

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO**

MONOGRAFIA DE CONCLUSÃO DE CURSO

**REQUISITOS PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL:
DISTINÇÃO ENTRE PROCESSO E AÇÃO PENAL**

CURITIBA

2006

LEONARDO FAYAD GNOATO

**REQUISITOS PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL:
DISTINÇÃO ENTRE PROCESSO E AÇÃO PENAL**

Monografia de conclusão de curso
apresentada à disciplina de Monografia
do Curso de Graduação em Direito, setor
de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal do Paraná.
Orientador: Prof. Dr. Sylvio Degasperi
Kuhlmann

CURITIBA

2006

RESUMO

A pessoa, ao oferecer denúncia ou queixa junto ao órgão competente, deverá cumprir uma série de requisitos para transformar sua pretensão judicial em processo. A partir do estudo do direito de ação, passando pelo conhecimento de como o processo se configura, pode-se vislumbrar o que é necessário para a propositura de uma ação jurídica na Justiça Criminal. Portanto, o propositor deve seguir uma determinada ordem processual, atendendo aos pressupostos processuais e às condições da ação, de forma a obter uma tutela jurídica satisfeita.

Palavras-chave: Pressupostos Processuais, Condições da Ação, Processo Penal, Direito Processual Penal, Direito de Ação Penal, Juízo de Admissibilidade da Ação Penal

Sumário

| | |
|--|-------|
| 1. Introdução | p. 01 |
| 2. Pressupostos Processuais | p.03 |
| 2.1 Pressupostos Processuais de Existência..... | p. 04 |
| 2.1.1 Jurisdicionabilidade do Juiz..... | p. 05 |
| 2.1.2 Provocação ao Estado-Juiz..... | p. 08 |
| 2.1.3 Regularidade das Partes..... | p. 09 |
| 2.2 Pressupostos Processuais de Validade..... | p. 10 |
| 2.2.1 Legitimação das Partes..... | p. 12 |
| 2.2.2 Competência Relativa do Juiz..... | p. 13 |
| 2.2.3 Licitude do Objeto..... | p. 14 |
| 3. Condições da Ação | p. 18 |
| 3.1 Doutrina Tradicional..... | p. 19 |
| 3.2 Doutrina Contemporânea..... | p. 21 |
| 3.2.1 Tipicidade Aparente..... | p. 22 |
| 3.2.2 Punibilidade Concreta..... | p. 23 |
| 3.2.3 Legitimação à Causa e ao Processo..... | p. 24 |
| 3.2.4 Justa Causa..... | p. 25 |
| 4. Conclusão | p. 28 |
| 4.1 A Diferenciação entre Processo e Ação Penal..... | p. 28 |
| 4.2 O Juízo de Admissibilidade do Direito de Ação..... | p. 34 |
| 5. Bibliografia | p. 37 |

1. Introdução

Pode-se conceituar o direito de ação como o exercício de uma série de atos que desencadeiam na dedução de um direito em juízo. É o poder abstrato que, ao ser exercitado o autor obtém uma sentença apta a constituir coisa julgada¹. A ação, seja civil ou penal, é o modo pelo qual o cidadão provoca a atividade estatal, na figura do juiz, de forma a ter algum interesse satisfeito. Ocorre que, em direito processual penal, a questão do interesse (da propositura da ação, não processual, como se verá adiante) é relativizada.

Em outras palavras, é muito controvertida a idéia de interesse punitivo, visto que, na grande parte das ações de ordem criminal, não existe interesse do ofendido, no sentido de poder instaurar sozinho uma ação penal, pois que propostas pelo próprio Estado, através da atividade do Ministério Público². Claramente existem, também, as ações de cunho privado, instauradas por advogado particular, entretanto via de regra o Estado proporá a maioria das ações penais.

É por isso que a doutrina mais atual difere os princípios processuais civis dos penais. Afinal, sendo o direito material nestes ramos diferentes, diversa também deve ser a forma com que eles serão representados em juízo. Desta maneira, a idéia de teoria geral do processo é ultrapassada, já que seus institutos são paulatinamente dissociados em cada tipo de procedimento. Até mesmo a nomenclatura deverá ser diferente. Da proposta de Coutinho, “o conteúdo do processo pode ser apresentado pela expressão **caso penal**”³.

Até mesmo os maiores defensores da teoria única do Processo diferem a lide civil da controvérsia penal⁴. Afinal, é necessária uma

¹ CORDERO. *Procedura Penale*. p. 375. No original, “'azione' significa quel potere 'astratto', esercitando il quale l'attore ottiene una sentenza, favorevole o contraria, idonea a costituire cosa giudicata”.

² Código Penal, artigo 100, *caput*. *In verbis*: “A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido”.

³ COUTINHO. *A Lide e o Conteúdo do Processo Penal*. p. 149.

⁴ CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO. *Teoria Geral do Processo*. p.256.

separação entre o interesse civil do penal, pois nesta última o Estado exerce sua pretensão punitiva através de uma sentença condenatória criminal, graças à proibição da auto-executoriedade das penas⁵.

É importante separar o momento no qual o direito de ação é convertido em processo, com o despacho judicial de recebimento da denúncia ou da queixa. Nos casos de denúncia, quando há ação penal de iniciativa pública, proposta pelo Ministério Público. E, nos casos em que há queixa, nas ações penais de iniciativa privada, propostas por advogado particular. Além disso, os atos desencadeados pela própria denúncia (ou queixa) serão processuais, assim como o inquérito policial. Ocorre que a ação penal, tendo um juiz como intermediador, é mais complexa do que simplesmente atos concatenados, conforme se verá em seguida.

O presente trabalho se propõe a dissecar este momento, em que a pretensão punitiva do Estado adquire nova abordagem jurídica, quando o direito de ação penal é efetivado em juízo, uma vez satisfeitos os seus requisitos iniciais, e ganha os moldes do processo penal, ganhando uma série de novas características. Infelizmente, não poderemos abordar vários temas conexos, como as condições específicas de procedibilidade, as diferenças entre os sistemas processuais inquisitório e acusatório, entretanto esperamos versar sobre estes assuntos em momento oportuno.

O modo pelo qual a ação penal é proposta, portanto, difere totalmente da ação civil, com prerrogativas exclusivas, de acordo com que se passa a analisar, detalhadamente.

⁵ CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO. *Teoria Geral do Processo*. p.255.

2. Pressupostos Processuais

Afigura-se inevitável ao exercício da ação penal o cumprimento de certas exigências legais, prévias à própria interferência estatal no processo através da formalização da relação processual. Desta maneira, para que a ação validamente possa ser instaurada, quem a propõe deve seguir certas exigências.

Convém mencionar, destarte, que não nos aprofundaremos em um tema para muitos conexo, que é o estudo das condições de procedibilidade, que analisa a admissibilidade da acusação, âmbito externo ao da ação penal e do processo penal⁶.

A doutrina mais conservadora considerava o processo penal como uma sucessão do civil, de forma a criar uma teoria geral do processo, não importando a origem do direito material. Com isso, o direito processual penal meramente acompanha os princípios processuais civis, sendo, portanto, sujeito à todas as suas particularidades, desde que devidamente adaptadas. Assim, para eles, os pressupostos processuais penais são irrisórios, pois que derivados do direito processual civil. São classificados em subjetivos e objetivos, versando acerca das partes processuais e do processo em si.

Os pressupostos processuais subjetivos são aqueles que dizem respeito às partes no processo. Assim, versam sobre réu, autor e juiz, além dos sujeitos ocasionais que possam participar no processo.

Por outro lado, os pressupostos processuais objetivos discorrem sobre o processo em si. São separados em intrínsecos e extrínsecos, dependendo se tratam da formação do processo ou externos ao processo em si.

A doutrina especializada no procedimento criminal explica mais contundentemente esta matéria, que aqui passamos a adotar, separando-os em pressupostos de Existência e de Validade.

⁶ MARQUES. *Elementos de Direito Processual Penal*. Volume 2. p. 359.

Para que o processo possa ser devidamente instaurado, deve o seu proponente atender a todas as circunstâncias que legitimem a sua entrada no mundo jurídico. De forma a facilitar a compreensão de quais sejam estas circunstâncias, a doutrina processual penal separou-as em pressupostos de existência e de validade.

De modo que o procedimento ingresse na esfera de interesses jurídicos, ele deve atender a certas exigências. Apesar de interferir na vida das partes concretamente, o processo inexistente sob a ótica jurídica não tem valor para o Direito, sendo nulas todas as decisões nele proferidas.

Assim, o processo, enquanto meio de efetivação da vontade-dever punitiva do Estado, deverá atender a certas exigências. A inobservância destas exigências acarretará em nulidades, disciplinadas no Código de Processo Penal em título próprio.

