



JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL E “CONEXÃO INSTRUMENTAL AO CASO CONCRETO”: NOVAS POSSIBILIDADES TEÓRICAS E USO POLÍTICO-CRIMINAL.

Gabriel Antinolfi Divan¹

RESUMO:

O presente trabalho procura expor uma visão crítica relativa à conceituação majoritária que a “justa causa para a ação penal” costuma receber doutrinariamente. Propõe uma visão conceitual do instituto que possa ganhar melhor utilização com a ideia de funcionamento que lhe dá o Projeto de novo Código de Processo Penal. Vai exposta a necessidade de uma mescla de conceitos que tenham como referência uma aplicação prática e crítica da teoria na legislação e em sua interpretação e aplicação. Para isso, propõe que os mecanismos processuais legais sempre sejam cercados desde a conceituação, de notas crítico-criminológicas e de responsabilidade político-criminal.

Palavras-chave: Ação Penal; Direito Processual Penal; Justa Causa para a Ação Penal; Política Criminal; Teoria da Ação Penal

JUST CAUSE FOR PROSECUTION AND IT'S INSTRUMENTAL LINK TO THE CRIMINAL CASE: NEW THEORETICAL POSSIBILITIES AND CRIMINAL POLICY THOUGHTS.

ABSTRACT:

This present work aims to show some critical view on the usual concept of “just cause for prosecution” in specialized literature. Proposes a conceptual view to it's object, gaining better performance according to the arrangements of the new brazilian criminal procedure's code. As an intermediate objective, the work aims to expose the need for a mixture of concepts that have as a point of reference practical and critical concerns, for the laws, their interpretation, and their application. To that end, proposes that procedural and legal mechanisms be always surrounded, from their concept, with critical characters and criminal policies concerns.

Keywords: Criminal Policy; Criminal Prosecution; Criminal Procedure Rules; Just Cause for Prosecution; Theory on Criminal Prosecution

1. INTRODUÇÃO

A questão da análise teórica sobre a ação penal, sua natureza jurídica, e a qualificação ou não de seu exercício como um verdadeiro direito da parte, está entre um dos campos de indagação do Direito Processual Penal que menos pareceria afeito – em um primeiro olhar - a

¹ Doutor em Ciências Criminais (PUCRS). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo - RS. Pesquisador e Advogado.



gerar consequências práticas imediatas no cotidiano forense. Contudo, se essa análise for coligada a caracteres sólidos que informam um controle preliminar (legal/procedimental) passível de servir de barreira inicial, ou autorização preambular para que o curso de uma ação se desenvolva ou não, poder-se-ia estar diante de um rigoroso e eficaz mecanismo de filtro qualitativo a ser utilizado no processo penal brasileiro. E por essa, dita, solidez, é possível entender critérios que não se configuram como intrínsecos ou exclusivos de dogmática processual.

Ademais, no cerne dessa questão, seria possível identificar uma conceituação segura, ou ao menos uma das possíveis (e mais úteis) miradas de definição para a problemática e multifacetada noção de “justa causa para a ação penal”. Uma conceituação que a conferisse tons de um verdadeiro mecanismo político-criminal para uma análise de viabilidade processual mais qualitativa do que formal.

Dessa maneira, se pensarmos na verificação dos caracteres básicos do direito/exercício da ação penal, e considerarmos uma (já proposta pela doutrina contemporânea) substituição da remansosa ideia de ação (simplesmente) como um direito puramente abstrato, pela necessidade de verificação de uma “conexão instrumental com o caso concreto”, poderíamos atingir dois pontos nevrálgicos de uma só vez: em uma esfera, promover-se-ia a reformulação de um conceito datado com uma roupagem muito mais propícia e decantada de aprimoramento. Além disso, se estaria incutindo no estudo e na conceituação técnica processual-penal uma rubrica ou padrão de análise que dialogue com a prática cotidiana e com possibilidades político-criminais e criminológicas críticas tão relevantes e necessárias. Uma provocação que ao mesmo tempo visa atualizar o rol conceitual dogmático e atrair essa mesma seara para um campo de conexão e de prioridades externas.

Nossa preocupação, afinal, deve estar sempre atrelada ao apuro técnico, ao mesmo tempo em que não pode abandonar – em prol de uma conformidade exclusivamente teórica e artificial, ou, em cativeiro – uma demanda real que pede uma avaliação que gere influxos políticos, legislativos e pragmáticos.

Para isso, o presente trabalho pretende ligeiramente expor a questão do caractere da “conexão instrumental ao caso concreto”, como já vem sendo abordado pela literatura na matéria, para posteriormente mesclar o mesmo a uma possível conceituação de justa causa para a ação penal e fornecer alguns elementos ou especulações de como esse amálgama poderia ser utilizado e verificado na prática. A ideia gira em torno da proposta de utilizar a



justa causa como instância de verificação da própria conexão instrumental sugerida, para fins de lhe dar um contorno mais coligado à ideia dessa análise político-criminal e criminológica qualitativa do que simplesmente de uma triagem exclusivamente preliminar-processual.

Assim, o objetivo do presente esboço, conforme exposto, está em uma conceituação para o mecanismo legal da justa causa para a ação penal que tenha reflexos práticos visíveis e aplicáveis, e que seja hermeneuticamente coerente, no contexto da análise processual ou preliminar das demandas acusatórias. E essa proposta, inclusive, encontra acoplagem prática inusitadamente propícia diante do texto da proposta de reformulação do processo penal brasileiro, a partir da adoção de uma nova codificação (conforme Projeto de Lei 8.045/10 da Câmara dos Deputados).

