

AS CONDIÇÕES DA AÇÃO PENAL E O DIREITO MATERIAL

José Benjamim de LIMA¹

Sumário: 1. As condições da ação penal. 2. A justa causa como condição da ação penal. 3. Condições da ação penal e cognição. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

Resumo: Análise das condições da ação penal, sob a perspectiva das condições elencadas no processo civil, e também da justa causa como a principal delas, destinada exclusivamente ao juízo de admissibilidade da acusação. Natureza formal das condições.

Abstract: Analysis of the conditions of criminal action, under the perspective of the listed conditions in the civil procedure, and also of the just cause as the main condition, exclusively focusing the understanding of the accusation admissibility. Formal nature of the conditions.

Palavras-chave: Condições da Ação Penal. Justa causa. Natureza formal. Juízo de admissibilidade.

Key-words: Conditions of the Criminal Action. Just case. Formal nature. Understanding of Admissibility.

1. As condições da ação penal

Não há, no Código de Processo Penal, dispositivo que, à semelhança dos artigos 3º e 267, IV, do Código de Processo Civil², discrimine expressamente as condições da ação penal. A respeito, observa Romeu Pires de Campos Barros:

¹ Promotor de Justiça e aluno do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro.

² Artigo 3º do CPC: “Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade”; art. 267: “Extingue-se o processo, sem julgamento de mérito: (...) VI – quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual”.

As controvérsias mais sérias, registradas pela doutrina do direito processual penal brasileiro, residem na imprecisão com que o código vigente regula a admissibilidade da denúncia ou queixa, sem estabelecer de forma expressa as condições da ação, consoante faz o Código de Processo Civil (art. 267, nº VI). (BARROS, 1990, p. 60)

Entretanto, o Código de Processo Penal trata, indiretamente, das condições da ação penal, sobretudo quando regula o arquivamento do inquérito policial (por falta de base para a denúncia – art. 28), as hipóteses de rejeição da denúncia ou queixa (art. 43), assim como quando trata do *habeas corpus* e as situações que autorizam sua concessão, em especial, a falta de justa causa para a coação (arts. 647 e 648, I do CPP).

É exatamente a partir desses artigos, interpretados à luz dos estudos de processo civil e de teoria geral do processo, que se construiu a doutrina das condições da ação penal, sustentando a maioria de nossos processualistas penais que suas condições genéricas são aquelas mesmas do processo civil, quais sejam, a legitimidade *ad causam*, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido³. Tal adaptação, contudo, oferece problemas e não está livre de críticas.⁴

Diz textualmente o artigo 43 do Código de Processo Penal:

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.

A primeira hipótese de rejeição da denúncia ou queixa (inciso I do art. 43) diz respeito à atipicidade e é, comumente, interpretada como impossibilidade jurídica do pedido. Nesse sentido, entre outros, Frederico Marques, Tourinho Filho, Vicente Greco Filho e Hélio Tornaghi, entendem que, sendo atípico o fato descrito, ou seja, não preenchendo o tipo legal previsto na norma, inexistirá no ordenamento amparo para a pretensão. Posição, entretanto, discutível, na medida em que se confunde um pouco a inexistência de causa de pedir idônea (a atipicidade do fato), com a

³ É o caso, entre outros, de Frederico Marques, Tourinho Filho, Hélio Tornaghi, Ada Pellegrini Grinover. Entretanto, há divergências entre esses autores, quanto ao enquadramento de certas situações em uma ou outra das três condições e quanto à natureza e efeitos dessas condições.

