

Condições da Ação Específica para o Processo Penal – Independência da Teoria Geral do Processo

Juliana Martins Viana Gomes

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro Universitário de Barra Mansa, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Resumo.

Há tempos o Processo Penal busca sua independência da Teoria Geral do Processo, dado ao seu caráter peculiar e autonomia que não deveria adotar os conceitos definidos pela Teoria Unitária que melhor se adaptam ao Processo Civil. No entanto, carentes são as reflexões doutrinárias a respeito do assunto, destacando, como ponto de partida para este trabalho, os estudos desenvolvidos por Aury Lopes Jr. em sua obra *Direito Processual Penal*. O autor faz uma abordagem entusiasmada do tema, porém sem fugir da abordagem lógica exigida para tratar de assunto tão complexo. Foi adotada para a elaboração deste trabalho a pesquisa qualitativa exploratória, com a finalidade de responder o seguinte problema investigado: "O Processo Penal, por ter características especiais, deveria ter condições da ação próprias que melhor o definiriam?". Buscou-se apontar as diferentes características do Processo Penal, através de uma análise comparativa entre os conceitos apontados pela Teoria Geral do Processo e pelo Código de Processo Penal. Restou demonstrado que não há paridade entre o Processo Penal e o Processo Civil, caracterizando, efetivamente, uma verdadeira inadequação da Teoria Unitária para ambos os processos. Conclui-se então que esta monografia objetiva indicar se verdadeiramente é necessário continuar a "utilizar as roupas velhas de sua irmã, a ciência do Processo Civil", ou se é mais adequado utilizar roupas novas e devidamente ajustadas à condição específica do Processo Penal e dar um "basta de Teoria Geral do Processo".

Palavras-chave: Processo penal. Condições da ação. Inadequação. Teoria Geral do Processo.

Abstract.

Since a long time ago the Criminal Procedure seeks independence from General Theory of Process, due to its peculiar character and autonomy which should not adopt the concepts defined by the Unitary Theory that best suits to Civil Procedure. However, lacking are the doctrinal reflections on the subject, highlighting, as a starting point for this work, studies developed by Aury Lopes Jr. in his book *Criminal Procedure Law*. The author takes an enthusiastic approach to the subject, but also considering the logical approach required to address such complex issue. Was adopted for the preparation of this paper the exploratory qualitative research, in order to answer the following research problem: "Should the Criminal Procedure, because of its special features, have its own conditions of action that best define itself?" We tried to point out the different characteristics of Criminal Procedure, through a comparative analysis between the concepts raised by the General Theory of Procedure and the Code of Criminal Procedure. As a result, it is shown that there is no parity between the Criminal Procedure and Civil Procedure, featuring, effectively, a real inadequacy of Unitary Theory for both processes. it is concluded that this monography aims to indicate whether it is truly necessary to continue "using the old clothes of your sister, the science of Civil Procedure", or whether it is more appropriate to use newer clothes and properly adjusted to

the specific condition of the Criminal Procedure and say "enough is enough" to the General Theory of Process.

Keywords: Criminal Procedure, Conditions of action, Inadequacy, General Theory of Process.

Sumário: Introdução. 1. O que é ação? O que é ação penal? 2. O que é processo? O que é Processo Penal? 3. Processo Penal e suas especificidades – regra geral abordada no CPP em comparação com a Teoria Geral do Processo. 4. Condições da ação ou do processo? Considerações Finais. Referências bibliográficas.

Introdução.

A presente pesquisa tem por finalidade demonstrar se a ação, direito fundamental garantido em nossa Magna Carta de 1988, deveria apresentar condições específicas para o Processo Penal devido ao seu caráter peculiar.

Quando do estudo das condições da ação aplicadas ao Processo Penal, utilizam-se conceitos definidos pela Teoria Geral do Processo, que melhor se aproximam do Processo Civil, quais sejam legitimidade, interesse e possibilidade jurídica do pedido.

Contudo, estes conceitos aplicados ao Processo Penal resultam em uma inadequação, já que não são levadas em consideração as peculiaridades deste sistema processual.

Sob esta ótica, indagou-se: “O Processo penal, por ter características especiais, deveria ter condições da ação próprias que melhor o definiriam?”.

Buscou-se apontar as diferentes características do Processo Penal, demonstrando a falta de paridade entre este e o Processo Civil, caracterizando, por ora, uma verdadeira inadequação da Teoria Unitária para ambos os processos.

