

**FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL - UNIBRASIL
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

CAROLINA DE OLIVEIRA LOPES PINHEIRO

**OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO LIMITES À AVERIGUAÇÃO DA JUSTA
CAUSA NA AÇÃO PENAL**

**CURITIBA
2011**

CAROLINA DE OLIVEIRA LOPES PINHEIRO

**OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO LIMITES À AVERIGUAÇÃO DA JUSTA
CAUSA NA AÇÃO PENAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil.

Orientador: Prof. Dr. Octavio Campos Fischer

**CURITIBA
2011**

Dedico esse trabalho aos meus pais,
Paulo e Beti, e ao Marcio, meu marido.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus pela minha vida, por me amar, e por me conceder a graça de conhecê-lo de uma maneira tão íntima e profunda. Também agradeço aos meus pais, que sempre me deram tudo, emocionalmente e materialmente, mas, acima de tudo, me deram condições de sonhar e realizar, em um país como o Brasil em que até sonhar é para poucos...

Ao meu marido Marcio, pela enorme compreensão diante da minha ausência, física e psíquica, nestes dois últimos anos. E, sobretudo, pela grande força que me deu, em todos os sentidos, sem a qual, dificilmente, eu teria conseguido finalizar esse trabalho.

Ao professor Dr. Octavio Campos Fischer que tão gentilmente aceitou me orientar, e sempre se mostrou extremamente solícito e paciente.

Ao professor Marco Aurélio Nunes da Silveira que despertou em mim o interesse pelo tema das condições da ação ao me presentear com seu livro “A Tipicidade e o Juízo de Admissibilidade da Acusação”. Ajudou-me com a elaboração do projeto dessa dissertação e sempre disponibilizou o seu tempo sempre tão escasso, para tirar minhas inúmeras dúvidas acerca do tema.

À Rosânea Elizabeth Ferreira, grande pesquisadora e advogada criminalista, pelo auxílio desde a elaboração do sumário, até as referências desta pesquisa. Assim como, pelo apoio moral e paciência nos momentos em que literalmente “surtei” achando que não daria conta. E, principalmente, pelo carinho com que me recebeu em sua casa em Florianópolis na fase final deste trabalho.

À amiga Thathyana Assad, minha irmã em Cristo, que tive a grata surpresa em conhecer na atividade do magistério, agradeço pelos livros emprestados, as opiniões sobre o trabalho e, sobretudo, pela amizade sincera nesse mundo tão individualista como o nosso!

À minha sogra Vera Maria Barbosa, pelo carinho com que me recebeu em sua família. Pelas conversas, conselhos e paciência digna de uma “santa” que sempre teve comigo, enfim, por me tratar como uma filha...

À secretária geral do mestrado, Denise Garcia, pela presteza com que sempre me tratou, bem como pelo auxílio em todas as dificuldades.

O Senhor é a minha luz e a minha
salvação; a quem temerei? O Senhor é a
força da minha vida; De quem me recearei?
(Salmo 27:1)

SUMÁRIO

RESUMO.....	viii
ABSTRACT.....	ix
INTRODUÇÃO.....	1
1 DA AÇÃO PENAL.....	4
1.1 A evolução histórica dos conceitos de ação no Direito Processual Civil.....	4
1.1.1 A polêmica entre Windscheid e Muther.....	4
1.1.1.1 A teoria concreta da ação.....	8
1.1.1.2 A teoria abstrata da ação.....	11
1.1.1.3 A teoria eclética da ação.....	12
1.1.2 As condições da ação no Processo Civil.....	14
1.1.2.1 A possibilidade jurídica do pedido.....	17
1.1.2.2 O interesse de agir.....	18
1.1.2.3 A legitimação “ad causam”.....	20
1.1.3 A ação e as condição da ação penal do Direito Processual Penal.....	22
1.1.3.1 A crítica à Teoria do Direito Processual.....	22
1.1.3.2 O conceito de ação penal.....	24
1.1.3.3 As condições da ação no Processo Penal.....	25
2 A JUSTA CAUSA.....	31
2.1 Justa causa: noções do conceito.....	31
2.1.1 Na Filosofia.....	32
2.1.2 No Direito Romano.....	36
2.1.3 No Direito Canônico.....	39
2.1.4 No Direito Civil.....	40
2.1.5 No Direito Processual.....	43
2.2 A justa causa no Processo Penal.....	45
2.2.1 Escorço histórico da justa causa para a ação penal.....	45

2.2.2	Conceituação processual penal de justa causa.....	50
2.2.3	Diversos entendimentos acerca da justa causa.....	52
2.2.3.1	Posicionamentos doutrinários.....	52
2.2.3.2	A justa causa na lei Processual Penal.....	57
2.2.3.3	A justa causa no Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal.....	60
2.2.3.4	A justa causa na jurisprudência.....	62
2.3	Os reflexos da (in)definição do papel da justa causa no juízo de admissibilidade da ação penal.....	69
3	A INTERPRETAÇÃO DA JUSTA CAUSA NO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO PENAL E A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	73
3.1	Os elementos que norteiam a determinação da justa causa nas práticas processuais penais.....	74
3.1.1	O papel da lei, da doutrina e da jurisprudência.....	75
3.1.2	A influência dos estigmas.....	78
3.2	Os direitos fundamentais como limites à averiguação da justa causa na ação penal.....	97
3.2.1	A definição do princípio da presunção de não-culpabilidade.....	97
3.2.2	O princípio da presunção de não-culpabilidade na definição da justa causa.....	101
3.2.3	O conceito do princípio do livre convencimento motivado.....	103
3.2.3.1	O princípio do livre convencimento motivado na análise da justa causa.....	106
3.2.3.2	A necessidade de fundamentação da presença da justa causa no juízo de admissibilidade da ação penal.....	109
	CONCLUSÃO.....	115
	BIBLIOGRAFIA.....	118

RESUMO

A presente pesquisa buscou demonstrar que a decisão pela instauração de um processo criminal é realizada com base na lei, na doutrina, e na jurisprudência, assim como, nos preconceitos, estigmas, história de vida, cultura do julgador, etc, ou seja, elementos de cunho objetivo e subjetivo. Diante disso, faz-se necessária a existência de limites para que indivíduos não sejam processados sem justa causa. Dessa forma, cabe aos direitos fundamentais a função de tentar limitar a ocorrência de processos indevidos, bem como os demais malefícios dele decorrentes.

ABSTRACT

This study sought to demonstrate that the decision to establish a criminal case is conducted based on law, doctrine and jurisprudence, as well as the prejudices, stigmas, life history and culture of the judge, etc., that is, elements nature of objective and subjective. Therefore, it is necessary the existence of limits for individuals are not processed without cause. Thus, it is fundamental to the function of trying to limit the occurrence of improper procedures, as well as other harm arising from it.

INTRODUÇÃO

No período compreendido entre os anos de 2007 à 2009, em atuação docente de Prática Jurídica Penal junto ao Núcleo de Assistência Judiciária gratuita da Universidade Federal do Paraná (UFPR) em que se prestou atendimento jurídico à comunidade financeiramente carente, pode-se perceber pela atuação em inúmeros processos, que os discursos sobre a triste realidade de desrespeito aos direitos fundamentais dos acusados em processos criminais que tanto se enunciou, e ainda se anuncia, nos congressos, e nos livros e periódicos da área, não se tratava de nenhum exagero, mas, condizia exatamente, com a realidade do dia a dia dessa área.

Dessa maneira, se constatou que os réus pertencentes às classes mais pobres, recebiam um tratamento diferente, ou seja, menos benevolente daquele dispensado aos que possuíam uma boa condição financeira.

Verificou-se também, que nos casos em que os réus eram pobres, mas tinham boa aparência ou eram do sexo feminino e da cor branca, ou mesmo, já estavam em idade avançada, o tratamento à eles dispensado também era mais favorável do que àquele dado aos estigmatizados. Ou seja, aos acusados que não eram portadores dos estigmas clássicos que a sociedade entende como os estigmas de um “criminoso”, como ser homem, jovem, da cor negra, pertencente a classe pobre, etc.

Desse modo, passou-se a ter interesse por uma particularidade do processo criminal, o juízo de admissibilidade da ação penal. Principalmente, na influência dos estigmas nesse processo tão importante, posto que nesse momento, o julgador irá decidir se deve, ou não, instaurar um processo criminal.

Assim, não obstante o fato das decisões pelo menos, em tese, deverem ser fundamentadas, mas, tendo ciência de que esse processo é norteado por fontes de ordem objetiva e subjetiva, se buscou junto à doutrina um limite para o poder que

possui o julgador nesse momento, tendo em vista que suas razões de cunho eminentemente subjetivo, acabam se tornando imponderáveis, e, desse modo, difíceis de serem contra argumentadas em eventual recurso.

Nesse passo, o risco dos indivíduos acabarem sendo processados indevidamente, ou seja, sem justa causa, aumenta sobremaneira.

Sendo assim, essa pesquisa buscou demonstrar com base em diversos entendimentos doutrinários que cabe aos direitos fundamentais o papel de limitador desse espectro subjetivo que faz parte da decisão de instauração do processo penal.

Para tanto, por se tratar de uma pesquisa que analisará a ação penal, assim como, as condições dela decorrentes, e os elementos presentes no momento da verificação de sua existência, o presente trabalho iniciará com uma breve exposição histórica dos conceitos da ação até chegar ao seu conceito formulado por Liebman, utilizado ainda hoje, pelos adeptos da denominada teoria geral do processo, visto que inicialmente foram desenvolvidos para o Direito processual Civil. A partir daí, será traçada uma crítica à importação dos conceitos e fundamentos da referida teoria para o processo penal.

Elaborada a crítica à teoria geral do processo, se trará o conceito de ação formulado por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, segundo o qual “*é concebível, no nosso sistema processual penal, a ação como um “**direito-dever de provocar, para acertar um determinado caso penal, a atuação jurisdicional**”*”,¹ conceito formulado tendo como base o caso penal e não a lide, própria para o processo civil, e em razão disso adequado ao processo penal.

Fixado o conceito de ação penal adequado aos preceitos teóricos utilizados nesse trabalho, parte-se para o estudo das condições da ação penal com base na

¹ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. **A lide e o conteúdo do processo penal**, Curitiba: Juruá, 1989, p. 144. (grifou-se)

lei processual penal, conforme o modelo proposto inicialmente por Fernando N. Bittencourt Fowler e Antonio Acir Breda.

Cumprе ressaltar que o referido modelo foi, posteriormente, aperfeiçoado por Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO ao estabelecer as condições da ação penal como *tipicidade aparente, justa causa, punibilidade concreta e legitimidade da parte*²

No segundo capítulo, o trabalho se preocupará em colacionar as várias acepções assumidas pela justa causa, bem como as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, assim como, tecerá comentários sobre os malefícios que pode acarretar aos direitos fundamentais dos acusados a indefinição existente em torno do papel da justa causa no juízo de admissibilidade da ação penal.

No terceiro e último capítulo, se fará uma análise dos elementos que norteiam a análise da presença da justa causa pelo julgador para, a partir daí, apresentar os princípios constitucionais que devem servir como limites para o julgador tomar essa decisão, mas que na prática, na maioria dos casos, vem sendo desrespeitados.

² SILVEIRA, Marco Aurélio. Nunes. **A tipicidade e o juízo de admissibilidade da acusação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 55.

DA AÇÃO PENAL

1.1 A evolução histórica dos conceitos da ação no Direito Processual Civil

A compreensão que se tem atualmente da ação é fruto de mais de cem anos de discussões.³ Foram inúmeras as divergências em torno de seu conteúdo e natureza jurídica, sendo que algumas delas permanecem até hoje, e devido à complexidade e à falta de consenso em torno do tema, provavelmente perdurem ainda por muito tempo.⁴

No entanto, apesar da compreensão dessas questões ser crucial para o desenvolvimento do presente trabalho, por escapar ao foco proposto nesta pesquisa, apresentar-se-á, de forma sintetizada, as principais teorias elaboradas sobre o tema por meio de sua evolução histórica.

1.1.1 A polêmica entre Windscheid e Muther

Segundo os estudiosos do tema, a célebre polêmica travada entre os juristas alemães Windscheid e Muther, em meados do século XIX em torno da *actio* no Direito Romano,⁵ foi o ponto de partida para a reformulação do conceito de ação que predominava entre os doutrinadores desde Roma.⁶

³ A ação tem sido entendida modernamente, como um direito fundamental à jurisdição, ou à jurisdição e a ampla defesa. Neste diapasão faz-se imperioso trazer à colação a lição de MARINONI, para quem o direito de ação compreende três aspectos: “**direito de acesso à jurisdição, direito ao processo justo e direito à técnica processual adequada.**” Diz ele ainda que “...nenhum desses aspectos, isoladamente considerado, comporta toda a complexidade do direito de ação; todos eles se complementam para definir adequadamente esse direito. Qualquer conceituação que ignore algum desses aspectos será necessariamente incompleta”. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: teoria geral do processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 1, p. 211). Sem grifos no original.

⁴ TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Penal.** Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956, v. I, p. 7.

⁵ De acordo com Salah Hassan Kaled Junior, “o direito romano de Justiniano permanecia em vigor em grande parte da Alemanha, sendo que não havia trabalho de direito civil e processual que não fizesse referência a fontes romanas. Naquele momento histórico o contexto era de aceitação praticamente unânime da máxima de Celso”. (KHALED JR., Salah Hassan. Windscheid & Muther: a polêmica sobre a *actio* e a invenção da autonomia do Direito Processual. **Sistema penal & Violência. Revista eletrônica da Faculdade de Direito.** Porto Alegre. v. 2 – n.1 - p. 97-109 – jan.-jun. 2010).

⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil.** 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 122.

A teoria vigente até aquele momento, que teve em Savigny seu maior expoente, era chamada de Escola Clássica, Imanentista ou Civilista (quando se referia à ação no processo civil). Para ela, o direito de ação era imanente ao direito objetivo material, na medida em que não possuía vida própria.⁷ Tratava-se do próprio direito reagindo a uma violação.⁸

Esta compreensão de que não havia distinção entre o direito substantivo material e a ação tinha como base a fórmula desenvolvida pelo romanista Celso, contida no Digesto, 44, 7, 51: “*Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debetur, iudicio persequendi*”,⁹ ou seja, “era o direito de pedir em juízo o que nos é devido”.¹⁰

Desse entendimento, percebe-se que, para esta teoria, não havia diferença entre direito e ação. Assim, se o direito não existisse, a violação não era possível, e, por conseqüência, também a ação.

No Brasil, ela foi adotada por Clóvis Bevilacqua,¹¹ bem como por João Monteiro,¹² tendo reflexos, inclusive, em nosso Código Civil de 1916, que dispunha em seu artigo 75 “que a todo direito correspondia uma ação”.

Conforme já dito, tal concepção foi superada em razão da polêmica entre Windscheid e Muther em torno da acepção da *actio* no direito romano.

Eles iniciaram seus debates em 1856 com a publicação por Windscheid, do ensaio “A *actio* do Direito Civil Romano, desde o ponto de vista do Direito atual”, onde, por meio de um estudo comparativo, sustentou que a noção de *actio* do Direito Romano não correspondia ao moderno conceito de ação *Klage* (significa queixar-se, lamentar-se) cunhado pelo Direito germânico, mas sim ao de pretensão (*Anspruch*).¹³

⁷ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 118.

⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo *et. all.* **Teoria geral do processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 248.

⁹ MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de processo civil**: tomo I, arts. 1º - 45. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p.127.

¹⁰ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo *et. all.* **Teoria geral do processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 248. Neste mesmo sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil - Teoria geral do processo**. São Paulo: RT, 2006. p. 158.

¹¹ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 11. ed. Rio de Janeiro: Paulo Azevedo, 1956, v. I, p. 254-255.

¹² MONTEIRO, João. **Programa do curso de processo civil**. Direito das acções. São Paulo: Typographia Duprat & Comp., 1905, p. 25.

¹³ TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, v. I, p.79.

Para ele, a *actio* estava contida no próprio direito material.¹⁴ Tratava-se do poder de exigir algo de outrem, decorrente da lesão ao seu direito material, direito este, exercitável contra o réu e não contra o Estado.¹⁵

Ou seja, para o processualista, a ação era vista como um direito de pedir ao juiz a manutenção de um direito preexistente à lesão.¹⁶

Theodor Mütter, em 1857, respondeu às afirmações de Windscheid no ensaio intitulado “Sobre a teoria da *actio* romana, do moderno direito de queixa, da litiscontestação e da sucessão singular nas obrigações”.¹⁷ Nessa obra, afirmou que haveria uma coincidência entre o conceito romano de *actio* e o conceito moderno de ação (*Klage*).¹⁸

Em sua ótica, a *actio* não era vista como um direito exercitável contra o réu, mas contra o Estado, contrariando, assim, as conclusões de Windscheid, que a entendia, conforme já dito, como um direito exercitável contra o réu, e não contra o Estado.¹⁹

Windscheid, por sua vez, publicou outro trabalho com o intuito de replicar as afirmações de Mütter.²⁰

Ainda que tenha aceitado algumas idéias de seu opositor, como a existência de um direito de agir contra o Estado e outro contra o réu, reiterou sua interpretação inicial de que a *actio* do direito romano e sua atual concepção (*Klage*) são inconfundíveis.

Vale dizer que assim concluiu o autor, posto que, em sua opinião, Mütter referiu-se, em seu trabalho, a um direito do campo do Direito (objetivo) processual. Já o seu,²¹ cingia-se ao campo do Direito Civil.²²

¹⁴ TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, v. I, p. 79.

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 390

¹⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1, p. 279.

¹⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1, p. 280.

¹⁸ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 122.

¹⁹ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 123.

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 390

Cumpra ressaltar ainda que não houve a negação de nenhuma das teorias, visto que elas não se repelem. Ao contrário, complementam-se. Mas, o grande mérito da polêmica entre tais autores foi ter dado autonomia ao direito processual ao separá-lo do direito material, qualificando a ação como um direito público subjetivo.²³

Desse modo, a ação passou a ser vista como um direito autônomo à prestação jurisdicional, que não mais se confundia com o direito material.

Neste sentido, arrematou Tornagui:

Na realidade os cem anos de pesquisas e reflexões que decorreram desde o aparecimento da monografia de Windscheid trouxeram vasto material que após o aturado labor de seleção e polimento deixaram bom saldo, corrigiram muitos equívocos, iluminaram o campo jurídico e, sobretudo, tiveram a virtude de chamar a atenção de doutos para os problemas de um ramo do Direito que um escritor italiano considerou a cinderela, a gata borralheira do mundo jurídico.²⁴

Assim, diante desse novo panorama, surgiram duas correntes com o intuito de demonstrar a autonomia do direito de ação em relação ao direito material: a primeira concebeu o direito à tutela jurisdicional como um direito autônomo abstrato, e a segunda, como um direito autônomo concreto.

No entanto, mesmo tendo sido a teoria concreta anunciada alguns anos após a abstrata, por ter esta última se mostrado mais evoluída em relação à primeira, fez-se uma opção no presente trabalho de se iniciar a exposição da concreta.

1.1.1.1 A teoria concreta da ação

A teoria concreta da ação ou direito concreto de agir, foi formulada por Adolf Wach, em 1885, com a publicação do primeiro volume do “Manual do Direito Processual Civil Alemão”.

²¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo *et. all.* **Teoria geral do processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 248.

²² TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, v. I, p. 79- 80.

²³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 390.

²⁴ TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, v. I, p. 90.

Para a teoria de Wach, o direito de ação nada mais era que o direito de se obter uma sentença favorável. Nesse passo, apesar de se distinguir do direito material, tinha sua existência atrelada a ele, visto que a existência da ação estava condicionada à existência do direito material.²⁵

Wach sustentou também que o direito de ação era público, autônomo e dirigido contra o Estado para que concedesse a tutela jurídica, bem como, contra o adversário, para que a suportasse. Percebe-se, assim, que para essa corrente coexistiam duas relações: uma no plano processual, e outra no privado.²⁶

Neste sentido escreveu Marinoni:

Lembre-se que a autonomia da ação em relação ao direito material, afirmada sobretudo por Wach e Chiovenda, respectivamente na Alemanha e na Itália, fez com que a ação fosse colocada no plano do direito público. Note-se que a ação, apesar de voltada à tutela do direito material, invoca a autoridade do Estado e a necessidade da observância do ordenamento jurídico. A ação se dirige contra o Estado, dele exigindo a solução do conflito. É por isso que a ação foi concebida como um direito autônomo de natureza pública.²⁷

Ocorre que, apesar de pregar a separação entre o direito de ação e o direito subjetivo material, esta construção teórica não obteve êxito em demonstrar essa autonomia, na medida em que condicionava a existência da ação à prolação de uma sentença favorável.

Assim, essa concepção mostrou-se falha na medida em que sustentou que somente poderiam ser proferidas decisões procedentes. Sendo assim, não se poderia falar em improcedência da ação, visto que decorreria de um direito existente.

Também ficou sem resposta a questão relacionada à ação declaratória negativa²⁸, visto que, no caso de uma decisão procedente, haveria apenas a declaração de inexistência de uma relação jurídica.²⁹

²⁵ SILVA, Ovídio Araújo Batista da. **Curso de Processo Civil** - processo de conhecimento. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, v. I, p. 80.

²⁶ SILVA, Ovídio Araújo Batista da. **Curso de Processo Civil** - processo de conhecimento. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, v. I, p. 77.

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 390.

²⁸ A ação declaratória negativa é utilizada nas situações em que se busca uma sentença que declare a inexistência de uma relação jurídica entre ele (autor) e réu.

²⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de Processo Civil** - teoria geral do processo de conhecimento. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. I, p.124.

Nessa esteira, é o magistério de Aury Lopes Jr:

Mas a concepção de ação como direito concreto acabou não vingando, especialmente porque era incapaz de justificar toda situação criada e a jurisdição movimentada, quando a sentença não fosse favorável. Significaria dizer, apontam os críticos, que, se a sentença fosse improcedente (absolutória), a ação não teria existido e o processo tampouco (como poderia haver processo sem ação?). Então, como explicar toda a atividade desenvolvida até então? Inclusive com manifestação e exercício da jurisdição?³⁰

Já, em 1903, aderindo ao pensamento de Wach, Chiovenda, definiu a ação como sendo um direito autônomo e potestativo.³¹ Um direito de poder (Kann Rechete), como tal se entendendo o direito tendente à produção de um efeito jurídico a favor de um sujeito, e com ônus para outro, o qual nada pode fazer a fim de evitar tal efeito, limitando-se a ficar sujeito à sua produção.³²

Desta maneira, a ação nada mais é que o poder de dar vida à condição para a atuação da vontade da lei. Nesse sentido, salienta Chiovenda:

Independentemente do direito de ação, cabível a uma só das partes, e que só na conclusão do processo evidenciará a qual delas pertence, durante o processo ambas as partes têm o direito ao pronunciamento, e o juiz é obrigado para com ambas a essa prestação. Se é incerto, durante o processo, a qual das partes assiste o pronunciamento favorável; se, durante o processo, a tendência de cada uma delas só pode considerar uma aspiração; representa em vez disso, verdadeira e própria expectativa jurídica, ou seja um direito, embora de natureza formal ou instrumental, aquela que, durante o processo, cada uma das partes tem, relativamente ao pronunciamento do juiz.³³

³⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 342.

³¹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, v. I, p. 56.

³² CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, v. I, p. 56.

³³ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, v. I, p. 56.

Calamandrei, partindo de um conceito relativista da teoria de ação, reconheceu que a definição de Chiovenda, historicamente, é a mais adequada, eis que afirma, igualmente, a autonomia da ação com relação ao direito subjetivo substancial (direito material).³⁴ Todavia, persistindo na idéia de que apesar de serem direitos distintos indissolúveis, vinculou também a ação ao direito à sentença favorável do autor.³⁵

Bulow desenvolveu a idéia de uma relação jurídica processual autônoma em face da relação de direito substancial e concebeu a ação como direito concreto, afirmando inexistir um direito à sentença antes do início do processo.³⁶ Reconhece, porém, a existência de uma capacidade geral de todo titular de direitos de desencadeá-lo, o que não configuraria propriamente um direito, mas apenas uma “possibilidade de agir”.³⁷

Convém notar ainda que as teorias concretistas acima transcritas, assim como a desenvolvida por Wach, não obstante reconhecerem a autonomia do direito de ação, não deixaram de condicionar sua existência à do direito material.

1.1.1.2 A teoria abstrata da ação

Heinrich Degenkolb publicou, em 1877, na Alemanha, a obra intitulada de “Einlassungszwang und Urteilsnorm” (Ingresso forçado - em juízo - e norma judicial). Pouco tempo depois, em 1880, o húngaro Plósz publicou também na Alemanha, um trabalho quase idêntico ao de seu antecessor, chamado “Beiträge zur Theorie des Klagerechts” (Contribuições à Teoria do Direito de Queixa (ou ação)).

Referidos trabalhos têm o mérito de definirem pela primeira vez a ação como um direito subjetivo público abstrato, pré-existente e autônomo em relação ao direito subjetivo material.³⁸

³⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo *et. all.* **Teoria geral do processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 248.

³⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. **L'azione nella teoria del processo civile**. Problemi del processo civile, Morano, 1962, p. 22.

³⁶ BÜLOW, Oskar Von. **La teoría das excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Buenos Aires: EJEA, 1964, p.1-30.

³⁷ KHALED JR., Salah Hassan. Oskar Von Bülow e a difusão das idéias de relação jurídica e pressupostos processuais. **Panóptica**. 20, nov. 2010/mar 2011. Disponível em: <http://www.panoptica.org/op20/20_2.pdf> Acesso em: 10 fev. 2011.

³⁸ TORNAGHI, Hélio Bastos. **A relação processual penal**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p.104-105.

Assim, para a teoria abstrata, o direito de ação independe da existência efetiva do direito material invocado. Desta feita, não deixa de haver ação quando uma sentença justa nega a pretensão do autor, ou quando uma sentença injusta a acolhe, sem que exista na realidade o direito subjetivo material.³⁹ Isso mostra, portanto, a autonomia do direito de ação, vez que a sua existência independe do direito material e de que o autor tenha ou não razão.

Vale ressaltar que Degenkolb, com o passar dos anos, alterou sua tese no sentido de que o demandante, para que tivesse ação, deveria acreditar sinceramente estar assistido de direito.⁴⁰

Sobre esse posicionamento, cumpre trazer à colação a crítica de Tornagui:

Plósz e Degenkolb puseram em relevo a autonomia e independência do direito de ação, mas o segundo deles se equivocou ao supor que a boa-fé é requisito de existência desse direito autônomo. Ao contrário, sendo o direito de ação pertinente ao particular, sendo direito pré-processual, existe pelo só fato de o Estado proibir a justiça privada e de se impor o dever de justiça pública.⁴¹

A teoria também foi criticada sob o argumento de que gerava confusão entre os direitos de ação e petição, este último expressamente previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.⁴²

Entretanto, este fato não retirou seu mérito de conceber pela primeira vez a ação de maneira ampla, ou seja, como um direito subjetivo, público, autônomo, abstrato e pertencente a todos os cidadãos⁴³, bem como de demonstrar a autonomia da ação em relação ao direito material.

A teoria abstrata, com delineamentos próprios, foi assumida também por outros doutrinadores de grande importância para o direito processual como Rocco, Francesco Carnelutti e Couture.

³⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo *et. all.* **Teoria geral do processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 250.

⁴⁰ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 125.

⁴¹ TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956, v. I, p. 35.

⁴² Vide Luiz Guilherme Marinoni, no artigo intitulado "O direito de ação na Constituição brasileira". (Disponível em: < <http://marinoni.adv.br/> > Acesso em: 14 abr. 2011).

⁴³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. 1, p. 281.

Para Alfredo Rocco, para que se configure o direito de ação, é suficiente que o indivíduo se refira a um interesse primário, juridicamente protegido, sendo este exercido contra o Estado.⁴⁴

Carnelutti⁴⁵ a concebeu como um direito abstrato, público, dirigido contra o juiz e não contra o Estado. E, por fim, Couture, a definiu como “o poder jurídico que tem todo sujeito de direito, de recorrer aos órgãos jurisdicionais, para reclamar deles a satisfação de uma pretensão”. Tal direito é chamado pela doutrina atualmente de direito constitucional de petição.⁴⁶

1.1.1.3 A teoria eclética da ação

Essa teoria foi construída por Enrico Tulio Liebman, jurista italiano que se mudou para o Brasil na década de 40 para se refugiar da Segunda Grande Guerra.

Diferentemente de todos os demais autores defensores da autonomia da ação, Liebman, adotou uma postura intermediária em relação às teorias concreta e abstrata, que acabou rendendo a sua teorização a denominação de “eclética”.⁴⁷

Para o jurista, a ação correspondia a um direito subjetivo, ou melhor, um poder, sendo esse, correlato com uma sujeição e, instrumentalmente, conexo a uma prestação material.⁴⁸

Ainda, segundo a teoria eclética, é correto dizer que ação é um direito a um provimento de mérito, que existe independentemente do direito material, mas que, no entanto, está condicionado à existência de certas condições ou requisitos. Essas condições ou requisitos são denominados, pela doutrina, de condições da ação.

Entretanto, o autor não atribuiu esse direito a todos, indistintamente, como nas demais teorias abstrativistas, mas condicionou sua existência ao preenchimento de determinadas condições ou requisitos que serão estudados no próximo tópico.

⁴⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo *et. all.* **Teoria geral do processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 270.

⁴⁵ CARNELUTTI, Francesco. **Instituições de processo civil**. 1999, v.1., p. 21.

⁴⁶ COUTOURE, Eduardo. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1958, p. 74.

⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 171.

No período em que esteve no país, Liebman lecionou na Faculdade de Direito de São Paulo (USP) e propiciou, com seus ensinamentos, grande evolução no Direito Processual brasileiro, posto que o fez dentro de um cientificismo nunca visto antes.⁴⁹

Sua influência pode ser percebida até hoje na doutrina processual brasileira - notadamente na Escola Paulista - que ainda adota em sua maioria,⁵⁰ o seu conceito de ação, assim como no Código de Processo Civil⁵¹, que também incorporou esse conceito.

1.1.2 As condições da ação no Processo Civil

De acordo com a doutrina, Enrico Tullio Liebman idealizou o instituto das condições da ação para acomodar suas concepções de coisa julgada e processo.

Para o autor, elas podem ser definidas como condições essenciais para o exercício da função jurisdicional com referência à situação concreta deduzida em juízo.⁵²

Assim, seguindo esse entendimento, o mérito de uma demanda somente seria analisado se estivessem presentes as condições da ação, bem como os pressupostos processuais.

Na ótica de Marinoni, as condições da ação “são os primeiros degraus para a apreciação do mérito – e, nessa direção, para o conhecimento do direito”.⁵³

Fábio Gomes também se manifestou neste sentido: “Liebman é expresso no sentido de que nessa fase preparatória o processo funciona, em certo sentido, como um filtro, de modo a evitar que haja exercício de jurisdição quando faltam os

⁴⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo *et. all.* **Teoria geral do processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 251.

⁴⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Estudos continuados de teoria do processo**: a pesquisa jurídica no curso de mestrado em direito processual - processo, ação e jurisdição em Chiovenda, Carnelutti, Liebman e Fazzalari. Porto Alegre: Síntese, 2004, v. 5, p. 238.

⁵⁰ Dentre os autores dessa Escola, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes, Fernando Tourinho da Costa Filho, Cândido Dinamarco, entre outros.

⁵¹ Art. 267. Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito: (...) VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

⁵² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *et. all.* **Teoria geral do processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 251.

⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 1, p. 158.

requisitos que a lei considera indispensáveis para que se possam alcançar resultados satisfatórios.⁵⁴

Liebman sustentou ainda que uma decisão favorável não dependia da existência das mencionadas condições e, tampouco, confundia-se com os pressupostos processuais. Estes diriam respeito à relação processual e seriam requisitos para a constituição de sua validade, referentes tanto à existência, quanto à regularidade de seu desenvolvimento.

Sendo assim, diante da presença de todas as condições da ação e dos pressupostos processuais, passaria a existir o direito a uma decisão de mérito, que poderia ser favorável ou desfavorável ao autor.