⁴ A esse respeito, parecem procedentes as críticas de Jacinto Nélon de Miranda Coutinho, o qual, embora aceitando a existência de condições para a ação, por considerar o direito de ação abstrato, sem que isso implique ser limitado, contesta a validade do transporte ao processo penal das condições da ação tal como admitidas no processo civil. Em razão disso, esse autor chega a uma outra formulação, defendendo como condições da ação penal: “a) tipicidade objetiva; b) punibilidade concreta; justa causa (referente ao art. 43, III, 2ª parte)”. (Cf. COUTINHO, 1998, p. 148.

impossibilidade do pedido, que parece ser outra coisa.⁵

Também se entende geralmente como impossibilidade jurídica do pedido a falta de condição de procedibilidade, quando exigível (caso, por exemplo, da representação do ofendido ou da requisição do Ministro da Justiça). Fala-se, ainda, em impossibilidade jurídica quando se pede um provimento inexistente em nosso ordenamento, tal como pena de morte, prisão perpétua ou outra não prevista; é, contudo, situação cerebrina, de mera conjectura, seja pela difícil, senão quase impossível ocorrência, seja porque, como se sabe, em processo penal, o réu se defende dos fatos descritos e a aplicação da pena correspondente independe de pedido expresso na acusação. Trata-se de pedido genérico “de aplicação da *sanctio juris* devida e adequada para o fato delituoso que a acusação descreve”. (Cf. MARQUES, *op.cit.*, p. 152)

A segunda hipótese de rejeição (quando já estiver extinta a punibilidade pela prescrição ou outra causa), na medida em que se trata de fato impeditivo da ação, tem sido enquadrada também na impossibilidade jurídica do pedido.

A terceira hipótese, em sua primeira parte, diz respeito à legitimidade de agir ou legitimidade *ad causam* (quando for manifesta a ilegitimidade de parte). No processo penal, essa condição da ação não oferece grande dificuldade, nem tem grande relevância, sobretudo no plano prático, uma vez que a legitimidade de agir é, por lei, conferida ao ofendido (ou a seu representante legal ou a seus sucessores), quando se trata de ação penal privada, e ao Ministério Público, no caso de ação penal pública, e sua verificação é possível em plano meramente abstrato, a partir apenas da narrativa do fato criminoso constante da peça acusatória.

Com relação à parte passiva, essa condição tem um pouco mais de relevância em nível prático, na medida em que sua verificação não prescinde da consideração, ao menos superficial, do direito material efetivo, confundindo-se um pouco, em nosso entender, com outra que será abordada mais adiante e que nos parece a principal condição da ação penal: a justa causa. A doutrina exemplifica como falta de legitimidade passiva o oferecimento errôneo de acusação contra a vítima ou testemunha, ou contra menores de dezoito anos. São, entretanto, situações de escassa ocorrência e nenhuma relevância prática.

Finalmente, o interesse de agir tem sido enquadrado na última parte do inciso III do artigo 43 (quando faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal). Por interesse de agir se entende a necessidade e utilidade do uso das vidas judiciais, assim como a adequação do provimento e do procedimento.

⁵ Para Ada Pellegrini Grinover a rejeição da denúncia ou queixa com base no inciso I do art. 43 do CPP configuraria verdadeiro julgamento de mérito e não juízo de admissibilidade da ação penal, por implicar em exame da própria *causa petendi* (*apud* TOURINHO FILHO, *op. cit.*, pp. 477 e ss), posição que não nos parece a mais adequada, uma vez que, na linha de Arruda Alvim (1991, p. 245), entendemos tecnicamente serem as condições da ação estranhas ao mérito.

Parte da doutrina não o considera como condição da ação penal, sob o argumento de que a necessidade de utilizar-se da jurisdição é inerente à pretensão penal; assim, não teria sentido colocar-se como condição algo que está sempre presente.

Realmente, se o interesse processual “nasce diante da resistência que alguém oferece à satisfação da pretensão de outrem, porque este não pode fazer justiça pelas próprias mãos” (GRECO FILHO, *op.cit.*, p. 109), ele está presente sempre que a pretensão for a aplicação de uma sanção criminal. O ordenamento jurídico proíbe ao Estado a autoexecutoriedade em matéria penal, não lhe permitindo impor a pena diretamente ao autor do crime. Da mesma forma, ainda que por ficção legal, é vedado ao réu sujeitar-se voluntariamente à punição, mesmo que o quisesse. Tal circunstância tem levado alguns autores a negar que o interesse de agir seja condição à ação penal.

