

# ACERCA DE UMA TEORIA DA ACUSAÇÃO. PELA(S) RELEITURA(S) DA AÇÃO PROCESSUAL PENAL E DAS SUAS CONDIÇÕES

**Marcus Vinicius Boschi**

Mestre e Doutorando em Ciências Criminais pela PUC/RS.

Professor de Direito Penal da PUC/RS. Advogado.

**Resumo:** O presente trabalho pretende, partindo de uma revisitação das teorias da ação processual, propor, como decorrência lógica do Direito Processual Penal, bases a uma nova teoria da acusação. Trata-se, em suma, de uma abordagem propositiva e não meramente descritiva, cujo objetivo primeiro é o demonstrar que as teorias da ação processual até então cunhadas são incapazes de explicar e fundamentar a persecução no âmbito criminal. Propõe-se, ainda, que a ação processual conheça limites, ou seja, condições a partir do marco da alteridade.

**Palavras-Chave:** Processo Penal, Teoria da Acusação, Teorias da Ação e Alteridade.

**Abstract:** This paper aims, from revisiting the theories of process action, proposing, as logical consequence of Criminal Procedural Law, the bases a new theory of prosecution. It is, in sum, a purposive approach and not merely descriptive, whose primary objective is to demonstrate that the theories of process action until then minted are unable to explain and justify the prosecution in the criminal justice. It is proposed further that the action meet procedural limits, or conditions from the March of otherness.

**Keywords:** Criminal Procedure, Prosecution Theory, Theories of Action and Alterity.

## Introdução

Demonstrando preocupação com a ausência de uma nítida separação entre o Direito Processual Civil e o Processual Penal, Francesco Carnelutti, em obra na qual se dedicou exclusivamente a assuntos afetos ao Direito Criminal, afirmou que “*hasta ahora como el derecho penal fue considerado materia menos noble para el estudio científico, ni siquiera su diferencia frente al derecho civil, logro ser vivamente iluminada*”<sup>1</sup>.

Em vista dessa ausência de independência científica que pudesse socorrer o Processo Penal, pois alguns de seus institutos sempre foram e ainda o são explicados desde o âmbito do direito privado, a doutrina sedimentou, de forma equivocada, que, *v.g.*, na seara criminal, haveria que se falar em *lide*<sup>2</sup> – na famosa e corriqueira expressão, “*lide penal*” – muito embora tal instituto, concebido à luz da realidade e especificidade do Processo Civil, implique em indelével resistência à dada pretensão, fenômeno esse inexistente no âmbito do Direito

\*Mestre e Doutorando em Ciências Criminais pela PUC/RS. Professor de Direito Penal PUC/RS. Advogado.

<sup>1</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones Sobre el Proceso Penal*. Tradução de: Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: El Foro, 1994, p. 45.

<sup>2</sup> MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 6. O autor, amparado em doutrina, afirma que a existência do litígio no âmbito criminal *lhe* é intrínseca, ou seja, é “*adest in re ipsa*”, pois sempre haverá uma pretensão insatisfeita que envolve, naturalmente, o acusador e o acusado.

Processual Penal<sup>3</sup>. Além disso, e como consequência do que acima se disse, também tratou da pretensão do Processo Civil com igual identidade àquela própria do Processo Penal, em verdadeira fusão de dois ramos distintos do Processo.

É nesse cenário ‘sem fronteiras’ e de sobreposição que ainda reina soberano na ciência jurídica contemporânea que o estudo da acusação e da ação processual ganha relevo, pois que, há muito, o direito processual penal vem reclamando o conhecimento das suas bases que, por serem somente suas, lhe conferem a identidade por nós e, também, por muitos, almejada.

## Desenvolvimento

Nessa perspectiva, cabe referir que o primeiro conceito de ação é atribuído ao romano Celso, para quem a ação era um mero “*hihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur iudicio persequendi*”<sup>4</sup>, ou seja, um movimento protagonizado pelo credor contra o devedor quando aquele buscava em juízo o que entendia como devido<sup>5</sup>. Como reconheciam a existência de um direito subjetivo antecedente ao momento de demandar, ao credor se conferia o direito à *actio* para protegê-lo, diante do pretor, contra os ataques infundados de seu oponente.<sup>6</sup> Isto porque na realidade, o Direito Romano não distinguia entre *actio* e direito subjetivo<sup>7</sup>. Tratava a corrente, em síntese, da ação enquanto um fenômeno de característica

<sup>3</sup> Isto porque o Ministério Público, ao menos no âmbito da ação penal pública, não postula em juízo direito seu que possa reclamar, por parte do réu, pretensão, mas sim um direito coletivo. Ademais, não há que se falar em lide por pretensão resistida porque a acusação, ao oferecer a ação penal, não pretende ver, tal como se dá sob a perspectiva do Direito Privado, um direito que entende devido, um direito subjetivo, mas sim uma sentença que reconheça o que é, de fato, justo, muito embora a ausência de precisão nesse conceito. Sobre isso, registre-se a referência feita por JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO acerca da aplicação do conceito de lide ao processo penal por CARNELUTTI, pois o autor italiano, num primeiro momento, a permitia, e em um segundo, passou a negá-lo. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o Conteúdo do Processo Penal*. Curitiba: Juruá, 1989, pp.20 e 67-74.