Utilizou-se neste trabalho a pesquisa qualitativa exploratória descritiva, realizando uma abordagem comparativa entre os Processos Civil e Penal para melhor compreensão do que é ação, processo e quais condições da ação seriam as mais adequadas para o Processo Penal.

A utilização destes novos conceitos das condições da ação penal concretizaria uma independência da Teoria Geral do Processo, que atualmente é aplicada quando dos estudos da Ação penal.

1 O que é ação? O que é ação penal?

Para uma melhor compreensão do tema analisado, realizou-se uma abordagem sobre o conceito de ação e ação penal, bem como aos conceitos de Processo penal e suas especificidades, para então concluir sobre as condições da ação mais adequadas para este

processo devido ao seu caráter próprio, sob a nova formulação proposta por Aury Lopes Jr., demonstrando a necessidade de independência da Teoria Geral do Processo.

O direito de ação, *lato sensu*, está diretamente relacionado com a pessoa que solicita a intervenção do juiz, ou seja, o serviço estatal. Vedada em princípio a autodefesa e limitadas a autocomposição e arbitragem, o Estado moderno reservou para si o exercício da função jurisdicional como uma de suas tarefas fundamentais, passando então a ter o dever de aplicar o direito abstrato ao fato concreto.

Como a jurisdição tem a característica da inércia e só atua quando provocada, cabe ao titular da ação invocar o Poder Judiciário para que este atue diante do caso concreto. Assim, quando provocada, seja a jurisdição cível ou penal, é o Estado quem atua nos autos através dos órgãos investidos da jurisdição através do processo.

Segundo a melhor doutrina e pela *Teoria Eclética* defendida por Liebman, ação é um direito subjetivo, público, abstrato, que independe de um direito a ser tutelado para que possa existir. É o direito ao exercício da atividade jurisdicional, ou o poder de exigir este exercício.

Segundo Ada Pellegrini Grinover, mediante o exercício da ação provoca-se a jurisdição, que por sua vez se exerce através daquele complexo de atos que é o processo (GRINOVER, 2012, p. 247).

O direito de ação é o que possibilita a existência da ação penal (*jus persecuendi* ou *jus persecutionis*). Assim, a ação penal é o direito público subjetivo de pleitear ao Poder Judiciário que decida sobre uma pretensão acusatória. O direito de ação é a pretensão de condenar ou absolver o réu pela prática do ato ilícito, pedida ao Estado através do Processo Penal.

Deste modo, claro está que existindo o cometimento de um fato típico, ilícito e culpável, ainda que presentes as excludentes de ilicitude e culpabilidade, é necessário que sua solução seja postulada perante o órgão investido de jurisdição, nascendo assim à ação penal que se desenvolverá através do Processo Penal.

Aury Lopes Jr. conceitua a ação processual penal como um direito potestativo de acusar, público, autônomo, abstrato, mas conexo instrumentalmente ao caso penal.

Ação: direito potestativo (ou poder, se preferirem) concedido pelo Estado (ao particular ou a um determinado órgão do Estado – Ministério Público) de acudir aos tribunais para formular a pretensão acusatória. É um direito (potestativo) constitucionalmente assegurado de invocar e postular a satisfação de pretensões. Vedada a autodefesa (estatal ou privada), o direito de ação encontra abrigo na nossa atual Constituição, onde o art. 5º, XXXV, assegura que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Mais específico, o art. 129, I, da Constituição assegura o poder exclusivo do Ministério Público de exercer

a ação penal (melhor, a acusação pública) [...] (LOPES JR., 2012, p. 353).

Quanto a ser um direito potestativo de acusar, o autor explicita que a ação penal não é um direito meramente subjetivo, mas sim, um direito potestativo: aquele de “proceder contra alguém diante da existência de *fumus commissi delicti*” (LOPES JR., 2012, p. 351).

Defende o caráter público da ação penal, visto ser ela útil para atingir uma pretensão pública, qual seja a de invocar a atuação estatal através do seu poder punitivo.

O autor ainda defende a autonomia da ação penal, já que esta não se confunde com o direito material (poder de punir): “o acusador não exerce nenhuma pretensão (material) punitiva, senão uma pretensão processual acusatória” (LOPES JR., 2012, p. 358).