Entretanto, como afirma Tourinho Filho (*op. cit.*, p. 482), o interesse de agir “não se esgota, nem se exaure” na relação de necessidade, sempre implícita em matéria de pretensão punitiva. Há também a questão de sua utilidade e adequação, que se pode interpretar como envolvendo a idoneidade da causa de pedir em relação ao pedido; se não há esta idoneidade, considerada não enquanto certeza de que o autor tenha razão quanto ao mérito, mas apenas enquanto probabilidade de poder tê-la, não haverá interesse de agir.⁶

2. A justa causa como condição da ação penal

Identificada geralmente com o interesse de agir⁷ e implícita na expressão genérica do art. 43, III, parte final, do Código de Processo Penal (“faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal”), a doutrina fala em justa causa como condição da ação.

Vicente Greco Filho (*op. cit.*, p. 109) a define como “o fundamento razoável para sustentar a acusação”. Para José Frederico Marques (1980, p. 73), no processo penal, ela se confunde com o interesse processual e é definida como “conjunto de elementos e circunstâncias que tornem viável a pretensão punitiva”, viabilidade

⁶ Parece ser esse o sentido da seguinte afirmação de Liebman: “A existência do interesse de agir é assim uma condição do exame do mérito, o qual seria evidentemente inútil se a providência pretendida fosse por si mesma inadequada a proteger o interesse lesado ou ameaçado, ou então quando se demonstra que a lesão ou ameaça que é denunciada, na realidade não existe ou não se verificou ainda. É claro que reconhecer a subsistência do interesse de agir não significa, ainda, que o autor tenha razão quanto ao mérito; isto tão-só quer dizer que pode tê-la e que sua pretensão se apresenta como digna de ser julgada” (*Apud* José Frederico Marques, *op. cit.*, p. 294).

⁷ Alguns preferem tratá-la como condição autônoma; outros, se mostram reticentes em considerá-la condição da ação, enquadrando-a, enquanto *fumus boni juris*, na categoria do mérito (Cf. GRINOVER e outros, 1992, p. 55; cf. também TORNAGUI, 1980, pp. 248-249, onde esse autor comenta a posição da prof^a Ada Grinover Pellegrini, no livro *As condições da ação penal*, criticando seu entendimento no sentido de ser questão de mérito).

decorrente “da provável existência de crime e respectiva autoria, a tornar possível sentença condenatória penal”⁸.

É a mais importante e a mais controvertida condição da ação penal. Não obstante isso, não está expressamente referida na lei processual penal, ao menos como requisito da ação.

Para o professor José Frederico Marques, ela decorre da leitura do art. 43, III, parte final, em conjunto com os arts. 647 e 648, I, do Código de Processo Penal, que regulam as situações autorizadoras da concessão de *habeas corpus*. O art. 648, I, considera ilegal e, portanto, remediável pela via heróica a coação imposta sem justa causa. Como a ação penal é considerada uma coação e constrangimento, será ilegal sempre que não tiver o requisito da justa causa.

Com efeito, para a ação penal não basta a afirmação do autor *in statu assertionis*, ou seja, a mera afirmação do fato e do direito. Se para a ação civil suas condições “são aferidas no plano lógico e da mera asserção do direito, e a cognição a que o juiz procede consiste em simplesmente confrontar a afirmativa do autor com o esquema abstrato da lei” (Cf. KAZUO, 2000, p. 94)⁹, para a ação penal isso não é suficiente.

Basta lermos os artigos 12, 4º, 5º, §§ 4º e 5º, 14, 16, 18, 39, 40, 46 e 47 do Código de Processo Penal, para concluirmos que a lei processual penal impõe indubitavelmente a apuração preliminar da *notitia criminis* seja através de inquérito policial, seja por outros meios (outros elementos de convicção sobre a existência do crime e indícios de autoria), como condição para a ação, vale dizer, para o recebimento da denúncia ou queixa.