2. ABSTRAÇÃO E DIREITO DE AÇÃO: DESATUALIZAÇÃO E INCONGRUÊNCIA DOS DEBATES TRADICIONAIS

Há muito já superada – ou digna de ser – a noção de que uma das definições inabaláveis para o círculo de classificação do assim dito “direito” à ação penal reside em sua “abstração” tida pura e simplesmente. Ou seja: a ideia de que (a) a ausência de necessidade de uma efetiva conexão entre um caso concreto e aquilo que se descreve como tal em uma demanda inicial; e (b) a ideia de desnecessidade de existência de razão ou escopo meritório frente àquilo que na demanda se pleiteia, enquanto uma espécie de ápice evolutivo da independência conceitual e catedrática do Direito Processual Penal, precisam, ao menos em parte, ganhar revisão.

Como se pode depreender de qualquer estudo que enfrente a história do conceito de ação até seus influxos atuais sobre a teoria e sua aplicação processual penal, um longo caminho fora traçado para, primeiramente, (I) adotar de forma obtusa a lógica da *actio* romana como modelo padrão de síntese, (II) considerar a possibilidade de que o exercício do direito de ação se perfaz em um direito de raiz, porém autônomo em relação ao direito material que lhe impulsiona e (III) assentir para com o fato de que o exercício da ação tanto é fruto de um direito autônomo quanto não precisa ter qualquer relação umbilical com o relato (pleno ou não de veracidade) que lhe anima a demanda.



No caso da malograda e praticamente unânime adoção do modelo romano básico pelos estudiosos do processo até meados do século XIX, percebe-se que a formulação não resiste a um mínimo de reflexão bem elaborada, que – bem verdade – também somente fora possibilitada pela evolução do direito europeu à época e pela multiplicidade dos tipos de demandas consagradas em lei. Ou seja: não se poderia seguir acreditando que o processo era um simples conjunto burocrático de regramentos que davam conta de colocar o direito material em movimento de demanda, e que uma ação teria sempre íntima relação com o porte de razão ou veracidade do direito de seu titular. Nesse sentido Windscheid contribuiu para uma nítida abertura à ideia de autonomia posterior (WINDSCHEID; MUTHER, 1974, p. 8; KUHLMANN, 2001, p. 153 ; PUGLIESE, 1974, p. XV), não ficando atrás a contribuição de Muther que, de forma ainda que incipiente, possibilitou que se pensasse futuramente o conceito de abstração (TORNAGHI, 1977 p. 250; KHALED JR., 2010, p. 104; PUGLIESE, 1974, p. XXXIII).

Quando, a partir de Chiovenda e sua inspiração em Wach (COUTURE, 1946, p. 30-31) se passou a ter por pacífica a noção de que o direito de ação é ramo dotado de autonomia, e que a ele se coliga um direito potestativo (CHIOVENDA, 1969, p. 20-21) em paralelo ao direito subjetivo-material, um largo passo foi dado (uma vez que fica mais do que nunca conflagrada a independência do direito processual enquanto campo teórico), sem qualquer dúvida.

Porém a possibilidade mais angular foi a constatação há muito latente, porém não explícita, de que a independência não apenas teórica, mas consequencial do direito processual precisava ser exposta: não se trata apenas de uma ação animada por um direito autônomo que surge de um pleito ou situação concreta. Se trata da possibilidade de uma demanda que não tem qualquer coligação exclusiva ou necessária com a veracidade daquilo que alega ou contém o seu pedido nuclear. Eis o limite máximo da abstração enquanto característica da ação penal: a fórmula pretoriana/romana de que a ação compete a quem deva buscar em juízo o que lhe é de direito vai sumamente recauchutada para abrigar um conceito muito mais pragmático e menos nobre: é um direito de se buscar em juízo aquilo quanto ao que se acredite, sinceramente ou não, ter razão. Quanto à relação entre agir/ação e direito substancial, livre, pois, a partir daí, a teoria processual, tanto do amálgama pandectista quanto ousadamente além da consequência chiovendiana (DIVAN, 2015a, p. 236).



Ou, de um modo mais cru, a constatação (talvez até mesmo cínica) de Mortara (1910, p. 534-535): a ação (o direito de) se conforma na mera declaração de existência técnica do mesmo frente a um alegado caso ou fato gerador. Não haveria qualquer necessidade de aporte ético ou algum critério jurídico-objetivo de boa-fé a ser aqui implicado, antecedente ou subsequente, nem de qualquer coligação do objetivo da mesma com a necessária e própria existência desse fato. A ação (direito de) é plenamente exercida e não há teorização possível que lhe una conceitualmente ao resultado da demanda ou ao grau de veracidade do que é alegado para que ela exista, por si, e carregue regras e dogmática própria.

Ao longo desse intenso percurso aqui de relance resumido (e seria impróprio procurar abordar tal discussão em profundidade e com toda sua complexidade imanente, em momento tão sintético quanto inoportuno), se pode ver não só o deslocamento conceitual que passa inegavelmente pela própria concepção do triunvirato Direito, sociedade e a própria ideia de mundo dos estudiosos e suas possibilidades coligadas (HENNING, 2000, p. 32; DIVAN, 2015b, p. 211). Se pode destacar, também, conjunturas políticas e epocais que dão o tom da ‘história das ideias’ jurídicas em relevo (GAUER, 2009, p. 44-45) e o evidente deslocamento da autossuficiência doutrinária. Em realidade, se percebe claramente as possíveis causalidades de um distanciamento que em relação às escolas europeias se verifica mesmo em questão de linhas de pesquisa ou departamentos nos centros de estudo: o direito processual é visto como uma concentração monolítica que tem extintos liames de investigação em relação às disciplinas e conteúdos de direito material. Se na teoria esse distanciamento pode ser fruto compreensível de todo um percurso até que se considerasse uma total independência metódica e conceitual do direito processual, se percebe claramente que nem do ponto de vista técnico, e mais ainda do ponto de vista prático, esse distanciamento total é plenamente satisfatório.

