960;

REALE, Miguel. **A Parte Geral do Novo Código Civil**. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 13, jul. 2006;

ROMEIRO, Jorge Alberto. **Da ação penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978;

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal: a bricolage de significantes**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006;

\_\_\_\_\_.; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. **Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008;

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas, 1997;

SABATINI, Giuseppe. **Vecchio e nuovo nella teoria dell'azione penale**. Roma: Juris Domus, 1962;

SABATINI, Guglielmo. **Principi di diritto processuale penale italiano**. Città di Castello: Unione Arti Grafiche, 1931;

SANTORO, Arturo. **Sulla pretesa plurimità dell'azione penale**. In: *Scritti in onore di E. Ferri*. Turim: UTET, 1929;

SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 5ª ed. São Paulo: Cortez, 2005;

SAREDO, Giuseppe. **Istituzioni di procedura civile**. v. I. 3ª ed. Florença: G. Pellas, 1887-8;

SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Sistema del diritto romano attuale**. Trad. Vittorio Scialoja. v. 5. Turim: Utet, 1893;

SCOMPARIN, Laura. **Il proscioglimento immediato nel sistema processuale**

**penale.** Turim: G. Giappichelli, 2008;

SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. **Teoria geral do processo civil.** 3ª ed. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2002;

SKIDMORE, Thomas. **Brasil: de Getúlio a Castelo, 1930 a 1964.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982;

SOUZA NETTO, José Laurindo. **Processo penal: modificações da Lei dos Juizados Especiais Criminais.** Curitiba: Juruá, 1999;

STRECK, Lenio Luiz. **A jurisdição constitucional e o "duplo juízo de admissibilidade" do artigo 396 do CPP: uma solução hermenêutica,** in [www.leniostreck.com.br](http://www.leniostreck.com.br).

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001;

TAORMINA, Carlo. **L'essenzialità del procedimento penale.** Nápoles: Jovene, 1974;

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Pressupostos processuais e condições da ação do processo cautelar.** *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a. 82, n. 292, 1985;

TORNAGHI, Hélio. **Instituições de processo penal,** São Paulo: Saraiva, 1959;

\_\_\_\_\_. **Instituições de processo penal.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1977;

\_\_\_\_\_. **Processo penal.** Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1953;

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal.** 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006;

TRIFFTERER, Otto. **The pre-trial phase (The police and prosecution) In: The criminal justice system of the federal republic of Germany.** *Nouvelles études pénales*, v. 2. Toulouse: Érès, 1981;

TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do Direito Processual Penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático),** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002;

UBERTIS, Giulio. **Azione penale.** In: *Enciclopedia giuridica Treccani.* Roma: Istituto della Enciclopedia italiana, 1996, v. IV;

\_\_\_\_\_. **Obbligatorietà dell'azione penale e diversion nel sistema penale italiano.**

*In: Rivista italiana di diritto e procedura penale.* Milão, a. XXV, fasc. 4, out-dez, 1982;

VALENTINI REUTER, Cristiana. **Le forme di controllo sull'esercizio dell'azione penale.** Pádua: CEDAM, 1995;

VARGAS, Getúlio. **A Nova Política do Brasil.** v. V. Rio de Janeiro: José Olympio, 1938;

VIANNA, Túlio Lima. **Transparência pública, opacidade privada: o Direito como instrumento de limitação do poder na sociedade de controle.** Rio de Janeiro: Revan, 2007;

VISHINSKI, Andrei. **A prova judicial no direito soviético.** Trad. Roberto Pereira de Vasconcelos. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1957;

VITALONE, Claudio. **La funzione d'accusa tra obbligatorietà e discrezionalità.** *In:* GAITO, Alfredo (org.). **Accusa penale e ruolo del pubblico ministero: atti del convegno – Perugia 20-21 aprile 1990.** Nápoles: Jovene, 1991;

WACH, Adolf. **La pretensión de declaración.** Trad. Juan M. Semon. Buenos Aires: EJEJA, 1962;

\_\_\_\_\_. **Manual de derecho procesal civil.** Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJEJA, 1977;

WARAT, Luiz Antonio. **Saber crítico e senso comum teórico dos juristas.** *Revista Sequência*, UFSC, Florianópolis, n. 5, jun., 1982;

WEBER, Max. **Sobre a teoria das ciências sociais.** Trad. Carlos Grifo Babo. 2ª ed. Lisboa: Presença, 1977;

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán: parte general.** 11ª ed. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez. Santiago: Jurídica de Chile, 1970;

WINDSCHEID, Bernard. **La Actio. Replica al Dr. Theodor Muther.** *In:* WINDSCHEID, Bernard; MUTHER, Theodor. **Polémica sobre la “actio”.** Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJEJA, 1974

\_\_\_\_\_. **La “actio” del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho atual.** *In:* WINDSCHEID, Bernard; MUTHER, Theodor. **Polémica sobre la “actio”.** Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJEJA, 1974.