Não se trata de mérito, mas de mero juízo de admissibilidade da acusação. No dizer de Gómez Orbaneja:

Para que o processo possa instaurar-se, não basta que estejam presentes as condições puramente formais; é necessário que concorra pelo menos a existência concreta de alguns pressupostos de direito substantivo, ou seja, daqueles pressupostos de fato de que o direito material faz depender a consequência que é a pena. Enquanto que, para obter uma sentença civil de fundo não é necessário sequer demonstrar a mínima possibilidade ou aparência da ação (de direito material), para que haja sentença penal –

⁸ A lei fala em prova da existência do crime e indício suficiente de autoria – requisitos da prisão preventiva (art. 312 do CPP), mas que são também exigidos para a denúncia. Com relação à pronúncia, que é também de juízo de admissibilidade não mais da acusação, mas do julgamento pelo Tribunal do Júri, a lei exige também que o juiz se convença “da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor” (art. 408 do CPP).

⁹ A afirmação, entretanto, admite relativização, porque há certas ações civis que exigem também alguma prova antecedente de situação de direito material (as possessórias; a justificação no antigo procedimento, hoje revogado, de usucapião, por exemplo) como condição.

absolutória ou de condenação - é indispensável que exista uma base de acusação, determinada à luz do direito substantivo. (*Apud* COLUCCI, 1999, p.164)¹⁰

Mas esses pressupostos de direito substantivo, como os denomina o autor supra transcrito, embora revelem, no processo penal, um vínculo ou conexão maior do que no processo civil entre o direito material e o direito de ação, não querem dizer que o direito de ação penal esteja condicionado a uma decisão de mérito favorável ao autor ou à efetiva e concreta existência do direito alegado.

Embora o direito de ação, na matéria penal, não prescindia de um substrato probatório (decorrente na maioria das vezes de uma instrução preliminar, em atividade geralmente não jurisdicional, mas meramente administrativa), quando o juiz profere juízo de admissibilidade, assim como ocorre na ação civil, aqui também “não se procede, ainda, ao accertamento do direito afirmado”. (KAZUO, *op. cit.*, p. 94)

O que se quer dizer: essa exigência específica da ação penal, embora a diferencie da ação civil, não altera, entretanto, a natureza processual ou formal (apesar de tudo) da decisão de admissibilidade ou inadmissibilidade da demanda¹¹.

Na certa expressão de J. Canuto Mendes de Almeida, o juízo de acusação é “operação jurisdicional diversa do juízo da causa. Se este consiste em dizer de um ato que é passível de pena, o juízo de acusação se destina (...) a previamente decidir-se, no caso, da legitimidade de um procedimento penal”. (ALMEIDA, 1973, pp. 9-10)

E continua o autor:

Assentando sobre elementos probatórios comuns aos do futuro e possível julgamento criminal propriamente dito que é o juízo (definitivo) da causa, o juízo (preliminar) de acusação, adrede emitido, não lhe esgota nem lhe diminui, todavia, o conteúdo. Não determina o fundamento condenatório ou absolutório, mas apenas o fundamento acusatório. (...)

Há uma base probatória comum a esses dois juízos, produzida na instrução preliminar e, mais tarde, reproduzida na instrução definitiva. Mas se a instrução definitiva prova ou não prova que há crime ou contravenção, a

¹⁰ O autor do texto transcrito combate a concepção unitária do processo, procurando demonstrar equívoca a tese da identidade de conceitos fundamentais comuns aos dois ramos do processo. Não é a posição adotada neste trabalho.

¹¹ Refutando aqueles que entendem não poder a justa causa ser condição da ação penal ou condição de procedibilidade, porque implicaria em exame do mérito da causa, Frederico Marques observa que “o exame relativo a questões de mérito, para a verificação da justa causa, constitui apenas premissa da decisão, dado que esta terá conteúdo, inteira e totalmente processual” (1997, p. 78).

instrução preliminar prova ou não prova que há base acusatória. (*Ibidem*, p. 10).

A instrução preliminar (inquérito policial ou equivalente) tem, assim, além de uma função preparatória da instrução definitiva (esta judicial), o objetivo de “preservar a inocência contra as acusações infundadas e o organismo judiciário contra o custo e a inutilidade em que estas redundariam” (*Ibidem*, p.17), oferecendo suporte ao juízo de admissibilidade da acusação.