Quanto ao seu caráter abstrato, baseado em diversos doutrinadores, acredita que sua existência coexiste com a vinculação a uma causa, o cometimento do fato delituoso, por isso conceitua ser a ação penal abstrata conexa instrumentalmente ao caso penal, isto porque o “fato de ser um direito abstrato não significa que seja ilimitado e incondicionado” (LOPES JR., 2012, p. 361).

Esta conexão é uma exigência do Princípio da necessidade, que determina que o delito só pode ser apurado através do Processo Penal, “pois o Direito Penal não tem realidade concreta nem poder coercitivo fora do instrumento processo (...) (*Idem*).

Assim, a ação penal estaria vinculada e limitada por uma causa concreta, que deve ser demonstrada, qual seja o *fumus commissi delicti*, sob pena de ser a pretensão acusatória inepta, ainda que esta demonstração seja de modo verossímil.

2 O que é processo? O que é processo penal?

O Direito Penal, sem ignorar o Princípio da legalidade e da subsidiariedade, tem por objetivo trazer em suas normas os direitos tutelados pelo Estado, direitos estes que quando violados, fazem nascer o *jus puniendi*.

Acontece que como todo direito material, para que seja efetivado a sua tutela, é necessário que exista um direito processual autônomo que torne concreto a busca pela satisfação da pretensão de punir. Nasce com isto o Direito Processual penal, que concretiza o caminho a ser seguido pelo Estado com a finalidade de punir os agentes violadores dos direitos por ele resguardados. O *jus puniendi* então será obtido ao final da ação penal, que deve ter condições próprias como requisito essencial para a existência do Processo Penal.

Atualmente, a corrente majoritária, podendo citar inclusive como adeptos desta o Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, bem como Eugênio Pacelli, defende

que o início do Processo Penal se dá com o recebimento da denúncia ou queixa (STF: RHC 89721/ RO, DJ 16/02/2007 e STJ: HC 9843/ MT, DJ 17/04/2000).

3 Processo penal e suas especificidades – Regra Geral abordada no CPP em Comparação com a Teoria Geral do Processo.

“Em definitivo, há “coisas” completamente diferentes entre o Processo Penal e o Processo Civil e não somente meras peculiaridades, como costumam afirmar os adeptos da Teoria Unitária. Tais “peculiaridades” do Processo Penal são tão evidentes e tão diversas que devemos, no seu estudo, esquecer os princípios e regras orientadoras do Processo Civil” (MOREIRA, 2013, p.16).

Em uma breve análise comparativa entre os Processos Civil e Penal, considerando as regras existentes no Código de Processo Penal e a Teoria Geral do Processo, é possível encontrar as inúmeras diferenças existentes entre ambos. Neste ponto, convém demonstrar estas peculiaridades de maneira sucinta, dada à complexidade do tema.

Primeiramente, convém destacar, em oposição ao Direito Processual civil, a figura da lide, inexistente no Processo penal. Isto porque neste processo existe a expectativa da punição ao praticante de conduta típica, antijurídica e culpável, pré-determinada no Estatuto Repressor e legislação esparsa, ou seja, no direito material.

A divergência sobre o conceito de lide é um dos fundamentos para a nova formulação proposta por Aury Lopes Jr., devido ao conceito inadequado que é apresentado pela Teoria Geral do Processo quando utilizado para o Processo Penal.

Alguns doutrinadores, a exemplo de Rogério Lauria Tucci, com apoio em Calamandrei, defendem a inexistência de lide penal, apresentando como termo adequado o conceito de caso penal.

O Processo penal tem como característica ser autônomo, que busca alcançar a realização da pretensão punitiva derivada da prática de um ilícito penal, ou seja, a de aplicar o Direito Penal. Não busca solucionar conflitos de interesses qualificados como lide, segundo o entendimento de Carnelutti, mas sim averiguar o cometimento do delito, sua autoria, pretendendo ao final a acusação (punição) ou absolvição do autor, a depender do que for comprovado durante a sua instrução. Além disso, o poder de punir é do Estado e não das partes.