Deste modo, como a análise do mérito do pedido estava condicionada à presença dessas condições e pressupostos, o juiz deveria fazer sua verificação antes de apreciar o mérito da causa. Caso faltasse alguma delas, estar-se-ia diante da chamada “carência de ação”, devendo o juiz extinguir o processo sem julgar o mérito⁵⁵.

Ocorre que Liebman afirmou também que não havia ação e nem exercício da jurisdição quando o julgador declarasse a carência ante a inexistência de uma de suas condições.⁵⁶

Esse posicionamento rendeu-lhe muitas críticas, tendo em vista que restou sem explicação a atividade desenvolvida pelo juiz durante o trâmite ou ao final do processo, bem como, qual seria a natureza jurídica dos atos praticados no processo até o momento em que magistrado declara a carência da ação.

Em verdade, as condições da ação não são requisitos para a sua existência, nem mesmo no âmbito processual. São requisitos estabelecidos para o exercício regular da ação, pois se não preenchidos, impedem a condução do processo para a avaliação do mérito.

Tendo em vista esse entendimento, percebe-se que as condições da ação são requisitos que a lei estabelece como necessários para evitar o abuso do direito subjetivo de ação, que, no entanto, não obstaculizam o exercício desse direito,

⁵⁴ GOMES, Fábio. **Carência de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 44.

⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.169.

como equivocadamente ainda tem sustentado uma parte da doutrina, mas sim a análise do mérito da questão discutida no processo, visto que se trata de um direito fundamental garantido constitucionalmente, se

ndo, portanto, inafastável.⁵⁷

Nesse sentido, manifestou-se Nunes da Silveira, ao afirmar que “...as condições da ação são requisitos à *obtenção da tutela jurisdicional*, sem uma das quais está obstada a apreciação do mérito (com o qual não se confundem), cuja finalidade é evitar o emprego abusivo do direito de ação”.⁵⁸

Consoante afirmou Marinoni:

...o art. 267, VI, do mesmo Código afirma que o juiz deve extinguir o processo sem resolução do mérito “quando não concorrer qualquer das condições da ação”. Quer dizer que a sentença que reconhece a inexistência de uma condição da ação extingue o processo que foi instaurado pela própria ação, o que significa que essa sentença, ainda que de extinção do processo, admite que o processo foi instaurado e a ação proposta e que ambos se desenvolveram até um determinado instante, embora não tenha sido possível a apreciação do pedido. Portanto, mesmo quando verificada a ausência de uma das chamadas condições da ação, é inegável que a jurisdição atuou e a ação foi exercida.⁵⁹

As condições da ação segundo essa teoria são:⁶⁰ a) possibilidade jurídica do pedido; b) interesse de agir, e c) legitimidade de parte.

A doutrina processual tradicional, normalmente, as identifica como condições da ação genéricas, visto que seriam aplicáveis a qualquer processo judicial, seja de natureza civil ou penal e, também, independentemente de qual fosse a pretensão objetivada na ação e de quem fosse o seu titular.⁶¹

⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 171.

⁵⁷ Artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

⁵⁸ NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. **O interesse de agir e sua (in) adequação ao Direito Processual Penal**. Curitiba, 2008, 203 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná (UFPR) – Curitiba, p. 107.

⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 179 -180.

⁶⁰ Chiovenda definiu as condições da ação como “as condições necessárias a que o juiz declare existente e atue a vontade concreta da lei invocada pelo autor, vale dizer, as condições necessárias para obter um pronunciamento favorável”. (CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3. ed. v. I São Paulo: Saraiva, 1969, p. 68).

⁶¹ Como representantes desse entendimento, q.v.: BONFIN, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.147 e TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.117.

1.1.2.1 A possibilidade jurídica do pedido

Segundo Liebman, “a possibilidade jurídica do pedido é a admissibilidade em abstrato do provimento reclamado, segundo as normas vigentes no ordenamento jurídico nacional”.⁶²

Nesse sentido, manifestou-se Arruda Alvim, que afirmou que a possibilidade jurídica do pedido trata-se da necessidade de previsão, ainda que em tese, da providência solicitada.⁶³

Já, Miranda Coutinho sustentou que essa condição tem que ser vista sempre de forma negativa. Assim, o sujeito tem ação, a não ser que exista um veto para isso.⁶⁴

Dessa maneira, o juiz, ao analisar a petição inicial deverá perquirir objetivamente se o pedido do autor encontra amparo legal em nosso ordenamento jurídico em vigor.⁶⁵

Por fim, cumpre ressaltar que o próprio Liebman acabou revendo seu posicionamento quanto à teoria do trinômio das condições da ação na terceira edição de seu *Manuale di diritto processuale civile*, de 1973, com relação à possibilidade jurídica do pedido, justamente com a entrada em vigor de uma lei admitindo o divórcio na Itália, cuja hipótese - vedação legal do divórcio -, conduziu o delineamento dessa condição da ação. Diante disso, a excluiu como condição autônoma e a incluiu no conceito de interesse de agir.⁶⁶

⁶² LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. I, p. 223.

⁶³ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 139.

⁶⁴ Comentário feito em aula de Direito Processual Penal proferida no curso de graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná no dia 17.09. 2008.

⁶⁵ THEODORO Júnior, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. I, p. 61.

⁶⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. 3. ed.. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. I, p. 150.

No entanto, importa salientar que nem o ordenamento jurídico brasileiro, nem seus discípulos, como Dinamarco, Cintra e Grinover, acompanharam essa mudança e sustentam até hoje a necessidade da presença das três condições, assim como a jurisprudência dominante dos Tribunais pátrios.

Cumprindo ainda trazer a crítica feita pelos adeptos da teoria geral do processo à aplicação dessa condição da ação na seara penal.

Nunes da Silveira sustenta que Liebman elaborou a possibilidade jurídica do pedido em termos positivos, e, no entanto, acabou voltando atrás e passou a sustentá-la por um aspecto negativo, haja vista que, para o professor paranaense, “esta fórmula não é aceitável - nem imaginável – ao processo penal, eis que a imputação só é possível em relação a fato positivamente previsto na legislação penal (*nullum crimen sine lege*).”⁶⁷

Assim, conclui que “...o conteúdo da “mesma” condição da ação é - e deve ser – diverso nos dois ramos do direito processual”.⁶⁸

1.1.2.2 O interesse de agir

Nunes da Silveira aduz que o interesse de agir na visão de Liebman, “é a relação de utilidade entre a afirmada lesão a um direito e o provimento de tutela jurisdicional pedido,”⁶⁹ assim como lhe confere o papel de elemento material do direito de ação, eis que diretamente vinculado à lide, o conflito substancial de interesses.⁷⁰

⁶⁷ NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. **O interesse de agir e sua (in) adequação ao Direito Processual Penal**. Curitiba, 2008, 203 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná (UFPR) – Curitiba, p.109.

⁶⁸ NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. **O interesse de agir e sua (in) adequação ao Direito Processual Penal**. Curitiba, 2008, 203 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná (UFPR) – Curitiba, p.109.

⁶⁹ NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. **O interesse de agir e sua (in) adequação ao Direito Processual Penal**. Curitiba, 2008, 203 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná (UFPR) – Curitiba, p.102.

⁷⁰ NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. **O interesse de agir e sua (in) adequação ao Direito Processual Penal**. Curitiba, 2008, 203 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná (UFPR) – Curitiba, p. 102.

De acordo com Mougenot, o interesse de agir, na maioria das vezes, é visto como a reunião de três requisitos: “a necessidade de agir em juízo, a adequação da medida pleiteada e a utilidade do provimento jurisdicional final”.⁷¹

Assim, a necessidade de agir em juízo adviria do fato de que a pretensão do autor só poderia ser satisfeita por meio de um provimento jurisdicional.

No que tange ao processo penal, tal condição é presumida tendo em conta que sempre que for praticado um delito, seu autor só será punido por essa conduta por meio de um processo judicial.⁷²

Nessa linha, é o magistério de Vicente Greco Filho: “no processo penal, a necessidade é absolutamente presumida, porque não há pena sem o devido processo legal (...) o interesse portanto, decorre de uma relação de necessidade e uma relação de adequação, porque é inútil a provocação da tutela jurisdicional se ela, em tese, não for apta a produzir a correção da violação do direito argüido na inicial.”⁷³

A adequação emergiria da compatibilidade entre o fato narrado pelo autor e a conseqüência jurídica que ele busca com fundamento nesse fato. No processo penal só será adequado o pedido que narra uma conduta típica.

E por fim, no que toca à utilidade, de acordo com Denilson Feitoza, ela se consubstancia na aptidão do provimento para satisfazer, concretamente, a pretensão do autor”.⁷⁴

Dessa forma, se por algum motivo a pena não puder ser imposta, então o processo é inútil, de forma que se não tem interesse de agir.

Em sentido contrário, temos o magistério de Nunes da Silveira que afirma que o interesse de agir não é condição da ação penal, bem como aduz que, no que se refere ao critério da utilidade no qual estaria inserido, vem sendo entendido de maneira errônea, posto que “o acertamento do caso penal não só é útil como é necessário. Com, efeito o órgão do Ministério Público não pode determinar, de

⁷¹ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.149-150.

⁷² BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.149-150.

⁷³ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p.109-110.

⁷⁴ FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 6. ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 244.

ofício, o arquivamento do inquérito policial, fato que se aperfeiçoa, apenas, mediante decisão judicial motivada”.⁷⁵

1.1.2.3 A legitimação “ad causam”

Marinoni, citando Liebman, afirma que “a legitimação para agir ou “legitimatío ad causam” é a titularidade (ativa e passiva) da ação. 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 ele existe...”⁷⁶

Segundo a lição de Miranda Coutinho, “tem legitimidade quem basicamente está ligado instrumentalmente à lide”.⁷⁷

Nesse sentido, Nunes da Silveira ensina que “como consequência, em regra, somente é parte legítima para a propositura da ação aquela que pode reclamar a tutela jurisdicional com referência ao interesse material, em conflito, do qual é titular”.⁷⁸

O artigo 6º do Código de Processo Civil determina que “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

Disso, conclui-se que somente o titular ou seu representante legal do direito, ou interesse ameaçado ou lesado, é que poderá ajuizar a ação, visto que, de outra forma, estar-se-ia diante de uma situação de ilegitimidade passiva *ad causam*.

Sendo assim, em regra, no processo civil, somente poderá propor uma ação indenizatória aquele que é o titular do direito material à indenização. Da mesma forma só o locador poderá propor uma ação de despejo, etc.

⁷⁵ NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. **O interesse de agir e sua (in) adequação ao Direito Processual Penal**. Curitiba, 2008, 203 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná (UFPR) – Curitiba, p.171-172.

⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 170.

⁷⁷ Comentário feito em aula de Direito Processual Penal proferida no curso de graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná no dia 24.09.2008.

⁷⁸ NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. **O interesse de agir e sua (in) adequação ao Direito Processual Penal**. Curitiba, 2008, 203 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná (UFPR) – Curitiba, p. 104.

No que tange ao processo penal, a ação, via de regra, deverá ser proposta pelo Estado, através do Ministério Público⁷⁹. Por conseguinte, na maioria dos casos, a legitimação para agir será dos representantes desta instituição.

Como exceção, existem algumas situações em que legislação confere a iniciativa de agir ao particular, como no caso de uma injúria, por exemplo, em que, caso o ofendido vier a falecer, pode ser substituído no pólo ativo da ação por aqueles previstos no artigo 31 do Código de Processo Penal.⁸⁰ Nestes casos, pode ocorrer o que se chama de legitimidade extraordinária ou substituto processual.

Neste sentido sustenta Nunes da Silveira que “...a *legitimidade da parte*, no direito processual penal, diz apenas com a parte autora e decorre estritamente da lei, sendo irrelevante o critério da *pertinência subjetiva*, que está umbilicalmente ligado ao conceito de *lide*, de todo imprestável no direito processual penal”.⁸¹

1.1.3 A ação e as condições da ação penal no Direito Processual Penal

1.1.3.1 A crítica à Teoria Geral do Direito Processual

⁷⁹ Consoante disposição do artigo 129, I da Constituição Federal, bem como do artigo 100 do Código Penal, primeira parte.

⁸⁰ 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.

Muitos autores brasileiros ainda hoje acreditam na existência de uma “teoria geral do processo”,⁸² pela qual todas as espécies de processo teriam elementos e institutos comuns, pois teriam um mesmo conteúdo.

Esta concepção teve origem no século passado, quando Francesco Carnelutti desenvolveu seu conceito de lide, originariamente voltado ao processo civil, mas cuja aplicação também se estendeu a todos os processos jurisdicionais, inclusive ao processo penal, desta forma dando origem à “teoria geral do processo”.⁸³

Assim, para os adeptos da teoria geral do processo, o processo civil e o processo penal, em que pese terem suas especificidades, teriam o mesmo conteúdo, portanto, compartilhariam conceitos e institutos.

Ocorre que, não obstante o fato dessa teoria ser utilizada pela maioria da doutrina, tal teorização não deve prosperar de acordo com a corrente adotada nesse trabalho.

Para essa corrente, o processo civil e o processo penal possuem objetos e princípios autônomos, na medida em que o processo civil tem como núcleo de sua teoria a lide - imprestável em qualquer de suas formas para o processo penal⁸⁴ - além de possuir fundamentos eminentemente privados (pretensão e conflito de interesses), incompatíveis com o processo penal, eis que, neste, o núcleo consiste no caso penal.

⁸¹ NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. **O interesse de agir e sua (in) adequação ao Direito Processual Penal**. Curitiba, 2008, 203 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná (UFPR) – Curitiba, p.129.

⁸² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo *et. all.* **Teoria Geral do Processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 48-49.

⁸³ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989, p. 21.

⁸⁴ Carnelutti acabou rejeitando seu entendimento acerca da existência de lide no processo penal, conforme cunhado para o processo civil, em sua obra *Lezioni sul processo penale*, publicada em 1946. No entanto, assevera Nunes da Silveira, parte da doutrina processual penal italiana, mantendo a terminologia e parte de sua estrutura, constrói um conceito de lide penal, em substituição à noção de lide no processo penal. De acordo com o referido autor paranaense, Giovanni Leone e Bellavista foram os principais teorizadores de novo conceito. Eles o definiram, respectivamente, como uma “situação imanente de conflito entre o 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” (*In* NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. **O interesse de agir e sua (in) adequação ao Direito Processual Penal**. Curitiba, 2008, 203 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná (UFPR) – Curitiba, p. 24).

Sobre o tema, manifestou-se Maria Thereza Rocha de Assis Moura:

Concluimos, da análise das denominadas condições da ação, ser 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.⁸⁵

Nesse passo entendeu também Denilson Feitoza: “...ainda que o Código de Processo Penal e o Código de Processo Civil tivessem as mesmas disposições legais, o processo penal e o processo civil seriam diferentes, pois o processo penal tem suas raízes profundamente fincadas em princípios e regras constitucionais que se lhe aplicam de maneira especial, especialmente tendo em vista o princípio da liberdade individual.”⁸⁶

Desta forma, o presente trabalho une-se à corrente doutrinária que acredita na construção de uma Teoria Unitária do Processo Penal, edificada sobre uma abordagem processual penal autônoma, com fundamentos, conceitos e institutos próprios.

Para tanto, acredita-se ser o conteúdo do processo penal o **caso penal**, e seu objeto o acertamento deste caso, pois “o processo penal serve a verificar se uma pessoa deve ser punida”, “isto é, no fundo, o processo é um meio utilizado pela jurisdição para fazer o acertamento do fato”.⁸⁷

Nesse sentido, Miranda Coutinho enfatiza que a construção de uma Teoria Geral do Processo Penal não levaria, conseqüentemente, ao abandono de tudo o que já fora produzido até então. Em sua opinião, “devemos trabalhar sem preconceitos e utilizar tudo aquilo de realmente útil, venha do processo civil ou de

⁸⁵ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 215.

⁸⁶ FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 6. ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 231.

⁸⁷ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989, p. 135.

quem quer que seja. Só não cabe malabarismo lingüístico, contorcionismos para uma adaptação impossível”.⁸⁸

1.1.3.2 O conceito de ação penal

Elaborada uma sucinta crítica à teoria geral do processo, adentrar-se-á no conceito de ação penal que se utilizará nessa pesquisa.

Atualmente a maior parte da doutrina brasileira sustenta que o conceito de ação abrange tanto a ação penal, quanto a civil. A diferença entre elas seria tão-somente no que pertine à natureza da matéria alegada.⁸⁹

Nesse sentido, Frederico Marques afirmou que a ação penal é “o direito de invocar-se o Poder judiciário apara aplicar o direito penal objetivo, no tocante a uma situação concreta consubstanciada na pretensão punitiva”.⁹⁰

No entanto, seguindo a linha adotada nesse trabalho, o conceito⁹¹ que se elege para os fins da presente pesquisa é o formulado por Miranda Coutinho, segundo o qual “é concebível, no nosso sistema processual penal, a ação como um **“direito-dever de provocar, para acertar um determinado caso penal, a atuação jurisdicional”**, conceito este, formulado tendo como base o caso penal e não a lide, própria para o processo civil, e em razão disso, inadequada ao processo penal.

1.1.3.3 As condições da ação no Processo Penal

Fixado o conceito de ação penal, parte-se para o estudo das condições da ação penal com base na lei processual penal.

As condições da ação são os requisitos que devem estar preenchidos no momento do oferecimento da acusação, para que possa ser processada. Nesse

⁸⁸ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989, p. 142.

⁸⁹ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1965, v. I, p. 315.

⁹⁰ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1965 v. I, p. 315.

passo, para que um caso penal seja acertado por um julgamento de mérito, é preciso que se preencham as condições da ação.

A legislação processual penal não tem nenhuma previsão legal deste instituto. Ao contrário: o tema é totalmente controvertido, uma vez que as condições da ação do processo civil foram adaptadas ao processo penal, na tentativa de validar a Teoria Geral do Processo.

Assim, grande parte da doutrina processual penal, seguindo a orientação da Teoria Geral do Processo, entende que as condições da ação do Direito Processual Civil são as mesmas do Direito Processual Penal, ou seja, possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade de parte.⁹²

Para outros autores, como Paulo Rangel⁹³, Afrânio Silva Jardim⁹⁴, Tourinho Filho,⁹⁵ entre outros, o processo penal possui quatro condições que devem estar presentes para que a ação penal possa ser considerada apta: as três condições genéricas do processo civil acompanhadas de uma quarta condição genérica: a justa causa, que será estudada em capítulo próprio.

Entretanto, tendo em conta a opção pela utilização no presente trabalho das lições da Teoria dualista do processo como critério epistemológico, após uma breve inserção na visão apresentada pela doutrina da teoria geral do processo acerca das condições da ação, estas serão abordadas de acordo com o modelo proposto inicialmente por Fernando N. Bittencourt Fowler⁹⁶ e Antonio Acir Breda⁹⁷.

Para Breda, as condições da ação, que, conforme já vastamente demonstrado, na ausência, obstaculizam a análise do mérito, estão previstas na lei penal, mais precisamente no revogado artigo 43 do Código de Processo Penal,⁹⁸ e

⁹² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo *et. all.* 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p.257.

⁹³ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1999, p.140.

⁹⁴ JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 52.

⁹⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.

⁹⁶ FOWLER, Fernando Newton Bittencourt. Anotações em torno da ação penal pública no projeto de reforma. **Revista do Ministério Público do Paraná**, Curitiba, a.6, n. 7, 1977, p.23.

⁹⁷ BREDÁ, Antônio Acir. Efeitos da declaração de nulidade no processo penal. **Revista do Ministério Público do Paraná**, Curitiba, a.9, n.9, 1980, p. 177.

⁹⁸ 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.

na sua interpretação sistemática do inciso III, segunda parte, a *contrario sensu*, em conjunto com o artigo 18 do mesmo diploma legal.⁹⁹

Ou seja, para o autor, se o fato narrado constituir crime, se não estiver extinta a punibilidade ou a parte for legítima, bem como todas as condições legais exigidas para o exercício da ação penal restarem perfectibilizadas, configuram-se os requisitos de procedibilidade, da mesma forma que, ao se analisar os postulados insertos no referido artigo 18, ao não serem constatados elementos suficientes, consistentes da existência de indícios de autoria e prova da existência do fato – logo, de justa causa -, não há base para o nascedouro da ação.

Nunes da Silveira assevera que a sistemática das condições da ação com foco na lei processual penal de Fowler e Breda, foi aperfeiçoada por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, que as definiu como: tipicidade aparente (art.43, I, do CPP); punibilidade concreta (art. 43, II do CPP); legitimidade de parte (art.43, III, 1ª parte, do CPP); justa causa (art. 43, III, 2ª parte, c/c art. 18, ambos do Código de Processo Penal.¹⁰⁰

A tipicidade aparente, para o autor, refere-se à demonstração de que os fatos imputados gozam, ao menos, aparentemente, de credibilidade, a ponto de serem considerados típicos.¹⁰¹

Segundo Miranda Coutinho, nesse momento não se pode exigir do órgão acusatório que demonstre cabalmente a tipicidade do fato, até porque se trata de matéria que será provada no curso da instrução criminal. Sendo assim, para ele, no juízo de admissibilidade da acusação, a fim de se evitar um prejulgamento do mérito do processo, a cognição da tipicidade deve se dar de forma bastante sumária, cabendo ao julgador verificar tão-somente a aparência de tipicidade dos fatos narrados.

Parágrafo único. Nos casos do n° III, a rejeição da denúncia ou queixa não obstará ao exercício da ação penal, desde que promovida por parte legítima ou satisfeita a condição.

⁹⁹ 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.

¹⁰⁰ NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. **O interesse de agir e sua (in) adequação ao Direito Processual Penal**. Curitiba, 2008, 203 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná (UFPR) – Curitiba, p.115.

¹⁰¹ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba, Juruá, 1989, p. 145.

Vale ressaltar que a adoção da tipicidade aparente como condição da ação não goza de unanimidade na doutrina.

Para Ada Pellegrini Grinover, trata-se de um problema de mérito, não devendo ser, por isso, analisada no juízo de admissibilidade da ação.¹⁰² Juarez Cirino dos Santos, por sua vez, entende que essa condição designa o tipo de injusto, excluindo ações atípicas e justificadas.¹⁰³ Já, Aury Lopes Júnior a designa como prática de fato aparentemente criminoso ou *fumus comissi delicti*.¹⁰⁴ Assim, para ele a acusação deve demonstrar verossimilhança da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, sendo tal exigência decorrente do princípio da proporcionalidade, entendido como proibição de excesso de intervenção, "...onde o custo social e jurídico do processo penal faz com que ele não se contente com a mera tipicidade se for manifesta a presença de uma causa de exclusão de ilicitude ou da culpabilidade."¹⁰⁵

Importa ressaltar, por fim, que não obstante tenha sido o artigo 43 do CPP revogado, é imprescindível a manutenção do entendimento da tipicidade aparente como condição da ação, pois conforme bem asseverou Luchesi: "...é imponderável um juízo de admissibilidade positivo em caso de cristalina atipicidade. Tal condição da ação decorre logicamente do princípio da reserva legal, "pois somente aquelas condutas que se amoldem a descrição legal é que podem estar sujeitos à sanção previamente estabelecida em lei." ¹⁰⁶

Nesse sentido, sustentou Miranda Coutinho: "...não há como afastar a tipicidade do juízo de admissibilidade da acusação. Excluí-la pode significar uma ainda maior desumanização de um processo penal como o nosso, que nunca foi

¹⁰² GRINOVER, Ada Pellegrini. **As condições da ação**. São Paulo: Bushatsky, 1977, p. 69 e ss.

¹⁰³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p. 661.

¹⁰⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 351.

¹⁰⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 353.

¹⁰⁶ LUCHESE, Brenner Guilherme. As condições da ação na reforma parcial do código de processo penal. **Revista Eletrônica do CEJUR**, Vol. 1, n. 4, p. 21, 2009.

muito humano. O dia-a-dia do fórum ensina o quanto um processo penal faz o réu sofrer. É necessário não esquecer este detalhe.¹⁰⁷

A punibilidade concreta pode ser conceituada como a ausência de qualquer uma das causas de extinção da punibilidade.¹⁰⁸

Para Nunes da Silveira,¹⁰⁹ como a finalidade do processo penal expressa na acusação é o acertamento de um caso penal com possível imposição de pena, a existência de uma causa de extinção da punibilidade só admitirá seu acertamento negativo. Assim, para o autor, a punibilidade deve ser vista como condição da ação.

Em concordância com essa idéia, ressalta-se que não há porque movimentar toda a máquina estatal, bem como submeter alguém, desnecessariamente, a todos os males ocasionados por um processo penal, pois, caso sobrevenha um decreto condenatório, nessas hipóteses, a impossibilidade da aplicação da lei penal é absoluta.

No que tange à legitimidade de parte, tem-se que, em regra, o sujeito ativo é o Estado, como titular do direito de punir, cuja função é exercida, privativamente, pelo Ministério Público (CF, art. 129, I e artigo 100, *caput*, do Código Penal).

Em algumas situações, de maneira excepcional, essa atividade pode ser exercida pelo ofendido, na condição de legitimado extraordinário ou substituto processual. De outro lado, o legitimado passivo é o acusado pelo crime.

Assim, segundo a doutrina, a legitimidade de parte no direito processual penal, diz apenas com a parte autora e decorre estritamente da lei, sendo irrelevante o critério da pertinência subjetiva, que está umbilicalmente ligado ao

¹⁰⁷ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. **A lide e o conteúdo do processo penal**, Curitiba, Juruá, 1989, p. 148.

¹⁰⁸ NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. **O interesse de agir e sua (in) adequação ao Direito Processual Penal**. Curitiba, 2008, 203 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná (UFPR) – Curitiba, p. 125.

¹⁰⁹ NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. **O interesse de agir e sua (in) adequação ao Direito Processual Penal**. Curitiba, 2008, 203 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná (UFPR) – Curitiba, p. 126.

conceito de lide, de todo imprestável no direito processual penal, como já asseverado.¹¹⁰

Deste modo, a legitimidade de parte somente tem importância para solucionar a dicotomia entre ação penal de iniciativa pública e de iniciativa privada.¹¹¹

Ainda, insta salientar que, além das condições genéricas da ação, são também exigidas, em algumas situações, as chamadas condições específicas da ação penal ou condições de procedibilidade, conforme preferem alguns autores, como ocorre nas ações de iniciativa pública condicionada.¹¹² São elas: a representação do ofendido ou do seu representante legal, a requisição do Ministro da Justiça, e, o ingresso do agente em território nacional, em crimes praticados fora do território nacional.

Como a doutrina tem entendido que, tanto a ausência das condições genéricas, como as condições específicas constituem espécies dos requisitos de procedibilidade, caso não satisfeitos, devem obstar o prosseguimento da ação. Ou seja, o mérito não será analisado.¹¹³

Sendo assim, a análise da presença das condições da ação, sejam elas genéricas ou específicas, deve ser feita no momento em que o juiz realizar o juízo de admissibilidade da ação.

Caso ele perceba a ausência de qualquer uma delas, deverá proferir decisão rejeitando ou não recebendo a peça exordial.

¹¹⁰ FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 6. ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 248.

¹¹¹ GEBRAN NETO, João Pedro. **Inquérito policial: arquivamento e princípio da obrigatoriedade**. Curitiba: Juruá, 1996, p. 50.

¹¹² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 88.

A JUSTA CAUSA

2.1 Justa causa: noções do conceito

Para a maioria da doutrina, a justa causa, para o processo penal, consiste na somatória da presença dos indícios mínimos de autoria com a prova da existência do fato típico.

Até se chegar a tal noção, o conceito tanto de “causa”, como de “justo” experimentou muitas vertentes.

Como a base do presente estudo cinge-se a analisar a justa causa como condição da ação penal, não se alongará o exame dos conceitos apresentados sobre “justo” no decorrer dos séculos, comungando-se aqui do adotado pela professora Maria Thereza Rocha de Assis Moura, que entende ser o mais aplicável o de John Rawls.¹¹⁴

Para o filósofo, a noção de justiça deve observar a equidade, a partir da qual se possibilita corrigir as desigualdades. E assim, o “justo” consubstancia-se num conjunto de princípios que delimitam quais as satisfações individuais são revestidas de validade, determinando, assim, quais são as concepções permeadas de razoabilidade para a consecução do bem pessoal. Desta forma, o conceito de “justo” deve preceder o de “bem”, para que, assim, possa se ter uma justiça com equidade.¹¹⁵

Definida a acepção de “justo”, passa-se a discorrer sobre os sentidos experimentados por “causa”, utilizando-se da pesquisa da autora supracitada, que realizou um excelente estudo sobre o assunto.¹¹⁶

2.1.1 Na Filosofia

¹¹³ BONFIN, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.151.

¹¹⁴ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pissetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

¹¹⁵ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pissetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 34.

¹¹⁶ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal – doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Sob o viés filosófico, assevera a autora citada que as primeiras reflexões a respeito da causa como algo que gera ou movimenta alguma coisa iniciaram-se há, aproximadamente, trinta séculos atrás, quando o pensamento lógico começou a se desenvolver.¹¹⁷

Essa análise do que seria “causa”, na filosofia grega antiga, foi feita por Aristóteles no século IV a.c. com o auxílio da Metafísica. O filósofo conceituou a causa como a razão ou o princípio que faz com que algo se torne aquilo que é, determinando suas características essenciais, bem como sua constituição. Sua teoria ficou conhecida como a Metafísica Aristotélica.

Para o filósofo, causa é todo o princípio da existência de algo. Aquilo o que de algum modo depende a existência de um ente, e de outro modo, todo fator que se tem para se referir, a fim de se explicar um processo qualquer. E, a fim de sistematizar suas idéias, apresentou quatro acepções: a causa material, a causa formal, a causa eficiente e a causa final.

A primeira delas consiste em se examinar do que uma coisa é feita, o seu substrato. Já, a causa formal, diz respeito à coisa em si; a eficiente concerne àquilo que dá origem ao processo em que a coisa surge, e a final, aquilo para o qual a coisa é feita, sua utilidade.

Para exemplificar sua teoria das quatro causas, Aristóteles trouxe os seguintes exemplos:

Se llama Causa, ya la materia de que una cosa se hace: el bronce es la causa de la estatua, la plata de la copa, y, remontándonos más, lo son los géneros a que pertenecen la plata y el bronce; ya la forma y el modelo, así como sus géneros, es decir, la noción de la esencia: la causa de la octava es la relación de dos a uno, y, en general, el número y las partes que entran en la definición de la octava.

También se llama causa al primer principio del cambio o del reposo. El que da un consejo es una causa, y el padre es causa del hijo; y en general, aquello que hace es causa de lo hecho, y lo que imprime el cambio lo es de lo que experimenta el cambio. La causa es también el fin, y entiendo por esto aquello en vista de lo que se hace una cosa. La salud es causa del paseo. ¿Por qué se pasea? Para mantenerse uno sano, respondemos nosotros; y al hablar de esta manera, creemos haber dicho la causa. Por último, se llaman causas todos los intermedios entre el motor y el objeto. La maceración, por ejemplo, la purgación, los remedios, los instrumentos del médico, son causas de la salud; porque todos estos medios se emplean en vista del fin. Estas causas difieren, sin embargo, entre sí, en cuanto son las unas instrumentos y otras operaciones. Tales son, sobre poco más o menos, las diversas acepciones de la palabra causa.¹¹⁸

¹¹⁷ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 31.

¹¹⁸ Tradução livre: “Se chama Causa, a matéria do que uma coisa se faz: o bronze é a causa da estátua, a prata do cálice, e remontando-nos mais, os gêneros aos quais pertencem a prata e o

Já, na era cristã, a explicação para a causa centrou-se em Deus, que por sua vontade soberana criava aquilo que quisesse. Assim, começou a se difundir a idéia de que a causa de todas as coisas era o Criador. Santo Agostinho foi o principal defensor desse postulado. E, a fim de atestar essa existência divina, apresentou as clássicas cinco vias nesse intuito. São elas:

O argumento do primeiro motor. Tudo o que move deve seu movimento a algo que o move. Nada é movido e movente ao mesmo tempo. Todo motor é motor em ato e todo movido é movido por potência que transforma em ato. Mover é transformar potência em ato. O movido é a passagem de potência em ato e há um motor primeiro que não tem potência porque puramente ele é o ato, isto é, Deus.