<sup>4</sup> WINDSCHEID, Bernhard. *La Actio Del Derecho Romano, Desde el Punto de Vista Del Derecho Actual*. Buenos Aires: EJE, 1974, p. 5. No mesmo sentido, ainda, PUGLIESE, Giovanni. *In: Polemica sobre la actio*. Buenos Aires: EJE, 1974, p. XI.

<sup>5</sup> A ação é reconhecida unanimemente pela doutrina, desde há muito, como um verdadeiro instrumento jurídico que tem por missão superar a vingança privada ou a justiça de mão própria, na medida em que eventuais reclamos não são satisfeitos diretamente por quem se sente lesionado, mas sim pela via do Estado, de forma que a ação é contra ele endereçada. Nesse sentido: ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso*. Tomo I. México: 1992, pp.335-7.

<sup>6</sup> Segundo LIEBMAN, os romanos desconheciam a existência de um direito subjetivo, mas conferiam ao lesado a *actio*, consistente em um meio jurídico para pedir as razões que entendesse ter. LIEBMAN, Enrico Túlio. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: EJE, 1980, p. 111.

<sup>7</sup> TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal*. São Paulo: RT, 2003, p. 59. No mesmo sentido é a advertência de Acir Bueno de Camargo quando afirma que *não restam dúvidas, todavia, que embora alguns autores daquela época vissem na actio um direito novo, surgido a partir da lesão de outro direito, na verdade o conceito de actio romana, de qualquer modo, vinculava-se a um direito material. O direito romano, segue o autor, não fazia nenhuma distinção entre a actio e o direito subjetivo material, mesmo porque somente tinha a actio aquele que tivesse razão, ou seja, o requisito primordial para a sua aceitação era que o autor fosse*

concreta, pois estritamente vinculada ao direito material que o autor perseguia em juízo<sup>8</sup>. Essa era a posição de Goldschmidt, para quem a ação ou “direito de obra processual” “*é um direito público subjetivo dirigido contra o Estado para obter a tutela jurídica do mesmo mediante uma sentença favorável*”<sup>9</sup>, ou ainda, nas palavras de Windscheid, “*un ius perseguendi in iudicio, quod sibi debetur*”, muito embora não tenha sido adepto da corrente.<sup>10</sup> No mesmo sentido, Fábio Machado<sup>11</sup> e Luis Rodolfo Argüenllo<sup>12</sup>

Essa concepção concretista longinquamente fundada teve, mais recentemente, no gênio de Savigny, seu expoente e propagador. Para o doutrinador alemão, o direito de acionar em juízo decorria naturalmente de uma lesão a um direito. Ou seja, a ação era um direito que logicamente decorria da lesão de outro, que lhe era pré-existente, razão pela qual o direito e a ação eram institutos que, se não idênticos, ao menos, eram sobremaneira aproximados. Nesse mesmo sentido é a observação feita por Fábio Gomes.<sup>13</sup>

No Brasil, em particular, como informado por Tucci, a doutrina perfilhou-se ao entendimento que compreendia a ação processual como um direito concreto<sup>14</sup>, notadamente

*realmente possuidor de um direito material.* CAMARGO, Acir Bueno de. *Windscheid e o Rompimento com a Fórmula de Celso.* In: *Críticas à Teoria Geral do Direito Processual Penal.* COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). Rio: Renovar, 2001, p.126.

<sup>8</sup> AMARAL, Guilherme Rizzo. *Polêmica em Torno da “Ação de Direito Material”.* In: Revista da Ajuris. Porto Alegre: Março de 2005, p. 87 e ss. Nesse artigo, o autor discorre, dentre outros assuntos correlatos, sobre a distinção entre ação de direito material e ação de direito processual, para, ao final, concluir que inexistente a ação de direito material, salvo raras hipóteses, pois o Direito veda a autotutela, razão pela qual a pretensão do autor deverá ser exercitada através da ação de direito processual, pois é ela o instrumento que carrega a pretensão.

<sup>9</sup> GOLDSCHMIDT, James. *Direito Processual Civil.* Tradução de: Ricardo Rodrigues Gama. Curitiba: Juruá, 2003, p. 93.

<sup>10</sup> WINDSCHEID, Bernhard. *La Actio Del Derecho Romano, Desde el Punto de Vista Del Derecho Actual...*, p. 10.