3. Condições da ação penal e cognição

Cognição, do latim *cognitione*, é, genericamente, a operação intelectual através da qual se adquire um conhecimento. Em sentido técnico-jurídico, é a atividade intelectual do juiz, através da qual conhece as questões processuais e os fatos da demanda, extraindo-lhes as conseqüências jurídicas. A cognição é atividade fundamental do chamado processo de conhecimento, embora seja inerente a toda a atividade jurisdicional, em maior ou menor grau.

A respeito do tema, Chiovenda (1965, p.174) anota que o juiz, antes de proferir decisão sobre a demanda, realiza

uma série de atividades intelectuais com o objetivo de se aparelhar para julgar se a demanda é fundada ou infundada, e, pois, para declarar existente ou não existente a vontade concreta de lei, de que se cogita.

E, logo em seguida, acrescenta o mestre peninsular: “Essas atividades intelectuais, instrumento de atuação da vontade da lei mediante verificação, constituem a cognição do juiz. (*Ibidem*)

Segundo esse autor, a cognição se classifica em ordinária (plena e completa) e sumária (incompleta). A ordinária “tem por objeto o exame a fundo de todas as razões das partes, quer dizer, de todas as condições para a existência do direito e da ação e de todas as exceções do réu”, enquanto na sumária ou incompleta “o exame das razões das partes ou não é exaustiva ou é parcial”. (*Ibidem*, p. 175)

Kazuo Watanabe, autor de primoroso estudo sobre o tema, observa que a atividade cognitiva do juiz pode ser vista em dois planos distintos – horizontal (que diz respeito à extensão ou amplitude e tem por limite os elementos objetivos do processo: questões processuais, condições da ação e mérito, inclusive questões de mérito, plano em que a cognição pode ser plena ou limitada, isto é, parcial) e vertical (que considera a profundidade, podendo, nesse plano, ser classificada em

exauriente ou completa e sumária ou incompleta).

Combinando as várias modalidades, o autor desenvolve detalhada tipologia (KAZUO, *op. cit.* pp. 11 e ss.), da qual interessa-nos, mais de perto, a primeira e a última de suas classes de cognição, a saber, a cognição plena e exauriente e cognição sumária ou superficial. A primeira, cognição plena e exauriente, é aquela que conduz à sentença de mérito, apta à formação da coisa julgada material, existe prevalentemente em todos os processos de conhecimento, qualquer que seja o procedimento; a segunda é cognição provisória, que produz juízos de probabilidade ou verossimilhança, destinada a orientar os provimentos liminares, trata-se de “cognição superficial, menos aprofundada no sentido vertical”. (*Ibidem*, p. 124)

Do estudo de Watanabe, extrai-se que, no processo, a atividade cognitiva do juiz se desenvolve em vários momentos, com diversas finalidades e em graus diferentes, dependendo da natureza e alcance da decisão a ser proferida.

Existe cognição quando o juiz examina a petição inicial, quando verifica se estão presentes as condições da ação e os pressupostos processuais, quando decide sobre tutela antecipada ou qualquer provimento liminar, quando resolve questões processuais, aprecia e valora provas, quando profere decisão de mérito etc. Em todos os atos do juiz, que impliquem algum conteúdo decisório, existirá cognição, em graus diferentes de extensão e profundidade, ora relativa a questões vinculadas à pretensão, ou seja, à tutela do direito material, ora relativas a questões meramente processuais.

No processo penal, a atividade persecutória se desenvolve com base em sucessivas e cada vez mais profundas cognições, desde o momento em que ocorre o crime, até a sentença, alterando-se, em decorrência e também sucessivamente, o estatuto jurídico do autor ou suposto autor do fato criminoso. Tal situação se verifica antes mesmo do processo jurisdicional ser iniciado.

O acusado, teoricamente, pode passar de suspeito a indiciado, depois a réu denunciado, posteriormente, a sentenciado, decorrendo dessas situações alteração de seu estatuto jurídico, seja ampliando-se sua vinculação/sujeição à investigação e ao processo, com conseqüente e progressiva diminuição ou restrição de sua liberdade, seja ampliando-se, também, o seu direito de defesa.