O argumento da primeira causa eficiente. É a via que é tomada das causas, é o que explica o efeito. Quando digo que uma coisa “é” recorro à uma causa formal (a forma) que delimita a matéria; recorro à uma causa material para dizer do que é feito ou constitui. Vou à causa final para encontrar a sua finalidade e por último vou à causa eficiente para encontrar a causa exterior que explica o efeito daquela coisa (como ele é e pode ser). A realidade última se encontra nos efeitos intermediários e por conseqüente a causa eficiente primeira.

O argumento do existente necessário ou a Via da contingência. Vemos coisas que podem ser e não ser, isto é, são contingentes, por isso deve existir algo necessário. Há um ente necessário de razão, ou seja, necessário do necessário.

O argumento pelos graus do ser ou Via dos graus da perfeição. Conhecemos a realidade em graus, porém só consigo dizer de mais ou de menos em relação do que “é”. O que é configura os graus do ser.

O argumento do governador supremo das coisas ou Causa final (Finalismo). Algumas coisas da realidade necessitam de uma espécie de conhecimento. Precisa de algo inteligente que o governe, como por exemplo, a flecha precisa de um arqueiro. Tudo busca uma finalidade, podemos ver que na natureza tudo age para um fim. Não estamos à deriva.¹¹⁹

Ainda, a filosofia escolástica, ao apresentar sua definição acerca de causa, manteve como base a doutrina aristotélica no que tange a natureza e suas

bronze; já a forma e modelo, bem como seus gêneros, é dizer a noção de sua essência: a causa da oitava é a relação de dois para um, e, em geral, o número e as partes que entram na definição da oitava. Também se chama causa o primeiro princípio de mudança ou do repouso. O que um conselho é uma causa, e o pai é a causa do filho; e, em geral, aquilo que é causa de um fato; e o que imprime a mudança é o que experimenta a mudança. A causa é também um fim, e entendo por isto aquilo em vista aquilo do que se faz uma coisa. A saúde é a causa do passeio. Por que se passeia? Para se manter saudável, nós respondemos; e ao falar desta forma, cremos ter dito a causa. Por último, chamam-se causas todos os meios entre o motor e objeto. A maceração, por exemplo, a limpeza, os remédios, os instrumentos do médico, são causas da saúde; porque todos esses meios se empregam em vista desse fim. Essas causas diferem, sem embargo, enquanto são instrumentos de outras operações. Estas são, mais ou menos, as várias acepções da palavra causa”. (**Filosofia Grega – Aristóteles**. Disponível em: <<http://www.e-torredabel.com/Historia-de-la-filosofia/FilosofiaGrega/Aristoteles/Causa.htm>> Acesso em: 27 out. 2010).

¹¹⁹ OLIVEIRA, Christiane Forcinito Ashley Silva de. **Apostolado Sociedade Católica: as Provas da Existência de Deus de Santo Anselmo**. Disponível em: <<http://www.sociedadecatolica.com.br/modules/smartsection/item.php?itemid=400>> Acesso em: 27 out. 2010.

espécies.¹²⁰ Assim, apresentou as quatro acepções criadas por Aristóteles da seguinte forma: “*causa formal* (aquilo que determina ou dá a forma à substância, e constitui a essência da coisa), *causa material* (a matéria ou a substância), *causa eficiente* (aquilo que atua no sentido de que a substância adquira a sua forma, ou revela e determina a essência da coisa) e *causa final* (aquilo que representa o fim para o qual tende a coisa).”¹²¹

O tomismo,¹²² a fim de aperfeiçoar a teoria das causas de Aristóteles, dividiu a causa eficiente em principal e instrumental, e subdividiu a causa principal em segunda e em primeira, que é Deus.¹²³ Para São Tomás, as causas dispõem-se em uma série, a qual, por não poder ser infinita, encontra como limite a causa primeira, que é Deus.¹²⁴

Com o advento do Renascimento, que trouxe mudanças no pensamento medieval, alterando a influência cristã exercida naquela época, passou-se a defender essa conceituação com base na causalidade científica.¹²⁵ Tal definição começou a observar a natureza, que se entrelaçava também ao efeito. Assim, Galileu Galilei trouxe o postulado de que causa é aquela à qual se coloca em seguida o efeito; e, se removida a causa, é removido o efeito.¹²⁶

Novamente a filosofia ganha destaque na discussão sobre a natureza da causa nos séculos XVII e XVIII, tendo seus maiores expoentes Descartes, Leibniz e Espinosa. Tais filósofos identificaram causa com razão, reduzindo-a à pura relação

¹²⁰ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 33.

¹²¹ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 33.

¹²² “A característica do tomismo (...) é o intelectualismo, com a primazia do intelecto sobre a vontade, com todas as relativas conseqüências. O conhecimento, pois, é mais perfeito do que a ação, porquanto o intelecto possui o próprio objeto, ao passo que a vontade o persegue sem conquistá-lo. Esta doutrina é aplicada tanto na ordem natural como na ordem sobrenatural, de sorte que a bem-aventurança não consiste no gozo afetivo de Deus, mas na visão beatífica da Essência divina.” **Mundo dos filósofos**. Disponível em: < <http://www.mundodosfilosofos.com.br/aquino2.htm> > Acesso em: 15 fev. 2011.

¹²³ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 35.

¹²⁴ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 35.

¹²⁵ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 35.

¹²⁶ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 35.

de necessidade racional, e “a causalidade aparece como uma ação própria da inteligência, realizando a síntese de dois estados de coisas: a causa e o efeito.”¹²⁷

No Empirismo, a ideia de causalidade, tendo o efeito como resultado, foi remetida para a forma habitual de se perceber fenômenos e os relacionar como causa e consequência através de uma repetição constante.¹²⁸ Ou seja, as leis da natureza só seriam leis porque se observaram de forma repetida pelos homens.

Todavia, nesse contexto, Hume nega que haja ligação necessária entre o que existe e o que não existe, concebendo a possibilidade de que a causa possa se apresentar sem o efeito, sendo que a vinculação entre os dois decorreria de uma crença. Ou seja, acaba, com tal idéia, por negar a realidade objetiva da causalidade, e através desse pensamento antimetafísico, origina-se o ceticismo.

A partir de então, deu-se margem para várias concepções acerca da causalidade, cujos postulados remeteram-se às idéias de outrora disseminadas. Por exemplo, o ocasionalismo, surgido a partir do propugnado pelo empirismo e a metafísica, trouxe novamente, através de Malebranche, o conceito de causa primeira e verdadeira de todo acontecimento, Deus.¹²⁹

Opondo-se a tal idéia, Kant trouxe o conceito de causa relacionada à uma função categórica do pensamento, de modo que não caberia demonstrá-la, mas aplicá-la à observação dos fenômenos. Para ele, a causalidade não é resultado da experiência; ela é uma categoria geral e necessária do pensamento; ela esta no ser, em seu espírito, antes de cada experiência. Assim, para que haja uma relação de causalidade entre o evento A e um evento B, mister se faz que haja uma ordenação que faça com que A determine B, a partir de uma regra.¹³⁰

Dentre os outros vários conceitos de causalidade surgidos posteriormente na Filosofia, destaca-se o Positivismo, representado por Augusto Comte, que ao

¹²⁷ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 35 -36.

¹²⁸ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 36.

¹²⁹ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 36.

¹³⁰ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 37.

criticar as idéias trazidas pela Metafísica a esse respeito, inseriu nesse contexto as noções de função ou lei, ocasionando o esvaziamento da idéia de causa.¹³¹

E a partir dessa noção trazida pelo Positivismo, segue-se a abordagem acerca da justa causa no Direito, iniciando-se pelo berço de seu surgimento.

2.1.2 No Direito Romano

Não havia, no Direito Romano, um sentido específico para a palavra causa. Como ressalta Maria Thereza Rocha de Assis Moura,¹³² vários autores tentaram, através de suas pesquisas, encontrar suas possíveis acepções.

Dentre eles, a autora cita José Juan Bruera, que trouxe três sentidos para a causa jurídica, na era romana.¹³³ A primeira delas refere-se ao ato jurídico, que seria a causa que dá origem à obrigação; a outra, seria a causa como a condição necessária, que outorga força obrigatória aos contratos, e, finalmente, a causa seria a finalidade almejada pelo agente nos atos de liberalidade.¹³⁴

Utilizando-se dos estudos de Torquato de Castro, Maria Thereza Rocha de Assis Moura ensina que o autor¹³⁵ apresenta a noção de causa para os romanos tanto consistiu no próprio conteúdo da contenda judiciária, como os fatos que geravam as situações jurídicas em geral:

No primeiro sentido, causa era o conjunto de elementos que sintetizavam a lide, ou litígio, e que eram relevantes para a espécie, compreendendo os fatos que passaram a qualificar a causa-tipo dos *iura*, inclusive das *obligatio*.

No segundo significado, o vocábulo causa ou *titulus* tinha o sentido de fonte de um obrigação ou *título* de um direito real. Evocava-se o *fato-tipo* gerador da obrigação – *causa obligationis* -, ou gerador do direito real – *titulus* -, cujo emprego, no entanto, não excluía também o de causa: *iusta causa*, ou *iustus titulus*. Nessa acepção, causa-fonte identificava-se com *causa eficiente*.¹³⁶

¹³¹ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 37-38.

¹³² MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 42

¹³³ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 42.

¹³⁴ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 42.

¹³⁵ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 42- 43.

¹³⁶ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 43.

Nos referidos estudos, ainda ressalta a autora que não se pode delimitar a partir de quando passou a ser utilizado pelos romanos o termo *causa* no sentido jurídico clássico de “causa-fonte”, concluindo-se que talvez isso tenha ocorrido com a lógica dialética dos gregos por eles utilizada, quando então se positivou a expressão como um ponto de apoio à construção jurídica: *topos causa*.

Na acepção de “causa-fonte”, a partir da *Lex Aebutia* – século II a.C., quando se introduziu o processo na legislação romana -, o *topos causa* passou a auxiliar os juristas para a construção jurídica, partindo do pressuposto de que a partir dos fatos é que se encontraria a causa próxima, que por sua vez seria um fato valorado pelo Direito como justa ou injusta.¹³⁷ Também a noção de “causa-fonte” foi adotada no direito privado, conquanto com denominações diferentes em cada campo jurídico: “ora *causa*, de uso mais genérico; ora *titulus*, nas situações jurídicas reais; ora *legitimatio ad causam*, na *actio*, embora os três nomes estivessem presentes em um *topos dialético único*.”¹³⁸

Desta forma, salienta Maria Thereza Rocha de Assis Moura:

...*causa* significava o todo, o conjunto dos fatos que davam lugar às *quaestiones*, enquanto que a *legitimatio* de cada uma das partes, autor ou réu, dependia da existência de um *título*, que cada uma delas teria de ostentar. Esse título poderia resultar manifesto, de imediato, da própria causa, ou depender de fato específico, dentre os da causa, exigindo demonstração especial.” E, como o título que deveria qualificar a pessoa como parte era referido necessariamente à sua participação na *causa judiciária*, e não em qualquer outra atividade jurídica, denominou-se esta especial *legitimatio*, de *legitimatio ad causam*.¹³⁹

Já, para Emílio Betti, os romanos teriam adotado o conceito de causa no sentido de se justificar um comportamento relevante para o direito, a fim de atingir determinado fim, ou “como situação objetiva, na qual o comportamento se enquadrava, e na qual ele atingia a sua justificação (*justa causa*)”,¹⁴⁰ para se excluir uma responsabilidade em face de outrem ou para reconhecer juridicamente determinada razão.¹⁴¹

¹³⁷ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 44

¹³⁸ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 45.

¹³⁹ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 46.

¹⁴⁰ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 47.

¹⁴¹ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 47.

Por fim, assevera a citada autora que, conquanto não tenha havido um consenso acerca da utilização do termo “causa” no Direito Romano, ora utilizado como *causa final*,¹⁴² ora como *causa eficiente*,¹⁴³ de acordo com José Antônio Doral, sua invocação também implicava na tutela dos interesses surgidos de acordo com os critérios de justiça e equidade, eis que de relevância social.¹⁴⁴

2.1.3 No Direito Canônico

No Direito Canônico, a palavra *causa* foi utilizada para caracterizar várias coisas. No respectivo *Códex*, mormente se observa que seu uso é feito nos sentidos de motivo, de razão, bem como no de controvérsia, lide, litígio, demanda, *causa* judicial, ou processo:¹⁴⁵

Na primeira acepção, o texto legal utiliza, por várias vezes, o termo “causa” para significar o simples motivo; outras vezes, emprega as expressões “causa grave” ou “motivo grave”; outras ainda, “causa grave e urgente” ou “motivo grave e urgente”; em alguns casos, “causa gravíssima”, estabelecendo, dessa forma, uma verdadeira gradação da gravidade da causa, ou motivo.

No segundo sentido, a voz “causa” é mencionada em dezenas de cânones, tanto para significar o conteúdo da controvérsia, como para designar a materialização do litígio, por meio da ação judiciária, tal como no Direito romano.¹⁴⁶

Como ressalta Maria Thereza Rocha de Assis Moura, na Enciclopédia Católica é também atribuído à “*justa causa*” o termo “causa canônica”, consubstanciado no “...motivo racional e harmônico que motiva a autoridade eclesiástica a tomar qualquer providência e, particularmente, a conceder qualquer dispensa ou derrogação da lei canônica.”¹⁴⁷

No atual Código Canônico, verifica-se o emprego do vocábulo “*justa causa*”, por exemplo, para estabelecer regras quanto à alienação de bens pela Igreja em

¹⁴² Como causa eficiente: “... a causa era fato – natural ou voluntário – que dava origem ou fazia nascer o Direito especificamente aplicável às hipóteses com que lidavam.” (MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a** p. 47).

¹⁴³ Como causa final: “...a causa sempre teria sido vista como causa – fim ou função de atos negociais”. (MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 47).

¹⁴⁴ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 47.

¹⁴⁵ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 48.

¹⁴⁶ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 48-49.

¹⁴⁷ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 49.

valor superior ao mínimo fixado (cân. 1293, § 1º),¹⁴⁸ a redução dos ônus de missas (cân. 1308),¹⁴⁹ a recusa das ofertas feitas aos Superiores ou administradores das pessoas jurídicas eclesiais (cân. 1267),¹⁵⁰ do recebimento da comunhão fora da missa (cân. 918),¹⁵¹ da ordenação dos súditos, pelo Bispo (cân. 1015, § 2º),¹⁵² dentre outros.

Ainda, no referido *Códex*, verifica-se que se utiliza uma graduação na expressão “justa causa”, a fim de se identificar a importância das pessoas eclesiais legitimadas a tomar suas respectivas providências, de acordo com o cargo exercido. Assim, as causas destinadas à análise e resolução pelo papa são as “causas maiores”, como, por exemplo, as beatificações, canonizações, dentre outras.¹⁵³

2.1.4 No Direito Civil

Consoante José Juan Brunera, foi a partir do Direito Canônico que começaram a surgir as análises acerca do problema da causa jurídica, conquanto

¹⁴⁸ Cân. 1293 § 1. Para a alienação de bens cujo valor excede a soma mínima fixada, requer-se ainda: 1º- justa causa, como necessidade urgente, evidente utilidade, piedade, caridade ou outra grave razão pastoral; (**Código de Direito Canônico**. Tradução oficial da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. São Paulo: Loyola, 1983, p. 561).

¹⁴⁹ Cân. 1308 § 1. A redução de ônus de missas, que só se pode fazer por causa justa e necessária, é reservada à Sé Apostólica, salvas as prescrições seguintes. (**Código de Direito Canônico**, p. 567).

¹⁵⁰ Cân. 1267 § 1. A não ser que conste o contrário, as ofertas feitas aos Superiores ou administradores de qualquer pessoa jurídica eclesial, mesmo particular, presumem-se feitas à própria pessoa jurídica.

§ 2. As ofertas mencionadas no § 1 não podem ser recusadas, a não ser por justa causa e, nos casos mais importantes, com a licença do Ordinário, quando se trata de pessoa jurídica pública; também se requer a licença do Ordinário para se aceitarem as que estejam vinculadas por modalidades ou condições onerosas, salva a prescrição do cân. 1295. (**Código de Direito Canônico**, p. 548).

¹⁵¹ Cân. 918. Recomenda-se sumamente que os fiéis recebam a sagrada comunhão na própria celebração eucarística; seja-lhes, contudo, administrada fora da missa quando a pedem por causa justa, observando-se os ritos litúrgicos. (**Código de Direito Canônico**, p. 413).

¹⁵² Cân. 1015 § 1. Os candidatos ao presbiterato ou ao diaconato sejam ordenados pelo Bispo próprio ou com legítimas cartas dimissórias suas.

§ 2. O Bispo próprio, não impedido por justa causa, ordene pessoalmente seus súditos; sem indulto apostólico, porém não pode ordenar um súdito de rito oriental. (**Código de Direito Canônico**, p. 449)

¹⁵³ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 50, em nota de rodapé.

não tenha, aquele ramo do Direito, chegado a um consenso sobre o conceito de causa, pois como visto, poderia ela significar tanto motivo, como o fim moral.¹⁵⁴

Com isto, no século XIII, o Direito Civil acolheu “...a idéia de declarar a não validade dos contratos nos quais não se menciona a causa.”¹⁵⁵ E no século XVI, passou-se a admitir que a ausência de causa teria conseqüência o reconhecimento de não-validade dos contratos.¹⁵⁶

No século XVII, o jurista francês Domat desenvolveu a Teoria da Causa, alçando-a à condição de elemento constitutivo do ato jurídico, a partir da idéia de que seria ela o próprio fim abstrato. A essa teoria opuseram-se alguns anticontratualistas, que ao sustentarem que a causa nada tinha de concretamente definido, deveria ser retirada dos textos legais, o que foi feito.¹⁵⁷

Nessa esteira corroborou o Código Civil pátrio em 1916, em cujo diploma não se fez menção à causa como requisito de validade dos atos jurídicos, embora se refira, em seu artigo 90, à “falsa causa” como forma de se viciar o ato.¹⁵⁸

Ao ser interpretado tal dispositivo legal, remeteu-se, pela doutrina, a acepção de causa para a finalidade, sob o fundamento de que a ela foi dado sentido amplo, a fim de compreender o simples motivo.¹⁵⁹ Outros defenderam que foi ela implicitamente considerada como requisito do ato jurídico, porque é sempre um de seus elementos.¹⁶⁰

De igual forma, no artigo 81 do Código Civil então vigente, quando o legislador definiu o ato jurídico como “todo o ato lícito que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos”, salientou o escopo negocial, o que nada mais é do que a finalidade, ou seja, a causa final.¹⁶¹ E, em seu

¹⁵⁴ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 51.

¹⁵⁵ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 51.

¹⁵⁶ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 51.

¹⁵⁷ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 52.

¹⁵⁸ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 52.

¹⁵⁹ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 53.

¹⁶⁰ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 53.

¹⁶¹ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 53.

artigo 82, o *Códex*, ao exigir “objeto lícito”, teria igualmente por escopo inserido a causa final, no sentido de quando se pratica um ato, se tem em vista um fim.¹⁶²

No Código Civil vigente, a justa causa encontra-se expressamente prevista em alguns dispositivos.

No artigo 884, que trata do enriquecimento sem causa: “aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.”

Também a justa causa vem expressa no artigo 1848, que trata da estipulação de cláusula sobre a legítima para a inalienabilidade, a impenhorabilidade e a incomunicabilidade dos bens: “salvo se houver justa causa, declarada no testamento, não pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade, e de incomunicabilidade, sobre os bens da legítima.”

Ainda, a título exemplificativo, ao tratar da consignação em pagamento, o diploma civil, no artigo 335, em seu inciso I traz também a justa causa como requisito autorizador do instituto: “I – se o credor não puder, ou, sem justa causa, recusar a receber o pagamento, ou dar quitação na devida forma”.

Conforme ressalta Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Carnelutti, ao analisar as teorias surgidas a respeito da causa, concluiu que consiste ela num interesse, eis que não há como se determinar de outra forma o estímulo volitivo.¹⁶³ Todavia, essa causa seria final e não inicial: “A causa é o interesse do agente, a qual se apresenta não na situação inicial, mas na final. Esta manifestação, segundo o mestre italiano, permitiu-lhe sair do equívoco cometido quando da sua primeira concepção da causa do negócio, quando a fez consistir em seu efeito jurídico.”¹⁶⁴

Conquanto não expressamente a “causa” conste como requisito de validade do ato jurídico de forma expressa nos dispositivos do Código Civil, não como se negar que é ela preponderante na análise meritória de algumas demanda. Nesse sentido, conclui a autora seu estudo:

¹⁶² MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 53.

¹⁶³ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 55.

¹⁶⁴ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 55.

Certo é que, no Direito Civil brasileiro, embora a “causa” não tenha sido expressamente mencionada como requisito de validade do ato jurídico, os tribunais nunca hesitaram em anular contratos, naqueles casos em que ela for proibida pela lei, ou quando contrária aos bons costumes e à ordem pública, hipóteses em que, segundo os parâmetros dos Códigos tidos como causalistas, estariam autorizados a fazê-lo.¹⁶⁵

2.1.5 No Direito Processual

Não obstante uma teoria geral do processo não ser apta a abarcar o Direito Processual, ante as características peculiares que envolvem o Processo Civil e o Processo Penal, consoante discorrido no capítulo anterior, mister se faz demonstrar o posicionamento trazido pela doutrina acerca da conceituação da justa causa nessa campo do processo.

“Causa” encontra no Direito Processual sua maior significação, eis que utilizada para designar ação, processo, lide, litígio, contenda, dentre outros. Pode-se afirmar que é a acepção mais clara que se tem do vocábulo, sem a necessidade de se aprofundar e discutir seu real sentido, como se verificou no direito material.

Independentemente se no Processo Civil ou no Processo Penal, a idéia imediata que se tem quando se fala em “causa” é o processo em si os causídicos também a ela se referem quando são contratados pelos seus clientes para defendê-los.

No Processo Civil, a expressão encontra várias explicações por parte dos doutrinadores. Maria Thereza Rocha de Assis Moura traz, sintetizadamente, algumas delas:

Afirmou Eduardo Pallares que, (...) causa tem diversos significados: 1) o título ou fato jurídico gerador da ação processual. A palavra é usada neste sentido quando se diz “a causa de pedir”, ou *causa petendi*; 2) interesse próximo, tal como concebido por Carnelutti, já que o interesse remoto é o motivo; 3) elemento gerador de atos processuais; 4) litígio que as partes submetem ao juiz para sua decisão.

Francisco de Paula Baptista, ao tratar da identidade da causa na coisa julgada, na época do Brasil Império, definiu-a como “o fato ou o ato, de que resulta direta ou indiretamente o direito, ou obrigação, que constitui o objeto da ação, ou exceção, e com esta *causa* não devemos confundir os diferentes elementos, que podem concorrer separada, ou conjuntamente para constituí-la.”

(...)

Joaquim Inácio Ramalho sustentou que causa “é o direito deduzido em juízo.”

¹⁶⁵ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 55.

(...)

Teixeira de Freitas, que a conceituou como “a questão agitada entre as partes perante o juiz, distinguindo-se uma das outras somente pela discussão”, traçou rigorosa distinção entre processo, causa e ação. Segundo o autor, “*processo*, autos, feitos, são os papéis continentes de qualquer causa, em geral, o *porquê dos fatos*; em generalidade jurídica, o *porquê legal*; em generalidade forense, o *porquê do processado*, ou este seja conteúdo da *ação*, ou de outro procedimento *sem ação; ação*. Litígio é só a causa, onde contendem, ou pleiteiam, duas ou mais partes. A demanda dá origem e princípio ao litígio, e o litígio trata-se e desenvolve-se no processo.”¹⁶⁶

Ainda, assinala a autora que Augusto Magne salientou a diferenciação entre “causa” (aspecto formal ou judicial da contenda), “res” (a matéria sobre a qual versa o processo), “lis”¹⁶⁷ (a própria contenda) e “ratio” (os fundamentos dos motivos que levam as partes ao litígio).¹⁶⁸

No Código de Processo Civil vigente, observa-se a utilização de “causa” em ao menos três sentidos: de origem ou motivo da nulidade por infração à forma processual prescrita (artigo 243: “quando a lei prescrever determinada forma, sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa.”), de demanda, ação, feito (artigo 258, ao atribuir o valor para a causa, o artigo 261, que possibilita a impugnação ao valor da causa pelo réu e o artigo 267, II, que dispõe acerca da extinção do processo sem julgamento do mérito quando o autor abandonar a causa por mais de trinta dias).¹⁶⁹

Já, no Processo Penal, as acepções encontradas para o vocábulo em questão pertinem à controvérsia penal ou caso penal, eis que não há “lide”,¹⁷⁰ bem como “pretensão”, o que subentende o sentido de feito.¹⁷¹

Como a análise da justa causa nesse ramo processual consiste no cerne da presente pesquisa, tal questão será melhor delineada a seguir.

¹⁶⁶ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 57-58.

¹⁶⁷ “Carnelutti, após assinalar que a palavra lis, ou lide, serve para significar não só o conflito de interesses que constitui o conteúdo do processo, mas também o processo mesmo, destacou que a lide apresenta dois elementos, o material e o formal. O primeiro é o conflito de interesses, e o segundo, o conflito de vontades. A partir deste entendimento estabeleceu a similitude e a diferença entre relação jurídica e a lide: a primeira radica no elemento material, que é idêntico; a segunda no elemento formal, que é distinto, ou contrário”. (MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 58-59)

¹⁶⁸ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 58.

¹⁶⁹ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 60.

¹⁷⁰ Q.v. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho: **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1998.

2.2 A justa causa no Processo Penal

2.2.1 Escorço histórico da justa causa para a ação penal

Como dantes salientado, a análise da justa causa para se ensejar o processo penal, traduz-se no exame da existência de indícios suficientes de autoria e materialidade do crime. A utilização da expressão “justa causa” no Processo Penal remonta à introdução do *habeas corpus*, no ordenamento jurídico brasileiro em 1832. Ou seja, desde que esse instituto foi adotado, tal expressão já configurou um dos requisitos para se tutelar a liberdade de locomoção.

Ao se analisar a evolução histórica do *habeas corpus*, denota-se que houve um aperfeiçoamento no decorrer de sua trajetória. Seus postulados originários são remetidos à *Magna Charta Libertatum* de 1215, imposta ao Rei João Sem-Terra pelos barões, na Inglaterra, onde alguns princípios de liberdade e de processo começam a ser observados, conquanto inicialmente direcionados a uma elite.¹⁷²

A idéia inicial não estava ligada à liberdade, especialmente, em relação à sua causa, mas sim para se conseguir a apresentação pessoal do acusado perante a Corte, a fim de suportar o processo.¹⁷³

Somente se começou a analisar os motivos da detenção no *habeas corpus*, entre os séculos XV e XVI, quando se colocou em análise a suficiência ou não da causa que a ensejara. “*Emergia, assim, a forma moderna “ad subjicieundum” do writ, para submeter a causa à análise da Corte,*”¹⁷⁴ bem como a legalidade a ela concernente, como ressaltado por Maria Thereza Rocha de Assis Moura: “Exsurgiu, nestes casos, a noção de que o *habeas corpus* requeria uma causa a ser demonstrada para o encarceramento, e que a legalidade da causa podia ser examinada. Ao mesmo tempo, o *habeas corpus* foi se tornando cada vez menos um

¹⁷¹ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 61.

¹⁷² GUIMARÃES, Isaac N. B. Sabbá. **Habeas corpus**: críticas e perspectivas. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 54.

¹⁷³ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 140.

¹⁷⁴ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 141.

procedimento auxiliar para obter a presença física de alguém, e cada vez mais um remédio para obter a liberação da prisão.”¹⁷⁵

No século XVII, em 1679, no reinado de Carlos II, surgiu o *Habeas Corpus Act*. Segundo Sérgio Demoro Hamilton, suas características consistiam no seguinte:

A lei de Habeas Corpus de 1679 traçava um procedimento minucioso sobre a maneira de interposição da impetração, estabelecendo a forma escrita para a "reclamação ou requerimento" (art. 1º), a obrigação do preso ser apresentado ao Tribunal em prazo curto (art.3º), não podendo exceder de vinte dias (prazo pequeno para as condições de locomoção da época), fixava a multa de 500 libras para quem capturasse, pelo mesmo fato, a pessoa beneficiada pela providência do habeas corpus, além de outras regras procedimentais.¹⁷⁶

E, em 1816, esse ato foi aperfeiçoado, aumentando o campo de atuação e incidência do instituto para colher a defesa rápida e a eficaz da liberdade individual, e, com isso, proporcionar maior celeridade no processamento. Seu modelo foi adotado quase que integralmente no habeas corpus moderno. A respeito do *Habeas Corpus Act*, o autor acima citado discorre:

Em 1816, através de novo Habeas Corpus Act, o "*writ* recebe, no Direito inglês, sua estrutura definitiva". É o que ensina José Frederico Marques com apoio em Pontes de Miranda, salientando este que o ato de Carlos II, de 1679, não era completo pois só "se referia às pessoas acusadas de crime, de sorte que não tinham direito de pedir habeas corpus as detidas por outras acusações ou meros pretextos". Dessa forma, ampliou-se o âmbito de aplicação do *writ*, tornando-o mais abrangente de maneira a transformá-lo em remédio para resolver "a questão da ilegalidade do constrangimento" sofrido pelo paciente. Esta, também, a posição da doutrina alienígena: "*après la loi de 1816 on peut considérer comme achevé l'évolution de l'habeas corpus. A ce moment, en effet, l'institution a acquis la nature, la forme, l'ampleur qu'ou lui connaît aujourd'hui.*"¹⁷⁷

No que tange à justa causa observada no procedimento, Maria Thereza Rocha de Assis Moura ressalta que "se a causa relatada fosse insuficiente ou ilegal, o prisioneiro era liberado. A matéria diretamente em questão cingia-se,

¹⁷⁵ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 141.

¹⁷⁶ HAMILTON, Sérgio Demoro. *O habeas corpus* contra ato de particular. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, v. 8, n. 4, out./dez. 1996, p. 121.

¹⁷⁷ HAMILTON, Sérgio Demoro. *O habeas corpus* contra ato de particular. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, v. 8, n. 4, out./dez. 1996, p. 122.

simplesmente, à justificativa ou razão dada pela parte que estava exercendo a restrição sobre o acusado.”¹⁷⁸

Assim, em 1832, com o advento do Código de Processo Criminal do Império, o *habeas corpus* foi introduzido no ordenamento jurídico pátrio. Em seu artigo 340, referiu-se à prisão ou constrangimento ilegal, restringindo-se tão-somente aos casos de encarceramento corporal, e, por isso, sua função foi apenas liberatória.¹⁷⁹ Esse diploma legal “...disciplinou também o pedido de *habeas corpus*, o qual tinha de ser feito por meio de petição, que carecia de ser fundamentada, posto que o requerente estava obrigado a apresentar as razões em que se fundava a persuasão da ilegalidade da prisão (art. 341).”¹⁸⁰

Essa relação entre justa causa e a segregação corporal no que tange ao exame da legalidade da medida elasteceu-se ainda no Império.¹⁸¹ Para isso, a jurisprudência foi essencial, gerando as modificações trazidas pela Lei 2.033, de 1871, que possibilitaram o *habeas corpus* também àquele que não estivesse preso, desvinculando-o do encarceramento, e lhe dando um sentido preventivo.¹⁸²

Na República, o instituto foi alçado à condição de garantia constitucional, conforme constou na Constituição de 1891, “...cabendo a ordem em casos de violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder, quer fosse ele requerido antes, quer depois da pronúncia ou condenação”.¹⁸³

Porém, a jurisprudência, gradativamente, ampliou o campo de incidência, adotando também o *habeas corpus* depois da condenação ou pronúncia quando não era crime o fato que embasou a decisão, no caso de incompetência do juiz ou, ainda, quando o processo não observava as solenidades substanciais.¹⁸⁴ Ainda, no que tange a pronúncia, sua aplicação era feita quando o crime era afiançável e

¹⁷⁸ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.142.