<sup>11</sup> MACHADO. Fábio Cardoso. Ob. Cit. P. 141. Segundo o autor, na mesma linha do exposto, a adoção do sistema da *actio* romana até meados do século XIX impedia que se compreendesse e se adotasse o conceito de ação processual, abstrata e desvinculado do direito material perseguido em juízo, pois, à luz da concretude que informava o instituto, a ação era a expressão do direito reclamado por violado.

<sup>12</sup> RODOLFO ARGÜELLO, Luis. *Manual de Derecho Romano.* Buenos Aires: Astrea, 2007, p. 543. Fizemos referência ao autor apenas para ressaltar a importância que a doutrina concedeu à formulação concretista de Ulpiano e, por entender, que a sua superação abriu espaço para compreender-se a ação enquanto fenômeno processual.

<sup>13</sup> GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil.* São Paulo: RT, 2002, p. 95. Para o autor, *Savigny foi quem inicialmente desenvolveu a denominada Teoria Civilista, tornando-se seu maior sustentáculo. Partindo do conceito formulado pelos romanos, e invocando a célebre definição de Celso, “nihil aliud esre actio quam ius, quod sibi debeatur, in iudicio perseguendi” – a ação nada mais é do que o direito de pedir em juízo o que nos é devido (Inst., Liv. IV, Tít. VI), asseverou Savigny que a ação era o próprio direito material colocado em movimento, a reagir contra a ameaça ou a violação. Para Savigny, conclui o autor, a violação do direito gera uma relação ou um direito para quem a sofre; direito este que se chama direito de ação ou ação.*

<sup>14</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso.* Tomo I. México: 1992. PP. 324-5. Para o autor, em síntese, um dos fatores responsáveis pelo grande atraso na correta conceitualização de ação, bem como a sua indevida divisão em classes, como reais e pessoais, se deve ao fato de que doutrina jurídica, por séculos, esteve arraigada aos ditados romanos; mantendo seus olhos sobre fórmulas passadas, olvidando-se de olhar para o futuro.

nas obras de João Monteiro, de 1956 e de João Mendes de Almeida Júnior, de 1960<sup>15</sup>. Há que se fazer referência, ainda nesse particular, à idéia lançada por Joaquim Canuto Mendes de Almeida, na medida que, ao definir a ação, afirmou que ela se dá em decorrência do “*interesse que detém o autor na realização instantânea de seu direito por todos os meios disponíveis*”<sup>16</sup>, adotando, inegavelmente, a doutrina concretista.

No entanto, mais tarde, e disseminando sua doutrina em território nacional, o italiano Enrico Tulio Liebman passou a sustentar que o exercício da ação – porque não reconhecia a sua abstração e autonomia - pressupunha a observância de certas condições por parte daquele que acionava o Estado-Juiz, a saber: possibilidade jurídica, interesse de agir e, ainda, legitimidade *ad causam* ativa e passiva<sup>17</sup>. A sua teoria, já desenvolvida no ano de 1973<sup>18</sup> foi adotada pelo Código de Processo Civil, no artigo 267, VI, ao sancionar como carecedor de ação o autor que deixasse de atentar, quando do aforamento da inicial, às condições da ação.

Contudo, o problema de compreender a ação enquanto movimento ou manifestação do direito subjetivo de ataque àquele que ameaçava ou lesionava direitos está, dentre outros, na impossibilidade de explicar, primeiramente, a ação sem o direito material reclamado e, ainda, a natureza jurídica da atividade jurisdicional desenvolvida em feitos nos quais, ao final, a “ação” era julgada improcedente juntamente porque o autor não tinha o direito que pretendia ver reconhecido na sentença. Se, nessas hipóteses, portanto, não haveria que se falar em ação, qual teria sido, então, a atividade do Estado-Juiz? Teria ele exercido, a final, atividade meramente administrativa, mas com a aplicação de dispositivos do Código de Processo Civil ou Processo Penal?

Mais ainda: se de ação não se tratava, pelo não reconhecimento do direito subjetivo reclamado, de onde provinha a legitimidade, *v.g.*, de atuação do Ministério Público e qual teria sido a natureza de seu agir?

Sem embargo desta insuficiência conceitual, a Teoria Concreta da Ação perdurou por anos até sofrer o primeiro grande ataque ao final do século XIX com a famosa polêmica travada entre Degenkolb e Plósz, para quem a ação estava desvinculada do direito subjetivo que lhe embasava e do qual se julgava merecedor o integrante do pólo ativo. Segundo a doutrina, para DegelInkolb,

<sup>15</sup> TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal*, p. 60.

<sup>16</sup> ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Processo Penal, Ação e Jurisdição*. São Paulo: RT, 1975, p. 89.

<sup>17</sup> LIEBMAN, Enrico Tulio. *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 124.