Em outra seara, existindo o processo em seu sentido formal, não significa necessariamente que ele seja válido. O procedimento só será válido se outros requisitos forem respeitados, para que o órgão jurisdicional possa decidir sobre o seu mérito.

2.1 Pressupostos Processuais de Existência

Os pressupostos processuais de existência formam regularmente a relação jurídica, pois são ensejadores da criação do processo. Assim, eles são a principal categoria iniciadora do processo.

Para um ato processual existir, é necessário que ele atenda os devidos requisitos processuais. Sem estes, o ato foge de seu objetivo, de tal forma que, por causa desta deturpação, é considerado inexistente⁷.

⁷ MARQUES. *Elementos de Direito Processual Penal*. Volume II, p. 381 e 382.

Sem a obediência a estes pressupostos, o processo é inexistente. Isto significa que são irregularidades insanáveis, pois que o processo é um nada jurídico. Por mais que tenha afetado, materialmente, a vida das partes, é como se nada tivesse existido, visto que ignora-se o que ocorreu nos autos e tudo é considerado inexistente.

Deste modo, não há revisão dos atos, apesar de poder existir novo processo sobre a mesma causa, nem o trânsito em julgado da sentença inexistente.

O juiz deve, de ofício, ao perceber a ausência de pressuposto processual de existência, revogar todos os atos processuais até então, pois o processo é inexistente.

De forma a aprofundar os estudos, analisaremos os pressupostos processuais de existência individualmente, de acordo com a doutrina mais progressista neste âmbito.

2.1.1 Jurisdicionabilidade do Juiz

Figura central do procedimento, eqüidistante entre as partes, o Juiz desempenha papel primordial na relação jurídica. Para tal, deve o Juiz estar legitimamente em seu cargo, apto a julgar o mérito da questão ensejada.

O Juiz adquire a competência material no momento em que é investido no cargo. Assim, um juiz trabalhista é incapaz, sob a ótica jurídica, de proferir julgamento na área penal. Isto significa que o juiz penal deve estar formalmente admitido como juiz penal (a redundância é proposital).

A atribuição de um juiz a um dado processo pode ser feita a partir da vontade das partes, ao decidir sobre qual comarca julgará o caso, ou seja, a distribuição territorial, ou de acordo com o interesse público, quando importa à ordem judiciária que certas causas sejam

julgadas em determinados órgãos. Nas hipóteses reguladas pelo interesse público, as partes não podem modificar a competência da ação. Assim, a competência será dita absoluta, porque ensejadora de nulidade de todos os atos decisórios do processo, como versa o CPP em seu artigo 567.

Nos dizeres dos autores Grinover, Fernandes e Gomes Filho sobre o tema,

“É o *interesse público* pela perfeita atuação da jurisdição que prevalece na distribuição da competência entre Justiças diferentes (competência de jurisdição); entre juízes superiores e inferiores (competência hierárquica: originária ou recursal); e entre juízes do mesmo órgão judiciário (competência interna)”⁸.

A importância da competência material do juiz é tanta, que alguns autores a elenca como o único pressuposto processual de existência, no sentido de ser o juiz natural o requisito primordial do processo jurídico⁹. Desta forma, desde que o juiz absolutamente competente julgue a causa, ainda que não satisfeitos outros requisitos processuais, os outros pressupostos podem ser sanados. Portanto, o processo será existente juridicamente se realizados os ditames constitucionais dos incisos XXXVII e LIII do nobre artigo 5º, que impedem a instauração de tribunal de exceção no país e somente autorizam sentença dada por autoridade competente.

Com a proibição de um tribunal de exceção na nossa jurisdição, evita-se que uma causa seja arbitrariamente decidida por um determinado órgão, que não seria o “natural”. Em outras palavras, uma ação não poderá ter seu destino previamente estabelecido, antes mesmo do julgamento, por uma distribuição tendenciosa. Além disso, o

⁸ GRINOVER, FERNANDES e GOMES FILHO. ***As Nulidades no Processo Penal***. p. 45.

⁹ GRINOVER, FERNANDES e GOMES FILHO. ***As Nulidades no Processo Penal***. p. 46.

órgão regularmente designado deverá ter a sua competência delimitada através de parâmetros básicos¹⁰.

Juntam-se com a incompetência absoluta o impedimento e a suspeição do juiz, que são empecilhos à correta determinação da relação processual. Afinal, se o juiz incide em uma das hipóteses dos artigos 252¹¹ e 254¹² do CPP, claramente ele não poderá fazer um juízo imparcial sobre a causa, sendo tendencioso para uma das partes. Para Tornaghi, “o juiz é impedido, quando tem interesse no desfecho da causa; o juiz é suspeito, quando se interessa por qualquer das partes”¹³. Desta forma, o CPP determina o procedimento de exceção de suspeição, para sanar esta irregularidade. Todos os atos praticados serão nulos. A diferença reside no fato de o impedimento acarretar em inexistência jurídica, e a suspeição incidir em nulidade absoluta¹⁴.

A posição adotada no trabalho não exclui a importância do juiz natural à formação regular do processo, efetivamente a mais relevante para um devido processo legal e a maior garantia que o jurisdicionado

¹⁰ KARAM. **Competência no Processo Penal**. p. 38.

¹¹ *Verbis*: “Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:

I - tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consangüíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito;

II - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha;

III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;

IV - ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consangüíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito.”

¹² *Verbis*: “Art. 254. O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes:

I - se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles;

II - se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia;

III - se ele, seu cônjuge, ou parente, consangüíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes;

IV - se tiver aconselhado qualquer das partes;

V - se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes;

VI - se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo”.

¹³ TORNAGHI. **Curso de Processo Penal**. Volume 1. p. 154.

¹⁴ TORNAGHI. **Curso de Processo Penal**. Volume 1. p. 154 e 155.

pode ter. Porém, elencamos, além deste glorioso princípio, outros requisitos necessários para a instauração do procedimento, que não podem deixar de ser respeitados, como se verá a seguir.

2.1.2 Provocação ao Estado-Juiz

A triangulação da relação jurídica, com a devida inscrição do juiz como intermediador entre as partes, é elemento essencial da ação penal. A situação do Estado-Juiz, naturalmente, é eqüidistante, de forma a garantir a neutralidade da relação processual.

Desta forma, a doutrina se divide em classificar o processo como uma categoria de contrato, em que as partes são meramente analisadas pelo juiz, que garante a lisura de seu cumprimento, ou como uma relação processual autônoma, ensejadora de obrigações e deveres, que serão cumpridas por ambas as partes, independentemente de qual lado a decisão pender¹⁵.

Assim, diferentemente da relação de direito material, o liame processual ocorre com um intermediário, superior, que representa o Estado perante as partes.

Conferido de legitimidade para fazer valer a vontade estatal, ou seja, assegurar o bem comum (através do princípio administrativo da finalidade pública das atividades do Estado), o juiz se serve de um *status* neutro na relação jurídica. A provocação ao Estado-Juiz assegura, por um lado, a angularização do processo, visto que os dois extremos devem obediência às determinações judiciais, e garante, por outro lado, o equilíbrio, pois o juiz é neutro, se situa entre as duas partes, separando-as igualmente.

Aqui, a discussão é similar daquela encontrada no dito “interesse processual de agir”, visto que, no âmbito cível, importa como condição de ação a comprovação de interesse jurídico e econômico para

¹⁵ TOURINHO FILHO. *Processo Penal*. Volume 4. p. 4.

demandar em juízo. Já no direito judicial criminal, faz-se mister elencar os vários princípios inerentes à jurisdição, como a inércia e a necessidade de provocação para surgir a causa penal.

Por conta disso,

“frente a uma jurisdição inerte, (*ne procedat iudex ex officio*), impõe-se uma provocação por parte daquele que tem seu direito (regulado na esfera material) violado ou ameaçado e não pode impô-lo sozinho, na esfera privada (teoricamente) porque vedada a justiça pelas próprias mãos. Assim, aquele poder, para garantir sua imparcialidade, só se põe em funcionamento, em atividade, quando acionado (*nemo iudex sine actore*)”¹⁶.

Portanto, este princípio se remete à parte autora de um processo penal. Como é o pivô desta triangulação, o autor necessita de satisfazer a devida instauração do procedimento criminal, sendo a pessoa legítima para tal, prevista em lei, como o Ministério Público nas ações de iniciativa pública, ou a vítima (ou querelante) nas ações que exigem iniciativa privada.

Neste sentido, interessa ao processo, além da possibilidade concreta de o juiz processar a causa, que o seu autor seja a pessoa designada em lei para desempenhar este papel.