Não se apregoa – nem se insinua, logicamente, o retorno a conceitos romanistas que impliquem em um concretismo absurdo ou a qualquer retrocesso diante das descobertas já feitas e consolidadas nesse campo. Contudo, é preciso que seja chamada atenção para o fato de que diante de uma constelação teórica que necessita tanto de (a) uma possibilidade segura de aplicação prática, e, (b) de que essa aplicação seja crítica, autocrítica e consistente, nos permitiremos indagar, se não com as mesmas palavras e concordâncias de Machado (1998, p. 9-10), se não haveria uma necessidade de, em se tratando de processo penal e sua lida forense, se valorar com maior rigor tanto uma necessidade de aproximação real do pleito acusatório inicial. Especialmente quanto à responsabilidade (ou responsabilização) técnica e ética



daquele agente que demanda sem compromisso de verossimilhança, ferindo inclusive o devido processo constitucional, quando busca fustigar ou submeter a teste a presunção de inocência individual com base em suposições sem conexões jurídicas e fáticas mais firmes.

Nessa ponte, a noção de abstração como um dos corolários do exercício da ação penal precisa sofrer ajustes diante de suas funções e consequências pragmáticas, seja essa ação e seu exercício um direito, como um todo, ou esteja, em um de seus momentos, apresentado como direito cívico de petição para acudir a um poder estatal – em sentido amplo, ficando claro que, em outro, precisa de condicionantes jurídicos, na esteira de Couture (1946, p. 51). E é aí que acreditamos, estar a possível contribuição do verdadeiro entreconceito que alega tanto a realidade teórica da abstração, quanto busca uma reaproximação pragmática entre verificação material e norma processual: a “conexão instrumental” necessária relativa ao caso concreto.

3. “CONEXÃO INSTRUMENTAL COM O CASO CONCRETO” – DO QUE ESTAMOS FALANDO?

Qualquer ideia relativa a uma tentativa de resgatar deliberadamente o concretismo relativamente à ação penal e à crença de que há uma condicionante natural do exercício da ação que esteja incrustada no direito substancial ou na razão, *a priori*, do demandante, é falho.

O direito de ação no processo penal e em seus mecanismos contemporâneos, inclusive, não permite essa especulação: quando visto e movimentado democraticamente, o exercício da ação penal não se encontra unido a um *ius puniendi* ou direito substancial de punir (de uso do autor), mas sim a um *ius ut procedatur*, um direito de proceder (VIADA LOPEZ-PUIGSERVER; ARAGONESES ALONSO, 1974, p. 192). Não é o demandante (o próprio estado, no caso de uma ação de iniciativa pública, em um sistema como o brasileiro) quem detém o direito de punir, nem o direito processual de reconhecer a punição como um direito material seu já predisposto que precisa de chancela. E tampouco se pode questionar a existência e o exercício de uma ação ainda que o resultado seja a improcedência do pleito demandante (LOPES JR., 2015, p. 224).

No entanto, se a tese da abstração e da desvinculação plena entre direito material e guarida processual do mesmo é teoricamente incontornável, também o é a necessidade de um reparo com vistas à qualidade (e a autocrítica) de sua possibilidade de aplicação. Não se pode olvidar do princípio da necessidade processual (LOPES JR., 2015, p. 225) que, segundo



Goldshmidt (2010, p. 644-645), faz do direito penal um *derecho justicial material* – ou seja: um direito material que ganha plenitude *sui generis* apenas após a existência de um processo, sem o qual não tem aplicação no mundo fático. E, acrescentamos: um processo dotado de mecanismos voltados e interpretados conforme a principiologia democrático-constitucional.

Dessa maneira, e especialmente pelo fato de que tanto o respeito às normas rígidas para o verdadeiro juízo que é uma imputação (como há muito já asseverava CARNELUTTI, 1960, p. 138), quanto em relação à série de conjecturas que embora fruto de decisões interlocutórias ou processuais podem gerar consequências político-criminais drásticas, é preciso que se pense a questão de o quão abstrata, ou o quanto tributária de influxos políticos e fáticos deve ser a legitimidade e prosperidade de uma ação penal enquanto tal. E não faltam motivos para imaginarmos a necessidade dessa elucubração.

Se tomarmos como dado ilustrativo apenas uma possibilidade de cenário onde a existência de uma necessidade de reflexão político-criminal e criminológica é crucial, a discussão se torna mais substancial. Tem-se, por exemplo, no Brasil, uma população carcerária que em quatorze anos teve um aumento percentual de duzentos e sessenta e sete ponto trinta e dois (267,32%), que além de se configurar em taxa muito acima da média de crescimento populacional, tem dentre os seus (em última recensão numérica) mais de seiscentos mil presos, uma taxa de quarenta ponto um por cento (40,1%) de pessoas custodiadas provisória/cautelar/processualmente (FORUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2016, p. 17-26).

Ou seja: as decisões interlocutórias (ou cautelares) na aplicação forense do processo penal ou em sede de despacho ao longo da investigação policial têm, em muitos casos, resultados cotidianos que ultrapassam a mera questão de custódias e normas processuais e suas considerações correlatas. Em que pese não seja essa uma questão resolúvel apenas a partir de entraves e saídas de ordem dogmático-processual, o contrário merece destaque: não podem ser as questões de direito processual exclusivamente ensimesmadas como se não fossem elementos político-criminais que podem gerar, devem gerar, e, efetivamente geram, resultados sensíveis no sistema e em seu cotidiano. A existência de uma preocupação de ordem técnica e processual em realizar uma filtragem nesse sentido (e em outros) precisa deixar de ser uma hipótese a ser especulada e o fruto de hermenêuticas ocasionais, e passar a ser um dos objetivos da análise.



Em suma: há que se ter em mente não a hipótese, mas sim o compromisso de politizar (no sentido político-criminal) a teoria e os instrumentos processuais. Os resultados de uma não-politização (estratégica), ou de uma politização acrítica são sensíveis (em várias acepções).