Apresenta-se adiante, apenas como forma de demonstrar as especificidades do Processo Penal que o afastam da Teoria Geral do Processo, breve análise dos seguintes

tópicos:

- O Princípio do *Favor libertatis*: ou Princípio do *Favor rei*. Este princípio deve ser observado nas regras do Processo Penal, e é um dos obstáculos para a aplicação da Teoria Geral do Processo. Por outro lado, este princípio não é observado no Processo Civil, uma vez que este não tem o escopo de retirar a liberdade de nenhum de seus litigantes, exceto quando se trata da prisão civil do alimentante, mandamento constitucional. Destaca-se, sobre o princípio, a seguinte observação:

Numa determinada óptica, o princípio do favor rei é o princípio base de toda a legislação processual penal de um Estado inspirado, na sua vida política e no seu ordenamento jurídico, por um critério superior de liberdade. (...) Não há, efetivamente, Estado autenticamente livre e democrático em que tal princípio não encontre acolhimento. É uma constante das articulações jurídicas de semelhante Estado, um empenho no reconhecimento da liberdade e autonomia da pessoa humana. (...) No conflito entre o jus puniendi do Estado por um lado e o jus libertatis do arguido por outro, a balança deve inclinar-se a favor deste último se se quer assistir ao triunfo da liberdade (MOREIRA, 2013, p.19).

- Prova no Processo Penal: Outra razão que o afasta categoricamente do Processo Civil. Neste, aplica-se o *Princípio da impugnação especificada*, devendo o réu contestar todos os fatos alegados pelo autor, especificando as provas que pretende produzir para comprovar sua defesa, sob pena de presumirem-se verdadeiros os fatos não impugnados. Quando se trata de provas no Processo Penal, esta cabe à acusação, que imputa a alguém a prática de um fato típico, antijurídico e culpável, observando, sempre, os ditames constitucionais, como os Princípios da presunção de inocência e o *in dubio pro reo*. Diante disto, se a Teoria Unitária for aplicada, não respeitando as especificidades do Processo Penal, adequando-o erroneamente aos conceitos do Processo Civil, caberia ao acusado provar que não praticou o crime, verdadeira incoerência no atual ordenamento jurídico, uma vez que no Processo Penal cabe ao Estado o ônus da prova.

Neste sentido, a jurisprudência pátria é veemente:

O órgão acusador tem a obrigação jurídica de provar o alegado e não o réu demonstrar a sua inocência. É característica inafastável do sistema processual penal acusatório o ônus da prova da acusação, sendo vedada, nessa linha de raciocínio, a inversão do ônus da prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal. Carece de fundamentação idônea a decisão condenatória que impõe ao acusado a prova de sua inocência (...). É notório que o órgão acusador tem a obrigação jurídica de provar o alegado e não o réu demonstrar sua inocência. Nesse sentido, afirma Afrânio Silva Jardim: 'O réu apenas nega os fatos alegados pela acusação. Ou melhor, apenas tem a faculdade de negá-los, pois a não impugnação destes ou mesmo a confissão não leva a presumi-los como verdadeiros, continuando eles como objeto de prova de acusação. Em poucas palavras: a dúvida sobre os chamados fatos da acusação leva à improcedência da pretensão punitiva, independentemente do

comportamento processual do réu. Assim, o ônus da prova, na ação penal condenatória, é todo da acusação e relaciona-se como todos os fatos constitutivos do poder-dever de punir do Estado, afirmado na denúncia ou queixa; conclusão esta que harmoniza a regra do art. 156, primeira parte, do Código de Processo Penal com o salutar princípio *in dubio pro reo*. (STJ, Habeas Corpus 27.684, Rel. Min. Paulo Medina) (MOREIRA, 2013, p.35).

[...] Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete ao réu demonstrar a sua inocência. Cabe ao Ministério Público comprovar, de forma inequívoca, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto-Lei nº 88, de 20.12.1937, art.20, nº5). Não se justifica, sem base probatória idônea, a formulação possível de qualquer juízo condenatório [...] (STF, Habeas Corpus 73.338, de 19.12.96) (Grifos no original) (MOREIRA, 2013, p.37).