Antes do processo e a ampará-lo, o inquérito policial (que não é indispensável à propositura da ação penal), desenvolve uma instrução preliminar, destinada a “preparar os elementos imediatos da instrução definitiva, mas também a assentar as bases para um prévio juízo de acusação, isto é, decisão sobre a legitimidade de se acusar eventualmente alguém”. (ALMEIDA, *op. cit.*, p. 8)

O impacto e as conseqüências que o processo penal tem na vida do cidadão, assim como a presunção de inocência, albergada pelas legislações modernas até em nível constitucional, exigem evitar-se acusações inidôneas, infundadas, maliciosas ou decorrentes de erro manifesto. Daí, todo um sistema de

proteção das liberdades públicas, que tem no *habeas corpus* e no juízo prévio de admissibilidade da acusação os seus instrumentos, através dos quais se estreita a relação entre direito e processo, entre direito substancial e direito de ação.

Ainda que se considere que as decisões proferidas em *habeas corpus* relativas a trancamento de inquérito policial ou de ação penal ou no limiar da ação penal (de recebimento ou rejeição da acusação) levem em conta o conteúdo do direito substancial de fato demonstrado naquela fase de cognição, de verdadeiro mérito não se trata, pois quando muito serão questões preliminares ao mérito (Liebman) apreciadas e decididas em cognição sumária e superficial, destinadas apenas a aferir a plausibilidade da *res in judicio deducta*.

Inexistente a cognição plena e exauriente, apta à definitividade, imutabilidade e coisa julgada material do provimento, parece pouco razoável defender que um juízo de rejeição (ou de recebimento) da denúncia ou queixa - ainda que leve em conta certo grau de conhecimento efetivo do direito substancial - seja juízo de mérito.

Embora seus efeitos e objetivos sejam diferentes, pode-se comparar a cognição do juízo de acusação com a cognição na tutela antecipada do processo civil. Esta visa à tutela imediata, mas provisória, do direito substancial buscado através do processo. Depende, entre outros requisitos, do *fumus boni juris*. Por ser provisória e fundada em cognição sumária, vale dizer, superficial, não produz coisa julgada. Nas palavras de Marinoni:

A tutela sumária, de fato, não produz coisa julgada material. Na sentença cautelar ou antecipatória, o juiz nada declara, limitando-se, em caso de procedência, a afirmar a probabilidade da existência do direito e a ocorrência da situação de perigo, de modo que, proposta a ‘ação principal’ e aprofundada a cognição do juiz sobre o direito afirmado, o enunciado da sentença sumária, que afirma a plausibilidade da existência do direito, poderá ser revisto, para que o juiz declare que o direito, que supunha existir, não existe. (MARINONI, 1995, p. 626)

Tal como o juízo nos provimentos cautelares ou de tutela antecipada, no processo civil, guardadas as diferenças de natureza e finalidade, o juízo de admissibilidade da acusação, quando positivo apenas “afirma a plausibilidade da existência do direito”, não a sua certeza, o que poderá (ou não) existir apenas ao final da instrução definitiva (presidida pelo juiz), com o juízo de cognição plena e exauriente.

É entendimento mais ou menos pacífico que, relativamente ao processo civil, as condições da ação se colocam no nível da mera afirmação do direito feita

pelo autor *in statu assertionis* e guardam com o direito material uma vinculação apenas formal. (Cf. BELINETTI, RePro 96, p. 264)

No processo penal, essa vinculação, embora de outro conteúdo, conserva ainda, a nosso ver, aspecto de natureza formal. A peça acusatória é também, como a petição inicial do cível, uma mera afirmação do direito, embora seja afirmação qualificada pelo *fumus boni juris*.

Nessa perspectiva, pode-se afirmar apenas que no processo penal é maior a vinculação que se estabelece entre condições da ação e a pretensão punitiva, enquanto pretensão de direito substancial, não que a justa causa ou as condições da ação penal impliquem em exame do mérito da causa.