Caberia dizer, pois, que muitos aspectos do caos do sistema penitenciário brasileiro (apenas um dos pontos nevrálgicos de toda uma gama de falhas e incorreções que se poderia apontar frente ao sistema jurídico-penal pátrio) têm relação direta com normas e fluxos de ordem processual ou que obedeçam – ou estritamente estejam ligados – a ditames, normas e técnica processuais. É a razão pela qual insistimos tanto no apuro técnico e dogmático com base em reflexões mais arejadas, quanto na obrigação de se aduzir às interpretações e criações jurisprudenciais a preocupação político-criminal – à moda do que Carvalho (2008) já preceituava em relação ao Direito Penal (material) e à necessidade de existência de uma “cláusula de responsabilidade” que traga estudos que precedam a edição de normas penais levando em conta as previsões de impacto político-criminal das mesmas. O controle não necessita de tamanha estrutura, bastando, em nosso ver, que motivações, dados e teses criminológicas e crítico-constitutivas sejam introduzidas também no seio dos estudos e discussões processuais.

Desse modo, há uma necessidade de apuro técnico de filtragem da incidência do poder punitivo em suas várias faces, tanto quanto há uma imposição de avaliação de responsabilidade futura ou prognóstico (em termos de política ou mesmo gestão) para quando essa incidência for considerada legítima a priori.

Pensamos que aqui, primeiramente, é possível que se conflagre essa nova visão da abstração (repaginada), enquanto característica de um direito de demandar (respeitadas suas condições) que é abstrato (em essência), mas que (político-criminalmente, inclusive) se vê exigido de demonstração de uma conexão em algum grau a um caso concreto de narrativa ao menos plausível.

E que isso (análise da plausibilidade) seja sucedido e coligado por uma verdadeira análise qualitativa do ponto de vista político criminal – conforme procuraremos discorrer. Nesse ponto, pode haver uma notável e frutífera convergência caso se possa pensar (I) um estudo processual dogmático destinado a aprimorar e racionalizar os juízos de prelibação, (II) uma nota distintiva importante desse próprio juízo inicial, que é o controle da verossimilhança e da utilidade em si da própria demanda com base no critério descrito, fundamentalmente



(como vemos ao longo desse tópico) e ainda, (III) um novo conceito de justa causa para a ação penal que se alimente dessas fontes, conforme igualmente será proposto, infra.

Critérios de exclusão ou mesmo um controle mais rigoroso no que diz respeito ao chamado *fumus comissi delicti* são barreiras iniciais para que se ostente perante o poder-dever jurisdicional o denominado direito de se proceder (*ut procedatur*) em juízo criminal contra alguém. E por isso passa certamente o quanto de abstração – entendida como desvinculação ou desnecessidade de efetivamente provar ou aproximar uma vinculação de verossimilhança entre a demanda e um caso que lhe sustente- estamos sujeitos a tolerar. E o quanto de abstração do exercício da ação penal, aliás, estamos condicionados a aceitar para que se mantenha a independência técnica e teórica dos conceitos processuais penais.

Obviamente um juízo preliminar ou de prelibação não condiz com um juízo temerário acerca, definitivamente, do mérito causal. Mas há um visível liame entre um rigor maior em relação à nota qualitativa dessa verificação que se poderia especular (muito necessário) e que pode ter guarida nesses termos, senão, vejamos.

Em uma obra que agora se encontra às raias de já completar vinte anos de sua primeira publicação, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (1998, p. 147-148) salientava a autonomia do (dito) direito de ação como um marco importante na independência científica do direito processual penal. Conjuntamente, reconhecia a abstração nos termos em que historicamente fora consagrada como o apartar definitivo de uma construção que coligava direito material e processual, e alinhavava direito potestativo coordenado pelo subjetivo.

Porém, chama a atenção a ressalva feita pelo autor sobre a questão de que, em se tratando de processo penal e em se tratando de um processo penal pensado especificamente em uma realidade instrumental-constitucional que visa coibir abusos de toda ordem, um alerta que é inclusive técnico-processual deve soar frente à consagração dessa dita abstração. Primeiramente, citando Liebman, Coutinho salienta que, de fato, uma abstração tem mais aproximação com a ideia de que é possível uma obtenção de uma decisão jurisdicional (favorável) sem a demonstração cabal de ter razão, do que com a ideia de que isso é um ponto positivo ou alvissareiro da independência suprema do direito processual e seus institutos.

E, assim, arremata:

Agora, o fato de ser um direito abstrato, não implica em ser ilimitado. Ao contrário, a maneira de dosá-lo é condicioná-lo. Assim, não se trata do direito de qualquer um, mas de todos aqueles que preencham determinados requisitos, determinadas condições. Refere-se, ademais, a um caso concreto



exatamente individuado. Trata-se, então, de um direito instrumental, mas conexo à sua causa, que é concreta (1998, p. 148).

A noção surge também – guardadas diferenças conceituais periféricas a ambas – quando Tucci (2003, p. 84) refere que não se pode deixar de crer que o direito à jurisdição (e sua ação correlata pelo qual ele visa vivificação e exercício), é algo que guarda nítido liame com uma situação de direito material deduzida (supostamente ou não) em juízo mediante uma acusação. Em suas palavras, o ingresso com uma ação perante a jurisdição é “o exercício de um direito subjetivo de índole processual, instrumentalmente conexo a uma situação concreta” (TUCCI, *idem*).

Para Lopes Jr. (2015, p. 228) a noção ao mesmo tempo em que sustenta e mantém os caracteres de autonomia (em relação à potestatividade do exercício) e abstração (eis que não é uma coligação antiquada ao romanismo pré-oitocentista), se aproxima, sim, do concretismo, em um aspecto: é critério que exige um grau de verossimilhança ou veracidade de alguma medida para que se considere o exercício apto.