<sup>18</sup> LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manual de Derecho Procesual Civil*. Buenos Aires: EJEJA, 1980, pp. 111-4. Essa obra, não obstante tenha sido publicada em 1980 na Argentina é, em verdade, a tradução de versão de 1973, ou seja, data anterior à entrada em vigor do Código de Processo Civil Brasileiro.

*la acción es una facultad abstracta, es algo más que el derecho que trínfa. Es un derecho abstracto de obrar desvinculado de todo fundamento positivo que legitime lãs pretensiones de quienes la ejercitam.*<sup>19</sup>

A sedimentação da ação enquanto fenômeno abstrato mais tarde ganhou valiosos reforços através do debate não menos acalorado entre Bernhard Windscheid e Theodor Muther, no qual o primeiro afirmou que o conceito de ação a partir da *actio* romana necessitava de uma depuração e que seu trabalho serviria a esse fim. Assim, disse o autor que *en ese sentido, la teoria del derecho romano actual experimentará aún más de una depuración, y el presente ensayo quiere precisamente ser un aporte a tal fin.*<sup>20</sup> No entanto, registre-se que Rogério Lauria Tucci afirma que a primeira manifestação acerca da ação enquanto categoria abstrata se deu através da obra de Hasse, que reconheceu, já em 1834, que a ação processual era dirigida contra o Estado, e não contra o opositor<sup>21</sup>. Daí, como consequência, seria possível conceituar a ação como um simples agir, como a mera colocação em marcha do Estado-Juiz<sup>22</sup>, e não como a busca de um direito sobre o qual se entendia como proprietário o autor.

Ou seja: a ação processual penal, por conta da inexistência de independência do Processo Penal em relação ao Processo Civil, nesse particular, também é conceituada, à luz da teoria abstrata, como um simples *ius procedetur*, ou seja, como um direito que autoriza todas as pessoas e órgãos a postular em juízo, ainda que sejam considerados como partes ilegítimas ou, ao fim, se for o caso, como não credores do direito que alegam possuir<sup>23</sup>. É a adoção, portanto, da abstração em grau máximo, sem qualquer restrição/condição<sup>24</sup>.

Atento a tal problemática, mas não desprezado que o Processo Penal se desenvolve, desde o seu início, até o julgamento final através de um sem número de relações entre os diversos atores que ali figuram, Francesco Carnelutti não vê na conhecida Teoria Abstrata a precisão necessária a bem conceituar esse tema polêmico e de difícil compreensão. Para ele, a ação não pode se limitar a uma simples movimentação do Poder Judiciário, haja vista que não

<sup>19</sup> RAMÍREZ ARCILA, Carlos. *Teoría de la acción*. Bogota: Temis, 1969, p. 72.

<sup>20</sup> WINDSCHEID, Berhard. *La Actio Del Derecho Romano, Desde el Punto de Vista Del Derecho Actual...* p. 6.

<sup>21</sup> TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal...*p.65.

<sup>22</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones Sobre el Proceso Penal*. Tradução de: Santiafo Sentís Melendo. Buenos Aires: El Foro, pp. 31-2. Segundo o autor italiano, a ação não é um direito ao direito, ou seja, uma busca pelo bem da vida que o autor entende como devido, mas sim um direito ao juízo, nada mais. Na sua aceção, ainda, a ação não é um instrumento endereçado apenas ao Estado-Juiz, na medida em que a ação é, igualmente, endereçada a todos aqueles que dela tomam parte, a exemplo dos secretários e dos oficiais de justiça.

<sup>23</sup> COUTURE, Eduardo. *Introdução ao Estudo do Processo Civil*. Tradução de: Mozart Victor Russomano. Rio: Forence, 2004, p. 15. Nas palavras do autor, tal como os demais antes citados, a ação, na perspectiva abstrata – desvinculada, portanto, de qualquer direito subjetivo ou objetivo que pudesse lhe dar aporte – é *um direito à jurisdição*.

<sup>24</sup> Ainda sobre a famosa polêmica travada entre os juristas, cabe referir a explicações trazidas por GOMES, Fábio. *Carência de Ação...*1999.

há que se olvidar do seu tramitar e de seu encerramento, momentos nos quais diversas instâncias atuam. Para o autor, até mesmo o sujeito ativo da relação deve ser tomado como de importância a bem compreender-se a ação processual.

Dessa forma, para o autor italiano, a ação não se conceitua como a simples provocação do Estado, mas sim como “*el conjunto de las relaciones que se oponen a la jurisdicción*”<sup>25</sup>, deixando transparecer, por conseguinte, que a ação não é um simples ato de impulso, mas sim um conjunto de atos permanentemente impulsionados.

Muito embora a doutrina comumente enfrente as Teorias Concreta e Abstrata da Ação como pólos de um mesmo objeto de estudo; como situações que se opõem, por certo que há que se sustentar a possibilidade de coexistência entre ambas sem que isso tenha por escopo a criação de determinada teoria eclética.