2.1.3 Regularidade das partes

Este pressuposto, por outro lado, faz menção à figura do acusado, do réu no processo. Na definição de Tornaghi, “acusado é parte no processo em virtude do qual fica sujeito ao poder do juiz”¹⁷.

Para ingressar regularmente no processo, o réu precisa ser devidamente “convidado”, através de citação válida. A citação é o momento no qual o réu tem conhecimento da causa, desta forma

¹⁶ COUTINHO. *A Lide e o Conteúdo do Processo Penal*. p. 143.

¹⁷ TORNAGHI. *Instituições de Processo Penal*. Volume III. p. 155.

criando uma série de direitos e deveres às partes. Assim, vincula o réu à causa, que dela poderá se defender¹⁸.

A ausência de citação acarreta na nulidade absoluta sanável por excelência, eis que a presença do réu não citado supre a nulidade, podendo o processo correr normalmente.

Desta forma, o Código de Processo Penal se preocupa em garantir ao réu o máximo de prerrogativas para se defender, com fulcro na Constituição, para se evitar a condenação de um inocente e a injusta acusação de uma pessoa¹⁹.

Por conta disso, no processo penal não poderão figurar no pólo passivo mortos, animais, vegetais e incapazes. Apesar dos registros históricos apontarem para processamento de mortos e animais, e culturas estrangeiras processarem menores de idade e incapazes, no Brasil isto é impossível.

Para ser processada, a pessoa que figura no pólo passivo de um processo deve poder ser imputável, portanto maior de dezoito anos e capaz sob a ótica penal. Ao menor acusado (“infrator”) se emprega o procedimento próprio do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O acusado necessita de defensor instituído, para que apresente defesa técnica no decorrer do processo. Quando o réu não tiver advogado, o juiz se encarrega de nomear defensor dativo, eis que a falta de procurador processual à parte acarretará em nulidade²⁰. Da mesma forma, a ausência de defesa incide em nulidade absoluta do procedimento.

2.2 Pressupostos Processuais de Validade

Uma vez instaurado o processo, vale dizer, existente para o mundo jurídico, passa-se à análise de sua validade. Assim como nos

¹⁸ MARQUES. *Elementos de Direito Processual Penal*. Volume II, p. 171.

¹⁹ TORNAGHI. *Instituições de Processo Penal*. Volume III. p. 157.

²⁰ TORNAGHI. *Curso de Processo Penal*. Volume 1. p. 490.

pressupostos processuais de existência, os requisitos para a sua validade também são indispensáveis à regularidade do caso penal a ser apresentado.

Aqui, o processo *existe*, mas seus atos decisórios não terão *efeitos* jurídicos. Serão, portanto, nulos de pleno direito, assim como nas hipóteses do art. 564 do CPP, com as exceções do art. 572 do mesmo Código.

Como o ordenamento não diferencia inexistência de nulidade absoluta, na prática forense haverá a equivalência entre os pressupostos processuais de existência e de validade. Por outro lado, na impugnação dos efeitos causados pela falha processual, importa saber se o processo é inexistente, sendo a atividade nele despendida ignorada pelo direito, se ele é absolutamente nulo, quando os seus atos não poderão ser aproveitados, ou relativamente nulo, podendo seus atos não decisórios ser convalidados.

Os atos anulados, desta forma, se sujeitam a um tratamento singular. Via de regra, todos os atos, decisórios ou não, ocorridos depois do ato atacado serão contaminados por esta nulidade, devendo ser, também, anulados²¹.

“Entendidos tais pressupostos como requisitos indispensáveis à validade do processo, seja para a sua constituição ou desenvolvimento, a sua falta em princípio se comunica a todos os demais atos do processo. Nem sempre, porém. Se o pressuposto diz respeito à constituição do processo e, portanto, exigível na fase postulatória, a declaração de nulidade obriga a regressão do procedimento ao estado em que tal requisito deveria estar presente. Se o pressuposto diz respeito ao válido desenvolvimento do processo é possível que os atos anteriormente praticados permaneçam íntegros”²².

²¹ BREDA. *Efeitos da declaração de nulidade no processo penal*. p. 190.

²² BREDA. *Efeitos da declaração de nulidade no processo penal*. p. 186.

Desta maneira, a exceção se encontra no interrogatório, que, se inválido, não contamina os atos regularmente realizados.

Portanto, desencadeamos um estudo específico de cada um dos pressupostos processuais de validade (ou validez, conforme a nomenclatura desejada), de forma a magnificar nosso entendimento no tema.

2.2.1 Legitimação das Partes

Para poder figurar em um procedimento penal, a parte deve ser apta para tal propósito, com a devida guarida legal que configura a sua presença no processo como legítima. Assim, a pessoa que faz parte do processo deve ter a legitimação processual, genérica, de poder ingressar em uma relação jurídica que é o processo penal. Desta forma, não importa se a pessoa tem a capacidade específica para determinada espécie de procedimento, pois este juízo é realizado posteriormente. Interessa, outrossim, a legitimidade de a pessoa realizar atos processuais, sendo capaz de desempenhar os direitos e obrigações exigidos pela relação processual.

Portanto, a capacidade penal, abstrata e genérica, se refere à possibilidade de a pessoa ingressar em juízo, fazer parte em uma relação processual penal, o que abrange, extensivamente, pessoas físicas, ainda que menores de idade, e pessoas jurídicas. Quanto aos menores de dezoito anos, eles podem exercer seus direitos em juízo por seus representantes legais, quais sejam seus pais, curadores ou tutores²³. As pessoas jurídicas podem figurar processualmente através de procurador.

Por outro lado, há hipóteses que, para a instauração do processo penal há a necessidade de provocação de alguma pessoa. Isto ocorre nas ações públicas condicionadas, que demandam

²³ TORNAGHI. *Curso de Processo Penal*. Volume 1. p. 40.

representação como, por exemplo, ocorre nos crimes contra a honra do Presidente da República, que precisa de autorização do Ministro da Justiça para ser validamente iniciada. Desta forma, a representação será um negócio jurídico, com a finalidade de demonstrar a vontade da vítima de um fato punível em se processar o seu autor material²⁴. Assim, é a “autorização dada pelo ofendido ao Ministério Público para promover a ação penal ou à autoridade policial para instaurar inquérito”²⁵.

Também é o caso do artigo 39 do Código de Processo Penal, que autoriza a representação legal para permitir a instauração de procedimento nos casos em que o titular é incapaz para tal²⁶.

2.2.2 Competência Relativa do Juiz

A competência jurisdicional remete-se a dois aspectos similares, porém facilmente distinguíveis. A competência absoluta diz respeito à capacidade de o juiz julgar a causa em relação à matéria apresentada. Já a competência relativa faz menção ao local do julgamento, transigível entre as partes, desde que haja um elemento de conexão autorizando o julgamento do caso em determinado foro²⁷.

Justamente por interessar sobremaneira à coletividade, o procedimento criminal deverá, via de regra, ser instaurado no foro onde o fato investigado ocorreu. Assim, “o interesse público, manifestado quer em função da repercussão do fato na localidade onde se deu seu cometimento, quer em função do bom funcionamento da máquina judiciária, (...) a favorecer a maior exatidão possível na reconstituição dos fatos”²⁸, será o norteador do foro competente para o julgamento do fato.

²⁴ TORNAGHI. *Instituições de Processo Penal*. Volume III. p. 319.

²⁵ TORNAGHI. *Instituições de Processo Penal*. Volume III. p. 318.

²⁶ TORNAGHI. *Instituições de Processo Penal*. Volume III. p. 307.

²⁷ TORNAGHI. *Curso de Processo Penal*. Volume 1. p. 93.

²⁸ KARAM. *Competência no Processo Penal*. p. 51 e 52.

Por ser relativa, a competência territorial não impede a garantia constitucional do juiz natural. Teoricamente, por razões óbvias, a obtenção de provas é mais fácil no local em que o crime se consumou, mas por outro lado as partes podem decidir, com a autorização judicial, em instaurar o processo em outro juízo.

“Mesmo assim, por não tratar-se de competência constitucional, não se aplica à competência territorial a regra do art. 5.º, LIII, da CF”²⁹.

Entretanto, se a causa for iniciada em uma vara relativamente incompetente, tanto o juiz, de ofício, pode reconhecer a sua incompetência, quanto a parte prejudicada pode pleitear por uma exceção de incompetência. Com isso, remetem-se os autos a um juiz apto à causa, convalidando os atos não decisórios e anulando os atos com teor decisório. Trata-se, portanto, de uma nulidade prevista no CPP, art. 564, I³⁰.