- Juiz-inquisidor penal: no mesmo contexto, tem-se ainda mais esta diferença para abdicar de uma Teoria Geral do Processo. No Processo Civil é permitido ao Juiz agir de ofício, homenageando, inclusive, o Princípio do Impulso Processual. No Processo Penal, isto seria impossível de ser admitido, por confrontar seriamente o sistema acusatório adotado no ordenamento jurídico atual, além de ferir o Princípio da imparcialidade, mandamento constitucional (MOREIRA, 2013, p. 39)
- Busca da verdade real: este princípio não permite que o juiz auxilie nas provas, seja para acusar ou absolver, julgando como um terceiro estranho ao processo. No Processo Penal busca a verdade processualmente possível, através de provas concretas de materialidade e autoria do delito dentro dos limites da legalidade, não se tornando verdadeiros os fatos não impugnados pelo réu, sendo inclusive permitido o direito constitucional ao silêncio, não estando, pois, de acordo com o *Princípio da impugnação especificada* do Processo Civil.
- Confissão: admitida em ambos os processos, difere-se no que tange a sua valoração como prova e maneira de realização. Enquanto no Processo Civil ela pode ser realizada pelo próprio acusado, ou por terceiro portando instrumento de mandato com poderes especiais e até mesmo extrajudicialmente, por escrito à parte ou por quem a represente, sem que isto interfira em seu valor como prova judicial, no Processo Penal deve ser realizada pelo acusado, no entanto, seu valor probatório será relativo, devendo ser corroborada por outros meios de prova colhidos ao longo da persecução penal.

A justiça penal não atinge seus fins golpeando um bode expiatório qualquer; precisa do verdadeiro delinquente, para que se torne legítima a sua ação. Sem a certeza da culpabilidade, mesmo havendo a aquiescência do acusado, a condenação seria sempre monstruosa, e perturbaria a consciência social mais que qualquer outro delito. Ora, desde que nem toda confissão inspira certeza da culpabilidade, segue-se que a máxima *confessus pro judicado habetur*, sempre boa no campo civil, deve ser

rejeitada no do direito penal (Malatesta citado por MOREIRA, 2013, p.47).

Vale lembrar, inclusive, que é garantido ao réu, na Suprema Carta Política de 1988 o direito ao silêncio, sem que isto importe confissão em prejuízo da defesa, não existindo no Processo Penal a confissão ficta existente no Processo Civil, como já dito anteriormente.

Imperioso destacar também algumas disparidades sobre a classificação da ação penal utilizando como ponto de partida a Teoria Unitária, como meio de demonstrar mais uma vez a inadequação desta para o Processo Penal.

Inicialmente, no que se refere ao titular da ação, a ação penal pode ser classificada como pública (condicionada ou incondicionada), de iniciativa privada e popular.

Sendo o Ministério Público privativamente titular da ação penal pública, conforme determina o artigo 129, I, da Suprema Carta de 1988, este fica submetido às regras de obrigatoriedade e indisponibilidade previstas no Código de Processo Penal (artigo 42), o que significa dizer que estando presente a justa causa (indícios de autoria e prova de materialidade), deve o órgão Ministerial oferecer a denúncia, sob pena de sofrer as consequências ditadas no artigo 28 do CPP.

Questiona-se aqui à aplicação da Teoria Unitária ao Processo Penal: uma vez oferecida à denúncia ou interposto o recurso, o órgão Ministerial não pode desistir da ação, já que vigora neste processo o *Princípio da indisponibilidade da ação*. No Processo Civil, mais adequado à aplicação da Teoria Geral do Processo, esta regra é oposta, uma vez que neste o autor pode desistir da demanda.

No entanto, a doutrina defende que esta regra da obrigatoriedade é mitigada pelos institutos da transação penal e suspensão condicional do processo, previstos nos artigos 76 e 89 da Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995, respectivamente. Estes institutos permitem que o *Parquet*, mesmo dispondo de justa causa, afaste a peça acusatória e transacione com o réu.

Os processualistas penais (corrente majoritária), que adotam a Teoria Geral do Processo, classificam ainda a ação penal considerando a tutela jurisdicional invocada. Assim, teríamos a ação penal de conhecimento (declaratória, constitutiva e condenatória), cautelar e de execução. Contudo, esta classificação tão satisfatória para o Processo Civil demonstra-se totalmente inadequada quando aplicada ao Processo penal, conforme se explicita a seguir (MOREIRA, 2013, p. 58).

Não há discussão no Processo Penal quanto à existência da ação penal condenatória, bem como da existência de ações penais de natureza não condenatória, que podem ser consideradas como ações penais constitutivas, v.g. as ações autônomas de impugnação

(*habeas corpus*, revisão criminal, mandado de segurança contra ato jurisdicional penal).