Nesse viés, Rogério Lauria Tucci, embasado em Piero Calamandrei, afirma que a coexistência é possível se for concebida a ação abstrata como um simples agir, e a concreta, como um direito.<sup>26</sup>

Sem embargo do que aqui foi dito, por certo que há que se fazer referência ao posicionamento de Jaime Guasp a respeito do tema, especialmente porque sustenta o autor que a discussão em torno da ação deve se dar fora do Processo ou, em suas palavras, a polêmica tem caráter extraprocessual. Isto porque quando se afirma que a ação

*es el poder de provocar una sentencia de los Tribunales, bien sea una sentencia justa, bien sea de una sentencia sin más, como quiere la teoría abstrata pura, entonces se descubre, no solamente la aptitud de esta concepción para explicar la realidad de la acción, sino también lo que hasta entonces no se veía con tanta limpieza; a saber, que el poder de provocar la actividad jurisdiccional existe desde luego, pero nin por su naturaleza ni por su contenido pertenece en realidad a la ciencia del proceso. E, em vista disso, arremata o autor: “El poder de provocar la actividad de los Tribunales sin más, sea un auténtico derecho, sea una res merae facultatis, constituye un puro poder político o administrativo si se quiere supuesto de la actividad procesal, pero previo a la misma e fuera por ello del mundo procesal.”<sup>27</sup>*

Uma das claras e evidentes consequências que advém da assunção da Teoria Abstrata se posta sobre as chamadas condições da ação. Isto porque, a ser reconhecido que a ação independe da prévia observância a dados fatores que lhe condicionariam – abstração - por certo que as condições da ação não seriam condições mesmas ao exercício da ação processual,

<sup>25</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones Sobre el Proceso Penal. V. II*. Tradução de: Santiago Séntis Melendo. Buenos Aires: El Foro, 2002, p. 20.

<sup>26</sup> TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal...*p.72.

<sup>27</sup> GUASP, Jaime. *La Pretension Procesal*. Madrid: Civitas, 1981, pp. 53-3.

mas sim condições que deveria atender o demandante (no Processo Penal, o autor) para que pudesse ver o feito atingir a sentença final. Por tal razão afirmou, de forma precisa, Carlos Ramírez Arcila,

*para los seguidores del derecho abstracto, quines creen que para tener acción no es necesario estar asistido por el derecho, lãs condiciones ante enumeradas no son requisitos constitutivos de la acción, porque la acción no es el derecho a obtener una sentencia favorable. A la sentencia desfavorable también se llega mediante el ejercicio de la acción. Esta no se borra por efectos de los resultados que con ella se puedan obtener. A los efectos desfavorables no puede negárseles causa. No se puede ser y no ser a un mismo tiempo. Esto es ta evidente, que no necesstia de mayores explicaciones.*<sup>28</sup>

Muitos embora a autonomia da ação seja amplamente aceita, na medida em que a desvincula do direito material, mesmo assim há que se reconhecer que a Teoria Abstrata não se mostra satisfatória a explicar a ação no âmbito do Processo Penal, notadamente nessa sua característica de abstração, por duas razões, basicamente.

A uma, porque, diferentemente do consolidado, a ação não deve ser compreendida como um mero fenômeno abstrato e instantâneo de movimento da jurisdição, como se fosse, no mais das vezes, uma simples força a colocar o Estado-Juiz em marcha a fim de dar solução à determinada causa penal. É que a ação processual penal, como bem referido por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo se coloca como carga, como ônus; como uma verdadeira atividade dinâmica que vai se desenvolvendo continuamente até que possa resultar em algo concreto – no caso, na decisão judicial<sup>29</sup>. A ação não é um simples agir como pretende a Teoria Abstrata, mas sim “um constante agir”, uma atividade permanente; um verdadeiro processo de desvencilhamento de carga, ou, como nas palavras de Aury Lopes Júnior, um processo escalonado<sup>30</sup>.

Nesse mesmo sentido foram as palavras de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, em tempos mais remotos, quando sustentou a atividade do autor e do réu “*não como direito de um e direito de outro, mas como ônus de afirmar e provocar e como ônus do impulso processual*”.<sup>31</sup> Ou seja: a partir do princípio constitucional da não culpabilidade ou do estado de inocência, o autor, ao disparar a persecução criminal contra o réu, tem por missão, no transcorrer do feito, *a priori*, desmanchar tal estado, num fenômeno de progressividade

<sup>28</sup> RAMÍRÉZ ARCILA, Carlos. *Teoría de la acción*. Bogota: Temis, 1969, p. 208.

<sup>29</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso...*p. 351.

<sup>30</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Vol. I*. Rio: Lumen Juris, 2008, p. 329.