¹⁷⁹ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 144.

¹⁸⁰ MOSSIN, Heráclito Antônio. **Habeas corpus**. 7. ed. São Paulo: Manole, 2005, p.31.

¹⁸¹ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.147.

¹⁸² MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 147-149.

¹⁸³ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.151.

¹⁸⁴ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 152.

assim não tivesse sido considerado pelo julgador.¹⁸⁵ Nos casos de condenação, o instituto também passou a ser utilizado quando havia prescrição, a pena determinada na sentença já tinha sido cumprida no período da prisão preventiva ou se a ação penal privada não tinha sido iniciada por queixa.¹⁸⁶

Como pode se observar, era nítido que o *habeas corpus* já socorria casos para fazer cessar o constrangimento de se responder a uma ação penal sem justa causa.

Na revisão constitucional havida entre 1925 e 1926, o uso do instituto foi restringido para os casos de prisão ou constrangimento ilegal na liberdade de locomoção, não se autorizando a interposição de qualquer medida judicial contra a intervenção nos estados ou a declaração do estado de sítio e a verificação de poderes.¹⁸⁷ Eram as transformações políticas que influenciavam os direitos e garantias modificados na Constituição Federal então vigente.

A ordem constitucional de 1934 trouxe o *habeas corpus* para os casos de violência ou coação à liberdade, por ilegalidade ou abuso de poder.¹⁸⁸ Essa “liberdade” consignada foi elastecida pela jurisprudência, aplicando-se o instituto quando se tratava de liberdade de locomoção, eis que a Constituição estabeleceu o mandado de segurança para tutelar aqueles direitos não abarcados pelo *habeas corpus* da carta constitucional anterior.¹⁸⁹

Em 1937, a Constituição declarou o estado de emergência no país. Com isso, os direitos e a liberdade, seja física ou não, ficaram seriamente comprometidos, levando-se ao entendimento, por parte do Supremo Tribunal Federal, bem como da doutrina, de que a impetração do *habeas corpus* não caberia, mormente porque naquela Carta Magna excluíram-se os atos praticados durante o estado de emergência ou de guerra, do conhecimento dos juízes e dos tribunais.¹⁹⁰

¹⁸⁵ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 152.

¹⁸⁶ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 152.

¹⁸⁷ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 158 -159.

¹⁸⁸ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 159.

¹⁸⁹ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 159.

¹⁹⁰ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 159.

Tais modificações constitucionais, contudo, não se refletiram na conexão que a jurisprudência estabeleceu entre justa causa e a legalidade da ação penal de natureza condenatória, sem apagar o caráter originário do instituto, relacionado aos atentados à liberdade física.¹⁹¹

As posteriores constituições, inclusive a de 1988, seguiram nessa esteira de possibilitar a utilização do *habeas corpus* aos casos de liberdade de locomoção, contra ilegalidade ou abuso de poder,¹⁹² ficando, os demais direitos, cingidos ao uso do mandado de segurança.¹⁹³

O Código de Processo Penal vigente desde 1941 atrela a justa causa ao *habeas corpus*, ao estabelecer, em seu artigo 648, inciso I, que a coação será considerada ilegal quando ela não existir. E nada mencionava expressamente em relação à ação penal até a alteração parcial realizada no Código de Processo Penal, que revogou o artigo 43 e passou a tratar das questões mais precisamente em seu artigo 395 cujo estudo realizado por grande parte da doutrina inserem-na como uma condição da ação.

O próximo item tratará dessa análise, no qual se identificará o exato lugar da justa causa na ação penal.

2.2.2 Conceituação processual penal de justa causa

O processo passou a ser utilizado como instrumento de realização do Direito Penal quando o Estado avocou para si o *jus puniendi*, e passou a aplicá-lo através do Poder Judiciário, fase essa que ficou conhecida como da “vingança pública”.

Nas fases anteriores – da vingança privada e divina – esse poder de punir centrou-se nas mãos da vítima ou na de seus familiares, e na Igreja, respectivamente.¹⁹⁴

¹⁹¹ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 160.

¹⁹² Excetuando-se dessa tutela as transgressões disciplinares.

¹⁹³ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 163.

¹⁹⁴ Sobre a evolução do *jus puniendi*: OLIVEIRA, Odete Maria de. **Prisão: um paradoxo social**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1984.

Essa transformação deveu-se, mormente, ao aspecto político que delineava o Estado, pelo qual sua forma de governo acompanhou as diretrizes oriundas de qualquer transformação nessa seara, a fim de que não perdesse seu poder. Diferente não foi em relação à sanção criminal, onde também se mudou o mecanismo punitivo de acordo com as tendências políticas.¹⁹⁵

Assim, da fase da vingança privada para a divina, o fortalecimento da Igreja foi essencial para que com ela se aliasse, dividindo, assim, seu *jus puniendi*, o que igual forma ocorreu quando o poder divino enfraqueceu-se e o Estado ficou com a titularidade única desse poder de punir, adentrando-se assim na fase da vingança pública.

Essa influência política também foi essencial para que a pena experimentasse sua fase humanitária, quando o encarceramento foi adotado como expressão máxima em troca dos suplícios, marco da fase da vingança pública.¹⁹⁶ Isso se deveu aos ideais iluministas, cuja disseminação influenciou a sanção criminal a partir da segunda metade do século XVIII.

Em se tratando do processo penal, essa evolução também foi experimentada. Basta lembrar-se apenas do procedimento adotado pela Santa Inquisição para se observar isso. O acusado era um mero objeto do Direito, e não um sujeito de direitos.

A noção de justa causa, consubstanciada, como se viu, nos indícios mínimos de autoria e materialidade do fato, também foi de suma importância para se garantir um processo penal justo, que trazido para o ordenamento jurídico de então, só o será se observar os direitos e garantias fundamentais insculpidos na

¹⁹⁵ A Criminologia crítica aborda bem esse aspecto da pena como mecanismo de poder do Estado. Sobre o assunto: DE GIORGI, Alessandro. **A miséria governada através do sistema penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006; MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica** – as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX). Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006; RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2. ed Tradução de Gislene Neder. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2004; YOUNG, Jock. **A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2002, e SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba: IPCP; Lumen Juris, 2005.

¹⁹⁶ Foucault demonstra isso muito bem em sua célebre obra “Vigiar e punir”. (FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Tradução de Raquel Ramalheite. 23. ed. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 9).

Constituição Federal, a fim de se assegurar o devido processo legal, cuja regra deve ser a absolvição, e não a condenação.¹⁹⁷

Ao reverso de sua noção, que remete a uma função protetora contra abusos de direito, a conceituação de justa causa não encontra unanimidade.

Desta forma, os vários entendimentos a respeito desse conceito serão apresentados no próximo ponto.

2.2.3 Diversos entendimentos acerca da justa causa

2.2.3.1 Posicionamentos doutrinários

Segundo ressalta Maria Thereza Rocha Assis Moura, o conceito de justa causa, por parte dos processualistas, é tratado quando do exame das espécies de coação ilegal ensejadoras de *habeas corpus*, previstas no artigo 648, do Código de Processo Penal.¹⁹⁸

De acordo com a autora, alguns doutrinadores preferem deixar a cargo do juiz a análise acerca da existência ou não do constrangimento, e, logo, da justa causa, negando, assim, a possibilidade de defini-la.¹⁹⁹ Já, a doutrina majoritária, elenca sua hipóteses de ocorrência, da seguinte forma:

...a falta de criminalidade do fato; a falta de prova; a não-identidade da pessoa; a conservação indevida de uma pessoa na prisão, em vez de ser transferida para outra, a fim de ser julgada; a prisão que não repousa em um fato provado sumária ou concludentemente, de onde resulte criminalidade ou justificação para detenção do paciente; ausência de indícios suficientes de autoria; a prisão feita por motivos vagos, porque ilegais; a conservação do acusado na prisão quando o crime, por sua natureza, permite que ele se livre solto; a extinção da punibilidade; o processo manifestamente nulo.²⁰⁰

¹⁹⁷ Pois, de acordo com o princípio da presunção de inocência: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (Constituição Federal, artigo 5º, LVII).

¹⁹⁸ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 166.

¹⁹⁹ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 166.

²⁰⁰ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 166. Nessa corrente, são na obra apresentados como adeptos: Pimenta Bueno, Oliveira Machado, Alencastro Autran, Gama Coelho, Benjamin do Carmo Braga Júnior, Galdino Siqueira, Aducto Fernandes, A. Coelho Branco Filho, Antonio Luiz da Câmara Leal, Florêncio de Abreu, Vicente de Paulo Vicente de Azevedo e Pinto Ferreira.

Também a justa causa é apresentada como sendo:

...a causa legal, o motivo legal; segundo os preceitos da lei; o motivo legítimo; o impedimento de evidente necessidade; o que está conforme a justiça; a causa que, pelo Direito, bastaria, se ocorresse, para a coação, motivo lícito, conforme o Direito; o fato, cuja ocorrência torna lícita a coação; aquela sem a qual não tem base em lei a coação; a razão, o motivo, para processar ou prender.²⁰¹

Várias são as tentativas de conceituá-la. José Barcelos de Souza defende que a justa causa relaciona-se com “à causa da prisão ou à causa de pedir”, ou seja, aos motivos que ensejam o pedido da aplicação da lei, servindo, como, o que o autor denomina de “nome-ônibus” que direciona a legalidade para justificar o início do processo.²⁰²

Marcelo Fortes Barbosa defende a posição de que a justa causa sempre esteve ligada à legalidade da coação, sem haver relação com a pretensão punitiva.²⁰³

Já para Afrânio Silva Jardim, é “...um suporte probatório mínimo em que se deve lastrear a acusação, tendo em vista que a simples instauração do processo penal já atinge o chamado *status dignitatis* do imputado.”²⁰⁴

Ao tratar do assunto, Gustavo Badaró salienta o seguinte:

O conceito de justa causa evoluiu, então, de um conceito abstrato, para uma idéia concreta, exigindo a existência de elementos de convicção que demonstrem a validade da ação penal. A justa causa passa a pressupor a existência de um suporte probatório mínimo, consistente na prova da existência material de um crime e em indícios de que o acusado seja o seu autor. A ausência de qualquer de um destes dois elementos autoriza a rejeição da denúncia e, em caso de seu recebimento, faltar a justa causa para a ação penal, caracterizando

²⁰¹ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal**, p. 167-168. A autora aqui elenca os seguintes doutrinadores: Aureliano Guimarães, Joaquim Canuto Mendes, Galdino Siqueira, Eduardo Espínola Filho, Mauro Cunha e Roberto Geraldo Coelho, Sady Cardoso de Gusmão, Vicente Sabino Júnior, Inocêncio Borges da Rosa, Basileu Garcia, Evandro Lins e Silva, Pontes de Miranda, Antônio Macedo de Campos, Heráclito Antônio Mossin, Pinto Ferrreira, Edgard Magalhães Noronha, Hélio Tornaghi, Anor Butler Maciel e José Alberto Couto Maciel.

²⁰² SOUZA, José Barcelos de. **Falta de justa causa no Processo Penal**. Revista da Faculdade de Direito Milton Campos, Belo Horizonte, vol. 1, n. 2, 1995, p. 253-264.

²⁰³ Conforme Luís Gustavo Gradinetti de Carvalho e outros. (CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti de; *et. all.* **Justa causa penal-constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 4.

²⁰⁴ JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 80.

constrangimento ilegal apto a ensejar a propositura de habeas corpus para o trancamento da ação penal.²⁰⁵

José Frederico Marques ressalta que a justa causa consiste naquela legitimada pela ordem jurídica, lícita.²⁰⁶ Ainda, sustenta que mesmo que a coação à liberdade pessoal tenha amparo em lei, não poderá ser mantida se for injusta.²⁰⁷

Alerta muito bem o autor que se deve observar, numa coação, primeiramente, se ela não ofende aos princípios gerais do Direito, pois, em caso positivo, será ilegítima.²⁰⁸

Comunga-se aqui desse entendimento, pois, não obstante as várias acepções acerca da justa causa, no intuito de “localizá-la” no ordenamento jurídico, é exatamente isso que se deve ter em mente: respeitar os princípios gerais do direito. E em se tratando de processo penal, esses princípios estão muito bem representados nos postulados constitucionais que o regem.

Assim, analisando-se as várias conceituações doutrinárias²⁰⁹ aqui apresentadas, o que se verifica é que, conquanto se direcione a justa causa para

²⁰⁵ BADARÓ, Gustavo Ivan Righi Ivahy. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2008, p. 72.

²⁰⁶ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal – doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 169.

²⁰⁷ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal – doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 169.

²⁰⁸ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal – doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 171.

²⁰⁹ Cláudia Marlise da Silva Alberton, em estudo realizado, apresenta oito correntes identificadas sobre a justa causa: a primeira vincula o conceito ao de prisão do Código Criminal do Império de 1832, que a considera ilegal se faltar a justa causa; a segunda utiliza a justa causa para fundamentar a ordem de *habeas corpus*, embasada nos Códigos Estaduais do Rio Grande do Sul, de Santa Catarina e do Distrito Federal; a terceira, surgida com o Código de Processo Penal de 1941, ainda vigente, equipara a justa causa como equivalente às hipóteses do artigo 43 do diploma legal, tratando-as como se o instituto fosse; a quarta, dá à justa causa o status de elemento identificador nos casos de coação ou constrangimento ilegal do artigo 648 do Código de Processo Penal; a quinta afirma que a justa causa meramente descreve o fato delituoso na denúncia ou queixa; a sexta, restrita à ação penal privada, afirma que a justa causa sustenta-se somente nos indícios de materialidade ou de autoria do delito; a sétima, que defende que a justa causa deveria ser eliminada do direito processual pátrio, dadas as várias acepções e heterogeneidade de tratamento, e a oitava, que conceitua a justa causa como uma das condições da ação penal, corrente acolhida na Lei 5.250/67, que trata da liberdade de manifestação do pensamento, em cujo artigo 44, § 1º resta consignado que a denúncia ou queixa será rejeitada quando não houver justa causa para a ação penal. (ALBERTON, Cláudia Marlise da Silva. **Justa causa – elemento necessário à proposição da ação penal**. Disponível em: < <http://www.tex.pro.br/wwwroot/00/060419justacausa.pdf> > Acesso em: 01 nov. 2010).

uma ou outra direção,²¹⁰ os fundamentos sempre convergem para esses princípios norteadores do processo penal, que visam propiciar o devido processo legal, que, por sua vez, representa seu corolário máximo, sustentado pelos demais direitos e garantias fundamentais.

Nessa linha, a moderna doutrina que dissemina exatamente isso – o processo penal garantista – ressalta, quando fala da justa causa, a importância de se observarem esses postulados constitucionais.

Elmir Duclerc assevera o seguinte:

Pensamos, contudo, que o conceito de justa causa, para que realize a função garantista que inspira a sua existência, [do processo penal] deve ser compreendido de forma mais abrangente, para alcançar, além da materialidade e da autoria (que constituem apenas a parte objetiva do tipo), todos os outros elementos da definição analítica do delito, ou seja, os elementos subjetivos e informativos do tipo, a antijuridicidade e a culpabilidade. Assim, para que a ação possa ser intentada, o autor deve demonstrar, a priori, que existe um juízo de admissibilidade sobre a existência e sobre a autoria não de qualquer fato, mas de um fato criminoso (típico, antijurídico e culpável).²¹¹

Aury Lopes Júnior, acerca da questão, assevera que a justa causa “está relacionada, assim, com dois fatores: existência de indícios razoáveis de autoria e materialidade de um lado, e de outro, com o controle processual do caráter fragmentário da intervenção penal”,²¹² consubstanciado no filtro que controla a aplicação da lei penal tão-somente àquelas condutas realmente lesivas, dado o grau de gravidade, periculosidade, bem como dos bens jurídicos relevantemente tutelados.²¹³

²¹⁰ “Em conclusão: seja expressão do interesse de agir (no processo penal), seja uma quarta condição da ação, seja enfim (o que reputamos mais acertado) condição da ação de procedibilidade atrelada ao exercício da ação penal fundamental é reconhecer (para que haja exercício regular do direito de ação) a imprescindibilidade da constatação da *plausibilidade jurídica* da imputação feita (leia-se: da presença da justa causa ou do *fumus boni iuris*), que deve imperiosamente ser examinada no limiar da ação.” (GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. *Justa Causa no Processo Penal: conceito e natureza jurídica*. In: BONATO, Gilson (Org.) **Garantias constitucionais e Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 193).

²¹¹ DUCLERC, Elmir. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 118.

²¹² LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 2. ed. V. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 340.

²¹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 1, p. 19.

Assim, como defende o autor, o princípio da proporcionalidade é a base constitucional da justa causa, eis que em face desse caráter fragmentário, tal princípio veda o excesso de intervenção estatal, devendo o juiz, no momento de decidir se receberá ou não a denúncia ou queixa, examinar cautelosamente a proporção entre os elementos que a justificariam e o custo do processo penal.²¹⁴

Como exemplo disso, traz o citado doutrinador o princípio da insignificância, que poderá ser aplicado inicialmente pelo juiz, a fim de se evitar um processo penal que, em face do ínfimo valor do objeto do delito, não justificará nem o constrangimento para parte, bem como o custo processual.²¹⁵ Isso seria atuar na justa causa do processo penal.²¹⁶

De acordo com a lição de Denilson Feitoza a justa causa tem assumido três acepções na doutrina brasileira, são elas: “a) parte do interesse de agir; b) uma quarta condição genérica da ação, juntamente com a legitimidade de agir, a possibilidade jurídica do pedido e o interesse de agir; c) uma quarta condição genérica da ação, juntamente com a tipicidade aparente, a punibilidade concreta e a legitimidade de agir”.²¹⁷

Edilson Mougenot por sua vez, afirma que a justa causa é identificada por parte da doutrina da seguinte forma: “como sendo uma condição autônoma da ação – consiste na obrigatoriedade de que exista, no momento do ajuizamento da ação, prova acerca da materialidade delitiva e, ao menos, indícios de autoria, de modo a existir fundada suspeita acerca da prática de um fato de natureza penal.”²¹⁸

Antonio Acir Breda a descreveu da seguinte maneira:

...faltarã condição para o exercício da ação penal, nos casos que o titular do ius puniendi pedir o arquivamento “por falta de base para a denúncia”.

²¹⁴ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 341-342.

²¹⁵ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 342.

²¹⁶ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 342.

²¹⁷ FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2006, p. 248.

²¹⁸ BONFIN, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal** – 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.150.

Estariamos diante da chamada falta de justa causa para a acusaçao, isto e, falta de prova do fato e de indicios de autoria, requisitos indispensaveis ao exercicio da açao penal, uma vez que o processo penal não se compadece com a acusaçao fruto de mera elaboraçao mental.²¹⁹

Portanto, a fim de se assegurar a integridade da acusaçao, e necessario, para o seu recebimento, que seja oferecida em conjunto com um **lastro mínimo informativo** capaz de embasar as imputaçoes feitas, o que se traduz em “*existência de prova do fato e indícios de autoria*”.

O que deve ser analisado e apenas a existencia de informaçoes na investigaçao preliminar que possibilitem a formaçao de um juizo de certeza acerca da existencia do fato narrado e suas circunstancias, bem como a indicaçao de que o sujeito denunciado ou querelado seja o autor deste fato.

Analisadas as conceituacoes propostas pela doutrina acerca da justa causa, passa-se ao exame de sua localizaçao na Lei Processual Penal.

2.3.3.2 A justa causa na Lei Processual Penal

Conquanto a reforma no Código de Processo Penal, havida em 2008, tenha trazido a justa causa como requisito da admissibilidade da acusaçao, não há como se afirmar que ela se consubstanciou como condiçao da açao penal.

Isso porque nessa fase não existe ainda o processo penal, que se inicia com o recebimento da denuncia. Assim, e incompativel falar-se em justa causa como condiçao da açao, eis que, nesse momento, se o juiz acatar a absolviçao sumaria, sequer o feito sera iniciado.

Ademais, a redaçao do artigo 395 referente a aludida modificaçao tratou de delimitar bem a justa causa a fim de não inseri-la nessa seara:

Art. 395 - A denuncia ou queixa sera rejeitada quando:

²¹⁹ BRENDA, Antonio Acir. Efeitos da declaraçao de nulidade no processo penal. **Revista do Ministério Público do Paraná**, Curitiba, a.9, n.9, p. 197,1980.

- I - for manifestamente inepta;
- II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou
- III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.

Assim, o que se verifica é que o legislador fez questão de não alçá-la à condição da ação, bem especificada nas hipóteses do inciso II do referido dispositivo legal.

Desta forma, a justa causa continua sendo o motivo relevante, como o motivo justo para a ação penal.²²⁰

No sentido de motivo relevante, tem-se, por exemplo, o artigo 277,²²¹ que elenca os casos em que o perito pode se escusar do encargo para o qual foi nomeado, e o artigo 278,²²² que trata da condução coercitiva do perito que não comparece.²²³ Na acepção de motivo justo, o artigo 786 prevê a justa causa para o cumprimento da carta rogatória em prazo maior do que o determinado.²²⁴

Tais previsões legais acerca da justa causa não guardam similitude com o encontrado no artigo 648, inciso I do Código de Processo Penal, cujo significado é de “...causa *secundum ius*, que legitima a coação, e por exegese da norma ali contida, tem servido de suporte à concessão do *writ* para trancamento da ação penal.”²²⁵

²²⁰ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 122.

²²¹ Art. 277. O perito nomeado pela autoridade será obrigado a aceitar o encargo, sob pena de multa de cem a quinhentos mil-réis, salvo escusa atendível.

Parágrafo único. Incorrerá na mesma multa o perito que, sem justa causa, provada imediatamente:

- a) deixar de acudir à intimação ou ao chamado da autoridade;
- b) não comparecer no dia e local designados para o exame;
- c) não der o laudo, ou concorrer para que a perícia não seja feita, nos prazos estabelecidos

²²² Art. 278. No caso de não-comparecimento do perito, sem justa causa, a autoridade poderá determinar a sua condução.

²²³ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 122.

²²⁴ Art. 786. O despacho que conceder o *exequatur* marcará, para o cumprimento da diligência, prazo razoável, que poderá ser excedido, havendo justa causa, ficando esta consignada em ofício dirigido ao presidente do Supremo Tribunal Federal, juntamente com a carta rogatória.

²²⁵ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 122.

O legislador também adotou outros termos no sentido de justa causa. Exemplo disso é o artigo 442, que prevê a multa para o jurado que “sem causa legítima” deixa de comparecer à sessão do júri.²²⁶

Na legislação especial, aponta a Professora Maria Thereza a Lei de Imprensa (Lei 5.250/67), que dispõe acerca da justa causa expressamente quando trata da rejeição da denúncia ou da queixa.²²⁷ Também traz a autora a Lei de Execução Penal, em cujo artigo 161, ao tratar do comparecimento injustificado do réu à audiência admonitória, traduz a justa causa nessa expressão,²²⁸ e ainda, ressalta o Código Penal Militar (Decreto lei 1002/69), que prevê o motivo relevante quando peritos e intérpretes podem recusar o encargo, no artigo 49, e a justa causa, no artigo 50, quando esses auxiliares da justiça deixam de atender o chamado da autoridade, ou que não comparecem ao dia e local do exame, ou ainda se não apresentado o laudo ou se presta auxílio na não realização da perícia no prazo determinado.²²⁹

No Anteprojeto do Código de Processo Penal apresentado por Hélio Tornaghi, em 1963, a justa causa também não foi atrelada à ação penal, sendo utilizada em alguns dispositivos em sentido amplo, e não processual.²³⁰

Já, no Anteprojeto de José Frederico Marques de 1970 a expressão foi empregada em dois sentidos: no processual, constando a justa causa como requisito para a propositura da ação penal (art. 10), para a instrução da denúncia ou da queixa (art. 246) e para o encerramento do processo na decisão de mérito quando da ausência para a acusação (art. 300, I).²³¹ Ao tratar dos prazos processuais, a justa causa foi alçada à condição de justificativa para o impedimento

²²⁶ Art. 442. Ao jurado que, sem causa legítima, deixar de comparecer no dia marcado para a sessão ou retirar-se antes de ser dispensado pelo presidente será aplicada multa de 1 (um) a 10 (dez) salários mínimos, a critério do juiz, de acordo com a sua condição econômica.

²²⁷ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 123.

²²⁸ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 124.

²²⁹ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 123-124.

²³⁰ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 125.

²³¹ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 126-127.

do ato (art. 151 e seus parágrafos),²³² e em relação ao *habeas corpus*, previu a falta dela como caso de coação ilegal ou abuso de poder (art. 776, I).²³³

O Projeto 4.895/95 desvinculou a "...justa causa do "legítimo interesse", tido como uma das condições. Mas, em contrapartida, deixou de conceituá-la, conservando, assim a polêmica existente em torno do tema."²³⁴

Em 2000, o Ministério da Justiça constituiu uma comissão de juristas a fim de readequar a lei processual penal aos postulados da Constituição Federal e da Convenção Americana de Direitos Humanos.²³⁵ Onze anteprojetos foram apresentados, porém, nenhum deles tratou da justa causa. No texto definitivo de um deles, após revisão, o assunto foi abordado, cingindo-se à alteração do artigo 396 do Código de Processo Penal, onde a denúncia ou queixa seria rejeitada quando faltasse justa causa para o exercício da ação penal.²³⁶

Esse texto transformou-se no Projeto de Lei nº 4207/01, que por sua vez gerou a Lei 11.719/08, que determinou, nesses termos, a redação do artigo 365, em cujo inciso IIII encontra-se a justa causa como elemento para a aludida rejeição, no juízo provisório de admissibilidade da ação penal.

2.3.3.3 A justa causa no Anteprojeto da Reforma do Código de Processo Penal

O Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal, atualmente em trâmite no Senado Federal e que já foi aprovado em primeiro turno em 9 de novembro de 2010, não trata da justa causa de forma expressa em relação à ação penal.

²³² MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 127.

²³³ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 127.

²³⁴ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 133.

²³⁵ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 133.

²³⁶ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 133-134.

No sentido processual, o que mais se aproxima é em relação às causas de extinção do processo sem julgamento de mérito, elencadas no artigo 255, nas quais a ausência de justa causa se insere:

Art. 255. São causas de extinção do processo, sem resolução do mérito, a qualquer tempo e grau de jurisdição:
I – o indeferimento da denúncia;
II – a ausência de quaisquer das condições da ação ou de justa causa, bem como dos pressupostos processuais;
III – a impronúncia.²³⁷

No mais, assim como no atual código processual vigente, a justa causa encontra-se como sinônimo de motivação.

Isso é observado no artigo 84, que trata da apuração das responsabilidades do perito que recusar o encargo:

Art. 84. O perito nomeado pela autoridade não poderá recusar o encargo, ressalvada a hipótese de escusa justificada.
Parágrafo único. Serão apuradas as responsabilidades civil, penal e disciplinar, quando couber, do perito que, sem justa causa:
a) deixar de acudir à intimação ou ao chamado da autoridade;
b) não comparecer no dia e local designados para o exame;
c) não apresentar o laudo, ou concorrer para que a perícia não seja feita, nos prazos estabelecidos.²³⁸

Também traz a justa causa no artigo 85, que dispõe acerca condução do perito faltante: “Art. 85. No caso de não-comparecimento do perito, sem justa causa, a autoridade poderá determinar a sua condução”.²³⁹

No mesmo sentido, em relação à testemunha que não comparece, a ausência de justa causa é requisito para o pagamento das despesas da diligência no artigo 360: “Art. 360. Se a testemunha, sem justa causa, deixar de comparecer, o

²³⁷ **Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal.** Disponível em: < www.juareztavares.com/Textos/anteprojeto.pdf > Acesso em: 01 nov. 2010.

²³⁸ **Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal.** Disponível em: < www.juareztavares.com/Textos/anteprojeto.pdf > Acesso em: 01 nov. 2010.

²³⁹ **Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal.** Disponível em: < www.juareztavares.com/Textos/anteprojeto.pdf > Acesso em: 01 nov. 2010.

juiz presidente, sem prejuízo da ação penal pela desobediência, a condenará nas despesas da diligência.”

E, em seu artigo 670, a justa causa vem como justificativa para o cumprimento da carta rogatória depois do prazo determinado: “Art. 670. O despacho que conceder o *exequatur* marcará, para o cumprimento da diligência, prazo razoável, que poderá ser excedido, havendo justa causa, ficando esta consignada em ofício dirigido ao presidente do Superior Tribunal de Justiça, juntamente com a carta rogatória.”²⁴⁰

2.3.3.4 A justa causa na jurisprudência

Assim como ocorre na doutrina, a jurisprudência também não dispensa tratamento unânime quando o assunto é justa causa.

Ainda, valendo-se do excelente estudo feito pela Professora Maria Thereza Rocha de Assis Moura, denota-se que ela apontou, depois de uma análise acurada sobre o entendimento dos Tribunais pátrios acerca do assunto, as seguintes correntes adotadas nos julgamentos: a) a justa causa como fato típico, em tese; b) como fato típico, somado aos indícios de autoria; c) a justa causa como um fato típico, em tese, antijurídico e culpável, e d) a justa causa como um exame dos elementos de fato e de direito, em hipótese.²⁴¹

A primeira das correntes apontadas consiste no mais antigo entendimento do Supremo Tribunal Federal, que considerava a justa causa existente quando houvesse tipicidade formal.²⁴² Nessa esteira: RTJ 134/734, 138/124 e 142/816.²⁴³

²⁴⁰ **Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal.** Disponível em: < www.juareztares.com/Textos/anteprojeto.pdf > Acesso em: 01 nov. 2010.

²⁴¹ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal – doutrina e jurisprudência.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 265-285.

²⁴² CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti de. **Justa causa penal-constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 15.

²⁴³ CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti de. **Justa causa penal-constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 15.

Na segunda linha de entendimentos, para que a justa causa fosse considerada como a existência do fato típico, acrescentando-se os indícios de autoria, "...além da tipicidade formal, necessária seria a presença de indícios que pudessem fundamentar a respectiva imputação."²⁴⁴ A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça indicou isso nos seguintes julgados: RT 572/365, 577/356, 605/296 e 664/336.

A justa causa considerada como o conceito finalista do crime, ou seja, como um fato típico, antijurídico e culpável implica numa tendência da adoção de uma concepção mais consistente em relação à tipicidade meramente formal, levando-se, no caso concreto, à análise da existência do dolo ou culpa, a fim de ensejar a inocência do acusado.²⁴⁵ Os arestos nesse sentido estão na RTJ 126/647, RT 644/272 e 535/280.²⁴⁶

Finalmente, a localização da justa causa num exame dos elementos de fato e de direito é remetida pela jurisprudência na correlação entre o fato imputado e a conduta do acusado verificada no inquérito policial.²⁴⁷ O entendimento do Superior Tribunal de Justiça nesse aspecto encontra-se consubstanciado na RTJ 35/517.²⁴⁸

Não obstante as vertentes acima apresentadas, alerta Luís Gustavo Grandinetti de Carvalho que mister se faz a análise dos elementos probatórios embasadores da ação penal para se aferir a presença da justa causa, trazendo, acerca da questão, duas posições antagônicas.²⁴⁹

A primeira delas é no sentido de não ser possível o exame da prova para essa verificação, sob o fulcro de que isso violaria o princípio da ampla defesa, pois,

²⁴⁴ CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti de. **Justa causa penal-constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 15.

²⁴⁵ CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti de. **Justa causa penal-constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 16.

²⁴⁶ CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti de. **Justa causa penal-constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 16.

²⁴⁷ CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti de. **Justa causa penal-constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 16.

²⁴⁸ CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti de. **Justa causa penal-constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 16.

²⁴⁹ CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti de. **Justa causa penal-constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 17.

dependendo da fase processual, o contraditório restaria prejudicado, pois não poderia ser exercido nesse aprofundamento probatório.