Finalmente, segundo a Súmula 160 do STF, “é nula a decisão do tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não argüida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício”. Em outras palavras, a sentença absolutória exarada por juiz relativamente incompetente não poderá ser reformada *ex officio*, somente com requisição da parte acusadora. Mas, terminada a relação processual, a sentença absolutória não poderá ser reformada, mesmo se exarada por autoridade relativamente incompetente.

2.2.3 Licitude do Objeto

Este aspecto processual faz referência à originalidade da causa, através da coisa julgada e da inexistência de litispendência do pedido. De tal forma que se evite que haja duas ações paralelas para o mesmo

²⁹ GRINOVER, FERNANDES e GOMES FILHO. *As Nulidades no Processo Penal*. p. 53.

³⁰ GRINOVER, FERNANDES e GOMES FILHO. *As Nulidades no Processo Penal*. p. 53.

assunto, ou seja, sobre o mesmo fato punível, o Código de Processo Penal, em seu artigo 95, inciso III, admite a exceção por litispendência. E, através de um mecanismo idêntico, encontrado no inciso V do próprio artigo 95, impede o processo quando já houver coisa julgada. Desta forma, veda-se, ainda que indiretamente, que se instaurem processos já julgados anteriormente.

O debate sobre litispendência e coisa julgada transgride as barreiras penais e atinge, também, a doutrina processual civil, que poderemos adaptar sem embargos, pois ambos institutos são equivalentes nos dois procedimentos.

A litispendência significa a continuidade de uma causa processual, através da propositura de um processo sobre determinados fatos. Como já existe uma ação jurídica acerca de um direito específico, este necessita de julgamento através de um único processo, não devendo ser julgada por duas instâncias diferentes. Assim, haveria a concomitância de dois processos sobre o mesmo assunto, o que é vedado pelo direito. Desta forma, operar-se-ia o inválido *bis in idem*, ou seja, a co-existência de dois processos com idênticos argumentos³¹.

Portanto, sobre um fato punível, em que se pede a condenação por determinado tipo de ilícito, imputado a uma pessoa (ou um grupo de pessoas), ocorrido em um dado período, só poderá existir um processo válido, inclusive todos os seus atos preparatórios, do qual somente se exarará uma sentença de mérito. Qualquer outra distorção sobre este princípio de identidade de causas penais, o que inclui os atos processuais prévios, como o inquérito policial³², é rechaçada pelo direito, através da exceção de litispendência consagrada no art. 95 do CPP.

Também se empresta do processo civil o conceito de coisa julgada como “a imutabilidade decorrente da sentença de mérito, que

³¹ MARQUES. *Elementos de Direito Processual Penal*. Volume II, p. 247; TORNAGHI. *Curso de Processo Penal*. Volume 1. p. 172.

³² MARQUES. *Elementos de Direito Processual Penal*. Volume II, p. 127.

impede sua discussão posterior”³³. Desta tese, cunhada por Marinoni e Arenhart, denota-se a preocupação em separar a coisa julgada material, que incide em efeitos para fora do processo, da coisa julgada formal, que somente acarreta em efeitos dentro do próprio processo³⁴.

Desta forma, a coisa julgada formal, na prática, é a preclusão dos atos processuais que podem alterar a sentença, como fazem os recursos. Uma vez impetrados e julgados todos os recursos cabíveis àquela sentença, ela será imutável dentro da relação processual³⁵. E a coisa julgada material, que pela sua importância é chamada simplesmente de “coisa julgada”, impede que uma sentença seja rediscutida por outra ação, exceto nos casos em que admitida a ação rescisória. No caso civil, a eficácia declaratória da sentença adquire a qualidade (e não o efeito) de imutável, pois que tende à obtenção da verdade naquele caso concreto³⁶.

Da doutrina processual penal, tem-se que

“A *res judicata* marca inconfundivelmente o ato jurisdicional, visto que ali se concentra, em sua plenitude, o comando emergente da sentença, tornando estável pela imutabilidade de que passa a revestir-se dentro e fora do processo”³⁷.

Como a prática criminal difere-se da cível na busca pela verdade e pela verossimilhança do ocorrido, com maior preocupação com a certeza jurídica do que com a estabilidade das relações sociais³⁸, as decisões condenatórias, via de regra, poderão ser rediscutidas

611. ³³ MARINONI e ARENHART. *Manual do Processo de Conhecimento*. p.

611. ³⁴ MARINONI e ARENHART. *Manual do Processo de Conhecimento*. p.

612. ³⁵ MARINONI e ARENHART. *Manual do Processo de Conhecimento*. p.

618. ³⁶ MARINONI e ARENHART. *Manual do Processo de Conhecimento*. p.

³⁷ MARQUES. *Elementos de Direito Processual Penal*. Volume III, p. 78.

615. ³⁸ MARINONI e ARENHART. *Manual do Processo de Conhecimento*. p.

posteriormente, desde que haja provas o suficiente para acarretar em novo juízo de mérito, mesmo depois de passadas todas as instâncias recursais para tanto. Seria absurdo pensar em imutabilidade de uma sentença injusta, erroneamente condenatória, por mais que o procedimento tenha sido correto e nos conformes legais, jamais possa ser revista³⁹.

Por outro lado, a sentença criminal absolutória, ainda que pautada em ausência de provas do acontecimento de fato criminoso, adquire imutabilidade assim que transitada em julgado. Este é outro princípio garantista do procedimento penal, pois assegura ao réu absolvido que o fato a ele imputado não poderá mais ser discutido em juízo. Assim, forma-se a coisa julgada, impedindo com que novo processo penal seja iniciado com o escopo de incriminar novamente, pelos mesmos fatos, o réu definitivamente absolvido.

³⁹ MARQUES. *Elementos de Direito Processual Penal*. Volume III, p. 84.

3. Condições da Ação

Apesar de a legislação garantir uma série de direitos aos cidadãos, alguns desses direitos necessitam de interferência jurisdicional para serem efetivados. Com isso, a partir do direito posto, podem as pessoas pedirem em juízo a sua prestação no caso concreto. Isto significa, em poucas palavras, o direito de ação.

Para tal, o proponente de uma ação judicial deve preencher algumas condições, de modo a poder ter a sua demanda aceita pelo Judiciário e transformá-la em um processo judicial.

De forma a proporcionar uma sentença de mérito a partir do pedido estipulado, a ação judicial deve seguir uma série de elementos necessários para a regularidade processual⁴⁰.

Assim como ocorre com os pressupostos processuais, a doutrina tradicional emprestou os conceitos do Direito Processual Civil sobre este tema. Desta forma, para se instaurar uma ação na área cível, deve o autor comprovar a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse processual⁴¹. Sem estes pré-requisitos, carece o autor do direito de ação, não lhe sendo possível ser aplicada uma sentença de mérito⁴².

As correntes contemporâneas da doutrina processual penal entende esta matéria diferentemente, adaptando as condições de ação à realidade do processo criminal. Desta forma, promove-se uma dissociação do processo civil, pois o direito penal exige algumas peculiaridades no exercício do direito de ação.

Com a idéia de condição para agir em juízo, evita-se a instauração de processos manifestamente inúteis, eis que o Estado é incapaz de intervir concretamente em cada caso. Isto ocorre tanto pela evidente inocência do réu, que se prejudica deveras pelo fato de ser

⁴⁰ MARQUES. *Elementos de Direito Processual Penal*. Volume i, p. 292.

⁴¹ Código de Processo Civil, art. 267, VI; e art. 3º.

⁴² SOUZA. *Direito Processual Civil e Penal*. p. 48.

acusado, quanto pela inexistência de tipo legal para o fato narrado, ou de pretensão punitiva do Estado em relação ao suposto réu. Assim, para qualquer pessoa a figurar no pólo passivo de uma relação processual, o estigma causado pela acusação formal é tanto, que o processo, desde logo, já se transforma em uma sanção, por si mesmo.

Deste modo, no processo penal se atentam, a título de condições de ação, aos aspectos de tipicidade aparente, punibilidade concreta, legitimação à causa e ao processo, e justa causa.

Convém mencionar, ainda, acerca dos efeitos da declaração de nulidade do processo por falta de condição da ação. A doutrina se divide neste aspecto, mas acreditamos ser válida a teoria geral das nulidades processuais. Desta feita, colocam-se as condições da ação no mesmo patamar das nulidades absolutas, eis que ensejam a formação da ação jurídica. Assim como ocorre com os pressupostos processuais de validade, anulam-se todos os atos subseqüentes ao ato inválido.