<sup>31</sup> ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Processo Penal, Ação e Jurisdição*. São Paulo: RT, 1975, p. 90.

acusatória e probatória, ao passo que o acusado, em sentido oposto, dirige suas forças à manutenção desse *status quo*.

Diversamente se dá no âmbito do Direito Processual Civil porque, dentre outras razões, não há que se falar em progressividade acusatória; esforço constante de abalo do estado de inocência. Primeiramente, porque essa principiologia é desconhecida do direito privado e, por fim, porque naquele âmbito, o autor pode não precisar realizar a prova de suas alegações durante o transcurso do feito. Para tanto, basta que o demandado, em ações acerca de direitos disponíveis, não ofereça a contestação em prazo adequado, pois, diante da revelia, a confissão ficta se impõe como castigo à inércia, de forma que os fatos narrados são tomados como verdadeiros.

A duas, porque, no âmbito criminal, o início da persecução judicial somente poderá ocorrer em casos em que haja a necessidade concreta para tanto, situação essa associada à justa causa. Explica-se.

No âmbito do Processo Civil, a triangularização da relação processual, com a citação do demandado para contestar os pedidos postos pelo autor, no mais das vezes, se dá sem que o magistrado realize qualquer juízo de mérito, ainda que superficial ou provisório sobre a pretensão posta pelo demandante. Limita-se ele a determinar a citação, relegando a análise das questões de fundo e a valoração do conjunto probatório ao final. Não há previsão normativa para um agir diferente ou lógica processual para que se adote outra postura. Diversamente, porém se dá no Processo Penal, porque nessa seara, ao magistrado é permitida e devida a análise de elementos probatórios já quando do eventual recebimento da demanda e, mais ainda, deverá ele verificar se o fato constitui ou não infração penal, perquirição essa que o Juiz da causa cível relegará ao final.

Daí que se tem, então, que a abstração pura enquanto marca da ação processual não se presta à caracterizá-la no âmbito do Processo Penal, e sim apenas no do Processo Civil, razão pela qual há que se buscar um novo conceito de ação processual penal, quer totalmente novo, quer como uma adequação diante das teorias já existentes.

Nessa linha de raciocínio, que pretende imprimir certos limites ao direito de ação processual, Pedro Batista Martins, em prefácio à obra de Guilherme Stellita, no ano de 1942, já assinalara a premente necessidade de distinguir-se o direito de demandar do direito de ação, reconhecendo, ainda, que este último deve sofrer limitações. Assim, afirmou ele que

*não há um direito de demanda independente do direito de ação. É verdade que, mesmo os que carecem ostensivamente do último desses direitos, podem*

*ingressar em juízo com a sua demanda infundada para provocar o pronunciamento da autoridade judiciária.*

“Mas essa possibilidade” segue ele,

*não consiste, como admite certa corrente doutrinária, um direito de demanda per se stante e susceptível de exercício incondicional. O ideal seria que só se permitisse o ingresso em juízo a quem pretendesse a tutela do Estado para um interesse juridicamente relevante. Mas como, no estado atual do processo, ainda não se descobriu o meio de impedir o acesso judicial às demandas infundadas, ao juiz incumbe, mediante provação, estatuir, indistintamente, sobre todas as pretensões que lhe sejam submetidas.*

*Mesmo, porém, nessa parte, já se tem feito sentir os resultados da evolução, pois que ao Juiz se permite indeferir as petições iniciais ineptas e absolver o réu da instância, nos casos previstos no art. 201, nº III do Código de Processo Penal.<sup>32</sup>*

A idéia parece ganhar fôlego e amparo diante da nova redação do artigo 397 do Código de Processo Penal, na qual o juiz, antecipando sentença de mérito, logo após a resposta do acusado (art. 396, ‘A’ do CPP), o absolve sumariamente ante a incidência de uma das causas permissivas ali previstas.

Em face dessa insuficiência dos conceitos concreto e abstrato de ação a bem explicar os movimentos de busca da Jurisdição, e pretendendo imprimir-lhe uma nova roupagem, foi que, em data mais recente, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho afirmou que a ação processual penal deveria ser redefinida, na medida em que, muito embora se admita a abstração completa quanto ao direito de demandar, por certo que, no âmbito do Processo Penal, a incidência de condicionamento a este agir se faz necessária. Dessa feita, ao se referir ao tema, em trabalho pioneiro, ao menos no Brasil, afirmou, referindo-se à ação, que

*o fato de ser um direito abstrato, não implica em ser ilimitado. Ao contrário, há maneira de dosá-lo é condicioná-lo. Assim, não se trata do direito de qualquer um, mas de todos aqueles que preenchem determinados requisitos, determinadas condições.*

Na seqüência da exposição de seu pensamento, que prega a possibilidade de condicionamento ao exercício de ação (e daí as suas condições), arremata o autor afirmando que a ação “*refere-se a um caso concreto determinado e exatamente individuado. Trata-se, então*”, afirma ele “*de um direito instrumental, mas conexo à sua causa, que é concreta*”<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> MARTINS, Pedro Baptista. In: ESTELLITA, Guilherme. *Direito de Ação – Direito de Demandar*. Rio de Janeiro: Jacinto Editora, 1942, pp. XIII –XXXIV.