Contudo, não podemos aplicar a ação penal o conceito de ação cautelar existente no Processo Civil, isto porque as medidas cautelares existentes no Processo Penal não podem ser chamadas de ação, uma vez que lhe falta, com o pedido, a instauração de uma nova relação processual que culmina em um novo processo e conseqüentemente, em uma sentença definitiva. Estes atos, que com muito esforço se enquadram a um conceito de ação cautelar, nada mais são do que “meros provimentos cautelares que podem ser requeridos ao Juiz, sejam antes do processo, durante e até na fase de execução penal” (MOREIRA, 2013, p. 59).

Outro equívoco é conceituar como ação penal de execução o início do cumprimento da sentença penal condenatória transitada em julgado. Por força da Lei n. 7.210 de 11 de julho de 1984, ou Lei da Execução Penal, definitivamente se pode dizer que inexistente ação penal de execução, uma vez que a execução penal já se inicia com a sentença penal, que já é executiva e definitiva, independente da instauração de um novo processo ou relação processual.

Pra finalizar, mais uma diferença do Processo Penal em relação ao Processo Civil, afastando a aplicação da Teoria Geral do Processo, seria a Ação Popular. Não é possível falar em Ação Penal Popular! Nem mesmo quando se trata do *habeas corpus*, que pode ser impetrado por qualquer pessoa e nem aquela tratada na Lei n. 1.079 de 10 de abril de 1950 (Lei dos crimes de responsabilidade), pois apesar de dispor sobre crimes de responsabilidade, não existe previsão em tal legislação de crime algum, mas tão somente infrações político-administrativas julgadas pela jurisdição política (MOREIRA, 2013, p. 67).

4 Condições da Ação ou do Processo?

Conclui-se então que muitas diferenças podem ser apontadas quando comparado ao Processo Civil, o que reforça ainda mais a independência do Processo Penal dos conceitos definidos pela Teoria Geral do Processo (*Idem*).

Assim, pela breve exposição de algumas características peculiares do Processo Penal, até porque estender-se nesta análise tornaria tal pesquisa demasiadamente complexa, cumpre dizer que há muito o Processo Penal vem reclamando o seu espaço, o reconhecimento de suas especificidades e reconhecimento de sua identidade própria, tornando-se totalmente independente do Processo Civil e da Teoria Geral do Processo.

Feitas estas considerações, passa-se então a abordagem das hipóteses levantadas neste trabalho. Como já dito anteriormente, o direito de ação apresentado pela Carta Política de 1988 não traz, expressamente, nenhuma condição para o seu exercício. Por outro lado, no

direito processual, as condições da ação são vistas como requisitos essenciais para que se inicie o processo e o Judiciário possa proferir uma decisão de mérito. Dada a sua relevância, as condições da ação estão presentes tanto no Processo Civil quanto no Processo Penal, sem mencionar os demais processos.

Quando do estudo das condições da ação aplicadas ao Processo penal, utilizam-se os conceitos definidos pela Teoria Geral do Processo, que se demonstram inadequados, uma vez que é necessária a aplicação de conceitos próprios que regulem o sistema processual penal levando em conta as suas peculiaridades.

Se o direito de ação, *lato sensu*, é um direito subjetivo garantido constitucionalmente, as condições para que este direito seja exercido devem ser próprias para a tutela pretendida, seja ela no âmbito do direito processual civil, seja no âmbito do direito processual penal, pois são evidentes as diferenças entre os direitos materiais apresentados.

As condições da ação são imprescindíveis para que o processo se inicie e, portanto, devem ser específicas para cada um dos direitos processuais, levando em consideração suas peculiaridades. Não é repetitivo destacar que já se demonstrou as inúmeras diferenças entre o Processo Civil e o Processo Penal, o que torna uma Teoria Unitária totalmente inadequada!

Ademais, com a aplicação desta teoria não seria possível uma melhor adequação dos direitos fundamentais que nos são garantidos, especialmente quando de sua efetiva aplicação no âmbito processual, principalmente no Processo Penal sob a ótica garantista. Sob esta ótica, questiona-se: “O Processo Penal, por ter características especiais, deveria ter condições da ação próprias que melhor o definiriam?”.

Visto que a ação é um direito garantido a todos constitucionalmente e não exige expressamente condições próprias para existir, não haveria impedimento à utilização da Teoria Geral do Processo para o estudo do Processo penal, resguardando, contudo, a justa causa da ação penal. No entanto, não se pode descartar a hipótese de que condições da ação próprias para a ação penal permitiriam uma melhor adequação do Processo Penal ao que se pretende com a sua utilização, ou seja, garantiriam uma melhor busca pela pretensão punitiva ou a absolvição do réu.