Com relação ao exame feito pelo juiz sobre as condições da ação no processo civil, José Roberto dos Santos Bedaque faz observação que também serve ao processo penal:

(...) o juiz examina os fatos constantes da petição inicial, ou segundo apresentados em ato de instrução superficial (nas ações possessórias, a audiência de justificação configura ato de instrução prévia, preliminar, que permite tão-somente a verificação da possibilidade jurídica, legitimidade e interesse), e conclui a respeito das condições. (1997, p. 84)

Para esse autor, não haveria óbice a considerar sentença de mérito, com efeito de imutabilidade, decisão de extinção do processo por falta de alguma das condições da ação. Entretanto, pondera:

Talvez não seja aconselhável essa imutabilidade projetar-se para fora do processo, no plano substancial, exatamente em razão da natureza da cognição feita pelo juiz. O exame das circunstâncias inerentes à relação material, pelo qual verifica-se a ausência de uma das condições da ação, é sumário. Seria temeroso atribuir a esses efeitos a qualidade de imutáveis. (*Ibidem*, p. 84)

Tal como o juízo nos provimentos cautelares ou de tutela antecipada do processo civil, guardadas as diferenças de natureza e finalidade, o juízo de admissibilidade ou inadmissibilidade da acusação, a partir do exame das condições da ação penal, é juízo de mera plausibilidade, não juízo de certeza. Quando positivo, apenas “afirma a plausibilidade da existência do direito”, o que poderá (ou não) existir apenas ao final da instrução definitiva (presidida pelo juiz), com o juízo de cognição plena e exauriente. Quando negativo, de rejeição da acusação, não será

da mesma forma juízo de certeza, mas de mera plausibilidade negativa.

Pode-se dizer, portanto, que as condições da ação penal, inclusive a justa causa, têm também, como as da ação civil, natureza formal – na medida em que sua cognição é superficial e provisória –, ainda que guarde vinculação com o direito material mais acentuada do que no caso da ação civil.

As controvérsias relativas ao tema das condições da ação penal resultam principalmente de duas circunstâncias: a) do fato de a expressão justa causa ser um conceito indeterminado¹² - daí decorrendo o inconveniente de que os critérios de admissibilidade ou inadmissibilidade de uma acusação dependem em larga medida de discricionariedade judicial -, e b) da confusão que se faz entre juízo de admissibilidade e juízo de mérito, em razão da peculiaridade de o exame de plausibilidade do direito (*o fumus boni juris*) configurar-se na ação penal como condição prévia ao exame definitivo de mérito, vale dizer, como condição da ação.

A primeira circunstância estaria a exigir da doutrina um esforço no sentido de melhor precisar o conceito e estabelecer-lhe detalhadamente os contornos, de modo a trazer maior segurança jurídica. Não é tarefa fácil, entretanto; e aqueles que criticam o conceito, pela sua indeterminação e vagueza, ainda não conseguiram sugerir nada melhor.

A segunda não chega a ser exclusiva da ação penal. Mesmo no processo civil, especificamente nas ações cautelares, se reconhece à plausibilidade do direito buscado na ação principal, uma condição específica da própria ação cautelar¹³.

No processo penal, o *fumus boni juris* – entendendo-se por ele a prova de existência de fato criminoso (em tese) e de indícios de autoria (também em tese), fornecidos por uma instrução preliminar (no sentido de J. Canuto Mendes de Almeida) – é elemento relevante seja para decisões de natureza cautelar (prisão preventiva, por exemplo), seja para o juízo de admissibilidade da ação.

No que se refere à justa causa, como condição da ação penal, quer a consideremos pertencente ao domínio do interesse de agir, quer à possibilidade jurídica do pedido, quer como condição específica e autônoma, o importante é compreender o seu verdadeiro sentido e alcance e verificar sua ocorrência nos

¹² Por conceito indeterminado, na lição de Karl Engisch, devemos entender “um conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos”. Tais conceitos, para esse autor, se caracterizam por terem “um núcleo conceitual e um halo conceitual. Sempre que temos uma noção clara do conteúdo e extensão dum conceito, estamos no domínio do núcleo conceitual. Onde as dúvidas começam, começa o halo do conceito”(Cf. ENGISCH, 1996, p. 208 e ss.). O anteprojeto de Código de Processo Penal proposto pelo Prof. José Frederico Marques em 1973, consagrava o controle prévio de admissibilidade da acusação através da justa causa, entendida como pertencente ao legítimo interesse; as críticas feitas à época eram recaídas exatamente sobre o conceito de justa causa. A respeito, cf. BARBOSA (78) : 61-70.