Por conta disto cabe, aqui, um esclarecimento. As condições da ação se diferenciam dos pressupostos processuais por versarem sobre assuntos conexos, porém diversos. Enquanto aquelas fazem menção ao direito abstrato de ação, estas se referem ao processo em si. Para melhor compreensão da temática, ver a seção 4.1.

3.1. A doutrina tradicional

Da mesma forma que ocorre com os pressupostos processuais, a doutrina tradicionalista do direito processual penal não se dissocia dos elementos do seu equivalente civil. Assim, passa-se a analisar, individual e criticamente, as condições da ação propostas pelos antigos, para depois trabalhar com base nos novos conceitos propostos pelos autores atuais.

A possibilidade jurídica do pedido traduz-se na capacidade de se produzir uma sentença de mérito a partir do pedido formulado. Desta forma, impedem-se petições absurdas, no juízo de improcedência da petição inicial, que requerem coisas impossíveis de serem deduzidas através da atividade jurisdicional. Normalmente, as hipóteses de impossibilidade jurídica do pedido são *ratione materiae*, ou seja em razão de a matéria deduzida em juízo não ser a adequada para o foro.

No processo penal, são mais comuns os casos de inépcia da denúncia ou da queixa, quando evidentemente o fato narrado não constituir crime⁴³. Já as poucas situações de impossibilidade jurídica referem-se a vedações legais, como *habeas corpus* em casos de punições militares⁴⁴.

O interesse processual (ou interesse de agir) significa o devido uso da máquina judiciária para conseguir os fins almejados. Assim, a parte deve comprovar que necessita do Poder Judiciário para ter o seu interesse defendido, ou pedido atendido.

Em direito processual penal, que atende principalmente a vontade condenatória da sentença, não há o que se falar em interesse de agir, visto que é crime obter justiça com as próprias mãos (Código Penal, art. 350). Por mais que o juízo criminal também julgue pedidos não condenatórios (*habeas corpus*), inevitável é a via judicial para obter a conseqüência esperada, ao contrário da área cível, em que acordos extra-judiciais podem ser realizados, portanto teoricamente sempre se haverá interesse processual em agir, subentendido na relação jurídica processual penal.

Aqui, também podemos remeter à válida provocação ao Estado-Juiz, estudada no tópico 2.1.2, em que se verifica a exigência de se passar a um terceiro, representado pelo Estado, a justa resolução do

⁴³ Código de Processo Penal, art. 43, I.

⁴⁴ SOUZA. *Direito Processual Civil e Penal*. p. 65.

caso, eis que os particulares são incapazes, juridicamente, de julgar o mérito extra-judicialmente, já que é vedada a “vingança privada”⁴⁵.

Deve haver um “pedido idôneo a provocar a atuação jurisdicional”⁴⁶, ou seja, desde que haja um fato punível, e a devida correlação com a autoria deste fato, existe o interesse processual. Por outro lado, inexistindo a correspondência entre o fato praticado e a intenção de punir, de obter sentença condenatória, seja pelo *animus* da parte ou pela inexistência de punibilidade, não há interesse processual.

A legitimidade das partes diz respeito à possibilidade de réu e autor regularmente ingressar no processo. O Código de Processo Civil, em seu art. 6º, veda que alguém recorra ao Poder Judiciário no lugar de outrem, o que impede a propositura de ação em nome alheio, em que uma pessoa se beneficiaria sobre direito de outra.

Sob a ótica penalista, a legitimidade à causa significa a possibilidade de o autor poder postular em cada processo específico, sendo vítima e propondo uma queixa-crime, por exemplo. Como o Ministério Público tem a capacidade ativa de propôr ação em nome alheio (ou seja, da coletividade), este princípio é relativizado. Nos casos de ilegitimidade passiva dentro da causa, esta é uma questão de mérito, em que se avalia se o réu processual é autor do crime, na sentença, não sendo isso avaliado como condição de ação.

3.2. A doutrina contemporânea

A maioria dos autores atuais, ao tratar do tema condições de ação, se embasa no artigo 43 do Código de Processo Penal, que elenca as hipóteses de rejeição da denúncia ou da queixa. Em uma construção interpretativa do artigo, a doutrina passou a considerar estas hipóteses

⁴⁵ CIRINO DOS SANTOS. *Teoria da Pena*. p. 209.

⁴⁶ MARQUES. *Elementos de Direito Processual Penal*. Volume I, p. 293.

verdadeiras condições da ação, visto que sem elas, a ação penal não poderá ser aceita.

A partir deste raciocínio, uma vez rejeitada a denúncia ou a queixa, que caracterizam os primórdios de uma ação penal como o pontapé inicial de uma relação jurídica processual, carece o autor de ação. Desta forma, o proponente não teria o direito concreto de deduzir em juízo a violação almejada, pois incorreria em ao menos uma das quatro impossibilidades constantes do art. 43 do CPP, em seus três incisos, aliado com o art. 18 do mesmo Código.

Entretanto, “a rejeição não prejudica o pedido, não significa decisão sobre o mérito e, portanto, não preclui a via judiciária a novo exercício da ação, desde que satisfeito o requisito que faltou anteriormente”⁴⁷.

Desta forma, para que haja julgamento do mérito da causa penal, o chamado “*accertamento*”, a ação deve ser juridicamente válida e existente, para além dos pressupostos processuais, na obediência às condições de ação. Interessa, portanto, que a pretensão punitiva satisfaça, também, alguns outros elementos, denominados condições da ação, cuja ausência acarreta na impossibilidade de se prosseguir com o exercício do direito de ação. “Em outras palavras, o Ministério Público deve pedir o arquivamento do inquérito policial (ou de outros elementos de convicção) quando faltarem as condições exigidas para o exercício da ação penal”⁴⁸.

3.2.1 Tipicidade Aparente⁴⁹

A hipótese apresentada pelo inciso I do art. 43 do CPP serve para impedir o processamento de um fato não abarcado pelo Direito

⁴⁷ TORNAGHI. *Curso de Processo Penal*. Volume 1. p. 56.

⁴⁸ BREDI. *Efeitos da declaração de nulidade no processo penal*. p. 184.

⁴⁹ Ver, sobre este tópico, SILVEIRA. *A Tipicidade e o Juízo de Admissibilidade da Acusação*.

Criminal. Desta forma, se os acontecimentos claramente não forem fatos típicos, ou seja, não constituírem crime, não há porque se processá-los. E, ainda, quando o Código menciona “crime” quer dizer “tipo”, visto que aqui se averigua, antes da análise do mérito, se os fatos narrados possivelmente infringiram um tipo penal.

A noção de tipicidade surge no Direito Material Penal, e significa que, *grosso modo*, o fato, para ser punível, necessita de uma previsão legal, e se este fato ocorrer de acordo com o prescrito em Lei, será um injusto, e portanto punível.

Nesta linha de raciocínio, a doutrina denominou de “tipicidade aparente” a necessidade de os fatos narrados poderem constituir crime, por mais que se verifique que há atipicidade no caso. Desta maneira, não se qualificam a ausência de prova ou de censurabilidade, e sim a possibilidade de o fato constituir crime. Leia-se: a aparência de que a conduta realizada é típica⁵⁰.

Por causa disso, a construção doutrinária aponta que, “para o autor ver procedente a ação, deve levar ao juiz, na imputação, uma conduta que, aparentemente, corresponda a um tipo legal”⁵¹.

Isto não significa uma análise antecipada do mérito, nem mesmo um pré-julgamento do caso penal, mas efetivamente o não-processamento de um fato não criminoso⁵².

3.2.2 Punibilidade Concreta

Esta condição da ação traduz-se na efetiva possibilidade que a denúncia ou a queixa têm de alcançar o seu fim, que é obter a prestação jurisdicional. Assim, se ocorrerem, no caso concreto, alguma das hipóteses do art. 107 do Código Penal, que são as excludentes de

⁵⁰ SILVEIRA. *A Tipicidade e o Juízo de Admissibilidade da Acusação*. p. 112.

⁵¹ COUTINHO. *A Lide e o Conteúdo do Processo Penal*. p. 146.

⁵² COUTINHO. *A Lide e o Conteúdo do Processo Penal*. p. 147.

punibilidade, o réu certamente não poderá ser condenado através do processo, eis que impunível. Desta forma, esta condição almeja maior celeridade, impedindo o Judiciário de julgar causas absurdas, impossíveis de acarretar em condenação do acusado⁵³.