Pela Teoria Geral do Processo, as condições da ação se definem como possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade das partes. A falta de qualquer destes requisitos leva a extinção do processo sem resolução de mérito por falta das condições da ação.

As condições da ação penal, levando em consideração o que é apresentado pela Teoria Geral do Processo, se dividiriam em condições da ação genéricas e condições da ação

específicas. Como genéricas teríamos a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a *legitimidade ad causam* e *ad processum* e a justa causa, por outro lado, as condições específicas seriam representação do ofendido nas ações penais de natureza privada e requisição do Ministro da Justiça nos casos previstos em lei.

No mais, pelo estudo realizado por Aury Lopes Jr., não merecem ser aplicados ao Processo Penal os conceitos apresentados pela Teoria Geral do Processo no que diz respeito às condições da ação, isto porque não se amoldam aos requisitos essenciais para iniciar o Processo Penal de acordo com suas especificidades.

O autor realiza uma abordagem comparativa entre os conceitos da Teoria Geral do Processo para analisar as condições da ação hoje utilizadas e aquelas que seriam mais adequadas ao Processo Penal, dado o seu caráter peculiar:

- Legitimidade: por exigir uma vinculação subjetiva para o exercício da ação processual penal, este conceito pode ser aplicado como uma condição da ação penal.
- Interesse: este conceito seria inaplicável ao Processo penal, uma vez que no Processo Civil este interesse é tido como “utilidade e necessidade”, interesse processual de obter o que se pleiteia na demanda para satisfazer o interesse material. O Processo Penal, por sua vez, vem assinalado pelo *Princípio da necessidade*, que impõe que para se chegar a pena o processo é caminho necessário e imprescindível. O processo não é efeito do delito, mas é necessário para que a pena seja imposta. “Não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e impor uma pena.” Este conceito então é substituído pelo conceito de *punibilidade concreta*.
- Possibilidade jurídica do pedido: mais um conceito inadequado ao Processo penal. Isto porque o pedido para ser juridicamente possível no Processo Penal a conduta deve ser aparentemente criminosa, não pode estar extinta a punibilidade e ainda deve haver um lastro mínimo probatório. Assim, não satisfaz o conceito civilista de que o pedido tão somente deve estar autorizado pelo ordenamento jurídico, mas o fato deve estar previsto como típico, antijurídico e culpável no Direito Penal (LOPES JR., 2012, p. 372).

Ante o exposto, as condições da ação para ele então seriam:

- Prática de fato aparentemente criminoso – *fumus comissi delicti*;
- Punibilidade concreta;
- Legitimidade de parte;
- Justa causa.

O autor faz estas observações baseado no artigo 43 do CPP, revogado pela Lei n. 11.719 de 20 de junho de 2008, interpretado a contrário senso.

Art. 43. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:
I – o fato narrado evidentemente não constituir crime;
II – já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa;
III – for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal.
Parágrafo único. Nos casos do n. III, a rejeição da denúncia ou queixa não obstará ao exercício da ação penal, desde que promovida por parte legítima ou satisfeita a condição.

No que tange a revogação do artigo, as condições da ação processual penal se mantêm inalteradas, pois a Lei revogou o artigo 43 do CPP, mas alterou a redação do artigo 395 do Código para estabelecer outras causas de rejeição, que misturam categorias e geram dúvidas, mas não quando se trata das condições da ação penal.

Neste sentido, observa-se:

Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: (Redação dada pela Lei nº 11.719/2008).
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.

Da leitura deste artigo, depreende-se que as condições da ação propostas por Aury permanecem inalteradas, conforme explicitado adiante.

Isto porque a denúncia ou queixa para ser considerada manifestamente inepta não preencheu os requisitos previstos no artigo 41 do Código de Processo Penal:

Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identifica-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol de testemunhas.

Significa então que a narrativa da exordial acusatória quando não cumpre estes requisitos poderá ser rejeitada. Assim, a denúncia ou queixa deverá definir a prática de fato aparentemente criminoso – *fumus comissi delicti*, a punibilidade concreta, afastando a existência de causas da extinção da punibilidade, além da legitimidade das partes envolvidas para iniciar o Processo Penal e a justa causa.

O Processo Penal é exercido quando se tem indícios de autoria e prova de materialidade, todos baseados na justa causa prevista no artigo 395 do Código de Processo Penal, que nada mais é do que o lastro probatório mínimo para o exercício da ação penal.