¹³ Não se desconhecem aqui as posições que consideram o *fumus boni juris*, mesmo nas cautelares, integrante do mérito da ação. Ovídio Baptista da Silva é um dos que defendem essa posição, conforme anota Galeno de Lacerda (1993, pp. 165-166). No processo penal, Ada Pellegrini Grinover também parece incluir o *fumus boni juris* como matéria de mérito.

estritos limites em que deve atuar, ou seja, enquanto condição ainda de natureza formal de juízo de admissibilidade, de cognição sumária ou não exauriente.

Nessa perspectiva, perdem o sentido as controvérsias a respeito de tratar-se de decisão de mérito ou não e de quais seriam os seus efeitos.

Num sistema em que não vige a revisão *pro societate*, parece extremamente inconveniente, do ponto de vista político, que certos provimentos de cognição sumária se tornem definitivos e tenham efeito de coisa julgada material e imutabilidade.

De nosso ponto de vista, as decisões de rejeição da denúncia, bem como aquelas de *habeas corpus* que trancam o inquérito policial ou a ação penal e mesmo aquelas que reconhecem *in limine*, mas com base em prova que não resultou de instrução judicial definitiva, com juízo de certeza, não podem, em nosso direito positivo, ser consideradas casos de extinção do processo com julgamento de mérito.

4. Conclusão

O processo penal, diferentemente do processo civil, guarda uma relação mais próxima com o direito material, o que decorre da natureza de seu objeto, a pretensão punitiva (objeto de acerto no processo), a exigir um grau de abstração e formalidade menores, nas relações entre direito de ação e direito material.

Entretanto, nem por isso as condições da ação penal perdem a característica fundamental de todas as condições da ação, qual seja, o fato de serem requisitos para conhecimento do mérito, e não, elas próprias, matéria de mérito.

Como conclusões específicas, podem ser formuladas as seguintes observações: em primeiro lugar, a ação penal, tal como a ação civil, é condicionada a determinados requisitos. O principal deles na ação penal é a justa causa. Em segundo, qualquer que seja o enquadramento que se dê, seja como condição autônoma, seja como identificada com o interesse de agir ou com a possibilidade jurídica do pedido, o importante é compreender a justa causa como resultante de cognição de elementos de convicção levados ao juiz por instrução prévia ou outros meios, cognição parcial e sumária, destinada exclusivamente ao juízo de admissibilidade da acusação. Por último, enquanto conteúdo do juízo de admissibilidade da acusação, as condições da ação penal conservam natureza formal e o juízo delas derivado, porque decorrente de cognição parcial e sumária, não tem natureza de definitivo, não é de mérito, não produz coisa julgada, nem imutabilidade. Do ponto de vista político, considerando que em nosso ordenamento não existe revisão *pro societate*, é conveniente que assim se entenda.

5. Referências bibliográficas

ALMEIDA, J. Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973.

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. vol. I, 1992.

BARBOSA, Marcelo Fortes. A justa causa e o recebimento da denúncia no Anteprojeto do Código de Processo Penal. In *Justitia* (78) : 61-70.

BARROS, Romeu Pires de Campos. *Sistema do processo penal brasileiro: processo de conhecimento*. vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1977.

BELINETTI, Luiz Fernando. Ação e condições da ação. In *RePro* (96) : 261.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965.

COLUCCI, Maria da Glória. *Fundamentos de teoria geral do processo*. Curitiba: JM Editora, 1999.

COUTINHO, Jacinto Néelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá Editora, 1998.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarence; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Malheiros, 1992.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. VIII, tomo I, 1993.

MARINONI, Luiz Guilherme. A técnica da cognição e a construção de procedimentos adequados à tutela dos direitos. In: *Uma vida dedicada ao direito: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho, o editor dos juristas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, vol. I, 1997.

_____. *Tratado de Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, Vol. II, 1980.

TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1980.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, vol. I, 1997.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. atual. Campinas: Bookseller, 2000.