Nessa esteira, são os julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal (RTJ 122/578, 136/187, 139/912, 160/268 e 163/650).²⁵⁰

A outra posição concerne à análise, por parte do juiz, dos documentos instrutórios da ação penal, os quais, como indispensáveis ao oferecimento da denúncia, no caso de ausência, tornariam sem fundamentação a autoria e a materialidade apontadas na inicial acusatória.²⁵¹ Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal (RTJ 40/268), ao admitir, através do *habeas corpus*, o trancamento da ação penal pelo fato de a denúncia não corroborar dos elementos coligidos no inquérito policial.²⁵²

A recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça remete a justa causa para, além da existência dos elementos mínimos de autoria e materialidade, a ocorrência de circunstância extintiva da punibilidade ou a atipicidade da conduta. Os seguintes julgados demonstram muito bem essa linha adotada por aquela Corte Superior:

CRIMINAL. HC. CRIME DE CONCUSSÃO E CORRUPÇÃO PASSIVA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. MEDIDA EXCEPCIONAL. CABIMENTO. ATIPICIDADE, EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE OU EVIDENTE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. COMPETÊNCIA. CORRÉU. MAGISTRADO. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO QUE SE ESTENDE A TODOS OS ACUSADOS. DESLOCAMENTO PARA TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PREVALÊNCIA DA JURISDIÇÃO DE CATEGORIA SUPERIOR. OFENSA AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

I. O trancamento de ação penal por meio de habeas corpus é medida de índole excepcional, somente admitida nas hipóteses em que se afere, de plano, **ausência de justa causa, inexistência de elementos indiciários demonstrativos da autoria e da materialidade do delito ou, ainda, presença de alguma causa excludente de punibilidade.**

II. Incabível o trancamento da ação penal quando a denúncia é clara e suficiente na imputação dos fatos que ensejaram a persecução

III. O reconhecimento da prerrogativa de função de um dos corréus, impõe que a denúncia seja oferecida perante o Tribunal de Justiça, contra todos os acusados, em face dos princípios de conexão e continência e tendo em vista a jurisdição de maior graduação (art. 77, I, 78, III, do Código de Processo Penal), reconhecendo-se àquela

²⁵⁰ CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti de. **Justa causa penal-constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 17.

²⁵¹ CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti de. **Justa causa penal-constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 17.

²⁵² CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti de. **Justa causa penal-constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 17.

Corte por força do art. 96, III da Constituição Federal, dada a presença, entre os acusados, de um Juiz de Direito.

IV. Ordem denegada. (HC 154513 / SP - STJ – Rel. Min. Gilson Dipp - T. 5 – j. 01/03/2011) [grifou-se]

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA PEÇA ACUSATÓRIA. DENÚNCIA GERAL. POSSIBILIDADE. INÉPCIA NÃO CONFIGURADA. ANÁLISE SOBRE A MATERIALIDADE DO DELITO QUE NÃO PODE SER FEITA NA VIA ELEITA. RECURSO DESPROVIDO.

1. O trancamento da ação penal pela via do habeas corpus é medida de exceção, que só é admissível quando emerge dos autos, de forma inequívoca, **a ausência de autoria e materialidade, a atipicidade da conduta ou a incidência de causa extintiva da punibilidade.**

2. Examinando os tipos penais incriminadores indicados na denúncia com as condutas supostamente atribuíveis à Recorrente, vê-se que a acusação atende aos requisitos legais do art. 41 do Código de Processo Penal, de forma suficiente para a deflagração da ação penal, bem assim para o pleno exercício de sua defesa.

3. A teor do entendimento desta Corte, é possível o oferecimento de denúncia geral quando uma mesma conduta é imputada a todos os acusados e, apesar da aparente unidade de desígnios, não há como pormenorizar a atuação de cada um dos agentes na prática delitiva. Precedentes. 4. Nos crimes de autoria coletiva, é prescindível a descrição minuciosa e individualizada da ação de cada acusado, bastando a narrativa das condutas delituosas e da suposta autoria, com elementos suficientes para garantir o direito à ampla defesa e ao contraditório, como verificado na hipótese.

5. Imputada à Recorrente a responsabilidade por fatos posteriores ao seu ingresso na empresa como sócia, encontra-se justificada a necessidade da persecução penal, uma vez que a continuidade delitiva, na conduta em questão, alcança e ultrapassa o momento da

entrada no quadro societário, como demonstrado nos autos.

6. Outro entendimento não seria possível nesta via, pois demandaria exame acurado do conjunto fático-probatório emanado dos autos, o que não é cabível na estreita via do habeas corpus, sendo próprio da fase instrutória da ação penal.

7. Não se pode, pois, de antemão, retirar do Estado o direito e o dever de investigar e processar, quando há elementos mínimos necessários para a persecução criminal.

8. Recurso desprovido. (RHC 22829 / DF – Rel. Min. Laurita Vaz – T. 5. – j. 16.12.2010) [grifou-se]

PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A HONRA. CALÚNIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA NÃO EVIDENCIADA DE PLANO. ADVOGADO NA DEFESA DOS INTERESSES DOS SEUS CONSTITUINTES. AUSÊNCIA DE DOLO NA CONDUTA. VERACIDADE DAS ACUSAÇÕES. IMPROPRIEDADE DO WRIT. DESCLASSIFICAÇÃO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PARA A INTERRUPTÃO DA PERSECUÇÃO CRIMINAL. ORDEM DENEGADA.

I. Hipótese em que é atribuída ao paciente a prática de calúnia porque, na condição de advogado, teria imputado ao curador provisório da genitora de seus constituintes, em petições dirigidas ao Magistrado de primeiro grau, fatos que caracterizariam crimes de apropriação indébita e exploração de prestígio.

II. **O trancamento da ação penal só se justifica quando evidenciada a atipicidade do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade.**

III. O habeas corpus constitui-se em meio impróprio para a análise de alegações que exijam o reexame do conjunto fático-probatório, como a apontada ausência de dolo na conduta,

ante a existência do alegado animus deffendendi, se não demonstrada, de pronto, qualquer ilegalidade nos fundamentos da exordial acusatória.

IV. Queixa que comporta desclassificação para o delito de difamação, cujos elementos típicos encontram-se logicamente contidos no tipo da calúnia.

V. Ausência de justificativa para a interrupção prematura da persecutio criminis in judicio.

VI. Ordem denegada. (HC 144274 / MG – Rel. Min. Jorge Mussi – T. 5. – j. 23.11.2010) [grifou-se]

De igual forma, no Supremo Tribunal Federal, denota-se a interpretação da justa causa nesse sentido:

Habeas Corpus. 2. Trancamento da ação penal. **Falta de justa causa. Inexistência.**

Indícios suficientes de autoria. Continuidade da persecução criminal. 3. Constrangimento ilegal não caracterizado. 4. Ordem denegada. (HC 102496/SC – Rel. Min. Gilmar Mendes – T. 2 – j. 21.09.2010) [grifou-se]

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ADVOGADO. INTIMAÇÃO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. EXCEPCIONALIDADE. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. CRIMES AMBIENTAIS. RESPONSABILIDADE DOS DIRIGENTES DA PESSOA JURÍDICA. REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE. 1. A intimação para sustentação oral em habeas corpus pode ser feita por qualquer meio que possibilite à parte ter conhecimento da data da sessão e dela participar. Precedentes. 2. **O trancamento da ação penal por ausência de justa causa é medida excepcional, justificando-se quando despontar, fora de dúvida, atipicidade da conduta, causa extintiva da punibilidade ou ausência de indícios de autoria.** 3. A denúncia que descreve as condutas dos co-réus de forma detalhada e individualizada, estabelecendo nexo de causalidade com os fatos, não é inepta. 4. A responsabilidade por crimes ambientais é, por expressa previsão legal, atribuível aos dirigentes da pessoa jurídica. Precedente. 5. O habeas corpus não é a via processual adequada à análise aprofundada de matéria fático-probatória. Ordem indeferida. 9hc 94.842/RS – Rel. Min. Eros Grau – T. 2 – j. 26.05.2009) [grifou-se]

Também aquela Corte Superior, além de corroborar esse entendimento, já invocou a justa causa para sustentar o princípio da insignificância, como se verifica no HC 96.376/PR, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa:

Habeas Corpus. Descaminho. Imposto não pago na importação de mercadorias. Irrelevância administrativa da conduta. Parâmetro: art. 20 da Lei nº 10.522/02. Incidência do princípio da insignificância. Atipicidade da conduta. Ordem concedida. A importação de mercadoria, iludindo o pagamento do imposto em valor inferior ao definido no art. 20 da Lei nº 10.522/02, consubstancia conduta atípica, dada a incidência do princípio da insignificância. O montante de impostos supostamente devido pelo paciente (R\$ 189,06) é inferior ao mínimo legalmente estabelecido para a execução fiscal, não constando da denúncia a referência a outros débitos congêneres em seu desfavor. **Ausência, na hipótese, de justa causa para a ação penal, pois uma conduta administrativamente irrelevante não pode ter relevância criminal. Princípios da subsidiariedade, da fragmentariedade, da necessidade e da intervenção mínima que regem o Direito Penal.** Inexistência de lesão ao bem jurídico

penalmente tutelado. Precedentes. Ordem concedida para o trancamento da ação penal de origem. (HC 96376 / PR – Rel. Min. Joaquim Barbosa – 2. T. – j. 31.08.2010) [grifou-se]

Convém ainda destacar que, curiosamente, a justa causa já foi, pela Suprema Corte, manifestada como condição da ação, como demonstra o julgado efetuado pelo Tribunal Pleno a seguir colacionado, onde isso restou consignado:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO. DENÚNCIA OFERECIDA. ART. 89 DA LEI 8.666/93. ART. 41 DO CPP. INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA. TIPICIDADE DOS FATOS. PRESENÇA DE JUSTA CAUSA. RECEBIMENTO. 1. A questão submetida ao presente julgamento diz respeito à existência de substrato mínimo probatório que autorize a deflagração da ação penal contra o denunciado, levando em consideração o preenchimento dos requisitos do art. 41, do Código de Processo Penal, não incidindo qualquer uma das hipóteses do art. 395, do mesmo diploma legal. 2. De acordo com o direito brasileiro, a denúncia deve conter a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado (ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo), a classificação do crime e, quando for o caso, o rol de testemunhas (CPP, art. 41). Tais exigências se fundamentam na necessidade de precisar, com acuidade, os limites da imputação, não apenas autorizando o exercício da ampla defesa, como também viabilizando a aplicação da lei penal pelo órgão julgador. 3. **A verificação acerca da narração de fato típico, antijurídico e culpável, da inexistência de causa de extinção da punibilidade e da presença das condições exigidas pela lei para o exercício da ação penal (aí incluída a justa causa), revela-se fundamental para o juízo de admissibilidade de deflagração da ação penal, em qualquer hipótese, mas guarda tratamento mais rigoroso em se tratando de crimes de competência originária do Supremo Tribunal Federal.** 4. Registro que a denúncia somente pode ser rejeitada quando a imputação se referir a fato atípico certo e delimitado, apreciável desde logo, sem necessidade de produção de qualquer meio de prova, eis que o juízo é de cognição imediata, incidente, acerca da correspondência do fato à norma jurídica, partindo-se do pressuposto de sua veracidade, tal como narrado na peça acusatória. 5. A imputação feita na denúncia consiste na prática, em tese, do delito previsto no art. 89, caput e parágrafo único, da Lei 8.666/93, por parte dos requeridos, ao inexigirem uma licitação quando era caso justamente de fazer o contrário. 6. Houve preenchimento dos requisitos do art. 41, do Código de Processo Penal, havendo justa causa para a deflagração da ação penal, inexistindo qualquer uma das hipóteses que autorizariam a rejeição da denúncia (CPP, art. 395). 7. Há substrato fático-probatório suficiente para o início e desenvolvimento da ação penal pública de forma legítima. 8. Denúncia recebida. (Inq 3016 / SP – Rel. Min. Ellen Gracie – Trib. Pleno – j. 30.09.2010) [grifou-se]

A falta de um exame mais apurado em relação à justa causa gera o resultado que diariamente é noticiado: casos em que, de plano, o princípio da insignificância poderia ter sido aplicado, e somente o é nas instâncias superiores, como demonstrado anteriormente.

Aury Lopes Jr. traz um julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que evitou o elastecimento do constrangimento suportado por uma pessoa que teria

furtado R\$ 25,00 ao examinar apelo ministerial que não se conformou com a rejeição da denúncia:

APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE R\$ 25,00, NOS IDOS DE 2003. HÁ MAIS DE TRÊS ANOS. OFENSIVIDADE. DENÚNCIA REJEITADA.

1. A infração penal não é mera violação da norma. É mais que isto, é violação do bem jurídico, numa perspectiva de resultado e de relevância da ofensa ao bem jurídico protegido.

2. Quando não há lesão ou perigo concreto a um bem jurídico, o fato não se reveste de tipicidade no plano concreto. A ofensividade a um bem jurídico integra o tipo penal, de modo que, além da previsão abstrata, da conduta, da causa, do resultado, o tipo se perfectibiliza na vida dos fatos se houver ofensa relevante a um bem jurídico.

3. No caso em tela, a ré teria sacado R\$ 25,00, com um cartão, cuja senha a vítima havia fornecido, sem entregar a importância à filha da vítima, quem foi deixada pela mãe, na casa da acusada, por ter arranjado um companheiro, no interior do município. APELO MINISTERIAL DESPROVIDO.²⁵³

Não obstante os vários entendimentos acerca da justa causa aplicados nos julgamentos, o que se deve ter sempre em primeiro lugar é a busca do devido processo legal, que tutela a dignidade da pessoa humana.

Assim, não basta ao julgador meramente aplicar um entendimento consubstanciado para fechar os olhos para a questão mais importante que está em jogo: a liberdade.

O que observa nos tribunais, infelizmente, é o oposto. Mormente nos Tribunais Superiores, a aplicação de suas súmulas de plano distam muito da observância dos direitos e garantias fundamentais. A análise da justa causa deve ser feita em todas as instâncias, independentemente de postulados pasteurizados, como é o caso da Súmula 7,²⁵⁴ vastamente aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça, que, sob o fulcro de reexame probatório, joga uma pá de cal em cima de toda e qualquer esperança de se fazer justiça, mesmo que salte aos olhos que o julgamento da instância inferior contrariou todo e qualquer tipo de princípio constitucional.

Nesse sentido, o seguinte julgado:

²⁵³ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 342.

Habeas corpus. Processual penal. Estupro. Alegação da ausência do exame de corpo de delito imprescindível à comprovação da existência do crime. Questão não submetida ao crivo do Superior Tribunal de Justiça. Supressão de instância, o que não se admite. Precedentes. Alegado cerceamento de defesa e inocência do paciente. Dilação probatória, inadmitida no meio processual eleito. Precedentes. 1. À alegação da ausência do exame de corpo de delito, imprescindível à comprovação da existência do crime, como mencionado, não foi submetido à análise do Superior Tribunal de Justiça. Com efeito, a apreciação do tema por esta Suprema Corte, de forma originária, neste ensejo, configuraria verdadeira supressão de instância, o que não se admite. 2. Os elementos constantes dos autos são suficientes para afastar os argumentos da impetrante de que o paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal decorrente da falta de justa causa para legitimar a sua condenação criminal, mormente se considerarmos que o édito condenatório fez expressa referência a outros elementos de convicção, inclusive vários depoimentos coligidos em juízo. 3. A pretendida verificação acerca da inocência do paciente demandaria uma dilação probatória, inadmitida na via estreita do writ. 4. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa parte, denegado. (HC 104212 / RS – Rel. Min. Dias Toffoli – 1. T. – j. 03.08.2010)

Por isso, que hodiernamente urge a estrita observância aos preceitos constitucionais que regem o processo penal. E a justa causa é a principal aliada a isso, pois se não for examinada de forma conveniente, pode ferir de morte os direitos e garantias fundamentais.

2.3 Os reflexos constitucionais da (in)definição do papel da justa causa no juízo de admissibilidade da ação penal

Como já se mencionou, a conceituação da justa causa, conquanto diste muito de unanimidade tanto na doutrina, como na jurisprudência, é essencial para se garantir os princípios constitucionais que circundam o processo penal.

O perigo reside justamente na aplicação de “fórmulas” preestabelecidas pelos Tribunais, sendo a maior delas a incidência da Súmula nº 7 pelo Superior Tribunal de Justiça, independentemente do exame dos motivos que ensejam o recurso especial, e mais gravemente ainda, de que se trata da liberdade de uma pessoa que está em jogo.

Por isso que uma definição clara da justa causa seria muito importante para se garantir o devido processo legal, que por sua vez, garantiria a dignidade da pessoa humana, princípio constitucional máximo.

²⁵⁴ A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

Suportar um processo sem haver fundamentos para isso, mesmo se estando solto, fere muito esse princípio. Quem dirá suportá-lo encarcerado, diante das péssimas condições das prisões...

Ao tratar da justa causa, brilhantemente Denílson Feitosa Pacheco salienta essa importância de se observar os postulados constitucionais, como pode se verificar:

Não apenas admitimos a “justa causa” – talvez com uma denominação mais adequada -, mas, também, pensamos que o instituto é bastante acanhado, comparado com as possibilidades que a nova Constituição da República nos oferece.

O Brasil, com a nova Constituição da República de 1988, institui-se como um Estado Democrático de Direito, denominação de profundas conseqüências. A democracia, como a realização de valores (igualdade, liberdade e dignidade da pessoa) é conceito mais abrangente do que o Estado de Direito. O vocábulo “democrático qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado e, pois, também sobre a ordem jurídica”.

Como fundamento da República Federativa do Brasil, temos a “dignidade da pessoa humana”, impondo-se a todos os Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e a todo ordenamento jurídico brasileiro.

Por outro lado, a liberdade individual é um direito fundamental prevalecente quando contrastado com o poder punitivo do Estado, como se depreende do “sistema constitucional”.

O Brasil tem caminhado, progressivamente, no sentido da efetiva realização dos direitos e garantias fundamentais, não mais sendo suficiente uma mera declaração formal.

O processo penal, como temos reiteradamente afirmado, é substancialmente diferente do processo civil.

O processo penal não pode se prestar a ser um lugar de retórica. A simples instauração de um processo penal gera conseqüências graves para a liberdade do réu. Para exemplificar, o réu pode estar sujeito a buscas domiciliares, conduções coercitivas, prisão temporária, prisão preventiva, recolhimento à prisão para apelar, etc. Uma viagem programada para outro estado ou país pode acabar acarretando uma prisão preventiva do réu, pelo simples fato de a autoridade competente não ter tido ciência de que se trate de uma viagem corriqueira. A simples mudança de residência para outro estado também pode ter o mesmo resultado.²⁵⁵

A realidade que hoje se observa é uma mecanização do processo penal, onde o juiz e o acusador são programados para exercerem seus papéis, quais sejam o de decidir um processo e de acusar, respectivamente.

Parece que se incutiu em suas mentes que não se pode fugir disso, mesmo em se tratando de um caso em que a manutenção de um processo não se justifique, ou em que a absolvição seja latente. Deve-se processar e acusar até o final, pois, afinal, para isso que se prestou um concurso público!

Tal situação é corriqueira em todas as instâncias do país. Exemplo disso foi o julgado trazido pelo Professor Aury Lopes Jr., onde, pelo furto de R\$ 25,00 (vinte e cinco reais) houve um processo em que o órgão ministerial, inconformado, apelou da decisão! Ou seja, o que deveria ter sido decidido, de plano, em primeiro grau, no exame de admissibilidade daquela denúncia, não foi feito, somente sendo em segundo grau, e mediante o inconformismo do Ministério Público, que na sua ânsia acusatória, não se conformou com a decisão do juízo singular, tentando revertê-la para se “queimar a bruxa” que transgrediu a norma penal, ao furtar R\$ 25,00 (vinte e cinco reais).

Se a justa causa fosse levada a sério, certamente tanto os Tribunais, quanto os juízos singulares não estariam abarrotados de processos, que sob o fulcro de se manter a segurança jurídica, dão azo a constrangimentos desnecessários. Como ressaltou muito bem Denílson Feitosa Pacheco, essa segurança é uma falácia, eis que a qualquer momento pode a liberdade ser privada.

Se é para se mandar alguém para um estabelecimento prisional sem as menores condições de garantia de sua dignidade e integridade física, isso é outra história. Mas que se deve garantir a (in)segurança jurídica a qualquer preço, isso tem.

Os resquícios ditatoriais são como monstros que assolam o sono das crianças. Parece que o processo é *conditio sine qua non* para se demonstrar que o Judiciário faz realmente o seu trabalho, cujo resultado bem feito urge quando se consegue condenar alguém, e, de forma relativamente satisfatória, quando se consegue absolver. Mas, mesmo assim, o processo tem que existir.

Nesse sentido, Denílson Feitosa Pacheco ressalta essa condição de condenação alçada à condição de procedibilidade:

Perdemos a conta dos inúmeros casos, no cotidiano forense, em que os autos do inquérito policial continham versões diametralmente opostas e igualmente confiáveis, sem qualquer critério que nos permitisse optar por essa ou aquela. Esse impasse entre as duas versões nunca poderia ser solucionado seguramente. A instauração de um processo penal seria apenas uma repetição do já existente nessa fase inquisitorial, com as duas versões se opondo novamente. O processo penal não se presta a exercícios de retórica. Não é sua finalidade. No caso, a dúvida permaneceria e beneficiaria o réu oportunamente, acarretando a absolvição.

Por que, então, submeter o suposto agente do fato ao constrangimento, à humilhação, de um processo penal? Por que esperar todo o trâmite procedimental? Por que, ainda que houvesse uma absolvição liminarmente, ter que acusar a pessoa já se sabendo que seria absolvida? Apenas para não demolirmos nossas construções teórico-abstratas, distanciadas da dura realidade social que um processo penal impõe à pessoa acusada? E não se diga que uma pessoa prefira responder a um processo penal para obter uma sentença absolutória. Isto é falácia. Uma pessoa honesta prefere não ser denunciada, não ter que passar pelo constrangimento que é um processo penal condenatório, numa evidência de que sequer havia provas que permitissem uma denúncia ou queixa.²⁵⁶

Não há como se negar que essa indefinição acerca da justa causa acarreta violação a vários princípios constitucionais. Além de não observar a dignidade da pessoa humana, ao fazer o acusado suportar um processo mesmo sem motivos para tal, o princípio do *in dubio pro reo* também é tratado como se não existisse, como muito bem salientou Denílson Feitosa Pacheco. E, assim, o devido processo legal fica seriamente comprometido.

Ressalta-se que, conquanto a idéia do que seja justa causa esteja clara, não obstante as várias correntes que a conceituam e que a aplicam, somente com uma definição no texto da lei, far-se-á com que se dê a ela o valor que merece e o lugar que lhe cabe no processo. Essa menção expressa, em seu sentido real, deve-se pelo fato de que, como se observou, o processo hoje funciona mediante modelos pasteurizados de atuação do julgador e do acusador.

Desta forma, somente se estiver escrito, pode ser que o juízo de admissibilidade seja levado mais a sério e se enxergue que a liberdade de uma pessoa merece mais atenção.

²⁵⁶ PACHECO, Denílson Feitosa. **Direito Processual Penal**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2006, p. 198.

A INTERPRETAÇÃO DA JUSTA CAUSA NO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO PENAL E A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 Os elementos que norteiam a determinação da justa causa nas práticas processuais penais

No Brasil, a ação penal, regra geral, é de iniciativa pública.²⁵⁷ Assim, o seu oferecimento será feito pelo órgão do Ministério Público por meio de uma petição inicial chamada denúncia, a qual será dirigida ao Poder Judiciário. Já nos casos em que a iniciativa for privada, o ofendido, ou seu representante legal, poderão fazê-lo por meio da apresentação de uma peça intitulada queixa-crime.

Assim, o órgão julgador irá fazer a verificação dessa inicial acusatória para decidir se deve ou não instaurar um processo penal. Caso verifique a presença de todas as condições da ação, bem como de todos os pressupostos processuais, deverá receber a acusação e dar início ao processo criminal.

Todavia, ao realizar esse complexo processo decisório, o órgão julgador terá como base elementos de ordem mais objetiva como a lei, a doutrina, a jurisprudência, etc., e de ordem eminentemente subjetiva, como suas impressões pessoais, cultura, traumas, preconceitos, etc. Desse modo, os direitos fundamentais devem servir como limites ao poder de que dispõe o órgão julgador nesse momento.

É imperioso ressaltar que, caso se decida pela instauração do processo, além do direito fundamental à liberdade, outros como a intimidade, a dignidade e a honra também são colocados em risco, posto que no Brasil, conforme se discorrerá adiante, a simples notícia da prática de um delito já faz recair sobre o acusado todos os estigmas decorrentes de uma condenação.

Assim sendo, passa-se a analisar pormenorizadamente esses elementos.

3.1.1 O papel da lei, da doutrina e da jurisprudência

²⁵⁷ A ação penal compreende três categorias diferentes: a ação penal de iniciativa pública incondicionada, que independe de qualquer autorização da vítima ou de seu representante legal para sua realização (art. 100, primeira parte, CP); a ação penal de iniciativa pública condicionada, que está subordinada a determinadas condições pré-estabelecidas pelo legislador como: a) representação vítima ou de seu representante legal para o seu início ou b) requisição do Ministro da Justiça (art. 100, parágrafo 1º, segunda parte, CP); e ação penal de iniciativa privada, que será promovida pelo ofendido ou seu representante legal nos casos previstos em lei (art. 100, parágrafo 2º, CP).

A noção de Estado está intimamente ligada à noção de poder. No entanto, como o poder do Estado limita a liberdade individual, encontra ele um obstáculo para frear eventuais abusos em sua infringência, que, no Estado de Direito, é dado pelo Direito.²⁵⁸

Sendo assim, o ordenamento jurídico de um determinado Estado estrutura sua atuação de forma a evitar a ocorrência de arbitrariedades no exercício de um poder.²⁵⁹

No Brasil, a partir da promulgação da Constituição de 1988, deu-se início a um “novo ordenamento jurídico”, afirmando-o como um Estado Democrático de Direito, modelo esse que impõe uma nova forma de produção do direito, bem como um novo posicionamento do operador jurídico.²⁶⁰

Essa opção, obviamente, reflete diretamente no processo penal, conforme aduz Prado:

A democracia no processo penal projeta a tutela dos direitos fundamentais e da disciplina constitucional da divisão dos poderes em seu interior, e resulta na implementação do princípio da divisão de funções no próprio processo, atribuindo-se a diferentes sujeitos as atividades de acusar, defender e julgar. Um processo penal acusatório, fundado no princípio do estado democrático de direito, não deixa espaço para um juiz autocrático, com poderes que tendem a ser ilimitados e absolutos.²⁶¹

Portanto, desde o advento da Carta de 1988, o Brasil pode ser reconhecido como um Estado Democrático de Direito, em que é dada relevância às garantias individuais e, acima de tudo, à dignidade da pessoa humana.²⁶²

Nesse passo, a leitura do processo penal deve, necessariamente, ser constitucional, visualizando o processo como um instrumento de efetivação das garantias constitucionais.²⁶³

²⁵⁸ DÍAZ, Elias. **Estado de derecho y sociedad democrática**. Madrid: Taurus, 1983, p. 131-133.

²⁵⁹ REALE, Miguel. **Pluralismo e liberdade**. São Paulo: Saraiva, 1963, p 70-74.

²⁶⁰ LOPES JR. Aury. Direito de defesa e acesso do advogado aos autos de inquérito Policial: desconstruindo o discurso autoritário. *In*: BONATO, Gilson. (Org.) **Processo penal: leituras constitucionais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 46. Nesse mesmo sentido ver MENDES, Gilmar Ferreira *et. all.* **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p.139.

²⁶¹ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 282.

Sendo assim, diante dessa mudança de paradigma, todos os papéis dos sujeitos processuais devem se ajustar a essa nova realidade. No caso do juiz, que tem um papel de suma importância não só nos processos em que irá julgar, mas, também na sociedade que integra, essa necessidade sobrepõe-se, visto que o seu comportamento deve ser um modelo de honestidade, retidão e, principalmente, de justiça.

A par disso, Rangel, ao discorrer sobre o papel do juiz na sociedade moderna, sustentou a imprescindibilidade de que o magistrado não fique atrelado aos limites da lei, tendo em conta que sua função é “dar a cada um aquilo que expressa, efetivamente, a realização da justiça entre os homens, independentemente de se cumprir a lei.”²⁶⁴

O autor afirmou ainda que as leis são criadas pelas elites, motivo pelo qual o juiz deve ficar atento ao jogo de interesses que as permeiam quando for aplicá-las aos casos concretos. Deve também se preocupar mais com a correção de suas decisões do que com os benefícios que poderia alçar em sua carreira, caso simplesmente aplicasse a lei sem se atentar à responsabilidade social que circunda sua função de julgador.²⁶⁵

Para Miranda Coutinho, no Estado Democrático de Direito, cabe ao juiz um novo papel que não se restringe mais simplesmente a aplicar a lei aos casos concretos, nem a produzir provas na busca da verdade real, mas, sim, a partir desse momento, a assumir o papel de garantidor dos direitos fundamentais.²⁶⁶

Portanto, no campo do processo penal, onde se discutem bens jurídicos de extrema relevância e se tem o choque do poder punitivo do Estado contra as

²⁶² MONDIN, Battista. A metafísica da pessoa como fundamento da bioética. In: LADUSÃNS, Stanislav. (Coord.) **Questões atuais de bioética**. São Paulo: Loyola, 1990, p.147-174.

²⁶³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 29.

²⁶⁴ RANGEL, Paulo. **O juiz garantista**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto066.doc>> Acesso em: 01 mai.2011.

²⁶⁵ RANGEL, Paulo. **O juiz garantista**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto066.doc>> Acesso em: 01 mai. 2011.

²⁶⁶ MIRANDA COUTINHO. Jacinto Nelson de. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. **Boletim IBCCRIM**, v. 188, p. 12, jul. 2008.

garantias individuais, justifica-se a necessidade da observância desse papel, compatível com os preceitos constitucionais.²⁶⁷

Por isso, a posição e a atuação do julgador devem obedecer aos preceitos democráticos, de modo a possibilitar a efetivação das disposições constitucionais, sendo inconcebível, no atual contexto que sejam proferidas decisões pautadas apenas na literalidade das leis.

Nesse sentido também se manifestou Sabadel²⁶⁸, ao afirmar que no superado modelo positivista, a atuação do juiz restringia-se a uma mera atividade silogística. Mas, na sua visão, a teoria pós-positivista implantou um novo paradigma em que se deve buscar, na aplicação do direito, uma razão prática, imbuída de incessante busca da decisão justa que deve ser sustentada por instrumentos jurídicos como a proporcionalidade, a ponderação de valores e a razoabilidade, fazendo-se prevalecer a efetiva operabilidade de um sistema garantista.

Assim, o juiz já não está mais adstrito à letra da lei e à sua validade. Por outro lado, já não é um dogma ligado à simples existência formal da lei, senão uma qualidade contingente atrelada à coerência de seus significados, mais ou menos discutível e sempre remetida à valorização do julgador.

Dessa forma, a aplicação da lei é um juízo formado sobre ela, tarefa que corresponde ao juiz juntamente com a responsabilidade de escolher o único significado válido para o caso.

Assim, o julgador não deve simplesmente aplicar a lei ao caso concreto, mas antes, deve fazer uma análise crítica, confrontando-a com a Lei Maior, e, em caso de incompatibilidade, deixar de aplicá-la em respeito ao princípio da supremacia da Constituição.

No mesmo sentido, também deve se dar a atuação do órgão julgador no que tange à interpretação e aplicação da doutrina, bem como da jurisprudência. Em ambas as situações, essa atuação deve necessariamente passar por uma filtragem constitucional, evitando-se, dessa forma, o descumprimento dos direitos e garantias

²⁶⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 3.

dos acusados. Assim, a lei, a doutrina e a jurisprudência possuem um papel muito importante para que ele não ocorra.