Pode-se concluir então que não foram afastadas as condições da ação propostas por

Aury Lopes Jr. baseadas no artigo 43 do Código de Processo Penal, revogado pela Lei n. 11.719/2008 interpretado a contrário senso. Isto porque a Lei alterou a redação do artigo 395 do mesmo Estatuto Repressor, mas não quando se trata das condições da ação penal, como demonstrado acima (LOPES JR., 2012, p. 373).

Por todo o exposto, a nova formulação proposta pelo autor das condições da ação penal se caracteriza como a mais adequada a ser utilizada para o início do Processo Penal, isto com base em seu caráter peculiar, devendo a doutrina processualista penal atual rever os conceitos que hoje são aplicados e finalmente dar um basta, tornando o Processo Penal totalmente independente da Teoria Geral do Processo!

Conclusão

A ação, direito fundamental garantido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, XXXV, não apresenta condições para o seu exercício, sendo então um direito subjetivo, público, abstrato, que independe de um direito a ser tutelado para que possa existir.

Considerando que o Direito Penal tem por objetivo trazer em suas normas os direitos tutelados pelo Estado, direitos estes que quando violados, fazem nascer o *jus puniendi*, este para ser efetivado depende da existência de um direito processual autônomo que torne concreto a busca pela satisfação da pretensão de punir. Nasce com isto o Direito Processual Penal, sendo o *jus puniendi* obtido ao final da ação penal, que deve atingir determinadas condições para sua existência.

Se o direito de ação, *lato sensu*, é um direito subjetivo garantido constitucionalmente, as condições para que este direito seja exercido devem ser próprias para a tutela pretendida, seja ela no âmbito do direito processual civil, seja no âmbito do direito processual penal, pois são evidentes as diferenças entre os direitos materiais apresentados.

Diante disto, alcançou-se a resposta para a indagação realizada como alicerce para o início de tão complexa pesquisa, se “O Processo penal, por ter características especiais, deveria ter condições da ação próprias que melhor o definiriam, caracterizando uma independência da Teoria Geral do Processo?”

Neste ponto, melhor não seria a resposta senão a utilização das condições da ação específicas para o Processo Penal, tomando por base o previsto no próprio Código de Processo Penal, conforme restou demonstrado até o momento na presente pesquisa, haja vista que trata-se de tema complexo que enseja estudos mais aprofundados, a serem realizados posteriormente, em sede de especialização e mestrado.

Sendo assim, pode-se dizer, por ora, que a melhor conclusão a que se pode chegar é a utilização, como requisitos para o início do Processo Penal as seguintes condições da ação penal: Prática de fato aparentemente criminoso – *fumus commissi delicti*; punibilidade concreta; legitimidade de parte e justa causa.

Este seria o melhor caminho a ser tomado em busca da tão almejada autonomia do Processo Penal como ciência processual, a utilização de conceitos próprios que o melhor o definiriam, dado as suas características tão peculiares e discrepantes do Processo Civil, alcançado então a verdadeira independência da Teoria Geral do Processo, tão inadequada para os seus estudos.

Referências

AMARAL, Paulo J. *As teorias da ação*. Disponível em: <<http://www.ebah.com.br/content/ABAAAAPUkAL/teoria-acao>>. Acesso em: 10 mar. 2014.

BRASIL. *Código Civil Brasileiro*. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 10 mar. 2014.

BRASIL. *Código Penal Brasileiro*. Lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 10 mar. 2014.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et.al*. *Teoria geral do processo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARQUES, Ivan Luís. CUNHA, Rogério Sanches. *Processo penal I: investigação preliminar, ação penal, ação civil “ex delicto”*. Coleção saberes do direito. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MOREIRA. Rômulo de Andrade. *Uma Crítica à Teoria Geral do Processo*. Porto Alegre: Magister, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

OLDONI, Fabiano; MELO, Ana Carolina de. *Crítica às condições da ação e à Teoria Geral do*

Processo. *Jus Navigandi*, Teresina, 08 set. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19940>>. Acesso em: 12 abr. 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Lumen-Juris, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 52. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

VEIGA, Daniel Brajal. *A ação – perspectiva histórica e atual*. Disponível em: <<http://www.avbbadvogados.com.br/publicacoes/a-acao-perspectivas-historica-e-atual/>>. Acesso em: 10 mar. 2014.