<sup>33</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o Conteúdo do Processo Penal*. Curitiba: Juruá, 1989, p. 145.

Muito embora se reconheça o pioneirismo do autor ao enfrentar o tema, desafortunadamente deixou ele de dar-lhe maior profundidade, circunstância essa que talvez possa ser explicada pela simples razão de que a doutrina criminal ainda não se encontrava, naquele momento, em condições de receber e assimilar as novas idéias que surgiam no âmbito da ação processual penal.

Nesse mesmo viés, porém quase vinte anos mais tarde, a doutrina se viu, novamente, diante da lição posta por aquele autor. Através das palavras de Aury Lopes Júnior, afirmou-se que a ação processual penal merece ser realocada ou ser redefinida à luz do que chamou de um “*direito conexo instrumentalmente ao caso penal*”.<sup>34</sup> Ampliando a abrangência dada à discussão primordialmente fundada por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, afirmou que essa chamada conexão instrumental decorre diretamente do princípio da necessidade do processo, na medida em que o exercício da ação, no âmbito criminal, fica condicionado à observância de elementos concretos, pois como observa o autor gaúcho, “*na ação processual penal, o caráter abstrato coexiste com a vinculação a uma causa, que é o fato aparentemente delituoso. Logo, uma causa concreta*”,<sup>35</sup> de forma que a abstração, embora admitida como marca da ação processual, deve sofrer temperos.

No entanto, para que não pareça contraditório o que aqui se afirma – de que a ação existe com a simples movimentação da jurisdição, dotada, portanto, de abstração, mas que, ao mesmo tempo, deve sofrer certos limites ante as características próprias do Processo Penal, marca da Teoria Concreta, há que se entender a ação como um instrumento de “dois tempos”, ou como preferimos, de “dois universos”. Ou seja: há que se impor uma bifurcação do conceito de ação, visualizado o instituto como as duas faces de uma mesma moeda.

O primeiro desses dois universos do direito seria o da ação enquanto direito à tutela jurisdicional por parte do Estado, de cunho constitucional, abstrato, autônomo e ilimitado, que socorre a todos, pois não há como se vedar o acesso de ninguém ao Poder Judiciário, impondo condições ou requisitos (art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988)<sup>36</sup>. Muito embora se reconheça a limitação dos princípios constitucionais - ou melhor dito - a sua relatividade, por certo que a idéia busca a máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais. Estar-se-ia, portanto, diante de um verdadeiro *ius ut procedatur*.

Sob esse viés, e discutindo a natureza da ação, se um poder ou um direito, Vitor Fairén Guillén reconhece a faculdade de socorro aos Tribunais – ação – a face de um verdadeiro

<sup>34</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Vol. I... p. 330.

<sup>35</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Vol. I... p. 331.

<sup>36</sup> Art. 5º, XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

direito cívico, ou, nas palavras do autor, “*un derecho fundamental de hombre, del ciudadano; es un derecho cívico público.*”<sup>37</sup> Essa mesma expressão foi também utilizada por Carnelutti<sup>38</sup>.

O segundo viés, no entanto, compreende a ação não como um direito constitucionalmente resguardado, ilimitado, abstrato, conferido a qualquer pessoa, física ou jurídica, nacional ou estrangeira, e, portanto, livre de qualquer amarra que lhe possa restringir, mas sim como ‘ação processual’, sobre a qual se poderia falar em restrição, condicionamento, limitação ao fato penal (elemento objetivo da pretensão). Dessa feita, muito embora o direito constitucional de acesso à jurisdição seja ilimitado, por certo que o de movimentá-la regularmente (movimento) não o é, sendo passível de exercício apenas àqueles que preenchem determinadas condições. Sob esse ângulo, então, é possível que se reconheça as condições da ação como verdadeiros limites à movimentação regular da Jurisdição, mas não ao seu simples acesso – pois este incondicionado. Daí se afirmar que não é inviável entender-se a ação de forma abstrata e, ainda, como direito condicionado e submetido à prévia observância de determinados requisitos, nos moldes cunhados por Enrico Tulio Liebman.