Da doutrina do direito material penal, temos que a punibilidade objetiva significa uma circunstância da ação típica exigida para a caracterização de um fato impunível, que foge da subjetividade do autor típico. Assim ocorre no crime de induzimento de suicídio, quando a vítima não morre⁵⁴. Falta ao autor uma condição específica, encontrada no próprio tipo de injusto. Portanto, em o autor do fato deixando de cumprir, materialmente, com um elemento do tipo de injusto, ocorrendo concretamente o fato punível ou não, carece a ação jurídica penal de punibilidade concreta. Cabe lembrar, aqui, a divergência doutrinária na denominação deste instituto, se a punibilidade é *concreta* ou *objetiva*. Entretanto, não importando a nomenclatura utilizada, os fins atingidos serão os mesmos.

Concluindo, “para que o juiz refugue a denúncia ou queixa é preciso que haja prova da extinção da punibilidade”⁵⁵.

3.2.3 Legitimação à Causa e ao Processo

Diferentemente do que ocorre no processo civil, no direito judiciário criminal a legitimação da parte ao processo diz respeito à distinção das possibilidades de iniciativa da ação penal, entre pública e privada. Por conta disto, como a formulação de uma ação penal através do Ministério Público não pode, via de regra, ser proposta pelo particular, o juiz intimará o legítimo proponente para que se manifeste.

⁵³ SILVEIRA. *A Tipicidade e o Juízo de Admissibilidade da Acusação*. p. 57 e 58.

⁵⁴ CIRINO DOS SANTOS. *A Moderna Teoria do Fato Punível*. p. 268.

⁵⁵ TORNAGHI. *Curso de Processo Penal*. Volume 1. p. 55.

Como este princípio é muito confuso na doutrina, no presente trabalho procuramos uniformizar o entendimento, com vistas à condição de ação, a propósito da iniciativa, na pessoa legitimada pela lei para tal. Neste caso, além de suscitar falta de condição de ação, a ilegitimidade ativa gera nulidade absoluta⁵⁶, já referida no tópico 2.2.1.

Em outras palavras, aqui a idéia de legitimação é transmitida no sentido de que o instaurador de uma ação criminal atente à exigência legal de iniciativa, seja pública ou privada, e que os aspectos de quem propor a ação deverão ser atendidos⁵⁷.

Convém lembrar que se especificam nos parágrafos 1º e 2º do artigo 100 do Código Penal os autores legítimos para as ações pública e privada. Conforme apresenta-se no tópico 4.1, poderá existir ação penal privada subsidiária da pública, o que se verá mais detalhadamente em seu momento propício.

3.2.4 Justa Causa

A discussão doutrinária sobre a justa causa é vastíssima, principalmente porque mencionada em somente um artigo do Código de Processo Penal, no sentido de condição de ação, quando trata da propositura de *habeas corpus* (art. 648). Além disto, a justa causa como conceito processual penal é relativamente recente, ainda mais como hipótese de condição de ação.

A expressão justa causa encontra-se acolhida nos diversos ramos de Direito, com sentidos diferentes. No Direito Trabalhista, por exemplo, justa causa se remete à demissão, e significa, *grosso modo*, falta grave do trabalhador que enseje o encerramento do vínculo empregatício. No Direito Processual Civil, justa causa quer dizer um

⁵⁶ MOURA. *Justa Causa Para a Ação Penal*. Doutrina e jurisprudência. p. 190.

⁵⁷ SILVEIRA. *A Tipicidade e o Juízo de Admissibilidade da Acusação*. p. 58 a 60.

motivo inesperado causador de uma ausência de uma das partes no processo, como os fatos fortuitos e de força maior.

Por causa dessa remição ao Processo Civil, o Código de Processo Penal provoca uma verdadeira confusão nesta matéria, já que a mesma expressão possui sentidos completamente diferentes, advindos do Direito Civil, e se serve para justificar condutas, tanto no sentido de eximir a parte de responsabilidade quanto para dar fundamento a certo ato⁵⁸.

Graças à desordem no Processo Penal, os anteprojetos para um novo Código de Processo Penal, elaborados por Frederico Marques, em 1970, revisto em 1975 e 1977, pelo Ministério da Justiça, em 1981, pelo Poder Executivo em 1995, e novamente pelo Ministério da Justiça, em 2000, continuam a justa causa como requisito fundamental para a propositura de ação penal⁵⁹. Já em 1970, Frederico Marques propunha “não será proposta ação penal pública ou privada, sem legítimo interesse ou justa causa”. Isto denota que, desde aquela época, a justa causa era discutida com valores diversos em Processo Penal. Portanto, se até hoje o Processo Penal ainda não foi reformado, apesar das diversas propostas e anteprojetos, este tema encontra-se em polvorosa, necessitando de uma uniformização doutrinária para ser aplicado.

Interpretando o atual Código Processual Penal extensivamente, temos, no artigo 18, que o Ministério Público pode requerer o arquivamento do inquérito quando faltar base para a denúncia. E, no artigo 43, III, parte final, rejeita-se a denúncia ou a queixa quando “faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal”. Da soma destes preceitos legais temos uma outra exigência, a justa causa, apontada por Breda ainda em 1980⁶⁰.

⁵⁸ MOURA. *Justa Causa Para a Ação Penal*. Doutrina e jurisprudência. p. 122.

⁵⁹ MOURA. *Justa Causa Para a Ação Penal*. Doutrina e jurisprudência. p. 126 a 134.

⁶⁰ BREDA. *Efeitos da declaração de nulidade no processo penal*. p. 184.

A partir da edição da Lei 5250/67, sobre a liberdade de expressão, encontra-se regulada no nosso Direito a figura da justa causa, como elemento formador da denúncia ou da queixa, portanto como condição da ação penal⁶¹.

Destaca-se, por um lado, a posição do criminalista Cirino dos Santos, que coloca a justa causa como elemento da *punibilidade concreta* (ou *objetiva*), e de tantos outros processualistas, que tanto encaram a justa causa como hipótese estranha ao Direito Processual Penal, quanto a colocam como uma mera síntese de uma outra condição da ação, ou mesmo ignoram a existência deste princípio.

Por outro lado, concordamos com o autor Plínio Corrêa, quando sedimenta o instituto jurídico da justa causa “em dois sólidos pilares: a) **na prova da existência de uma hipótese delitiva**; b) **na prova ou, pelo menos, em indícios idôneos de sua autoria**”⁶².

A justa causa significa, portanto, o mínimo de certeza sobre a ilicitude dos fatos, e sobre possíveis autores do crime. Se não há, sequer, indícios de que a prática delituosa realmente existiu ou de que alguém possa ser responsabilizado por isso, então a ação penal será precária desde logo, versando sobre um objeto estranho ao direito, através de uma materialidade mais volátil do que meros indícios.

⁶¹ CORRÊA. *Conceito de Justa Causa*. p. 252.

⁶² CORRÊA. *Conceito de Justa Causa*. p. 255.

4. Conclusão

Para fins didáticos e com o objetivo de aumentar a compreensão do trabalho apresentado, dividiremos o capítulo da conclusão em três seções, que destacam os principais aspectos do texto, as discussões originadas da sua leitura e tentam solucionar algumas das polêmicas aqui trazidas.

Com isso, sem pretensões mirabolantes nem inovações doutrinárias, esta singela monografia busca separar o momento em que a ação penal efetivamente ganha luz, através da admissibilidade jurisdicional do direito de agir, para analisar os requisitos primordiais para que esta etapa do procedimento criminal possa acontecer.

Convém, ainda, mencionar que o presente texto obviamente não segue o rigor científico de uma tese inovadora, nem estudou todos os aspectos possíveis e imagináveis do campo sugerido, por impossibilidade humana de fazê-lo, mas busca obter a maior precisão atingível por um estudante com ânsia de aprofundar os seus conhecimentos na área. Assim, o texto faz um apanhado geral do tema proposto, sem se tornar pedante nem exagerado, para que o seu leitor e o seu escritor possam aprender com ele.

Portanto, objetivou-se estudar a temática escolhida de modo a proporcionar a pesquisa – aprofundada, mas não absoluta – de seu conteúdo. Então, às conclusões alcançadas pela monografia!

4.1. A Diferenciação entre Processo e Ação Penal

A partir de uma análise de definições clássicas, poderemos distinguir os diversos conceitos relacionados à doutrina processualística.

Ação penal é um termo cunhado graças à exegese do Direito Romano, principalmente por causa do legado deixado por Celso, para

quem “nenhuma outra coisa é a ação do que o direito de (ou para) perseguir em juízo aquilo que para si é devido”⁶³.

Tendo por base esta fórmula, os processualistas alemães Windscheid e Muther travaram uma discussão doutrinária acerca da real adaptação da expressão romana no direito da época (século XIX). Para Windscheid, a *actio* significa a pretensão, ou seja, o direito de obter uma tutela jurisdicional, potencialmente exercido ou não. Assim, não corresponderia à noção de ação, no sentido de efetivação da tutela, através do devido processo legal⁶⁴. Já para Muther, a *actio* seria o direito de obter o provimento estatal⁶⁵.