Ou seja: é – a dita ‘conexão’ instrumental – um liame de averiguação sensível em relação à demanda e às possibilidades de esta espelhar ainda que tangencialmente (em uma cognição obviamente inicial e não muito aprofundada) algum vislumbre de legitimidade do pedido e de seu cerne fático. É um conceito renovado de abstração do exercício enquanto característica da ação, eis que assume a desconexão necessária entre direitos material e processual, mas não se contenta com a inconsequência (prática) gerada pelo apartar teórico do cânone.

É mais do que necessária a revisão de uma classificação (a de ação como alvo de exercício de um direito abstrato), uma vez que é preciso politizar (em sentido político-criminal) os juízos de prelibação e seu substrato teórico. A noção histórica e pura de abstração cumpre um ingrato papel que mescla ingenuidade à inconsequência, no instante em que justamente busca/buscou o contrário: no plano teórico, fora importantíssima para assentir de vez por todas que nem sempre o resultado processual está coligado à razão fática ou ao melhor direito – e assim desabrochar uma série de consequências teoréticas que ajudaram a ciência jurídico-processual a dar saltos imensos de complexidade. Porém, é contribuinte inegável de uma ideia que gera resultados tétricos no mundo real, ao auxiliar à prevalência da noção de que o exercício do direito (quando assim o for) de agir pelo demandante acusatório



não merece restrição nenhuma nem maior cuidado, vez em que o demandar, em si, poder-se-ia ver como inócuo em primeira análise.

4. JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL: NECESSIDADE DE UM CONCEITO PRAGMÁTICO E POLÍTICO-CRIMINAL E A INSUFICIÊNCIA DAS VISÕES TRADICIONAIS

Há dois vieses de costumeira verificação e conformação do conceito majoritariamente aceito de justa causa para a ação penal. Ambos demonstram preocupação salutar com a necessidade de refrear acusações que ostentam baixo nível de embasamento ou má construção técnica – quando não uma insuspeita má-fé, simplesmente. Contudo, em que pese possa ser mantida (ou englobada) a utilidade do instituto para esses dois tipos de análise, acreditamos que os mesmos ajudam a cristalizar, ou mesmo diminuir o raio possível de atuação da verificação.

Dessa maneira, é preciso que se englobe na análise – e fundamentalmente, mesmo que de forma ligeira – se mostre onde, em nosso sentir, residem as insuficiências dos conceitos de justa causa para a ação penal que meramente coligam elas a um conceito de verificação de lastro probatório (campo processual) e à existência de tipicidade ou antijuridicidade (no campo penal).

4.1 A insuficiência da Justa Causa para a Ação Penal como mera verificação de lastro probatório (campo processual)

Temos que, muito embora haja algum tipo de consenso oportuno ou majoritário acerca do conceito de justa causa como uma espécie de necessidade de verificação de escorço probatório mínimo para a perpetração de uma ação penal tal e qual uma “condição sui generis” da Ação Penal, essa definição, se não for errônea, merece, no mínimo, uma discussão e um complemento (aportes já clássicos no direito processual pátrio em JARDIM, 2002, p. 97-98; OLIVEIRA, 2012, p. 112-113; CASTANHO DE CARVALHO ET.AL., 2004, p. 3 e na própria jurisprudência majoritária, ora espelhada, por exemplo, por julgado do Supremo Tribunal Federal sob relatoria do Ministro Nelson Jobim, em Março de 2002, Cf. HC 81.324/SP e mais recentemente, em Abril de 2013, sob relatoria do Ministro Luiz Fux, no Inquérito 2.588/SP com trâmite na Corte).



Por sermos partidários da ideia de que um escopo ou esforço probatório mínimo e que indique fundamentação razoável não é adereço a ser simplesmente verificado frente à inicial, senão que parte inafastável de uma própria acusação criminal válida em sede de um processo de ares democráticos, não podemos nos contentar com a conceituação, sem que sejam promovidos alguns ajustes.

De fato, a versão de que a justa causa para a ação penal possa ser um critério conformador da possibilidade de recebimento/rejeição da inicial acusatória diante de um grau de provas suficientes funciona bem melhor que outros tipos de caracterizações do instituto – e por exemplo, Corrêa (Cf. 1997) identifica um número espetacular de conceituações possíveis para a Justa Causa, e embora não se possa dizer que todas são certas ou úteis, sem tem como asseverar todas como jurídica e tecnicamente coerentes. Se é fato que uma análise processual em relação à quantidade mínima de elementos probatórios ou informativos pode ser alvo de um filtro via justa causa para a ação penal, pensar que o mesmo se reduz a isso é sobrevalorar a dogmática processual em detrimento da função maior que o instituto pode conter.

É possível pensar na própria existência de uma acusação formal pendente sobre o indivíduo como um tipo de coação (mesmo incipiente) jurídico-penal sobre ele. E assim temperar (primeiramente) a visão padronizada da justa causa com a noção concebida por Moura (2001, p. 170-176) que, com inspiração em Frederico Marques (1965, p. 396-397) atenta para, em plano inicial, uma visão de justa causa como cláusula de verificação sobre a legitimidade (*secundum ius*) ou ilegitimidade (*contra ius*) genérica da(s) coação(s), e, em um plano mais agudo, como uma espécie de *check list* de todas as condições (da ação) formais: em não se verificando qualquer das condições válidas da ação penal, não haveria, genericamente, uma “justa causa” em relação à existência da mesma (DIVAN, 2015b, p. 332-347).

Assim, tem-se, em uma mirada inicial, uma justa causa para a ação penal tanto guindada a uma análise meta-processual, quanto a um preenchimento de conteúdo em um sentido não pura e exclusivamente atrelado à técnica e suas regras instrutoras, mas uma abertura inicial de conceituação que vislumbra uma tangência ou reunião com a questão de fundo ou meritória. Há, nas propostas de Frederico Marques e Moura, uma interessante possibilidade de se pensar (ainda que genericamente) não apenas um critério específico de análise (ex: a existência ou não de provas *a priori* suficiente para o ensejo de uma acusação),



mas sim algo que ligue uma análise da justa causa com a genuína avaliação geral de justeza ou justiça da existência da causa em si.