Canotilho, explica as regras básicas que decorrem da preeminência da Constituição:

Toda a ordem jurídica deve ser lida a luz dela e passada por seu crivo, de modo a eliminar todas as normas que não se conformem com ela. São três as componentes principais dessa preeminência normativa da Constituição: a) todas as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas no sentido mais concordante com a Constituição (princípio da interpretação conforme à Constituição); b) as normas de direito ordinário desconforme a Constituição são inválidas, não podendo ser aplicadas pelos tribunais e devendo ser anuladas pelo Tribunal Constitucional; c) salvo quando não exequíveis por si mesmas, as normas constitucionais aplicam-se directamente, mesmo sem lei intermediária, ou contra ela e no lugar dela.²⁶⁹

Tal assertiva ganha relevância no que tange à esfera processual penal, ante a drástica intervenção na esfera individual dos cidadãos, ou seja, essas três fontes do direito devem atuar no sentido de proteger os valores mais caros à sociedade e aos cidadãos.

Com efeito, no concernente à legislação processual penal, a doutrina e a jurisprudência vêm assumindo uma grande responsabilidade, visto que o Código de Processo Penal brasileiro em vigor é da década de 40, e foi elaborado com base no Código de Processo Penal italiano - Código Rocco - com teor eminentemente fascista, cuja elaboração foi encomendada pelo dirigente da Itália à época, Benito Mussolini.²⁷⁰ Dessa maneira, além de não ser adequado ao nosso contexto histórico, ainda vai de encontro às garantias constitucionais inerentes ao sistema acusatório.²⁷¹

3.1.2 A influência dos estigmas

²⁶⁸ SABADELL. Ana Lúcia. **Manual de sociologia jurídica**: introdução a uma leitura externa do direito. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 49-50.

²⁶⁹ CANOTILHO. José Joaquim Gomes e Vital Moreira. **Fundamentos da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 45.

²⁷⁰ DUCLERC, Elmir. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 28.

²⁷¹ Cumpre ressaltar que para os fins a que se destina essa pesquisa, que o ordenamento jurídico brasileiro prevê como sistema processual vigente, o acusatório.

Bacila ensina que as pessoas, em geral, interpretam as normas jurídicas por meio de meta-regras, que podem ser compreendidas como mecanismos que influenciam na aplicação da lei, tais como regras, princípios, traumas e preconceitos.²⁷²

Para o autor, as meta-regras fundamentais seriam os estigmas. Dessa forma, adverte que, como a atuação das pessoas é guiada pelos estigmas, é desde o início, ela comprometida.²⁷³

O autor aduz ainda, com base em Goffman,²⁷⁴ que antigamente um estigma comportava um significado diferente daquele assumido atualmente, eis que se tratava de um sinal ou marca que estava presente nas pessoas pertencentes às classes inferiores, nos criminosos ou um rito de desonra, etc.²⁷⁵

Nos dias de hoje, eles assumem um significado social negativo, caracterizando um aspecto objetivo que pode ser atrelado à raça, ao sexo, à religião, etc., bem como, representam uma valoração subjetiva.²⁷⁶ Ou seja, a partir de determinada condição, surgem conclusões com cunhos estigmatizantes, tal como, se é deficiente, não pode trabalhar, ou, se é pobre, é ruim, dentre outros.²⁷⁷

²⁷² BACILA, Carlos Roberto. **Estigmas**: um estudo sobre os preconceitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.16. Para Figueiredo Dias, os estereótipos são sistemas de representações que orientam as pessoas na interação cotidiana. E apesar de incoerentes a verdade é que os estereótipos mantêm grande coesão – condicionando, não só a interação dos leigos como a dos próprios peritos que é o que justamente sucede nos processos de reação formal e informal, às manifestações mais expressivas de desconformidade: à delinquência, à doença mental, à droga e à embriaguez e ao homossexualismo, à prostituição, etc. (DIAS, Jorge Figueiredo. **Criminologia – o homem delinqüente e a sociedade criminógena**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 388-389).

²⁷³ BACILA, Carlos Roberto. **Estigmas**: um estudo sobre os preconceitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.16.

²⁷⁴ GOFFMAN, Erving. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1988.

²⁷⁵ De acordo com Zélia Maria de Melo, “alguém que demonstra pertencer a uma categoria com atributos incomuns ou diferentes é pouco aceito pelo grupo social, e não consegue lidar com o diferente e, em situações extremas, o converte em uma pessoa má e perigosa, que deixa de ser vista como pessoa na sua totalidade, na sua capacidade de ação e transforma-se em um ser desprovido de potencialidades”. (MELO, Zélia Maria de. **Os estigmas**: a deterioração da identidade social. Disponível em: < <http://www.sociedadeinclusiva.pucminas.br/anaispdf/estigmas.pdf>> Acesso em: 05 mar 2011).

²⁷⁶ BACILA, Carlos Roberto. **Estigmas**: um estudo sobre os preconceitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.19.

²⁷⁷ BACILA, Carlos Roberto. **Estigmas**: um estudo sobre os preconceitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.19

O professor paranaense adverte ainda que o estigma, além de gerar descrédito e desvantagem, tem também o condão de relegar o estigmatizado à condição de não humano.²⁷⁸

Para Goffman, "la sociedad establece los medios para caracterizar a las personas y el complemento de atributos, que se perciben como corrientes y naturales a los miembros de cada una de esas categorías".²⁷⁹

Neste sentido, Sell afirma que o efeito primário do estigma é impedir que seu possuidor seja visto para além da situação que, aos olhos dos outros, o inferioriza.²⁸⁰ Dessa maneira, é como se o estigma apagasse a complexidade de seu portador em benefício de uma identidade socialmente desvalorizada.²⁸¹

O autor cita como exemplo a questão das prisões, pois para ele, ao se pensar nelas, automaticamente, conclui-se: na prisão existem criminosos, ao invés de se refletir que essas pessoas podem ter cometido delitos em momentos específicos de sua vida, imbuídos por uma finalidade até mesmo diversa do crime em si.²⁸² Assim como o que ocorre em relação aos manicômios, pois sempre são eles remetidos à idéia de que lá se acolhem loucos, e não pessoas com complicações existenciais.²⁸³

Ou seja, há uma pré-concepção desfavorável relacionada a essas pessoas tidas como "desiguais".

Sell aduz ainda que a posse de um estigma facilita a aquisição de outro. Sendo assim, quem é estigmatizado como sendo simplesmente "negro" ou "cigano",

²⁷⁸ BACILA, Carlos Roberto. **Estigmas**: um estudo sobre os preconceitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.18.

²⁷⁹ Tradução livre: A sociedade estabelece os meios para caracterizar as pessoas e o complemento de atributos que se percebem como correntes e naturais aos membros de cada uma dessas categorias (GOFFMAN, Erving. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1988, p. 11).

²⁸⁰ SELL, Sandro. **Identidade e estigma**. Disponível em:< <http://sandrosell.blogspot.com/>> Acesso em: 24.04.2011.

²⁸¹ Zélia Maria de Melo alguém que demonstra pertencer a uma categoria com atributos incomuns ou diferentes é pouco aceito pelo grupo social, que não consegue lidar com o diferente e, em situações extremas, o converte em uma pessoa má e perigosa, que deixa de ser vista como pessoa na sua totalidade, na sua capacidade de ação e transforma-se em um ser desprovido de potencialidades.

²⁸² Muitas vezes os crimes são cometidos por motivos como a fome, a miséria, etc. Como ocorre, por exemplo, nas favelas, em que seus habitantes que trabalham para o tráfico acabam ingressando nessas atividades em razão da falta de opções melhores. Ou mesmo, na busca de aceitação em determinado grupo, situação comum no período da adolescência.

por exemplo, corre sério risco de ganhar outros estigmas como de “ladrão” ou “preguiçoso”.²⁸⁴ Com efeito, em sua visão, “um estigma atrai o outro, afundando seu portador em identificações sociais cada vez mais negativas”.²⁸⁵

Assim, pode-se perceber pela explicação do que são os estigmas, que podem eles gerar reflexos em todas as áreas da vida do estigmatizado. Todavia, o âmbito que importa nessa pesquisa, é aquele em que os estigmas podem trazer os maiores malefícios, ou seja, no âmbito do Direito Penal e Processual Penal, especificamente, no juízo de admissibilidade da ação penal, visto que repercutem desfavoravelmente ao acusado, como se analisará a seguir.

Bacila, em sua obra “Estigmas”, observa de forma magistral que “a interpretação de um texto legal pode depender da história que o envolve, de valores que estão em jogo, de contingências que leis físicas não podem explicar”.²⁸⁶

Assim sendo, o sentido do texto poderá vir com o intérprete. Desta feita, entende o autor que a mensagem do texto jurídico está, em grande parte, com o intérprete que age com base em seus conceitos ou pré-conceitos, os quais provêm de sua cultura e formação.

Conforme Heidegger:

A interpretação de algo como algo funda-se, essencialmente, numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia. A interpretação nunca é a apreensão de um dado preliminar isenta de pressuposições. (...) Em todo princípio de interpretação, ela se apresenta como sendo aquilo que a interpretação necessariamente já “põe”, ou seja, que é preliminarmente dado na posição prévia, visão prévia e concepção prévia.²⁸⁷

No entanto, entende Bacila que regras ocultas são utilizadas no processo de compreensão de um texto. Essas regras seriam as meta-regras conforme se discorreu acima. Ou seja, “mecanismos que influenciam o operador do direito no

²⁸³ SELL, Sandro. **Identidade e estigma**. Disponível em: < <http://sandrosell.blogspot.com/>> Acesso em: 24.04.2011. Q. v. GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. Tradução de Dante Moreira Leite. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 1999.

²⁸⁴ SELL, Sandro. **Identidade e Estigma**. Disponível em: < <http://sandrosell.blogspot.com/>> Acesso em: 24.04.2011.

²⁸⁵ SELL, Sandro. **Identidade e Estigma**. Disponível em: < <http://sandrosell.blogspot.com/>> Acesso em: 24.04.2011.

²⁸⁶ BACILA, Carlos Roberto. **Estigmas: um estudo sobre os preconceitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.14.

²⁸⁷ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Petrópolis: Vozes, 1988, vol. I, p. 207.

momento de aplicação da regra jurídica”.²⁸⁸

Assim, em sendo o homem uma conjugação dele mesmo mais a sua vida, as suas impressões prévias, a sua cultura prévia, enfim, todos os seus preconceitos, vão impregnar a sua interpretação.

Dessa forma também concluiu Alexandre Morais da Rosa:

Os significantes jogam com as fantasias, preocupações, preconceitos, desejos, defesas (conscientes e inconscientes) do sujeito interpretante. Isso pode gerar uma satisfação, de soslaio, do que falta e, por básico, retorna. O mito da leitura objetiva da prova, dos significantes probatórios, cede em face do reconhecimento da singularidade e de que cada leitura será única, envolvida por um processo de manipulação significativa e típico dos processos judiciais entre partes.²⁸⁹

Desse modo, faz-se mister reconhecer que os métodos interpretativos tradicionais como o literal, lógico e teleológico não devem gerar a ilusão de que o Direito se esgota na redação das leis em geral, eis que as regras jurídicas entram em choque com outras regras sociais que não estão estabelecidas nas leis.²⁹⁰ Assim, os elementos que definem o que é crime e quem responderá criminalmente por eles vão muito além das regras jurídicas.

Para Baratta, os operadores do Direito selecionam indivíduos que serão processados criminalmente em detrimento de outros que também praticaram crimes, mas não são estigmatizados.²⁹¹

²⁸⁸ BACILA, Carlos Roberto. **Estigmas: um estudo sobre os preconceitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.14.

²⁸⁹ MORAIS DA ROSA, Alexandre. O estrangeiro, a exceção e o direito. *In*: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (Coord.) **Direito e Psicanálise – interseções a partir de “O Estrangeiro”** de Albert Camus. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 64.

²⁹⁰ BACILA, Carlos Roberto. **Estigmas: um estudo sobre os preconceitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 16.

²⁹¹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p.105. Seguindo na mesma linha de entendimento de Baratta, de que os indivíduos pertencentes a determinados estratos da sociedade, notadamente, os pertencentes as classes mais baixas, serão responsabilizados pelos atos que praticarem, em detrimento de outros que não pertencem a essas classes concluiu Orlando Zaccone, ao promover uma pesquisa nas delegacias do estado do Rio de Janeiro em que verificou a grande diferença do número de denúncias efetuadas por tráfico de drogas nos Municípios pertencentes àquele estado: “...no ano de 2005, entre

Bacila, com base em Cervini, alerta que esse filtro tem início no legislativo, passando pelo Judiciário, Ministério Público, Polícia, testemunhas, vítima, e até mesmo pelo advogado responsável pela defesa do acusado e por todos os demais integrantes da sociedade,²⁹² constatação essa que comprova que a neutralidade do juiz é um mito, conforme concluiu Miranda Coutinho²⁹³.

Seguindo nesse diapasão, importa frisar que as meta-regras são seguidas de forma consciente ou não, e têm o poder de gerar, no plano jurídico, responsabilidade penal. Ou seja, muitos praticam crimes, mas apenas **alguns** serão escolhidos para responder por eles.

De acordo com Baratta, decisões favoráveis ou desfavoráveis serão norteadas por tipificações culturais que os magistrados possuem em suas mentes, de modo que pessoas que cometeram condutas em circunstâncias semelhantes podem ser diferentemente sentenciadas.²⁹⁴

No mesmo sentido, é o ensinamento de Alexandre Morais da Rosa: “As condutas criminais podem gerar, muitas vezes, na sua análise, a recriação da identidade – quiçá perversa - projetando o sujeito interpretante. Dentro da perspectiva de leitura singular, percebem-se os significantes seletivamente,

os flagrantes lavrados para apurar a conduta de tráfico de drogas ilícitas na Capital e Baixada Fluminense, todas as delegacias da zona sul reunidas, incluindo Botafogo, Copacabana, Ipanema, Leblon e Gávea, somadas à Barra da Tijuca (zona oeste), atingem aproximadamente um terço dos registros realizados somente no 34^a DP em Bangu.” (D’ÉLIA FILHO, Orlando Zaccane. **Acionistas do nada**: quem são os traficantes de drogas. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p.14). Jock Young seguindo nessa mesma linha de entendimento sustentou que “...que a polícia deixou de suspeitar de indivíduos e passou a suspeitar de categorias sociais”. O autor cita como exemplo as situações em que a polícia deve parar e revistar alguém, para ele nesses casos normalmente tende-se a suspeitar das categorias consideradas mais suscetíveis a cometer delitos como os negros, irlandeses, homens mais jovens da classe operária. (YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**. Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 74.

²⁹² BACILA, Carlos Roberto. **Estigmas**: um estudo sobre os preconceitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.16.

²⁹³ BACILA, Carlos Roberto. **Estigmas**: um estudo sobre os preconceitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.16.

²⁹⁴ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 177.

conforme as necessidades, defesas, valores, enfim, dos condicionantes.”²⁹⁵

Novamente invocando os ensinamentos de Baratta, salientou o criminólogo que estudos demonstram que a discricionariedade do juiz funciona sistematicamente em desfavor dos réus de mais baixo poder econômico-social. São eles que preenchem as listas de condenação e que recebem as penas mais drásticas. Ao inverso, as elites e as classes médias dificilmente são punidas.²⁹⁶

Essa realidade também foi comprovada em pesquisa realizada na dissertação de mestrado de Fabiana Barreto, que versou sobre a prisão provisória iniciada por flagrante pelo crime de furto, nos sistemas penais de Recife, Belém, São Paulo, Distrito Federal e Porto Alegre, durante os anos de 2000 a 2004.²⁹⁷

No trabalho realizado pela Promotora de Justiça, restou demonstrado que os autores de furto são aqueles que têm pouco poder de resistência ao sistema penal, e se encontram entre os setores mais vulneráveis à sua operacionalização seletiva, pois se enquadram no estereótipo do criminoso.²⁹⁸

Segundo a autora, trata-se de pessoas pobres, com baixa escolarização e sem condições de contratar um advogado particular.²⁹⁹

Dessa maneira, tendo em conta que os estigmas influenciam decisivamente no processo decisório, é necessário que os integrantes do Judiciário procurem atuar de forma responsável e conscienciosa, buscando em outros saberes, além do direito, auxílio para sua atuação. Da mesma forma, devem sempre promover uma

²⁹⁵ MORAIS DA ROSA, Alexandre. O estrangeiro, a exceção e o direito. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (Coord.) **Direito e Psicanálise** – interseções a partir de “O Estrangeiro” de Albert Camus. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 64.

²⁹⁶ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 176-178.

²⁹⁷ BARRETO, Fabiana Costa. **Flagrante e prisão provisória em casos de furto: da presunção de inocência à antecipação de pena**. São Paulo: IBCCRIM, 2007, p. 12

²⁹⁸ BARRETO, Fabiana Costa. **Flagrante e prisão provisória em casos de furto: da presunção de inocência à antecipação de pena**. São Paulo: IBCCRIM, 2007, p. 120

²⁹⁹ BARRETO, Fabiana Costa. **Flagrante e prisão provisória em casos de furto: da presunção de inocência à antecipação de pena**. São Paulo: IBCCRIM, 2007, p. 120

ponderação entre o ordenamento jurídico e os princípios constitucionais antes de tomar qualquer decisão, principalmente quando se tratar de uma decisão tão importante, quanto a de processar alguém criminalmente.

Conforme preconizam as teorias críticas do Direito Penal, ao contrário do que se prega na maioria dos manuais sobre a matéria que reproduzem a ideologia do saber oficial, sua finalidade precípua não é a proteção de bens jurídicos sob a ameaça de pena³⁰⁰, mas **a manutenção do poder vigente**, que se dá por meio do controle social.³⁰¹

Esse controle é feito por meio de políticas instituídas pelo Direito Penal, que atua segundo Cirino dos Santos, como o centro da estratégia de controle social nas sociedades contemporâneas³⁰², implementadas pelo sistema de justiça criminal, que atuam conjuntamente com outras instituições da sociedade civil, como a empresa, a família, a escola, a imprensa, a igreja, os partidos políticos, os sindicatos, etc, conforme afirmou Cirino dos Santos.³⁰³

Esse penalista aduz também que:

O Direito Penal e o sistema de justiça criminal constituem, no contexto dessa formação econômico social, o centro gravitacional do controle social: a pena criminal é o mais rigoroso instrumento de reação oficial contra as violações da ordem social, econômica e política institucionalizada, garantindo todos os sistemas e instituições particulares, bem como a existência e continuidade do próprio sistema como um todo.³⁰⁴

³⁰⁰ Para Cirino dos Santos, a proteção de bens jurídicos selecionados por critérios políticos-criminais é de natureza subsidiária e fragmentária: "...o Direito Penal protege bens jurídicos apenas em *ultima ratio*: por um lado, proteção subsidiária porque supõe a atuação principal de meios de proteção mais efetivos do instrumental sócio-político e jurídico do Estado; por outro lado, proteção *fragmentária* porque não protege todos os bens jurídicos definidos pela Constituição da República e protege apenas parcialmente os bens jurídicos selecionados para proteção penal". (SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p. 5).

³⁰¹ Nesse sentido: SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p. 4; "O Direito penal possui objetivos declarados ou manifestos, destacados pelo discurso oficial da teoria da pena, e os objetivos reais ou latentes, identificados pelo discurso crítico da teoria criminológica da pena, correspondentes às dimensões de ilusão e realidade de todos os fenômenos ideológicos das sociedades capitalistas contemporâneas". BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 209; **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 23. ed. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 244-248.

³⁰² SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p. 6.

³⁰³ Nesse sentido: SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p. 9.

³⁰⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p. 9.

Mas, para que se possa exercer o controle social, é necessário que se realize a seleção e disciplina daqueles que serão alvo desse controle.³⁰⁵

Assim, de acordo com Andrade, a seletividade dá-se duplamente: a) a seleção dos bens jurídicos³⁰⁶ penalmente protegidos e dos comportamentos ofensivos a estes bens, descritos nos tipos penais, e, b) a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos aqueles que praticam tais comportamentos.³⁰⁷

No que pertine à escolha dos bens jurídicos e das condutas socialmente danosas, tem-se que ela será feita pelos mais fortes, ou seja, por aqueles que detêm o poder. Desse modo, as condutas mais afeitas aos fracos serão mais consideradas e as penas mais agravadas, enquanto que aquelas praticadas pelas classes mais altas serão relevadas, como afirma Bissoli.³⁰⁸

Já, no que toca a seleção dos indivíduos, os escolhidos serão os mais fracos, tendo em vista que não seria possível criminalizar todos os autores de condutas delituosas, recaindo a escolha nas pessoas que já estão estereotipadas ou estigmatizadas, as quais, na maioria das vezes, são pobres.³⁰⁹

³⁰⁵ Rosa del Olmo sustenta que, com a internacionalização do capitalismo se manifestando em todos os níveis, a visão universalizante do delito e a forma de controlá-lo será uma constante. Desse modo, fez-se necessário criar também um paradigma de normas universais para resolver o problema do delito, o que seria, por sua vez, elemento decisivo para consolidar e difundir a criminologia como ciência preocupada com os indivíduos resistentes à lei moral da disciplina. Assim, os postulados da emergente criminologia, que no início discutia-se nos congressos de antropologia criminal, foram úteis para essa finalidade, já que seu discurso concentrou-se em demonstrar “cientificamente” que os homens não são iguais e que os delinquentes apresentavam características particulares que os diferenciavam dos não-delinquentes. (DEL OLMO, Rosa. **A América Latina e sua criminologia**. Tradução de Francisco Eduardo Pizzolante e Sylvia Moretzshon. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2004, p. 289-290).

³⁰⁶ Sobre a criminalização primária, Zaffaroni e Nilo Batista ensinam que “apesar da criminalização primária implicar um primeiro passo seletivo, este permanece sempre em certo nível de abstração porque, na verdade, as agências políticas que elaboram as normas nunca sabem a quem caberá de fato, individualmente, a seleção que habilitam. Esta se efetua concretamente com a criminalização secundária. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et. all.* **Direito Penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 44).

³⁰⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática jurídica**: esboço de sua configuração e identidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 218.

³⁰⁸ BISSOLI Filho, Francisco. **Estigmas da criminalização** – dos antecedentes à reincidência criminal. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998, p. 181.

³⁰⁹ BISSOLI Filho, Francisco. **Estigmas da criminalização** – dos antecedentes à reincidência criminal. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998, p. 181.

Nesse passo, identificam-se quem são os “inimigos”, ou seja, aqueles que colocam em risco a segurança, a paz e a tranquilidade da sociedade.³¹⁰

Sobre o mencionado “inimigo”, Zaffaroni discorreu que, desde a Antiguidade, prega-se a ele um tratamento diferenciado, eis que eleito como “estranho”.³¹¹ Segundo o autor, é de Platão a idéia de que o infrator é inferior devido à sua incapacidade de ascender ao mundo das idéias puras, e quando esta incapacidade é irreversível, ele deve ser eliminado,³¹² percebendo também que, de acordo com esta noção, o “inimigo” seria uma construção tendencialmente estrutural do discurso legitimador do poder punitivo.³¹³

Essa escolha acerca do “inimigo” existe há muito tempo, diferenciando-se apenas no que se refere à categoria.

Inicialmente, aponta Zaffaroni que o poder punitivo seletivo recaiu sobre as seitas dissidentes no intuito de manter o poder papal, e a seguir, sobre as mulheres, que foram acusadas de agirem conjuntamente com Satã, visto que este não podia fazer o mal sem a cumplicidade dos humanos.³¹⁴ Dessa forma, elas foram

³¹⁰ A teorização do Direito Penal do Inimigo foi proposta por Günther Jakobs em 1999, segundo a qual, a manutenção da sociedade tal como se encontra depende, necessariamente, de um cumprimento razoável das “expectativas normativas”. Dessa forma, o indivíduo que se comporta constantemente contra o ordenamento jurídico, não pode receber o mesmo tratamento dos demais. Assim, o indivíduo ameaça a própria estrutura social, eliminando as expectativas cognitivas dos demais em relação ao cumprimento da norma. Para o jurista alemão “um indivíduo que não permite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa”. O penalista alemão afirma também que: “O Direito penal conhece dois pólos ou tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a que se combate por sua periculosidade”. (JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo*. In: JAKOBS, Günther & MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. Tradução: André Callegari e Nereu Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 36-37).

³¹¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 84.

³¹² Traçando-se um paralelo com o *homo sacer* apresentado por Agamben, o filósofo italiano o conceitua, com base em Festo, como “...aquele que o povo o julgou por um delito; e não é lícito sacrificá-lo, mas quem o mata não será condenado por homicídio...” (AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. 1. ed. 1. reimp. Tradução de Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo Editorial, 2005, p. 196). Assim, a eliminação do “inimigo”, diante dessa seletividade trazida pelo sistema penal para justificar uma “providência” a fim de “resolver” o problema da criminalidade, resta legitimada, consistindo, como numa “vida indigna de ser vivida”. (AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. 1. ed. 1. reimp. Tradução de Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo Editorial, 2005, p. 143).

³¹³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 83.

³¹⁴ Geraldo Pieroni narra a trajetória de Maria Seixas, típica feiticeira do século XVII que evocava o diabo para melhor surtir efeito nos seus sortilégios amorosos... “Nos buracos dos olhos da

estigmatizadas como bruxas, o que tornou mais fácil tornar legítima sua perseguição, e a conseqüente eliminação, assim como ocorre também com os demais estigmatizados, consoante salientou o autor.³¹⁵

Atualmente, o discurso do inimigo tem servido como forma de isentar o governo da responsabilidade que tem em investir em políticas públicas de bem-estar social, para amenizar os problemas sócio-econômicos do país gerados pelo capitalismo, como a miséria, o desemprego, a falta de acesso à saúde e à educação, que redundam no aumento da criminalidade. Nesse contexto, a culpa em relação ao aumento da criminalidade recai sobre o “inimigo”, que é escolhido com base em estigmas, tais como a pobreza, raça, sexo, etc., conforme já se salientou.

Desse modo, inicia-se uma verdadeira cruzada contra ele, que é feita por meio do aumento do número de leis penais, bem como o da duração das sanções que dela decorrem, mormente no que tange às penas restritivas de liberdade, com: a) a criação de regimes de cumprimento diferenciados, como é o caso do RDD (regime disciplinar diferenciado), que, na prática, auxiliam para “animalizar” o condenado ante a total privação do contato com outros seres humanos, confrontando totalmente os escopos da pena;³¹⁶ b) com a construção de penitenciárias de segurança máxima nos moldes norte-americanos, e, ainda, c) com a tomada sensacionalista de lugares com alta taxa de criminalidade e pobreza, como a favela do Alemão no Rio de Janeiro.

Nessa linha, manifestou-se Argüelo:

A resposta tecnocrática ao problema da criminalidade concentra-se nos efeitos do delito (uma imagem projetada e politizada da vítima, o medo, os custos com a segurança), mais

caveira ela colocava duas figurinhas moldadas em cera: uma, representando um homem, e a outra, uma mulher. Maria Seixas tinha 32 anos quando foi acusada pela Inquisição de Lisboa por causa dos fervedouros que preparava ao invocar o demônio. Ela fazia muitas misturas utilizando mirra, enxofre, alecrim, vinagre e pimenta. Num pequeno caldeirão, ela colocava “três pedras trazidas de três encruzilhadas” e misturava os outros ingredientes. Quando a porção estava em ebulição, ela evocava os diabos: “Barrabás, Satanás, e Lúcifer, entrem todos no coração de fulano (e pronunciava o nome) para que ele possa me amar e me dar tudo o que tiver”. (*In Vadios e ciganas, heréticos e bruxas – os degredados do Brasil Colônia* 3. Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006, p. 15-16.

³¹⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p.83-84.

³¹⁶ Ressalta Cirino dos Santos que a criação do RDD (Regime disciplinar diferenciado) demonstra a incoerência dos discursos oficiais acerca das finalidades da pena de prisão, como a reeducação e a ressocialização do condenado, com a realidade da pena (SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da Pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005, p. 3).

do que nas raízes estruturais (econômicas e sociais) e político- ideológicas da questão. Atacam os criminosos em vez de atacarem a violência estrutural (a desigualdade social e a pobreza), razão da definição e seleção de determinados indivíduos como tais, simultaneamente à imunização de outros.³¹⁷

André Copetti segue esse mesmo raciocínio, sustentando que:

Sabe-se que boa parte da criminalidade que atinge uma sociedade tem suas raízes nos conflitos, que ocorrem no seio dessa mesma sociedade. São situações de carência quanto às necessidades fundamentais, desigualdades enormes, desacordos sociais imensos. Uma política social efetiva e contundente converte-se, assim, com certeza, no melhor instrumento preventivo da criminalidade, já que incide diretamente sobre as causas fundantes dos problemas dos quais o crime é uma consequência, uma patologia.³¹⁸

Ou seja, são tomadas providências que visam tão-somente demonstrar que o Estado está cumprindo o seu papel de “mantenedor da ordem”, a fim de justificar que o crime é por ele, “de fato”, combatido, quando na verdade, o que se vê na prática é a total ausência de políticas públicas voltadas a diminuição da exclusão social, que tem sido apontada como o verdadeiro fator desencadeador do aumento da criminalidade.

Wacquant, ao estudar as desigualdades sociais e os sistemas carcerário e judicial brasileiro, afirmou que o sistema penal tornou-se uma forma de conter as mazelas sociais que decorrem da ausência de políticas sociais. Segundo ele, as prisões “se transformaram em aterro sanitário para dejetos humanos de uma sociedade cada vez mais diretamente subjugada pelos ditames materiais do mercado e da compulsão moral da responsabilidade pessoal”.³¹⁹

Não se pode esquecer também, por ser fundamental, o papel desempenhado pela mídia nesse processo, pois ela é responsável por fomentar a sensação de medo e insegurança vigentes, veiculando diversas vezes a mesma cena de violência, ou pela exibição de inúmeros programas policiais com conteúdo excessivamente violento e que noticiam somente os crimes praticados por pessoas pobres, ou em lugares pobres, criando a falsa impressão de que todos os crimes são praticados por determinado extrato da sociedade. Ainda, apresenta os fatos de

³¹⁷ ARGÜELLO, Katie. **Do Estado social ao Estado penal**: invertendo o discurso da ordem. Disponível em <<http://www.cirino.com.br/artigos/Artigo%20Katie.pdf>> Acesso em: 01 mar. 2011.

³¹⁸ COPETTI, André. **Estudos constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 41.

³¹⁹ WACQUANT, Loïc. **As duas faces do gueto**. Tradução de Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 14.

forma parcial e distorcida, o que resulta, na maioria dos casos, em um pré-julgamento por parte da sociedade e mesmo por parte daqueles que irão julgá-lo.

Ou seja, maquia-se a verdadeira intenção do sistema, que é a da exclusão daqueles que não interessam ao mercado, posto que, em uma sociedade capitalista, não há interesse em se propiciar condições de vida digna como em um Estado Social, visto que o mercado não vê cidadãos, mas consumidores, conforme concluiu Aury Lopes:

A fenomenologia na sociedade de massa está marcada pela globalização e o ritmo ditado pelo neoliberalismo. Como conseqüência, todo o mercado e também o direito estão voltados para o *homo oeconomicus* (e não para o *homo faber*). O indivíduo só interessa enquanto consumidor. Logo, cria-se o binômio consumidor-cidadão. Não há espaço para o diverso, para a tolerância e a solidariedade humana. Como reflexo, falta a preocupação social em proporcionar meios para el libre desarrollo de la personalidad.³²⁰

Assim, aqueles que por si só não puderem arcar com sua sobrevivência, estarão relegados à condição de inimigos da sociedade e, assim, conseqüentemente, em nome de uma suposta defesa da sociedade, são-lhes retirados todos os direitos e garantias a que faz jus um cidadão em um Estado Democrático de Direito.

Essa ideologia de exclusão e punição do inimigo é típica dos Estados que atuam como verdadeiros Estados Policiais, os quais buscam auxílio nas instituições policial e penitenciária, para conter as desordens geradas pelo desemprego em massa, pela imposição do trabalho assalariado precário e pela retração da proteção salarial, modelo esse que teve início a partir do final da década de 70, momento em que já era possível perceber os primeiros sinais da crise do Estado do bem estar social³²¹ (*Welfare state*).