Assim, sintetizando a discussão, designamos a ação como a efetivação da pretensão de direito material, ao deduzir em juízo um determinado direito. “Trata-se, por certo, de **direito subjetivo material, público**, universalmente consagrado, em que se especifica o **direito de petição**”⁶⁶. Ação é, portanto, o “exercício do **direito à jurisdição**, por um dos sujeitos da relação jurídica material, que, representando-a parcialmente, se denomina **parte**”⁶⁷.

Os autores penalistas e processualistas são extensivos a tratar do tema dos princípios da ação penal. Como o Código Penal trata da ação em alguns artigos (especificamente, nos artigos 100 a 106), os penalistas apresentam uma série de argumentos sobre os princípios de formação do processo⁶⁸. Por outro lado, os processualistas também discorrem sobre o assunto⁶⁹. Portanto, adotaremos uma posição

⁶³ KUHLMANN. *A actio sob a ótica de Muther, a partir da definição de Celso*. p. 164.

⁶⁴ KUHLMANN. *A actio sob a ótica de Muther, a partir da definição de Celso*. p. 150 a 154.

⁶⁵ KUHLMANN. *A actio sob a ótica de Muther, a partir da definição de Celso*. p. 159.

⁶⁶ TUCCI. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. p. 54. Notas do original omitidas.

⁶⁷ TUCCI. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. p. 58. Notas do original omitidas.

⁶⁸ Termo cunhado por CIRINO DOS SANTOS, em sua obra *Teoria da Pena*, p. 210.

⁶⁹ Seguiremos, principalmente, a lição de COUTINHO, em seu artigo *Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro*, com apoio teórico de

intermediária, que atenda a ambas as correntes doutrinárias, tendo como os principais norteadores da ação a oficialidade e a obrigatoriedade.

Por oficialidade entende-se a definição de qual será o iniciador da persecução penal. Não podendo o juiz iniciar o processo de ofício, via de regra o Ministério Público terá a primazia dos atos penais, exercendo o monopólio estatal⁷⁰. A ação penal será de iniciativa pública incondicionada quando o MP não necessita de autorização da parte para instaurar a ação, uma vez atingidas as suas condições. Por outro lado, a ação penal pública condicionada somente será proposta mediante representação da parte, nos raros casos elencados pela lei. Ainda, a ação será privada nos casos em que seu titular não for o Ministério Público, ou seja, o quando particular deverá estabelecer a ação, através da queixa no lugar da denúncia. Além disso, a Constituição, em seu artigo 5º, inciso LIX, e o Código de Processo Penal, em seu artigo 29, permitem a instauração de ação penal privada subsidiária de pública⁷¹.

As teorias sobre o direito de ação penal indicam uma tendência pela efetivação da segurança pública, através da defesa pelo bem comum. Claro que há todas as garantias em relação ao réu, visto que são deveres constitucionais assegurar a ampla defesa, o contraditório, o devido processo legal, e não há como abdicar delas. Entretanto, percebe-se do princípio da obrigatoriedade (ou legalidade) que, sempre quando possível, haverá o processamento dos fatos tidos como lesivos à sociedade, ou ao menos o julgamento dos tipos de injusto que vierem a ser cometidos, excluindo a arbitrariedade na propositura da ação penal⁷². Ainda, segundo o artigo 48 do Código de Processo Penal, a

SOUZA NETTO e de outros processualistas.

⁷⁰ CIRINO DOS SANTOS. *Teoria da Pena*. p. 210.

⁷¹ COUTINHO. *Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro*. p. 180 a 183.

⁷² COUTINHO. *Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro*. p. 183 a 186, CIRINO DOS SANTOS. *Teoria da Pena*. p. 211.

ação penal será indivisível, de tal forma que se algum fato punível tiver a participação de vários co-autores, todos eles deverão ser julgados⁷³.

O processo significa, por outro lado, o conjunto de atos realizados em determinada seqüência previamente estabelecida por lei, dentro de uma relação processual.

“Processo penal como procedimento é uma seqüência ordenada de fatos, atos e negócios jurídicos que a lei impõe (normas imperativas) ou dispõe (normas técnicas e normas puramente ordenatórias) para a averiguação do crime e da autoria e para o julgamento da ilicitude e da culpabilidade”⁷⁴.

A esta relação jurídica tem-se a intermediação estatal como norte, na figura do juiz, que se estabelece através do juízo de admissibilidade da ação. Nesta ordem, os atos realizados anteriormente também serão processuais, mas o processo passa a existir formalmente, com validade jurídica, com a mediação do juiz entre as partes.

Ocorre que os atos processuais podem estar inseridos na ação penal ou não. Eles estarão fora da ação penal, por exemplo, no inquérito e na formalização da denúncia ou da queixa. Assim, o juízo de admissibilidade ainda não foi realizado, mas os atos performados serão de índole processual.

O processo, por sua vez, segue princípios próprios, com guarida na Constituição Federal. O devido processo legal⁷⁵, com a expressão consagrada pelo direito anglo-saxão, *due process of law*, significa a necessidade de se existir um processo, estabelecido em lei, para ocorrer o julgamento de alguma pessoa. Assim, o processo é igual para todos os jurisdicionados, vedado o procedimento arbitrário.

⁷³ COUTINHO. *Princípios Gerais de Processo Penal*. p. 12.

⁷⁴ TORNAGHI. *Instituições de Processo Penal*. Volume III. p. 501 e 502.

⁷⁵ Constituição Federal, art. 5º, LIV: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

A ampla defesa e o contraditório⁷⁶ são correlatos, e corroboram com a idéia de possibilitar ao réu participação no processo. A ampla defesa proporciona ao réu a oportunidade de responder às acusações a ele atribuídas. Serve, também, para reforçar o princípio de presunção de inocência de todas as pessoas, eis que a Constituição assegura que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”⁷⁷. Com o contraditório, o processo ganha moldes de uma relação entre partes, tendo a atividade jurisdicional como intermediadora eqüidistante. É por causa disto que as atividades de acusação e de julgamento não deverão ser concentradas na mesma pessoa, já que poderia contaminar o processo de arbitrariedades desnecessárias.

O processo deve, ainda, ser público e permitir a participação do maior número de pessoas possível, com a consagração do princípio da oralidade, que abrange, ao máximo, a obtenção de direitos pela via judiciária. Do direito processual penal, portanto,

“Extrai-se do conteúdo dessa relação, a expressão oral dos atos e termos processuais (oralidade), a presença ininterrupta dos sujeitos processuais (imediatidade), a inexistência de fragmentação (continuidade) da audiência controlada pelo público (publicidade), da qual se realizaram todos os elementos necessários à decisão, tomada por um Juiz que dela necessariamente participou”⁷⁸.

Já o livre convencimento do juiz, a busca pela verdade material e a licitude dos meios de prova se prestam, principalmente, à garantia de que o procedimento será o mais imparcial possível, dentro das humanidades do julgador da causa. O importante, no processo, é que o juiz não se deixe levar por arbitrariedades nem por preconceitos. O juiz

⁷⁶ CF, art. 5º, LV: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

⁷⁷ CF, art. 5º, LVII.

⁷⁸ SOUZA NETTO. *Processo Penal – Sistemas e Princípios*. p. 151.

criminalista deve ser dotado de sensibilidade tal, que permita às partes a mais ampla dilação probatória, com o intuito de decidir a causa sem dúvidas. O órgão julgador não poderá hierarquizar as provas obtidas, nem mesmo ter a confissão como absoluta, ao dirimir a causa. Deve, portanto, se prevalecer dos princípios constitucionais para reproduzir os fatos da maneira mais verossímil possível, buscando saber o que realmente aconteceu, para poder exarar uma sentença de mérito justa, que contemple as partes com a dedução em juízo dos fatos apresentados.

Apesar de se questionar a igualdade das partes como efetivamente existente, o processo é uma triangulação jurídica. Por um lado, a lei não delimita às partes um tratamento igual, eis que o Ministério Público possui algumas prerrogativas exclusivas, das quais o réu não poderá se beneficiar. Mas, de outro lado, o réu também dispõe de garantias. No fio da balança, as partes não gozarão das mesmas benesses, fazendo com que a relação processual sempre seja desequilibrada. Maior exemplo disso é o inquérito policial, que, apesar de seguir um procedimento penal, regulado em lei, na forma de processo, visa obter provas sobre o acusado antes de haver a formalização do processo, com a devida triangulação da relação jurídica, sem as mesmas garantias que este procedimento teria se processo fosse⁷⁹.