Isso sem, logicamente, incorporar a análise da justa causa enquanto análise meritória especulativa, como fez, entre outros, Grinover (Cf. 1977). Uma noção bem construída, mas, equivocada em nosso sentir, por extrapolar o conceito para uma espécie de previsão quanto ao mérito, ofuscando o veio prelibatório de barreira ou filtro que ele pode e deve possuir e deslocando inteiramente o conceito para uma espécie de previsão antecipada de mérito.

Porém, em que pese a construção interessante acima destacada, não parece bastar uma alusão genérica apenas à ilegalidade em tom *macro* ou abstrato, e é possível mesclar ainda, tanto à noção de abstração modificada como “conexão instrumental ao caso concreto” enquanto rubrica do direito de ação (penal), quanto à noção de justa causa como cláusula geral, algum e fundamental ingrediente político-criminal.

Se considerarmos a necessidade de avaliação judicial ou mesmo acusatória (tendo a obrigação, todo e qualquer tipo de acusador, privado ou público, ainda que remota, quanto ao teor da demanda) do grau de verossimilhança do pleito acusatório em relação à descrição fática, à adequação típica e social e ao material previamente apresentado como embasamento, percebemos que, entre outras coisas, não há qualquer presunção inaugural ou oficial, legal e constitucional, de veracidade em relação ao conteúdo da demanda (CASTANHO DE CARVALHO ET. AL., 2004, p. 17-19) e que, como pontua Moraes (2010, p. 418), é preciso ali dar vazão desde logo à imposição da presunção de inocência enquanto critério *in dubio pro reo*:

Não há que se falar em “*in dubio pro societate*” no momento do recebimento da denúncia. Há duas dúvidas nesse instante decisório: uma aceitável e que não deve ser resolvida; outra impeditiva da continuidade da persecução. A dúvida aceitável é aquela quanto ao mérito da causa, ou seja, a que versa sobre a culpa pelo crime. Não é esta que o juiz deverá enfrentar ou resolver no instante do recebimento da denúncia. Deverá decidir, segundo a imposição constitucional do “*in dubio pro reo*”, uma outra dúvida, a referente à legitimidade para a continuidade da persecução. Isto é, se tiver dúvida quanto (i) à demonstração da existência de crime, (ii) à suficiência dos indícios de autoria, (iii) à narrativa escorreita e apta para a compreensão da imputação, com todos os seus elementos e circunstâncias e, com isso, servir de base para o exercício da ampla defesa, (iv) à existência de condições para o exercício da ação penal ou, ainda, (v) à existência de pressupostos processuais, deverá decidir em favor do denunciado e, portanto, rejeitar a denúncia, nos termos do atual Art. 395 do Código de Processo Penal.

Mais (ainda) do que uma análise especificamente processual relativa ao rompimento ou não da *dubio*, esse momento pode ser marcado pelos crivos tanto da conexão instrumental, como da tomada de posição político-criminal, que poderia ser uma análise consequente ou sequencial em relação à primeira:

a) não há exercício legítimo da ação penal quando qualquer mínimo grau de verossimilhança e de expectativa de que se esteja diante de um genuíno caso penalmente relevante não esteja bem planteado. O que significa que a conceituação de ação como direito abstrato – porém instrumentalmente conexo ao caso concreto – é a primeira barreira (aqui, técnico-processual) para que uma ação ganhe ares de prosseguimento válido – e o caminho é a rejeição para o pleito que obtiver insucesso no preenchimento do quesito;

b) Mesmo havendo um exercício inicialmente (processualmente) válido, uma vez que respeitadas as condicionantes e os critérios de procedibilidade – e comprovada a mínima verossimilhança ou embasamento – conexão instrumental – com um caso concreto a ser avaliado, é de se ponderar uma análise político-criminal ou mesmo criminológica (DIVAN, 2015b, p. 506-514) da necessidade e do impacto que a judicialização (penal) do fato mundano que é trazido pode ocasionar. É de se pensar que se faz urgente e necessária uma coligação dos momentos de abertura processual e judicante para juízos iniciais ou preliminares e a assombrosa gama de conhecimentos e conceitos/ferramentas criminológicas que informam critérios de nefasta constatação como os da seletividade penal (em várias escalas), os do classismo, do racismo, do machismo e de vários elementos políticos e sociais que compõem a atuação sabidamente falha do sistema em todos seus momentos. Se é difícil buscar uma conotação científica primada pela exatidão para tais elementos, é difícil igualmente seguir vendo o arcabouço criminológico servindo apenas para adorno discursivo sem que cause impacto ou modificação efetiva no funcionamento do sistema (DIVAN, 2015a).

Assim, poder-se-ia montar uma conceituação funcional de justa causa para a ação penal processualmente composta de dois elementos ou momentos: (I) uma verificação processual que avalie a legitimidade da propositura do pleito acusatório, sobretudo com base na necessidade de unir à abstração do direito de ação, um compromisso, não com a razão ou causa de pedir, oriundos de um concretismo arcaico, muito menos com uma antecipação especulativa do mérito da causa: e, sim com uma análise fria da verossimilhança e das possibilidades de se estar diante de um caso, aprioristicamente, penalmente relevante, (II) em



um segundo plano, uma análise mais substancial, qualitativa, do ponto de vista político-criminal e criminológico, onde critérios sobre a conveniência relativa a aquele pleito em destaque e o processamento do mesmo sejam vistos sob uma ótica eminentemente crítico-criminológica.