Por razões políticas e econômicas, referido modelo estatal, que tinha como função precípua, propiciar a todos os cidadãos, indistintamente, o acesso aos

³²⁰ LOPES JR, Aury. **Introdução crítica ao Processo Penal** (fundamentos da instrumentalidade constitucional). Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006, p, 23.

³²¹ “O Estado Social ou do Bem- Estar nasceu na década de 1920, como uma resposta à retaliação burguesa, oportunista e conservadora, que tentou inutilmente, conter a formação dos movimentos sociais. Essa nova forma estatal apresenta como traço distintivo a empresarialidade (o estado participa com um capital privado em empresas mistas, promovendo a estatização das empresas), à primazia da função social da propriedade (a propriedade do bem é limitada pela função

serviços fundamentais, ou seja, o mínimo necessário para uma vida digna, acabou entrando em declínio.

Segundo Ferrajoli, a crise do *Welfare state* foi ocasionada por questões políticas e econômicas.³²²

No aspecto político, explica o autor, o problema decorreu da existência de um grande número de leis criadas para a proteção dos direitos sociais, sem a existência dos instrumentos necessários para sua efetivação na prática, e ainda, da gigantesca burocracia estatal necessária para a manutenção dos direitos sociais, que, na maioria das vezes, acabavam mostrando-se ineficazes.³²³ Assim, para ele, o problema econômico seria consequência do seu alto custo, até mesmo para os países mais desenvolvidos da Europa.³²⁴

Sendo assim, diante da grave crise do petróleo em 1979, que redundou na diminuição do crescimento e da arrecadação tributária, os conservadores neoliberais encontraram espaço para difundirem suas idéias de minimização do Estado, como a única forma de pôr fim à crise mundial que havia se instalado, visto que, desse modo, o Estado deixaria de gastar mais do que arrecadava.

Nesse passo, o Neoliberalismo³²⁵ ganha vida através da Escola monetarista do economista Milton Friedman, como uma solução para a mencionada crise. Podendo ser caracterizado como um conjunto de idéias políticas e econômicas capitalistas que defende a não participação do Estado na economia.

Com efeito, ante a crise do Estado do bem estar social, ocasionada por fatores de ordem interna e externa que não serão analisados mais amiúde nessa pesquisa, o Estado Social é finalmente derrubado pela globalização neoliberal, que ocasionou bruscas mudanças de ordem política, econômica e social.³²⁶

social do mesmo).” MARTINEZ, Vinício C. **Estado de Direito Social**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 384, 26 jul. 2004. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/5494>. Acesso em: 13 mai. 2011.

³²² FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Madrid: Trotta, 1999, p.110-111.

³²³ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Madrid: Trotta, 1999, p. 110-111.

³²⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Madrid: Trotta, 1999, p. 110-111.

³²⁵ VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro setor e as parcerias com a administração pública: uma análise crítica**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 43.

³²⁶ Para David Held, a globalização é um fenômeno que assume dois aspectos distintos: o primeiro deles é que as atividades no âmbito político, econômico e social estão adquirindo uma dimensão global. E, o outro, consiste na ocorrência de uma grande intensificação das interações e

No Brasil, a doutrina neoliberal tem início no governo Collor com a abertura do mercado, e ganha força total durante os dois governos de Fernando Henrique Cardoso.

Ocorre que, a aplicabilidade das políticas neoliberais trouxe conseqüências destrutivas para a economia do país. Mas, foram nas políticas públicas e sociais em que mais se evidenciou um retrocesso, principalmente nas questões referentes ao emprego, a saúde, a moradia a educação e a criminalidade.³²⁷

Tal fato pode ser atribuído como decorrência da debilidade do Estado-Nação, na medida em que se optou pela intervenção estatal mínima em praticamente todos os setores, notadamente, na economia, sob o pretexto de participação nesse movimento – globalização -, que promete aos países que o aderem - seduzindo-os -, um desenvolvimento econômico e social acelerado.

Nesse sentido, Dussel alerta que o que se vislumbra na prática, é que a globalização nos países periféricos como o Brasil, gera a aceleração da desigualdade social e o aumento da exclusão:

Não se deve esquecer que o marco ou contexto último desta Ética [da libertação] é o processo de globalização; infelizmente, porém, e simultaneamente, esse processo é exclusão das grandes maiorias da humanidade: as vítimas do sistema-mundo. Globalização-exclusão quer indicar o duplo movimento no qual se encontra presa a Periferia mundial: por um lado, a pretensa modernização dentro da globalização formal do capital (principalmente em seu nível financeiro-capital fictício, nos diz Marx); mas por outro lado, a exclusão material e o discurso formal crescente das vítimas desse pretense processo civilizador.³²⁸

Assim, como salientou Getúlio José Moreira da Costa, “...com a abertura dos mercados e a dominação do capital e do lucro pelos países desenvolvidos, cresce a situação de pobreza dos países periféricos, com imensos efeitos negativos

interconexões dentro e entre os Estados e sociedades. (HELD, David. **La democracia y el orden global: del Estado moderno al gobierno cosmopolita**. Barcelona: Paidós, 1997, p. 43).

³²⁷ Essa constatação pode ser verificada no Atlas da exclusão Social no Brasil, onde se afirmou que: “a “nova” exclusão, herdada do modelo econômico de corte neoliberal que gerou, a partir de 1990, milhões de desempregados escolarizados e famílias monoparentais que vivem na pobreza por ausência de renda”. (POCHMAN, Marcio; AMORIM, Ricardo. (Org.) **Atlas da exclusão social no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2004, p. 22).

³²⁸ DUSSEL. Enrique. **Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão**. Tradução de Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clase e Lúcia M. E. Orth. 3.ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2007, p.17.

para sua população e com conseqüências sociais enormes, como a deficiência da educação, da saúde, e o aumento da criminalidade.³²⁹

Com efeito, na medida em que o Estado brasileiro, desde a sua formação, cumpriu apenas de forma parcial seu papel no sentido de propiciar até mesmo as necessidades mais básicas aos cidadãos - tendo em conta que o Estado do bem-estar social nunca chegou a ser efetivado no Brasil -, com o implemento da globalização, vê-se a crise em torno de sua função agravar-se, posto que o país não possui condições de atender às demandas da sociedade globalizada.

Em razão disso, conforme supracitado, tem-se o aumento das desigualdades sociais e, conseqüentemente, da criminalidade.

Ademais, o Brasil, assim como nos demais países periféricos, conforme aduz Cirino dos Santos,³³⁰ não implementa, na prática, políticas públicas de emprego, salário, moradia, escolarização, saúde, entre outras, como programas oficiais capazes de alterar ou reduzir as condições sociais adversas da população excluída do mercado de trabalho e dos direitos de cidadania. Ou seja, não há uma política criminal, mas uma política penal instituída no Código Penal e nas demais leis relacionadas à matéria.

Nessa linha, concluiu Wacquant, em sua obra "Prisões da Miséria":

A penalidade neoliberal apresenta o seguinte paradoxo: pretende remediar com um "mais Estado" policial e penitenciário o "menos Estado" econômico e social que é a *própria causa* da escalada generalizada da insegurança objetiva e subjetiva em todos os países, tanto do Primeiro como do Segundo Mundo. Ela reafirma a onipotência do Leviatã no domínio restrito da manutenção da ordem pública - simbolizada pela luta contra a delinqüência de rua - no momento em que este se afirma e verifica-se incapaz de conter a decomposição do trabalho assalariado e de refrear a hiper mobilidade do capital, as quais, capturando-a como tenazes, desestabilizam a sociedade inteira. E isso não é uma simples coincidência: é justamente *porque* as elites do Estado, tendo se convertido à ideologia do mercado total vinda dos Estados Unidos, diminuem suas prerrogativas na frente econômica e social que é preciso aumentar e reforçar suas missões em matéria de "segurança", subitamente relegada à mera dimensão criminal.³³¹

³²⁹ DA COSTA, Getúlio José Moreira da. **Globalização e a perda da identidade do Estado-Nação**. Disponível em: <<http://www.angelfire.com/sk/holgonsi/getulio.html>> Acesso em 10 mai. 2011.

³³⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p. 451- 452.

³³¹ WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 2001, p. 4.

Essa opção, cumpre ressaltar, decorre da ideologia preponderante em um Estado penal, que, ao contrário do Estado Social que tenta diminuir as desigualdades sociais ao máximo, simplesmente busca uma maneira de conter a massa de excluídos, composta pelo “excedente” que não consegue lugar no mercado de trabalho, criando políticas penais de criminalização da pobreza, aumentando o número de leis penais, bem como o tempo de duração das penas, assim como realizando uma separação dos cidadãos em “bons” e “maus”, conforme sua maior ou menor capacidade de consumo.

Assim sendo, na categoria dos “bons”, estariam inseridos os consumidores, e na categoria dos “maus”, aqueles que estão excluídos da sociedade de consumo, como os pobres, desempregados e vadios.

Em outras palavras, busca-se simplesmente uma maneira de controlar aqueles que não se enquadram na categoria de consumidores. Para esses, é direcionado um direito penal máximo que tem o papel fundamental de proteger os “bons” dos “maus”, ou melhor, do “inimigo”.³³² Para isso, utiliza-se de mecanismos de vigilância física e eletrônica, da construção de prisões, bem como da ampliação dos aparatos de punição.

Por conseguinte, aqueles que não fizerem parte da sociedade de consumo devem ser colocados à margem da sociedade e, dessa forma, a eles não devem ser estendidos os direitos conferidos aos cidadãos em um Estado Democrático de Direito.

Nessa linha, Wacquant assevera que:

Expandir esse estado não fará nada para acabar com as causas do crime, especialmente quando o próprio governo não respeita as leis pelas quais deve zelar: a polícia de São Paulo mata mais que as polícias de todos os países da Europa juntos, e com uma quase impunidade. Os tribunais agem sabidamente com preconceito de classe e raça. E o sistema prisional é um "campo de concentração" dos muito pobres. Como você pode esperar que esse trio calamitoso ajude a estabelecer a "justiça"?³³³

³³² ZAFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 84-85.

³³³ WACQUANT. Lõicq. Disponível em www1.folha.uol.com.br/foha/.../ult95u121505.shtml Acesso em: 01 mai. 2011.

Sendo assim, conclui-se que o modelo neoliberal apresenta o paradoxo de pretender remediar com um “Estado policial e penitenciário” a ausência do Estado econômico e social. Por conseguinte, nesse contexto, os direitos fundamentais perdem efetividade, contrariando, com essa postura, os postulados essenciais de um Estado Democrático de Direito em que os direitos fundamentais dos cidadãos ganham relevância e devem ser protegidos de violações.³³⁴

Entretanto, na prática do processo penal, a realidade que se apresenta é bem diferente, pois os acusados, invariavelmente, têm visto seus direitos fundamentais serem maculados em nome de um falacioso discurso de luta contra a criminalidade pela defesa da sociedade.

Sobre o tema, Katie Argüello alerta que, na América Latina, a preocupação com a violência criminal tornou-se uma obsessão coletiva e tomou proporções que lembram os tempos das ditaduras militares, quando a doutrina de segurança nacional legitimava a tortura e todas as demais formas de violações dos direitos humanos. Desse modo, sob o manto do discurso da segurança pública a democracia e os direitos humanos são desrespeitados diariamente.³³⁵

Desta feita, segundo Argüello, “o discurso do eficientismo penal está na origem da redução das garantias constitucionais e processuais, cuja supressão ameaça converter o Estado Democrático de Direito em Estado Penal.”³³⁶

Nessa perspectiva, o sistema penal brasileiro não apenas viola, mas está estruturalmente preparado para violar todos os princípios que deveriam programar e impor limites à sua violência seletiva e arbitrária.

Assim, o que se tem assistido, dia após dia, são violações aos direitos fundamentais dos indivíduos em nome da segurança social, visto que princípios basilares como os da isonomia, presunção de inocência, dignidade da pessoa humana, etc., são desrespeitados ao se oferecer tratamento diferenciado aos seus tutelados, como ocorre nos casos em que indivíduos são processados criminalmente com base em estigmas.

³³⁴ Desde a promulgação da Constituição de 1988, o Brasil afirmou-se como um Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF/88).

³³⁵ ARGÜELLO, Katie. **Do Estado social ao Estado penal**: invertendo o discurso da ordem. Disponível em <<http://www.cirino.com.br/artigos/Artigo%20Katie.pdf>> Acesso em: 01 mar. 2011.

³³⁶ ARGÜELLO, Katie. **Do Estado social ao Estado penal**: invertendo o discurso da ordem. Disponível em <<http://www.cirino.com.br/artigos/Artigo%20Katie.pdf>> Acesso em: 01 mar. 2011.

Em contrapartida, outros que praticaram o mesmo delito, nas mesmas circunstâncias, acabam não sendo processados tendo em conta que não possuem os estigmas clássicos, como já vastamente demonstrado.

Sobre a referida defesa social, Baratta afirmou que essa ideologia é reconstruível por meio de princípios, conforme se vê abaixo:

- a) *Princípio de legitimidade*. O Estado, como expressão da sociedade, está legitimado para reprimir a criminalidade, da qual são responsáveis determinados indivíduos, por meio de instâncias oficiais de controle social (legislação, polícia, magistratura, instituições penitenciárias). Estas representam a legítima reação da sociedade, ou da grande maioria dela, dirigida à reprovação e condenação do comportamento desviante individual a é reafirmação dos valores e das normas sociais.
- b) *Princípio do bem e do mal*. O delito é um dano para a sociedade. O delinqüente é um elemento negativo e disfuncional do sistema social. O desvio criminal é, pois, o mal; a sociedade constituída, o bem.
- c) *Princípio de culpabilidade*. O delito é expressão de uma atitude interior reprovável, porque contrária aos valores e às normas, presentes na sociedade mesmo antes de serem sancionadas pelo legislador.
- d) *Princípio da finalidade ou da prevenção*. A pena não tem, ou não tem somente, a função de retribuir, mas de prevenir o crim. Como sanção abstratamente prevista pela lei, tem a função de criar uma justa e adequada contramotivação ao comportamento criminoso. Como sanção concreta, exerce a função de ressocializar o delinqüente.
- e) *Princípio de igualdade*. A criminalidade é violação da lei penal e, como tal, é o comportamento de uma minoria desviante. A lei penal é igual para todos. A reação penal se aplica de modo igual aos autores de delitos.
- f) *Princípio do interesse social e do delito natural*. O núcleo central dos delitos definidos nos códigos penais das nações civilizadas representa ofensa de interesses fundamentais, de condições essenciais à existência de toda a sociedade. Os interesses protegidos pelo direito penal são interesses comuns a todos os cidadãos. Apenas uma pequena parte dos delitos representa violação de determinados arranjos políticos e econômicos, e é punida em função da consolidação destes (delitos artificiais).³³⁷

Genilma Moura, por sua vez, sustenta que “o somatório destes princípios resulta na ilusão de que se caminha para uma sociedade sem criminalidade, onde os não criminosos têm “medo” das penas e os criminosos seriam ressocializados”.³³⁸

Sobre o tema, manifestou-se Vera Andrade, para quem a ideologia da defesa social trata-se de uma ideologia estigmatizante, seletiva e punitiva, que se tornou senso comum e acabou por gerar uma visão maniqueísta da sociedade,

³³⁷ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p, 41.

separando os indivíduos em bons e maus. Essa ideologia, conclui a autora, é o código que velada e latentemente imprime significado ao conceito de “ordem pública”, que abre espaço para a criminalização seletiva e estigmatizante dos pobres.³³⁹

3.2 Os direitos fundamentais como limites à determinação/averiguação da justa causa na ação penal

3.2.1. A definição do princípio da presunção de não culpabilidade³⁴⁰

Conforme se discorreu nos tópicos anteriores, o processo decisório em torno da instauração da ação penal é permeado por elementos de ordem mais objetiva como a lei, a doutrina, a jurisprudência e os princípios, e outros, de cunho eminentemente subjetivo, como as impressões pessoais, a cultura e a história de vida do juiz.

Assim sendo, em que pese ter o julgador o dever de fundamentar suas decisões sob pena de nulidade, em conformidade com o sistema de avaliação das provas conhecido como do livre convencimento motivado, ainda assim, a margem de discricionariedade a ele dispensada é muito elevada.

E, para que os direitos fundamentais dos acusados não sejam por ela atingidos, o ordenamento jurídico brasileiro consagra alguns princípios que servem como limitadores do poder discricionário do aplicador da lei.

Nesse contexto merece destaque o posicionamento de Denilson Feitoza:

³³⁸ MOURA, Genilma Pereira de. **Ideologia da defesa social e a construção da ideologia da punição**. Disponível em: <www.conpedi.org.br/manaus/.../genilma_pereira_de_moura> Acesso em: 10 mai. 2011.

³³⁹ Em prefácio da obra de Fabiana Barreto. (BARRETO, Fabiana Costa. **Flagrante e prisão provisória em casos de furto**: da presunção de inocência à antecipação de pena. São Paulo: IBCCRIM, 2007, p. 4). Sobre o tema, Figueiredo Dias ensina que os mecanismos de seleção imprimem sentido ao exercício da discricionariedade real das instâncias formais de controle e permitem explicar as regularidades da presença desproporcionada de membros dos estratos mais desfavorecidos nas estatísticas oficiais da delinquência. (DIAS, Jorge de Figueredo. **Criminologia - o homem delinqüente e a sociedade criminógena**. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 386-387).

³⁴⁰ Com exceção no que tange aos crimes de competência do Tribunal do Júri, em face da própria natureza do instituto que o regula.

O drama e a tragédia da persecução criminal transcorrem cotidianamente num cenário formado por duas forças diretivas que colidem tensamente, acarretando a contrariedade fundamental da persecução criminal: quanto mais intensamente se procura demonstrar a existência do fato delituoso e sua autoria (princípio instrumental punitivo), mais se distancia da garantia dos direitos fundamentais, e quanto mais intensamente se garantem os direitos fundamentais (princípio instrumental garantista), mais difícil se torna a coleta e a produção de provas que poderão demonstrar a existência do fato delituoso e sua autoria.³⁴¹

O primeiro deles é o princípio da presunção de inocência ou da presunção de não culpabilidade, que deflui do princípio do devido processo legal, e está expresso no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, que dispõe: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória".

Esse princípio foi positivado, pela primeira vez, na Declaração dos Direitos do homem e do Cidadão, de 1789 em seu artigo 9º: "Sendo todo Homem presumidamente inocente até que tenha sido declarado culpado, se se julgar indispensável detê-lo, qualquer rigor que não for necessário para assegurar-se da sua pessoa deve ser severamente reprimido pela lei."³⁴²

No entanto, desde Roma, já era possível vislumbrá-lo. Mas, durante a Baixa Idade Média, esse princípio foi apagado pelo repressivo sistema medieval que inverteu o seu significado. Assim, durante esse período, não se presumia a inocência do acusado, mas sua culpabilidade. Desta forma, era dever do acusado provar sua inocência.³⁴³

De acordo com Aury Lopes Júnior, "na inquisição a dúvida gerada pela insuficiência de provas equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculpabilidade e semicondenação a uma pena leve".³⁴⁴

Posteriormente, o princípio ressurgiu com as revoluções liberais do século XVIII na Europa, sendo inserido como um dos postulados fundamentais da

³⁴¹ FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 6. ed. Niterói, 2009, p.48.

³⁴² **Procuradoria Geral da República**. Disponível em: <http://fdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e.../direitos.../declar_dir_homem_cidadao> Acesso em: 25 mai. 2011.

³⁴³ GOMES FILHO, Antônio. **A presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 10.

³⁴⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 187.

revolução Francesa, na tentativa de limitar o poder de punir em face da liberdade individual e da necessidade de garantir o indivíduo contra a intervenção estatal.³⁴⁵

O princípio da não culpabilidade é reafirmado também na Declaração Universal dos Direitos humanos da ONU, de 1948, em seu artigo 11, segundo o qual "toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa".³⁴⁶

No Brasil, entretanto, o princípio somente foi adotado expressamente pela primeira vez na Constituição de 1988, e hoje, segundo Fabiana Barreto, "seu conteúdo é reconhecido como exigência para que exista uma jurisdição penal que obedeça aos postulados da ampla defesa e do contraditório".³⁴⁷

Nessa mesma linha é a lição de Alexandre de Moraes, para quem a presunção de inocência, é um dos pilares basilares do Estado de Direito como garantia processual penal, visando à tutela da liberdade pessoal. Desse modo, há a necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente.³⁴⁸

Gilson Bonato sustenta que esse princípio possui um duplo sentido: "de um lado o acusado não está obrigado a fornecer prova de sua inocência, em razão da presunção; de outro, o princípio impede que medidas restritivas de liberdade pessoal sejam adotadas antes do reconhecimento da culpabilidade, exceto em casos de absoluta necessidade."³⁴⁹

Aury Lopes Júnior vai além e afirma que, do princípio da presunção de inocência decorre um verdadeiro dever de tratamento, na medida em que o acusado deve ser tratado como inocente.³⁵⁰ Esse dever de tratamento produz, segundo o

³⁴⁵ GOMES FILHO, Antônio. **A presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991, p.15

³⁴⁶ GOMES FILHO, Antônio. **A presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 16.

³⁴⁷ BARRETO, Fabiana Costa. **Flagrante e prisão provisória em casos de furto: da presunção de inocência à antecipação de pena**. São Paulo: IBCCRIM, 2007, p. 32.

³⁴⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 133.

³⁴⁹ BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2003, p.122.

³⁵⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 191-192.

autor, reflexos na dimensão interna e externa ao processo.³⁵¹ Na dimensão interna, gera um dever de tratamento imposto em primeiro lugar ao juiz, determinando assim, que a carga da prova seja atribuída inteiramente ao órgão acusador.³⁵² Em caso de dúvida, esta deve conduzir à absolvição; Seu reflexo também deverá implicar sérias restrições à decretação abusiva das prisões cautelares.

Externamente ao processo, salienta o autor, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização precoce do acusado, ou seja, significa que a presunção de inocência e as demais garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade devem ser utilizadas como verdadeiros limites democráticos à abusiva exploração da mídia em relação ao fato criminoso e do processo judicial decorrente dele.³⁵³

A adoção do mencionado princípio gerou reflexos no ordenamento jurídico infraconstitucional brasileiro, e, por via de consequência, no âmbito processual penal, conforme se vê adiante: a) no que tange à regra probatória, invertendo-se o seu ônus, como presunção legal relativa de não-culpabilidade; b) no momento da valoração da prova, confundido-se neste aspecto, com o princípio do *in dubio pro reo*; c) como paradigma de tratamento do acusado durante todo o transcorrer do processo penal; d) no atinente à imposição de qualquer espécie de prisão cautelar ao acusado.³⁵⁴

Também decorre desse princípio a excepcionalidade das custódias cautelares, sendo justificável somente quando estiverem presentes os requisitos que as autorizam.

3.2.2.1 O princípio da presunção de não culpabilidade na determinação da justa causa

³⁵¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 191-192.

³⁵² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 191-192.

³⁵³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 191-192.

³⁵⁴ FONSECA, Adriano Almeida. **O princípio da presunção de inocência e sua repercussão infraconstitucional**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/.../o-principio-da-presuncao-de-inocencia-e>> Acesso em 20 fev. 2011.

O princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade também incide no campo probatório, onde desempenha um papel de grande importância, pois em razão do seu conteúdo, a comprovação dos fatos imputados ao acusado deve recair ao autor da ação penal. Assim, o ônus da prova é da acusação.

Todavia, aqueles que militam na área penal sabem que no dia-a-dia, o ônus continua sendo da defesa, consistindo numa verdadeira inversão, em total afronta aos postulados que regem o sistema acusatório, em tese, vigente no Brasil.³⁵⁵

Nesse sentido, também não constitui ônus da defesa provar a inocência do acusado, como querem alguns doutrinadores, ao pregarem a divisão da carga probatória, que ocorre no processo civil e é incompatível com o penal.

Segundo essa concepção, recai sobre a acusação a obrigação de provar os fatos acerca da imputação levada a juízo. Entretanto, a defesa estaria incumbida de demonstrar os fatos que alegasse em seu favor.

Dessa forma, para essa teoria, das duas regras acima expostas, decorreria uma terceira, que estaria insculpida no art.156 do Código de Processo Penal, segundo a qual, a prova dos fatos alegados recai sobre quem fez a alegação.

Sendo assim, ao Ministério Público e ao querelante (nas ações de iniciativa privada), recairia a prova da autoria, da materialidade (prova da existência do fato) e da culpa em sentido estrito. Ao acusado, caberia a demonstração da existência de uma causa excludente de ilicitude, de culpabilidade, bem como eventual álbi.³⁵⁶

Todavia, em que pese a aplicação da divisão do ônus da prova como regra no processo civil, tal entendimento não pode ser aplicado ao processo penal, tendo em conta a brutal disparidade existente entre o aparato colocado à disposição da

³⁵⁵ Em tese porque, o que se observa, na prática, na maioria das vezes, é o cometimento de atos tipicamente inerentes ao sistema inquisitório, como, por exemplo, a aceitação da oitiva de testemunhas “protegidas”, em cujo ato o acusado é retirado da sala de audiência, recaindo-se num processo kafkaniano, eis que, além de não saber de quem se trata o testigo, igualmente não lhe é oportunizado o exercício da ampla defesa, no sentido de auxiliar a defesa técnica na formulação de perguntas ante sua imposta ausência.

³⁵⁶ Por todos: Fernando Tourinho Filho, Guilherme de Souza Nucci, Fernando Capez, Edilson Mougenot.

acusação na persecução penal e aos meios de que dispõe a defesa. Assim, o ônus probatório deve ser exclusivamente da acusação, eis que, pelo princípio da não culpabilidade, a inocência é a regra.

Seguindo nessa linha, no que tange à averiguação da justa causa no juízo de admissibilidade da ação penal, o princípio da não culpabilidade deve sempre nortear a análise do julgador, pois, em função dele, se houver qualquer dúvida sobre o material probatório, a decisão, obrigatoriamente, versará em favor do acusado.

Sobre o tema, manifestou-se Clara Roman Borges:

Apesar de explicitamente garantida na Constituição brasileira a presunção de inocência ou da não-culpabilidade, cuja concepção mais atual prescreve que os sujeitos não serão considerados culpados pela prática de uma infração penal até o trânsito em julgado da sentença condenatória, sabe-se que sua concretização é impensável num processo de essência inquisitória. Isto porque um juiz gestor da prova trabalha sempre solitário e freqüentemente enredado num quadro mental paranóico, que o impele a conduzir toda produção probatória à comprovação de sua versão dos fatos, construída certamente no juízo de admissibilidade.³⁵⁷

Na prática, o que se percebe é a inobservância de que todos os indivíduos têm a presunção de inocência em seu favor, optando-se por oferecer uma denúncia mesmo que não haja qualquer prova nesse sentido. Ou seja, inverte-se o ônus da prova e se despreza o princípio constitucional da presunção de inocência e, sob o pretexto de proteção da sociedade, exige-se que o denunciado produza provas negativas dos fatos imputados.

Um exemplo disso são os processos criminais por tráfico ilícito de entorpecentes, nos quais se oferece a denúncia, mesmo sem nenhum elemento probatório, versando sobre condutas que, não obstante amoldarem-se ao tipo descrito no art. 28,³⁵⁸ são frequentemente enquadradas no art. 33³⁵⁹ da Lei de Drogas.³⁶⁰ Logo, o acusado, embora enquadrado na condição de usuário em razão

³⁵⁷ ROMAN BORGES, Clara Maria. **Jurisdição e normalização**: uma análise foucaultiana da jurisdição penal. 2005. 189 f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná (UFPR), p. 123.

³⁵⁸ Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: (...)

³⁵⁹ Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: (...)

³⁶⁰ ROCHA, Luiz Carlos. **Tóxicos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

dos elementos existentes, deve, na instrução criminal, comprovar que não é traficante, condição essa atribuída pelo órgão acusador.

Ou seja, além do encargo probatório não lhe pertencer, pois, como já asseverado, a inocência é a regra, incumbe a ele totalmente produzi-lo, incidindo-se, destarte, na inversão do ônus, o que é incompatível com o processo penal, como demonstrado anteriormente.

Assim, é sujeitado o acusado, indevidamente, a todos os estigmas inerentes a essa imputação, em total desrespeito ao princípio da presunção de inocência.

3.2.3 O conceito de princípio do livre convencimento motivado

Seguindo a lógica do sistema acusatório³⁶¹, todos os acusados em processos devem dispor de todos os meios e recursos necessários para a elaboração de sua defesa. Assim, faz-se necessário que todos os atos praticados sejam públicos, conforme reza o princípio da publicidade dos atos.

No que toca as decisões judiciais, o mero acesso ao seu teor não seria o suficiente para afastá-las caso não fosse possível conhecer os motivos e os fundamentos que as impulsionaram. Desta feita, em respeito ao princípio do devido processo legal, surge a necessidade da motivação dos atos judiciais, conforme prevê o artigo 93, IX da Constituição Federal e o artigo 381, III, do Código de Processo Penal³⁶².

³⁶¹ A Constituição Federal brasileira adotou como norma o princípio acusatório. No entanto, parte da legislação infraconstitucional possui ainda cunho inquisitório, em razão do período histórico em que foi elaborada (década de 40), motivo pelo qual a doutrina pátria vem se dividindo acerca de qual sistema processual está em vigência no país. Assim, parte dela entende ser o acusatório, por ser este o sistema previsto na Constituição. Já, para a outra corrente, seria o inquisitório, em razão do cunho inquisitório das normas infraconstitucionais do processo penal. Para a majoritária, o sistema é misto por possuir contornos tanto do acusatório, quanto do inquisitório, na legislação e na prática. Nesse passo, vale a lume o magistério de Miranda Coutinho para quem: “o sistema, assim, é tomado como acusatório somente enquanto discurso porque não há, por definição, um sistema com tal natureza, de modo que o dizer misto, aqui, é o reconhecer como um sistema inquisitório que foi recheado com elementos da estrutura do sistema acusatório (por ex: exigência de processo devido, de contraditório, de parte, etc.), o que lhe não retira o cariz inquisitório” (MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Fundamentos à inconstitucionalidade da delação premiada. **Boletim IBCCRIM**, ano 13 n.159 p. 02, fev. 2006.). Partilham desse entendimento Aury Lopes Jr, Paulo Rangel, Geraldo Prado, Afrânio Silva Jardim, Guilherme de Souza Nucci, Eugênio Pacceli, Maurício Zanóide, Denilson Feitoza, entre outros.

³⁶² Art. 93, IX, da CF: “todos os julgamentos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presente, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a

Nessa linha, sustentou Bonato, ao afirmar que “a motivação das decisões é uma imposição do princípio do devido processo legal, onde se busca que o julgador exteriorize as razões de sua decisão, qual a interpretação que foi dada ao direito e aos fatos do caso em julgamento.”³⁶³

Paulo Rangel lecionou no mesmo sentido: “a finalidade principal da motivação dos atos judiciais é a legitimação da função jurisdicional expondo os fundamentos de suas decisões e facilitando, as partes, a impugnação dos mesmos, através dos meios legais próprios.”³⁶⁴

Ademais, conforme asseverou Portanova, existem vários fatores que influenciam o convencimento do julgador, muitos até inconscientes, pois para o autor, “no julgamento há premissas ocultas imperceptíveis”.³⁶⁵

Assim como, “o uso da linguagem pode transformar verdades em mentiras e vice-versa, ou melhor, um juiz que tenha facilidade em escrever ou poder mais agudo no uso da linguagem poderá convencer mais facilmente.”³⁶⁶

Sendo assim, já se sabe que todas as decisões judiciais devem ser motivadas. Agora importa adentrar na questão atinente aos elementos que devem formar o convencimento do órgão julgador e a forma como devem ser analisados.

O artigo 155 do Código de Processo Penal dispõe que “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.”

Da leitura do artigo acima transcrito é possível se perceber que esse princípio permite ao órgão julgador formar o seu convencimento livremente, no entanto, deve apresentá-lo motivadamente.

eles”. Art. 381, III, do CPP: “A sentença conterá: III - a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão”;

³⁶³ BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2003, p. 179.

³⁶⁴ RANGEL, Paulo. **O juiz garantista**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto066.doc>> Acesso em: 01 mai.2011. Nesse mesmo sentido: GOMES, Filho.