Desta forma, a tênue linha que separa o processo da ação penal se situa no juízo de admissibilidade da ação, que transforma a pretensão de direito material em efetiva prestação de tutela jurisprudencial. Com isso, ao conjunto de atos concatenados, na forma de um procedimento legal, que buscam um fim específico, obtido através de uma sentença judicial, dá-se o nome de processo. E o direito de exigir estes atos perante o Estado é o direito de ação.

⁷⁹ COUTINHO. *Princípios Gerais de Processo Penal*. p. 10 e 11.

4.2 O Juízo de Admissibilidade do Direito de Ação

Uma vez obedecidos todos os requisitos processuais exigidos, a atividade jurisdicional se resume a admitir a ação como válida, dando início, efetivamente, às etapas do processo. Assim como dever legal da parte do Ministério Público, ao perceber provas suficientes para instaurar ação penal, deve o juiz, ao receber o caso, ao ver atendidos os requisitos necessários, processar a causa penal em voga.

Acerca da obrigatoriedade de a sociedade acatar as normas jurídicas, o que se aplica ao juiz, caso se negue a dar seguimento ao feito e, conseqüentemente, ao processamento, o autor inglês de teoria geral do direito H. Hart tem o seguinte entendimento:

“No caso de regras jurídicas é muitas vezes sustentado que a diferença crucial (o elemento de <ter de> ou <ter o dever de>) reside no facto de que os desvios de certos tipos de comportamento serão provavelmente objecto de reacção hostil, e, no caso das regras jurídicas, serão punidos por funcionários. (...)”

No caso de regras jurídicas, a consequência previsível é definida e organizada de forma oficial. (...)”

É óbvio que a previsibilidade do castigo é um aspecto importante das regras jurídicas; mas não é possível aceitar isto como uma descrição exhaustiva do que se quer dizer com a afirmação de que uma regra social existe ou no elemento <ter de> ou <ter o dever de> abrangido nas regras”⁸⁰

Da interpretação destes trechos, tem-se que não resta outra tarefa ao juiz que atender o prosseguimento da ação. Praticamente como se fosse um dispositivo, a atividade jurisdicional se limita a dar andamento, a processar a causa. Não haverá outra opção, é irrefutável.

O dever do Estado surge como intermediador de uma relação jurídica litigiosa, com a triangulação da lide, se fosse um juízo cível. E,

⁸⁰ HART. *O Conceito de Direito*. p. 14 e 15.

no âmbito criminal, na *causa*, em que se atende principalmente o interesse público no devido processamento de indivíduos potencialmente criminosos, ou na declaração de inocência, tão almejada pela parte ré, o Estado não poderá se eximir de sua responsabilidade. Tanto para promover o julgamento quando presentes os requisitos necessários para tal, quanto para garantir aos seus partícipes e à sociedade a maior justiça possível, o Estado surge como figura central. Seja o representante do povo através do Ministério Público, como defensor da coletividade e do sistema, investida no juiz, quanto legislador, instituindo um sistema processual justo e democrático. Entretanto, o Estado não poderá se valer de sua discricionariedade para sobrecarregar os cidadãos de ações penais inúteis, ou claramente inócuas. O ente público somente instaura as ações, de um lado, e as admite, de outro, quando realmente necessário, e dentro do limite da legalidade.

Extensivamente, o princípio fundamental da legalidade, além de norte para toda a atividade estatal, deve ser aplicado no campo processual penal. Como a própria Constituição prevê⁸¹, a partir do brocardo *nullum crimen nulla pœna sine prœvia lege*, no chamado princípio da reserva legal, haverá sempre a necessidade de um devido processo legal para a cominação de penas, ou seja, tanto na condenação de um réu no processo quanto na própria instauração deste processo.⁸²

Portanto, se afigura uma via de mão dupla. Por um lado, o Ministério Público não poderá se declinar de oferecer denúncia, de acordo com o princípio da indeclinabilidade da propositura da ação (atendido também pelos princípios da obrigatoriedade e da legalidade), assim que forem atendidos os requisitos exigidos em lei. Por outro

⁸¹ CF, art. 5º, inc. XXXIX. “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

⁸² TUCCL. ***Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro***. p. 312 e 313.

lado, é dever jurisdicional fazer um cuidadoso juízo de admissibilidade, analisando todos os princípios correlatos, para, atendidas todas as suas prerrogativas, dar andamento ao procedimento.

O cuidado com que o Estado toma estas decisões é primordial, que afetarão irremediavelmente a vida dos cidadãos envolvidos, em especial a moral da parte ré, ainda mais se for inocente. Não se pode deixar de processar fatos puníveis, os quais causam repercussões em toda a sociedade, com o escopo de garantir a paz e a segurança social. Mas, no outro extremo, se o Estado restringe arbitrariamente a liberdade de seus súditos, ignorando o ordenamento jurídico e os fundamentos constitucionais, a coletividade destes indivíduos (leia-se: a sociedade) também será ferida.

Este equilíbrio, entre o processamento extensivo de todos os acusados encontrados, que restringe as liberdades individuais, e o não-processamento destes acusados, em nome das garantias pessoais, que acarretaria em um caos social, é muito difícil de ser atingido. Deve-se favorecer a Constituição, sempre. Ainda que corramos o risco de ter criminosos soltos, desde que se favoreçam as liberdades individuais e a segurança pública, com o policiamento extensivo, bem treinado, a coletividade terá com que a lucrar. A liberdade é o bem jurídico mais importante que poderemos ter. Como abdicamos parte dela para constituir o Estado, é dever estatal não a restringir mais, com um discurso vazio e arbitrário. Será com a implementação de políticas públicas que possibilitem o aprimoramento técnico das pessoas, tornando-as aptas a exercer profissões mais rentáveis, reduzindo as diferenças entre as classes sociais no país que se combate a criminalidade, não através do cárcere.

Por causa disso, tanto a obrigatoriedade da ação penal quanto a também obrigatoriedade da admissibilidade desta são muito relativizadas. Afinal, não será por medida judicial que se corrigirão os problemas sociais do Brasil.

5. Bibliografia

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Pietro Nassetti. Martin Claret, 2002.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3ª edição. Revan, 2002.

BREDA, Antônio Acir. **Efeitos da declaração de nulidade no processo penal**. In: Revista de Processo, n. 20, out/dez 1980. p. 179 a 194.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 15ª edição, São Paulo: Malheiros, 1999.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Teoria da Pena: fundamentos jurídicos e aplicação judicial**. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2005.

_____. **A Moderna Teoria do Fato Punível**. 3ª edição, rev. e ampl. Curitiba: Fórum, 2004.

CORDERO, Franco. **Procedura Penale**. Milão: Giuffrè, 1991.

CORRÊA, Plínio de Oliveira. **Conceito de Justa Causa**. In: Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo (Alexandre Wunderlich, organizador). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 247 a 262.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A Lide e o Conteúdo do Processo Penal**. Curitiba: Juruá, 1989.

_____. **Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro**. In: Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, a. 30, n. 30, 1998, p. 163 a 198.

_____. **Princípios Gerais de Processo Penal**. In: Revista da Procuradoria Geral do Estado do Paraná, Curitiba, v.1, n.1, fev. 1987, p. 7 a 15.

DALIA, Andrea Antonio e FERRAIOLI, Marzia. **Corso di Diritto Processuale Penale**. Milão: CEDAM, 1992.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance, GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 7ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001

HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. Lisboa e Braga, Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

FERREIRA, Manoel Cavaleiro de. **Curso de Processo Penal**. Volume II. Lisboa: Danúbio, 1986.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 25ª edição. Petrópolis: Vozes, 2002.

KARAM, Maria Lúcia. **Competência no Processo Penal**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

KUHLMANN, Sylvio Roberto Degasperi. **A actio sob a ótica de Muther, a partir da definição de Celso**. In: Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal (Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, coordenador). Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2001, p. 145 a 167.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A Monografia Jurídica**. 4ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 4ª edição, rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Volumes I, II e III. Campinas: Bookseller, 1997.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa Causa Para a Ação Penal**. Doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

ROSA, Antônio José Miguel Feu. **Processo Penal**. Brasília: Consulex, 2002.

SILVA JARDIM, Afrânio. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

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

SOUZA, José Barcelos de. **Direito Processual Civil e Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo Penal: sistemas e princípios**. Curitiba: Juruá, 2003.

TORNAGHI, Hélio Bastos. **Instituições de Processo Penal**. Volume III. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

_____. **Curso de Processo Penal**. 4ª edição. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. **Curso de Processo Penal**. 9ª edição. Volume 2. São Paulo: Saraiva, 1995.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Volume 4. 24ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993.