Afora isso, há que se referir, ainda nesse âmbito que pretender, em certo grau e em determinada medida, reconhecer como aplicável ao Processo Penal condicionamentos ao direito de ação, emprestando-lhe dado *status* de concretude, significa reconhecer que a abstração não pode ser plena ante uma das especificidades do Direito Processual Penal. Isto porque, no âmbito do Processo Civil, ao ser intentada determinada demanda perante o Poder Judiciário, salvo no que pertine à incidência do artigo 267 do CPC, por certo que a verificação dos elementos mínimos de prova que suportam a pretensão deduzida pelo autor resta postergada para o final, como dito, ou seja, para o momento próprio da sentença. Não há, nessa perspectiva, qualquer determinação legislativa no sentido de que deva o magistrado, quando do recebimento da inicial, verificar se a pretensão encontra suporte de verossimilhança nos elementos probatórios trazidos pelo autor, pois o Direito Processual Civil, no pórtico da causa, volta a sua atenção quase que na integralidade aos aspectos de forma. Daí a já conhecida idéia de que questões de mérito merecem enfrentamento por oportunidade da sentença.

Dessa forma, fica nítido que o grau de abstração imposto à ação processual penal é bastante distinto daquele que explica a demanda do autor no direito privado. Lá, tal condicionante ao recebimento da inicial não se faz presente, até mesmo porque, segundo a

<sup>37</sup> FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *Estudios de Derecho Procesal*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1954, p. 87.

<sup>38</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones Sobre el Proceso Penal*...p. 10.

tradicional e superada doutrina, mas ainda reprisada pelos Tribunais Brasil afora, vige o princípio da formal quanto à prova, ao passo que nas causas criminais, a verdade material ou substancial, muito embora críticas doutrinárias.

## **Conclusão**

Disso tudo se tem, então, que o Processo Penal necessita forjar a Teoria da Ação Processual à luz das suas particularidades e não através de um simples empréstimo conceitual concedido pelo ramo privado do Direito, notadamente quanto à idéia de abstração ou concretude do direito de agir e, ainda, quanto às condições da ação. Bem por isso que o autor gaúcho antes citado, chamando a atenção à necessidade de observância por parte do Processo Penal de categorias que lhe sejam próprias, afirma que as condições da ação, nesse âmbito, devem ser: “*o fumus comissi delicti, a punibilidade concreta, a legitimidade de parte e a justa causa*”<sup>39</sup>.

Importa tomar em referência, então, a idéia de que a ação processual penal deve ter marcas de concretude, notadamente diante da verificação da justa causa que é realizada no pórtico da relação de embate travada (conexão instrumental ao fato penal), muito embora a abstração também lhe seja uma marca visível.

## **Referências Bibliográficas**

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso*. Tomo I. México: 1992.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Polêmica em Torno da “Ação de Direito Material”*. In: Revista da Ajuris. Porto Alegre: Março de 2005.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Processo Penal, Ação e Jurisdição*. São Paulo: RT, 1975.

CAMARGO, Acir Bueno de. *Windscheid e o Rompimento com a Fórmula de Celso*. In: *Críticas à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). Rio: Renovar, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones Sobre el Proceso Penal*. Tradução de: Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: El Foro, 1994.

CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones Sobre el Proceso Penal. V. II*. Tradução de: Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: El Foro, 2002.

<sup>39</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal...*, p. 336.

- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o Conteúdo do Processo Penal*. Curitiba: Juruá, 1989.
- COUTURE, Eduardo. *Introdução ao Estudo do Processo Civil*. Tradução de: Mozart Victor Russomano. Rio: Forence, 2004.
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *Estudios de Derecho Procesal*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1954.
- GOLDSCHMIDT, James. *Direito Processual Civil*. Tradução de: Ricardo Rodrigues Gama. Curitiba: Juruá, 2003.
- GOMES, Fábio. *Carência de Ação*. São Paulo: RT, 1999.
- GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. São Paulo: RT, 2002.
- GUASP, Jaime. *La Pretension Procesal*. Madrid: Civitas, 1981.
- LIEBMAN, Enrico Túlio. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: EJEJA, 1980.
- LIEBMAN, Enrico Tulio. *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1976.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Vol. I. Rio: Lúmen Juris, 2008.
- MACHADO, Fábio Cardoso. *Polêmica sobre a Ação*. Porto Alegre: 2006.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 1980.
- MARTINS, Pedro Baptista. In: ESTELLITA, Guilherme. *Direito de Ação – Direito de Demandar*. Rio de Janeiro: Jacinto Editora, 1942.
- PUGLIESE, Giovanni. In: *Polemica sobre la actio*. Buenos Aires: EJEJA, 1974.
- RAMÍREZ ARCILA, Carlos. *Teoría de la acción*. Bogota: Temis, 1969.
- RODOLFO ARGÜELLO, Luis. *Manual de Derecho Romano*. Buenos Aires: Astrea, 2007.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal*. São Paulo: RT, 2003.
- WINDSCHEID, Berhard. *La Actio Del Derecho Romano, Desde el Punto de Vista Del Derecho Actual*. Buenos Aires: EJEJA, 1974.