Presunção de inocência e prisão cautelar. São Paulo: Saraiva, 1991. p, 49.

³⁶⁵ PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1992, p.15.

³⁶⁶ BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2003, p. 179.

Para Nucci, esse princípio nada mais é, que a junção do disposto no artigo 93, IX, da CF (“todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade...”) com os arts.155 (O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova ...) e 381, III, todos do Código de Processo Penal (a sentença conterá: III - a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão).³⁶⁷

O conteúdo desse princípio rompe com a rigidez do sistema de provas tarifadas em que o juiz ficava adstrito a um valor pré-determinado, e proporcionando-lhe liberdade na avaliação do material probatório.

Entretanto, como o ato de julgar trata-se uma atividade sujeita a um elevado grau de subjetividade, é indispensável que a liberdade conferida ao julgador tenha limites, principalmente no que tange ao processo penal, em que direitos fundamentais, como a honra, a dignidade e a liberdade humanas estão em jogo.

Sobre o tema, Miranda Coutinho assevera que “faz-se imprescindível reconhecer que o princípio do livre convencimento pode ser manipulado pelo julgador, razão por que a consciência de tanto é necessário a fim de controlar-se, dando efetividade à garantia constitucional”³⁶⁸.

Deste modo, o equilíbrio necessário é dado pela exigência da fundamentação das decisões, mesmo nas interlocutórias, posto que os fundamentos devem ser racionais³⁶⁹.

3.2.3.1 O princípio do livre convencimento motivado na análise da justa causa

Desde a reforma parcial do Código de Processo Penal em 2008, a questão em torno da necessidade da fundamentação da decisão que recebe a denúncia ou a queixa passou por uma significativa mudança.

³⁶⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução Penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.103.

³⁶⁸ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. **Introdução aos princípios gerais do Direito Processual Penal Brasileiro**. Disponível em: <<http://IntroducaoaosPrincipiosGeraisdoDireitoProcessualPenalBrasileiro2005>> Acesso em: 15 mai.. 2011.

³⁶⁹ Para Lopes Júnior, a fundamentação não deve estar presente apenas na “sentença”, mas também em todas as decisões interlocutórias tomadas no curso do processo, especialmente aquelas que impliquem restrições de direitos e garantias fundamentais, como os decretos de prisão preventiva, interceptação das comunicações telefônicas, busca e apreensão, etc (*In Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 206).

Antes da referida reforma, o juiz realizava o juízo de admissibilidade das ações penais sem a realização de um contraditório prévio, em afronta ao princípio da ampla defesa e do contraditório.

No tocante à decisão que recebia a denúncia ou a queixa, já estava pacificado na jurisprudência o entendimento de que esta prescindia de fundamentação, visto que se tratava de um despacho de mero expediente, sem conteúdo decisório.

Conseqüentemente, não poderia ser questionada na via recursal. Mas, em caso de rejeição, o entendimento era pela necessidade de motivação, sendo o recurso em sentido estrito o instrumento hábil para impugnar tal decisão³⁷⁰.

Lopes Júnior ao tratar da rejeição da denúncia ou queixa afirmou:

Da decisão que recebe a denúncia ou a queixa, como regra, não cabe recurso algum, exceto no caso previsto no art. 44§ 2º, da lei 5.250/67 (lei de imprensa), que prevê a possibilidade de Recurso em Sentido Estrito para impugnar essa decisão. Trata-se de grave lacuna (ou melhor, de uma opção autoritária de um Código de 1941) que desconsiderava a lesividade e o gravame gerado pelo recebimento de uma acusação, que trará, inevitavelmente, um imenso rol de penas processuais (estigmatização social e jurídica, angústia e sofrimento psíquico, constrangimento inerente à submissão ao exercício do poder estatal etc.).³⁷¹

Sendo assim, os juízes restringiam-se a proferir um despacho de poucas linhas, informando o recebimento da inicial acusatória e, no mesmo expediente, já determinavam a citação do acusado, bem como designavam o seu interrogatório. Isso quando não utilizavam simplesmente um carimbo contendo a frase “recebo a denúncia”.

Entretanto, na doutrina, esse entendimento não era pacífico. Muitos autores já se posicionavam contrariamente a essa postura inquisitória, como o professor Luiz Antônio Câmara:

A Constituição em vigência obriga aos magistrados a motivar os seus atos decisórios. Em conseqüência, não nos parece haver dúvida que, entre os atos judiciais a serem motivados, encontra-se o recebimento da denúncia ou da queixa, pela grandiosidade dos efeitos que de tal ato promanam, pois não há como negar que o ato de recebimento da inicial acusatória marca-se por singular complexidade, impondo elevado ônus ao acusado, dotado o núcleo de dito ato decisório de importância ímpar, somente equiparável, dentro do processo penal, a

³⁷⁰ Código de Processo Penal: “Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença: I - que não receber a denúncia ou a queixa; (...)

³⁷¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 399.

outros atos decisórios de suma importância, como por exemplo, a decretação de custódia preventiva, a decisão de pronúncia, a prolação de sentença...³⁷²

Nesse mesmo sentido é o magistério de Gilson Bonato: "...sem dúvida, tal decisão merece fundamentação, não podendo ser considerada simples despacho. A análise deve ser firme e aprofundada, devendo o processo ser instaurado somente quando convencido o juiz de que as condições da ação foram devidamente preenchidas."³⁷³

Nunes da Silveira asseverou ainda que tal postura afrontava a garantia do contraditório, pois para o autor, ele deveria estar previsto em todos os procedimentos e não só em alguns,³⁷⁴ o que demonstrava nitidamente o caráter seletivo e repressivo do Código de Processo Penal.

Seguindo nessa linha, cumpre ressaltar que esse entendimento pela desnecessidade de fundamentação da decisão que instaura o processo e que perdurou durante décadas, obstaculizava o exercício do contraditório, conforme já dito, posto que deve ser proferida com base nos elementos probatórios contidos nas peças de informação ou no inquérito policial.

Dessa maneira, seria impossível à defesa recorrer de uma decisão desfavorável, pois não tinha conhecimento dos motivos que a fundamentaram.

Assim sendo, a necessidade de fundamentação da decisão serve para impedir que o julgador decida com base em elementos não contidos nos autos. Ou seja, trata-se de limitar a subjetividade inerente a qualquer juiz, a qual pode influenciar de maneira muito negativa, dependendo de quem esteja julgando. Serve ainda, para possibilitar o exercício do contraditório, bem como para cumprir sua função extraprocessual, que é a de possibilitar o controle externo das decisões pela sociedade.

Vale ressaltar ainda que o recebimento da acusação gera reflexos não só no campo processual, mas, também, no direito material, na medida em que determina a prevenção do juízo competente, constitui causa de afirmação da competência

³⁷² CÂMARA, Luiz Antônio. **Editorial da Revista Jurisprudência Brasileira Criminal**. (*Habeas Corpus*), Curitiba, n. 32, 1993, p.15.

³⁷³ BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2003, p. 184.

³⁷⁴ NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. **O interesse de agir e sua (in) adequação ao Direito Processual Penal**. Curitiba, 2008, 203 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná (UFPR) – Curitiba, p. 150.

para fins de *habeas corpus*, induz a litispendência, bem como interrompe a contagem do prazo prescricional.

Nesse passo, é crucial o reconhecimento de que essa decisão não é um mero despacho sem conteúdo decisório. Ao contrário: trata-se de decisão interlocutória mista, com forte cunho decisório, posto que decide pela instauração ou não de um processo criminal, que por si só, já é uma pena.

Ademais, como é sabido, no Brasil o somente o simples fato de uma pessoa ser alvo de uma investigação já é o suficiente para que recaiam sobre ela todos os malefícios de uma condenação, mesmo que nem se chegue a instaurar uma ação penal.

3.2.3.2 A necessidade de fundamentação da presença da justa causa no juízo de admissibilidade da ação penal

Conforme supracitado, durante muito tempo no Brasil as garantias dos acusados em processos penais foram atropeladas por uma cultura processual inquisitória.

No entanto, com a entrada em vigor da Lei nº 11.719, de 20.06.08, que deu nova redação ao artigo 396 do Código de Processo Penal, pelo menos, em tese, essa situação seria alterada com a nova redação dada ao artigo 396 e a criação do 396-A³⁷⁵.

Em uma apressada leitura dos artigos acima transcritos, até pode parecer que o novo artigo 396 do Código de Processo Penal³⁷⁶ prevê um contraditório prévio, pois sua redação dispõe que apresentada a denúncia ou a queixa, esta seria encaminhada ao Juiz, que poderia rejeitá-la ou não. Em caso de não rejeição, o acusado será citado para responder à acusação no prazo de dez dias.

³⁷⁵ 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. Art. 396-A. Na resposta, o acusado poderá argüir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário."

³⁷⁶ 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.

Nessa resposta, a defesa poderá alegar todas as teses que julgar pertinentes com o intuito de obstar a instauração do processo, ou ainda, requerer sua absolvição sumária, razão pela qual alguns autores já falam em ampla defesa e contraditório nessa fase.

Por outro lado, uma análise mais detida da redação dos artigos 396 e 396-A do Código Processo Penal demonstra, de forma inequívoca, que a relação processual já foi instaurada ao mencionar que se o juiz não rejeitar liminarmente a inicial “recebê-la-á” e ordenará a citação do acusado”. Ou seja, está expresso que antes da citação do acusado já será feito o juízo de admissibilidade e o termo citação, tendo em vista o seu significado, também afasta qualquer dúvida sobre a intenção do legislador em não instituir um contraditório prévio.

Assim, percebe-se que nada mudou. O que o novo artigo 396 trouxe foi a previsão de alegações preliminares, conforme já estava previsto antes da reforma. Só o que mudou foi a redação, tendo em conta que antes também era possível alegar qualquer tese de defesa, o que só não era feito para evitar que o Ministério Público delas tivesse conhecimento antes de elaborar suas alegações finais.

Na verdade houve alteração somente no que pertine à possibilidade de se requerer a absolvição sumária³⁷⁷.

Nesse sentido, manifestou-se André Estefam, ao sustentar o seguinte: “...cremos que a resposta escrita prevista (arts.396 e 396-A do CPP), a qual sucede a citação do acusado e seu comparecimento ou de seu defensor constituído, não configura a modalidade de “defesa preliminar”, vale dizer, pressupõe denúncia ou queixa recebida.”³⁷⁸

O autor, com muito acerto, assevera também que o Projeto 2007, de 2001, que culminou com a Lei 11.719/2008, pretendia estabelecer uma defesa preliminar, que ocorresse antes do recebimento da acusação.³⁷⁹

³⁷⁷ 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 culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade; III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou IV - extinta a punibilidade do agente.

³⁷⁸ ESTEFAM. André. **A Lei n. 11.719/2008 não criou “defesa preliminar”**. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, jul. 2008. Disponível em: <<http://www.damasio.com.br>>. Acesso em: 29 abr 2011.

³⁷⁹ ESTEFAM. André. **A Lei n. 11.719/2008 não criou “defesa preliminar”**. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, jul. 2008. Disponível em: <<http://www.damasio.com.br>>. Acesso em: 29 abr.2011.

Ocorre que, na Câmara dos Deputados, sob o argumento de que não havia sentido em mandar citar o réu sem acusação recebida, o projeto foi alterado. Na sequência, o projeto foi enviado ao Senado, que tentou introduzir novamente a defesa preliminar anterior ao recebimento da inicial acusatória. No entanto, ao retornar à Câmara, a emenda foi rejeitada, conforme se vê abaixo:

Emenda nº 8: "Pretende alterar no caput do art. 395, do Código de Processo Penal, o termo 'recebê-la-á' sob a justificativa de que o ato de recebimento da denúncia está previsto no momento descrito no art. 399. O instrumento que é o processo, não pode ser mais importante do que a própria relação material que se discute nos autos. **Sendo inepta de plano a denúncia ou queixa, razão não há para se mandar citar o réu e, somente após a apresentação de defesa deste, extinguir o feito. Melhor se mostra que o Juiz ao analisar a denúncia ou queixa ofertada fulmine relação processual infrutífera.** Rejeita-se a alteração proposta pelo Senado. [grifou-se]

Miranda Coutinho por sua vez, ressaltou que:

...a reforma ali processada pretendia (desde o projeto originário) criar um verdadeiro *contraditório prévio*, não só altamente democrático como isonômico, em face da equiparação a outros ritos, máxime aquele destinado aos que têm prerrogativa de função (Lei nº 8.038, de 28.05.90). A mudança, porém, não era bem como se dizia, ou seja, havia um problema técnico a ser contornado e, mesmo que se tivesse conhecimento disso, nada se fez. O resultado foi – como não poderia deixar de ser – aquele apresentado no substitutivo".³⁸⁰

Conforme o exposto acima, percebe-se que, mesmo com a reforma parcial do Código de Processo Penal, o processo de admissibilidade da inicial acusatória permanece incólume.

Isso porque aos acusados não é garantido o exercício do contraditório, e as decisões de recebimento não são fundamentadas. Quando muito, algumas fazem menção à existência de indícios de autoria e prova da existência do fato, remetendo-se meramente àquilo que já fora dito pela acusação, o que demonstra que não houve uma análise detida do material probatório, como deveria ser feito.

Nesse sentido é a lição de Mougnot:

³⁸⁰ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. **Solução para o absurdo legal e técnico do novo art. 396 do CPP**. Disponível em: <[http://www.parana-online.com.br/canal/direito- .../323593/](http://www.parana-online.com.br/canal/direito-.../323593/)> Acesso: em 21 set. 2010.

...a motivação, portanto, concretiza nos autos a observância ao princípio do contraditório. É condição absoluta de validade dos autos judiciais, sendo, pois, pressuposto de sua eficácia, devendo ser deduzida em necessária relação com as questões fático-jurídicas ofertadas pela acusação e defesa, não se podendo, por isso, simplesmente repetir expressões ou termos legais, postos em relação, de forma abstrata, com os fatos dos autos.³⁸¹

Assim, mais do que nunca, é primordial que se lute incessantemente pela aplicação do princípio da motivação dos atos decisórios desde o juízo de admissibilidade da ação penal, posto que o processo em si, já é um mal.

Logo, a decisão de instauração do processo criminal deve, de maneira pormenorizada, indicar no inquérito policial ou nas peças de informação que deram azo à acusação, a presença do material probatório que indica a existência de justa causa.

Cumprе ressaltar que não se trata de mera indicação, como normalmente se faz, visto que a presença de prova da existência de um fato delituoso por si só não é motivo para a instauração de um processo criminal, se também não existem indícios de quem seja o seu autor.

Da mesma forma, pode-se dizer, em relação à existência de indícios de autoria, na medida em que se não houver, concomitantemente, elementos de prova suficientes que demonstrem a ocorrência de um delito, também não há justa causa.

Neste sentido, é possível enumerar vários casos emblemáticos que servem como exemplo das verdadeiras tragédias que um processo penal iniciado sem justa causa pode acarretar.

Cite-se como exemplo o caso dos irmãos Naves, que entrou para a história do direito brasileiro como um dos maiores erros judiciários já ocorridos.

Os irmãos Joaquim e Sebastião Naves foram denunciados e condenados à pena de 25 anos e 6 meses de reclusão, na Comarca de Araguari, Minas Gerais, pelo homicídio de Benedito Pereira Caetano. Entretanto, mesmo sem prova da existência do fato, posto que nunca foi achado um cadáver e nem havia outros indícios que levassem a essa conclusão, mesmo assim eles foram denunciados e condenados. Após 08 anos, seis meses e sete dias na prisão, os irmãos recebem o benefício do livramento condicional. Dois anos após sua soltura, Joaquim Naves morre no asilo de Araguari.

³⁸¹ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009,

E, por fim, após quinze anos do desaparecimento de Benedito Caetano, a suposta vítima, foi encontrada com vida vivendo na fazenda de seu pai. A justificativa de Benedito para os fatos foi de que havia ficado com vergonha por ter perdido em um assalto o dinheiro auferido com a venda da safra pertencente ao seu genitor. Então, fugiu para o Mato Grosso e depois para a Bolívia, pois afinal, estava devendo para seu pai.³⁸²

Portanto, é importante sublinhar que essa decisão deve ser tratada pelo juiz, como se mencionou acima, de maneira muito criteriosa, a fim de evitar os transtornos que uma acusação temerária ou infundada pode trazer a um cidadão inocente. Isso porque o simples fato de se figurar como acusado em um processo penal, já representa um gravame à dignidade do indivíduo.

Nesse diapasão é o posicionamento de Lopes Júnior: “A pessoa submetida ao processo penal perde sua identidade, sua posição de respeitabilidade social, passando a ser considerada desde logo como delinqüente, ainda antes mesmo da sentença e com o simples indiciamento. Em síntese, recebe uma nova identidade, degradada, que altera radicalmente sua situação social.”³⁸³

Neste contexto, marcado por um sistema processual impermeável ao pleno contraditório e que concede ao julgador amplos poderes instrutórios, o acusado é desde logo presumidamente culpado e imediatamente classificado como criminoso.

Desta forma, para se evitar essas máculas nos direitos e garantias individuais é que o legislador trouxe a justa causa para os dispositivos inerentes ao processo penal.

Assim, apresenta-se ela como forte aliada dos operadores do Direito, que, se envidarem esforços em corretamente identificá-la, certamente estarão colaborando para minimizar tais afrontas.

p. 55.

³⁸² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução Penal**. 4. ed. São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 388-389.

³⁸³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 51.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa buscou demonstrar que, não obstante desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 o Brasil venha se afirmando como um Estado Democrático de Direito em que é dada relevância aos direitos fundamentais dos cidadãos, na prática, o que se percebe é a vigência de um Estado Penal.

Referido modelo estatal é próprio das sociedades de economia neoliberal, que necessitam de meios para manter a “ordem”, que fica em xeque, diante do elevadíssimo índice de desemprego e conseqüente aumento da pobreza e da criminalidade. Ou seja, o Estado, na busca de manutenção da ordem vigente, procura meios para conter a massa de excluídos, que não para de crescer dia a dia como conseqüência da desregulamentação da economia.

Dessa forma, o Estado Penal utiliza como mecanismos de controle a criminalização dos pobres, tendo em vista que eles serão selecionados para figurarem como “inimigos”. Ou seja, em uma sociedade marcada pela ideologia do consumo, aqueles que não puderem consumir serão marginalizados.

Esse processo inclui, além da criminalização da pobreza, o aumento do número de leis penais e de suas penas, a construção de prisões de segurança máxima, a criação de regimes de cumprimento de pena como o RDD (Regime Disciplinar Diferenciado), que contrariam os escopos oficiais da pena como ressocialização e educação, assim como, passa-se a desrespeitar os direitos fundamentais dos “inimigos” em nome de uma suposta defesa da sociedade.

Desta feita, diante do discurso do terror, a maior parte da sociedade irá concordar com a relativização dos direitos dos excluídos, inclusive, os fundamentais, como sua vida, liberdade, honra, privacidade, integridade física, etc.

Sendo assim, o Estado está legitimado a utilizar toda e qualquer forma de violência que seja necessária para eliminá-los, pois, afinal, se está agindo em favor dos “bons”. Para isso, o sistema penal conta com o auxílio da mídia, que dissemina um discurso do medo, de forma a tolher toda, e qualquer resistência, por parte da

sociedade, que passa a aceitar e, a exigir, um tratamento diferenciado aos desiguais.

Seguindo nessa lógica, não devem ser estendidos aos “maus” os direitos conferidos aos cidadãos de “bem”, não obstante, pelo menos em tese, igualmente pertençam ao Estado Democrático de Direito, que, teoricamente, tem como princípios fundamentais a dignidade da pessoa e a cidadania, dentre outros.

Mas, na realidade, o que se tem visto, conforme dito exaustivamente no corpo dessa pesquisa, é que em uma sociedade de consumo, a ordem das coisas é ditada pelo mercado. Assim, aquele que não tiver lugar no mercado de trabalho e, conseqüentemente, não puder consumir, estará fora do jogo!

Ocorre que, até mesmo os operadores do direito, que deveriam ao menos, hipoteticamente, possuir uma percepção diferenciada das leis e de todos os demais aspectos que permeiam as questões criminais, também acabam envolvidos por esse discurso, tendo em vista que, também fazem parte dessa mesma sociedade referida.

Nesse passo, diante de uma situação concreta em que o julgador for avaliar os elementos probatórios que tem em mãos, para decidir se deve instaurar um processo criminal ele fará a seguinte análise: 1) se estão presentes todas as condições da ação, as quais podem ser definidas para o processo penal como sendo: a) tipicidade aparente; b) punibilidade concreta; c) legitimidade de parte e c) justa causa. 2) a presença de todos os pressupostos processuais. Assim, se for possível afirmar a existência, concomitante, de todas as condições da ação, bem como de todos os pressupostos processuais, o juiz poderá instaurar o processo criminal.

Entretanto, é imperioso ressaltar que a avaliação do julgador será norteadada por fontes como a lei, a doutrina, e a jurisprudência, e por outras de ordem subjetiva, como seu histórico de vida, sua cultura, seus preconceitos, estigmas, etc.

Dessa forma, como esse julgador também está inserido nessa sociedade envolvida pelo discurso do medo, na maioria dos casos as decisões são viciadas, posto que sua cultura e impressões pessoais estão impregnadas, assim como a dos demais integrantes da sociedade, desse medo do “outro”. Assim, na dúvida, acaba decidindo-se pela exclusão desse “outro”, ou seja, pelo seu processamento, mesmo

que, em muitos casos, não haja a presença de justa causa, conforme amplamente se falou na explanação desse trabalho.

Diante disso, é necessário, em nome da preservação dos direitos fundamentais de todos os cidadãos, independentemente, da classe social a que pertencem, sua raça, sexo, idade, etc., que se limite, a parcela de poder discricionário que possui o julgador que, diante do sistema de avaliação de provas vigente no Brasil (livre convencimento motivado) é dificilmente controlável na prática dos processos criminais, em razão de sua natureza eminentemente subjetiva.

E isso somente será possível se, ao cumprir essa função, forem observados estritamente os princípios constitucionais. Somente assim, será possível, verdadeiramente, viver em sua sociedade democrática e de direito.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. 1. ed. 1. reimp. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo Editorial, 2005.

ALBERTON, Cláudia Marlise da Silva. **Justa causa** – elemento necessário à proposição da ação penal. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/wwwroot/00/060419justacausa.pdf>> Acesso em: 01 nov. 2010.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática jurídica**: esboço de sua configuração e identidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Disponível em: <www.juareztavares.com/Textos/anteprojeto.pdf> Acesso em: 01 nov. 2010.

ARGÜELLO, Katie. **Do Estado social ao Estado penal**: invertendo o discurso da ordem. Disponível em <<http://www.cirino.com.br/artigos/Artigo%20Katie.pdf>> Acesso em: 01 mar. 2011.

BACILA, Carlos Roberto. **Estigmas**: um estudo sobre os preconceitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BADARÓ, Gustavo Ivan Righi Ivahy. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2008.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARRETO, Fabiana Costa. **Flagrante e prisão provisória em casos de furto**: da presunção de inocência à antecipação de pena. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 11. ed. Rio de Janeiro: Paulo Azevedo, 1956, v. I.

BISSOLI Filho, Francisco. **Estigmas da criminalização** – dos antecedentes à reincidência criminal. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 1

BONATO, Gilson (Org.) **Garantias constitucionais e Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2003.

_____ (Org.) **Processo penal: leituras constitucionais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BONFIN, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Curitiba, Ed. Juruá, 2000.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 31 dez. 1940.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 13 out. 1941.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 17 jan. 1973.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 13 jul. 1984.

BREDA, Antonio Acir. Efeitos da declaração de nulidade no processo penal. **Revista do Ministério Público do Paraná**, Curitiba, a.9, n.9, p. 197,1980.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**.16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CÂMARA, Luiz Antônio. **Editorial da Revista Jurisprudência Brasileira Criminal**. (*Habeas Corpus*), Curitiba, n. 32,1993.

CANOTILHO. José Joaquim Gomes e Vital Moreira. **Fundamentos da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 1995.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições de processo civil**. 1999, v.1.

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti de; *et. all.* **Justa causa penal-constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, v. I

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo *et. all.* **Teoria geral do processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

Código de Direito Canônico. Tradução oficial da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. São Paulo: Loyola, 1983.

COPETTI, André. **Estudos constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

COUTOURE, Eduardo. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1958.

DA COSTA, Getúlio José Moreira da. **Globalização e a perda da identidade do Estado-Nação**. Disponível em: <<http://www.angelfire.com/sk/holgonsi/getulio.html>> Acesso em 10 mai. 2011.

DE GIORGI, Alessandro. **A miséria governada através do sistema penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006.

DEL OLMO, Rosa. **A América Latina e sua criminologia**. Tradução de Francisco Eduardo Pizzolante e Sylvia Moretzshon. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2004.

DIAS, Jorge de Figueredo. **Criminologia** - o homem delinqüente e a sociedade criminógena. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

DÍAZ, Elias. **Estado de derecho y sociedad democrática**. Madrid: Taurus, 1983.

DUCLERC, Elmir. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão**. Tradução de Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clase e Lúcia M. E. Orth. 3.ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2007.

ESTEFAM, André. **A Lei n. 11.719/2008 não criou “defesa preliminar”**. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, jul. 2008. Disponível em: <<http://www.damasio.com.br>>. Acesso em: 29 abr 2011.

FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 6. ed. Niterói: Impetus, 2009.

_____. **Direito Processual Penal**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Madrid: Trotta, 1999.

Filosofía Grega – Aristóteles. Disponível em: <<http://www.e-torredebabel.com/Historia-de-la-filosofia/Filosofiagriega/Aristoteles/Causa.htm>> Acesso em: 27 out. 2010.

FONSECA, Adriano Almeida. **O princípio da presunção de inocência e sua repercussão infraconstitucional**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/.../o-principio-da-presuncao-de-inocencia-e>> Acesso em 20 fev. 2011.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Tradução de Raquel Ramalhete. 23. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

GOFFMAN, Erving. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1988.

GOMES, Fábio. **Carência de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES FILHO, Antônio. **A presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

GUIMARÃES, Isaac N. B. Sabbá. **Habeas corpus**: críticas e perspectivas. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

HAMILTON, Sérgio Demoro. *O Habeas corpus contra ato de particular*. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, v. 8, n. 4, out./dez. 1996.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Petrópolis: Vozes, 1988, vol. I.

HELD, David. **La democracia y el orden global**: del Estado moderno al gobierno cosmopolita. Barcelona: Paidós, 1997.

JAKOBS, Günther & MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**: Noções e Críticas. Tradução de André Callegari e Nereu Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

KHALED JR., Salah Hassan. Windscheid & Muther: a polêmica sobre a *actio* e a invenção da autonomia do Direito Processual. **Sistema penal & Violência**. **Revista eletrônica da Faculdade de Direito**. Porto Alegre. v. 2 – n.1 - p. 97-109 – jan.-jun. 2010.

_____. Oskar Von Bülow e a difusão das idéias de relação jurídica e pressupostos processuais. **Panóptica**. 20, nov. 2010/mar 2011. Disponível em: <http://www.panoptica.org/op20/20_2.pdf> Acesso em: 10 fev. 2011.

LADUSÃNS, Stanislav. (Coord.) **Questões atuais de bioética**. São Paulo: Loyola, 1990.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Estudos continuados de teoria do processo**: a pesquisa jurídica no curso de mestrado em direito processual - processo, ação e jurisdição em Chiovenda, Carnelutti, Liebman e Fazzalari. Porto Alegre: Síntese, 2004, v. 5.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. I.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 1.

_____. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MELO, Zélia Maria de. **Os estigmas: a deterioração da identidade social**. Disponível em: < <http://www.sociedadeinclusiva.pucminas.br/anaispdf/estigmas.pdf>> Acesso em: 05 mar 2011.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica – as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006.

SILVEIRA, Marco Aurélio. Nunes. **A tipicidade e o juízo de admissibilidade da acusação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira *et. all.* **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

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

_____. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. **Boletim IBCCRIM**, v. 188, p.12, jul. 2008.

_____. (Coord.) **Direito e Psicanálise – interseções a partir de “O Estrangeiro” de Albert Camus**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. Fundamentos à inconstitucionalidade da delação premiada. **Boletim IBCCRIM**, ano 13 n.159 p. 02, fev. 2006.

_____. **Introdução aos princípios gerais do Direito Processual Penal Brasileiro**. Disponível em: <<http://IntroducaoaosPrincipiosGeraisdoDireitoProcessualPenalBrasileiro2005>> Acesso em: 15 mai.. 2011.

_____. **Solução para o absurdo legal e técnico do novo art. 396 do CPP**. Disponível em: <<http://www.parana-online.com.br/canal/direito-.../323593/>> Acesso: em 21 set. 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MONTEIRO, João. **Programa do curso de processo civil**. Direito das acções. São Paulo: Typographia Duprat & Comp., 1905.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Habeas corpus**. 7. ed. São Paulo: Manole, 2005.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MOURA, Genilma Pereira de. **Ideologia da defesa social e a construção da ideologia da punição**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/.../genilma_pereira_de_moura> Acesso em: 10 mai. 2011.

Mundo dos filósofos. Disponível em: <<http://www.mundodosfilosofos.com.br/aquino2.htm>> Acesso em: 15 fev. 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução Penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. **O interesse de agir e sua (in) adequação ao Direito Processual Penal**. Curitiba, 2008, 203 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná (UFPR) – Curitiba.

OLIVEIRA, Christiane Forcinito Ashlay Silva de. **Apostolado Sociedade Católica: as Provas da Existência de Deus de Santo Anselmo**. Disponível em: <<<http://www.sociedadecatolica.com.br/modules/smartsection/item.php?itemid=400>>> Acesso em: 27 out. 2010.

OLIVEIRA, Odete Maria de. **Prisão: um paradoxo social**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1984.

PACHECO, Denílson Feitosa. **Direito Processual Penal**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2006.

PIERONI, Geraldo. **Vadios e ciganas, heréticos e bruxas** – os degredados do Brasil Colônia 3. Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

POCHMAN, Marcio; AMORIM, Ricardo. (Org.) **Atlas da exclusão social no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2004.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1992.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

Procuradoria Geral da República. Disponível em: <<http://fdc.pgr.mpf.gov.br/>> Acesso em: 25 mai. 2011.

RANGEL, Paulo. **O juiz garantista.** Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto066.doc>> Acesso em: 01 mai.2011.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça.** Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REALE, Miguel. **Pluralismo e liberdade.** São Paulo: Saraiva, 1963.

ROCHA, Luiz Carlos. **Tóxicos.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

ROMAN BORGES, Clara Maria. **Jurisdição e normalização:** uma análise foucaultiana da jurisdição penal.2005. 189 f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná (UFPR).

RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social.** 2. ed Tradução de Gislene Neder. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2004.

SABADELL. Ana Lúcia. **Manual de sociologia jurídica:** introdução a uma leitura externa do direito. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal:** parte geral. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.

_____. **Teoria da pena:** fundamentos políticos e aplicação judicial. Curitiba: IPCP; Lumen Juris, 2005.

SELL, Sandro. **Identidade e estigma.** Disponível em:< <http://sandrosell.blogspot.com/>> Acesso em: 24.04.2011.

SILVA, Ovídio Araújo Batista da. **Curso de Processo Civil - processo de conhecimento.** 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

SOUZA, José Barcelos de. **Falta de justa causa no Processo Penal.** Revista da Faculdade de Direito Milton Campos, Belo Horizonte, vol. 1, n. 2, 1995.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento.** 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. I.

TORNAGUI, Hélio. **Comentários ao código de Processo Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, v. I.

_____. **Comentários ao Código de Processo Penal.** Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956, v. I.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1.

VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro setor e as parcerias com a administração pública**: uma análise crítica. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

WACQUANT, Loïc. **As duas faces do gueto**. Tradução de Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2008.

_____. **As prisões da miséria**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 2001

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de Processo Civil** - teoria geral do processo de conhecimento. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. I.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et. all.* **Direito Penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____. **O inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.