4.2 A insuficiência da Justa Causa para a Ação Penal como mera verificação de existência de imputação legítima (campo material)

Se poderia pensar em desdobrar, ainda, o leque de critérios de análise para uma perspectiva penalista (onde se verificaria a própria tipicidade ou causas de justificação porventura existentes ou não), bem como para outras paragens da análise processual (como a já referida verificação sobre a existência de um esforço probatório mínimo acostado junto à inicial). Porém, a nós parece que coligar esses critérios a um conceito de justa causa ajuda a empobrecer e a enfraquecer o verdadeiro poderio de prelibação que o conceito deveria apresentar, uma vez que são análises muito mais óbvias se ajustadas independentemente: como já mencionamos em relação ao esforço probatório mínimo, uma exigência de tipicidade e/ou de existência de causas excludentes ou ainda de justificação são parte de uma análise básica inicial, não sendo critérios sobre os quais paira uma discussão sobre o direito de ação e o prosseguimento processual do mesmo, se não verificados. O mesmo se poderia dizer sobre a legalidade própria da acusação, informada pela tipicidade penal, que, se não verificada, prenuncia descalabro de ilegitimidade que sequer necessita de crivo pela ótica de uma justa causa.

Desse modo, fica nítido que ao propugnar uma ampliação ou nova modulação do conceito de justa causa, não se está nem modificando exclusivamente qual o foco processual (dogmática processual) de sua análise, nem propondo uma nova mirada exclusivamente ligada à plausibilidade ou hipótese de imputação: a análise ora proposta está no entremeio, e, se possível, mais ligada à ideia político-criminal crítica (e criminológica) de necessidade de limitação do poder punitivo, utilizando um critério revigorado de avaliação de oportunidade para recomendar ou barrar a existência de um processo criminal.

5. CONCLUSÕES E CONSIDERAÇÕES TÉCNICAS: VIESES DA JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL NO PROJETO DE “NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL”.



Nossa proposta para a justa causa para a ação penal requer um critério (ou conjunto de) que fuja do básico a ser necessária e obrigatoriamente verificado pelas próprias circunstâncias de uma demanda judicial.

Assim, não é tarefa primordial do uso de um mecanismo como a justa causa para a ação penal barrar o andamento de uma acusação frente a uma suposta narração de uma conduta que não é ilícita ou típica. A pressuposição de que há necessidade ou *conditio* de que o fato narrado na exordial acusatória é criminoso ou ilícito-típico há que ocasionar um tipo de análise muito mais formal e epidérmica – seja sediada em condição da ação própria que informa a necessidade de lastro em fato típico ou em última análise na própria justa causa, mas daí como critério de arremate, ou final). Explica-se: frisando o tom no caráter primordial acima exposto, temos que logicamente, por uma questão de (poder) mais e (poder) menos, logicamente seria possível pretender a interrupção (rejeição) preliminar de uma acusação por inconsistência de tipicidade do fato alegado, e usar para isso a própria ausência de justa causa para a ação penal. Mas isso se dá mais porque a justa causa também ou igualmente poderia abarcar essa tarefa, uma vez que em nosso sentir ela pode abarcar inclusive mais.

Ademais, pelos próprios fundamentos legais da inexistência de fato criminoso a ser avaliado (bem como pela ausência de elementos, rudimentares que sejam, para uma conclusão acerca da concatenação do que é exibido na peça vestibular), caberia para o caso com mais correção a rejeição tanto por inépcia (nos moldes do atual Art. 395, inciso I, CPP), quanto pela ausência de pressuposto (Art. 395, inciso II, CPP, *idem*).

Procuramos, pois, otimizar a análise da justa causa (mantendo-se sua alocação no Art. 395, inciso III, CPP), para uma discussão muito mais ligada à uma análise de razoabilidade e utilidade (em sentido amplo) de dar prosseguimento à demanda: uma análise muito mais qualitativa (nos campos processual, político e criminológico) do que uma análise de requisitos triviais na esfera penal e de condições (em sentido estrito) na esfera processual.

Nessa toada, é possível dizer que para uma versão mais arrojada – e mais útil – do conceito, é preciso que o mesmo seja coligado a um conjunto de critérios e características do exercício da ação penal que igualmente prescindam do abstratismo como esse costuma ser considerado. Não afeta de forma alguma a dignidade e a particularidade científica processual penal a proposta de revisão desse tom abstrato do exercício da ação penal: em relação à desnecessidade de haver razão ou literal veracidade do pleito na demanda, a abstração segue



como nota ou característica plena que inclusive rende afirmação quanto à independência do direito processual (penal). É em relação à análise qualitativa – em sede de verificação de existência de justa causa para a Ação Penal – que reside a desconstrução dessa abstratismo para ceder lugar à avaliação de conexão instrumental da narrativa acusatória com um caso concreto (em um primeiro momento) e quanto à avaliação político-criminal da necessidade (justeza da causa) de se judicializar o mesmo (em um segundo momento).

Parece que é possível, inclusive, pensar em um ajuste maior de aplicação da proposta aqui pensada. Se conferirmos o texto do Projeto de Lei n. 8.045/10, ganha destaque a nova redação que promove em dois momentos a justa causa para a ação penal como mecanismo de análise que pode acarretar o indeferimento da peça acusatória: é o que vai disposto no artigo 265 do texto do Projeto, mantendo-se a lógica da legislação vigente (comparável com a redação do atual artigo 395 do CPP em vigor), em não se verificando, em exame liminar, conforme o inciso II, “justa causa ou qualquer das demais condições da ação ou pressupostos processuais”.

Em relação ao artigo 267, também do referido projeto, curiosamente, a própria redação do mesmo traz que haverá a extinção do feito sem julgamento do mérito tanto quando houver “indeferimento da denúncia ou queixa subsidiária” (inciso I), quanto não se verificarem “justa causa ou qualquer das demais condições da ação ou pressupostos processuais” (inciso II – com mesma redação do acima comentado Art. 265, II). Há, pois, tanto a possibilidade de constatação de ausência de justa causa que ocasiona o indeferimento da inicial – e a consequente extinção do feito, como aquele que, diretamente, acarreta a extinção do feito.

Ou seja: pode ter sido pretensamente inaugurado legalmente um ponto bipartido de verificação da justa causa, ou uma verificação dupla: tanto como pressuposto inicial-liminar de análise preambular (que poderia ser ligado à ideia processualista de justa causa como verificação dos pressupostos mínimos de análise), e, também, como ponte para (conforme o texto da lei – no caput do Art. 267) “...causas de extinção do processo, sem resolução do mérito, a qualquer tempo e grau de jurisdição”.

Desse modo, essa segunda análise, por ser legalmente cabível a qualquer momento, pode vir a ser representada por uma nota que leve em conta também a necessidade (melhor: a desnecessidade) político-criminal do processo, que prescinde e se afasta de ser definida como uma verificação puramente processual que vise redundar em colheita de elementos dogmáticos ou preliminares. Ela não precisa da consequência de desaguar em indeferimento



da inicial: é uma verificação de justa causa alheia às consequências exclusivamente processuais e sim coligada à ideia de que é possível (e preciso) em alguns casos, uma extinção do feito que pode muito bem vir a se dar pelos critérios qualitativos expostos supra. Ou, diretamente, por uma leitura político-criminal (mais: criminológico-crítica) da “conexão instrumental ao caso concreto”.

A necessidade premente de que se passe a ter um mecanismo passível de abarcar – na dogmática e na práxis forense – uma interpretação e uma aplicação que signifiquem a possibilidade de uma análise crítica aberta e transdisciplinar da necessidade ou não de se promover um processo (e/ou de mantê-lo apto a gerar uma decisão meritória), fica aqui restrita a uma ligeira leitura, obviamente carente de desenvolvimento em todas suas nuances. Espera-se, contudo, que a partir da proposta, possamos ampliar o leque de debates para que a interpretação ganhe solidificação com vistas a que se inicie uma nova tradição dogmática e hermenêutica, a partir tanto da filtragem constitucional limitadora dos ditames processuais que – em algum momento- precisa se impor, quanto da eventual nova legislação que vai requerer novas aproximações teóricas correlatas.

REFERÊNCIAS CONSULTADAS:

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 8.405/2010. (PLS 156/2009). Que trata do “Código de Processo Penal” e revoga o Decreto-lei nº 3.689, de 1941. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>> Acesso em 04 abr. 2017, 09:00.00.

CARNELUTTI, **Cuestiones sobre el proceso penal**. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Libreria El Foro, 1960.

CASTANHO DE CARVALHO et al. **Justa Causa Penal Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil. Volume 1: As relações processuais. A relação processual ordinária de cognição**. Trad. J. Guimarães Menegale. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

CORRÊA, Plínio de Oliveira. Teoria da Justa Causa. Análise do sistema processual penal brasileiro com vista à ordem jurídica dos países da América Latina. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 70, Ano XXIV, jul./1997.



COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do Direito Processual Civil**. Trad. Rubens Gomes de Souza. São Paulo: Saraiva, 1946.

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

DIVAN, Gabriel Antinolfi. Justa causa para a ação penal e suas possibilidades criminológicas – criminologia(s) no processo penal (hipótese preliminar) in **Redes. Revista Eletrônica Direito e Sociedade**. Canoas: Unilasalle, vol. 3, n. 1, mai. 2015a.

_____. **Processo Penal e Política Criminal: uma reconfiguração da Justa Causa para a Ação Penal**. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015b.

FORUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Pesquisa e análise de dados vinculados ao campo da segurança pública e sistema penitenciário - Etapa 01: Relatório descritivo e analítico com base nos dados e informações do DEPEN, considerando a coleta referente à situação em dezembro de 2014**. Brasil, 2016. Disponível em <http://www.forumseguranca.org.br/storage/publicacoes/FBSP_Elaboracao_relatorios_semestrais_descritivos_2016.pdf> Acesso em: 13 jan. 2017, 16:30:00.

FREDERICO MARQUES, José. **Elementos de Direito Processual Penal. Volume IV**. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

GAUER, Ruth Maria Chittó. **A fundação da norma: para além da racionalidade histórica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009.

GOLDSCHMIDT, James. Derecho Justicial Material. In: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo (Org.). **Derecho, Derecho Penal y Proceso I. Problemas Fundamentales de Derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As Condições da Ação Penal (uma tentativa de revisão)**. São Paulo: Jorge Bushatsky, 1977.

HENNING, Fernando Alberto Corrêa. **Ação Concreta: Relendo Wach e Chiovenda**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2000.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 11. ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

KHALED JR., Salah Hassan. “Windscheid & Muther: a polêmica sobre a actio e a invenção da ideia de autonomia do direito processual”. **Sistema Penal & Violência. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito**. Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, v. 2, n. 1, jan./jun. Porto Alegre: PUCRS, 2010.

KUHLMANN, Sylvio Roberto Degasperri. A actio sob a ótica de Muther, a partir da definição de Celso. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2015.



MACHADO, Luiz Alberto. Prefácio. In: COUTINHO, Jacinto. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1998.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro. Análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MORTARA, Lodovico. **Commentario de Codice e delle Leggi di Procedura Civile**. Volume II. Della competenza i principii generale della procedura. 3. ed. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi. 1910.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PUGLIESE, Giovanni. “Introducción”. In: WINDSCHEID, Bernard; MUTHER, Theodor. **Polémica sobre la Actio**. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1974.

TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do Direito Processual Penal. Jurisdição, Ação e Processo Penal (Estudo Sistemático)**. São Paulo: Saraiva, 2003.

VIADA LOPEZ-PUIGSERVER, Carlos; ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Curso de Derecho Procesal Penal**. Cuarta Edición, corregida y adaptada a las disposiciones vigentes. Madrid: Prensa Castellana, Vol. 1, 1974.

WINDSCHEID, Bernard; MUTHER, Theodor. **Polémica sobre la Actio**. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1974.