

COMBATE AO INDEVIDO PROCESSO ILEGAL

João Galvão Junior

Antônio Aurélio Abi Ramia Duarte

sumário: Introdução – 1) A Todo o Direito Corresponde uma Ação que o Assegura? – 2) Liebman – 3) A Possibilidade Jurídica do Pedido Penal, art.5.º , XXXIX/ CF 1988 – 3.1) Fato Típico Constitucional e a Dignidade da Pessoa Humana – 3.1.1) Doutrina Finalista da Ação – 3.1.2) Nexo Causal – 3.1.3) Resultado – 3.1.4) Imputação Objetiva – 3.1.5) Tipicidade: Garantia e Segurança – 3.1.6) Teoria Dogmática-jurídica da Tipicidade – 3.1.7) O Habeas Corpus e a Falta de Criminalidade do Fato – 4) A Legitimidade das partes – 4.1) Legitimação Passiva Ad Causam – 4.2) O Juiz e a Busca da Verdade Real – 5) Legítimo Interesse Processual – 6) A Justa Causa no Direito Brasileiro – 7) Conclusão – 8) Bibliografia

"...em que casos o indivíduo pode sofrer privação ou restrição da liberdade?" Roberto Lyra

Introdução

As duas formas principais do Direito, o costume e a lei, tem a mesma origem social: são solicitadas pela necessidade de normalizar as relações em sociedade. Há sempre um sentimento de justiça dominante, já lecionava Bevilacqua (2). Insigne mestre, pregou a moralização altruística do Direito e uma socialização com "justos limites" para preservar o equilíbrio da coletividade e os direitos individuais (4a).

Na pesquisa do significado da lei a ser aplicada, de acordo com as lições do ilustre Professor Frederico Marques (3), o Juiz, como seu intérprete mais categorizado, deve sempre atender "aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum" (art.5.º da L.I.C.C), adotando entre várias interpretações possíveis aquela que lhe pareça mais razoável (3).

Cumprindo não esquecer, continuando o mestre, que a tutela da liberdade individual está compreendida nos imperativos do bem comum, visto que a pessoa humana é o mais alto valor entre os que o Direito protege, como regra disciplinadora da vida em sociedade.

Na aplicação de qualquer norma, o Juiz não deve perder de vista o seu valor e a sua finalidade (45).

Julgando, o Juiz concretizará o abstrato, objetivará o subjetivo, socializará o individual, aprofundando-se para elevar-se, projetando-se pelo social e, portanto, pelo humano (4b).

O Juiz deve preencher as áreas abertas para transfundir o Direito na lei e não para fecundá-la artificialmente. Sua principal missão é reduzir, nos limites do possível, as desigualdades da lei, reflexo das desigualdades sociais (4b). Na lição basilar de Néelson Hungria (4a):

"Os preceitos jurídico-penais devem ser interpretados no sentido social e humano para segurança da liberdade e bem estar do indivíduo em face do Estado, sempre propenso ao gigantismo do poder..."

"O Direito penal que deve ser aprendido e aplicado busca encontrar-se com a vida e com o homem para tentativa, jamais desesperada, de contê-lo e corrigi-lo na medida da justiça e da assistência sociais"

É necessário interpretar todo o sistema, de acordo com as luzes da Constituição Federal. Assentando-se na Constituição, o conjunto de princípios básicos do processo penal, claro está que a Justiça Criminal na organização de seus quadros e no funcionamento de seus órgãos, tem de receber direto influxo dos valores éticos e políticos que informam a ordem jurídico-constitucional, explica o Eminent Professor Frederico Marques.

Donde ser imprescindível, para a construção científica dos fundamentos normativos do Direito Processual Penal, a fixação dos princípios constitucionais de que defluem os seus diversos preceitos e que estruturam as suas categorias jurídicas (21a). Para isto, continua o ilustre Professor, não basta o exame isolado de textos em que se definem as garantias individuais. Necessário se torna que a Constituição seja examinada como um todo, a fim de que a dedução dos princípios e regras fundamentais traga em si uma perfeita harmonia com valores supremos da Lei Maior (21a).

A Constituição de 24 de Fevereiro de 1891, trouxe princípios fundamentais a respeito da Justiça Penal. As garantias que proclama, em seu texto, elaborado pelo imortal Ruy Barbosa, reproduzem princípios que desde o humanitarismo de Beccaria e da Revolução Francesa, estruturaram o Estado Democrático de Direito.

Desde essa época, onde sopravam ventos verdadeiramente republicanos, a sociedade passou a ser regida pela lei. Princípios, como o dito acima, foram trazidos de forma explícita para o ordenamento jurídico, como o da presunção de inocência.

Nas sociedades regidas segundo a lei a presunção universal, é a de inocência, diz Ruy. "A Humanidade do nosso Direito presume sempre inocente o acusado, até que se lhe prove o crime. Essa presunção acompanha todo o processo contra ele, desde o princípio da ação até o veredictum" (19c).

Também, a Constituição Brasileira de 1891, art.72, §15, é expressa: "ninguém será sentenciado senão... em virtude de lei anterior e na forma por ela prescrita".

E, dos elementos contemplados nas formas em vigor, tão substanciais à essência do direito considerou alguns, que nega ao legislador a faculdade de aboli-los, prescrevendo, no parágrafo seguinte: "Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa com todos os recursos e meios essenciais a ela" (19c).

Data, porém, de muito mais longe, entre nós, o patrimônio inestimável dessa garantia, ensina Ruy. Não a adquiriu o Brasil por dotação da República. Os constituintes de 1891 não a trouxeram dos Estados Unidos: copiaram-na da Constituição Imperial (art.179, n.ºs.8-11), para onde os mais antigos estadistas brasileiros a haviam transplantado, em 1824, da Europa livre, especialmente da Inglaterra (19c). São princípios cimentados aos alicerces da nossa organização política pelos fundadores da independência nacional, doutrina Ruy Barbosa (19c).

Como a Constituição do Império, no art.179, n.º 11, de que, nesta parte, é transcrição, a Constituição Republicana, art.72, §15, condensa vigorosamente nas seguintes palavras essas garantias: "Ninguém será sentenciado, senão pela autoridade competente".

Definindo o due process of law, em brilhante obra intitulada "Teoria Política", Ruy Barbosa, acrescenta: "...essa exigência constitucional se destina a manter a todos os cidadãos com as formas legais, por um tribunal imparcial, cuja sentença se pronuncie acerca da sua responsabilidade, ouvida a sua defesa...Esses termos aludem a certos direitos fundamentais...".

Como no tempo de Ruy (28a), prosseguimos buscando o modelo de organização nacional que nos permita consolidar, para sempre, o "regime republicano e democrático e fundar uma sociedade justa e moderna num Brasil ainda separado em duas civilizações distintas, a da riqueza e a da miséria, assentado em privilégios inextirpáveis e desprovido do sentimento de solidariedade social.

Não encontramos até hoje esse sistema de convívio, que deve estar presente não apenas nas Constituições mas, principalmente, nos espíritos, e incorporar-se às nossas vidas como uma verdade e um destino (28a). Por isso continuamos pagando, periodicamente, pesado e escuro tributo pela nossa incapacidade.

Desta forma, lembramos o eterno Professor Lyra (4b):

"Como instrumento heróico de garantia da vida do Direito, o Direito penal precisa menos de ciência do que da consciência, mormente consciência social".

1) A Todo o Direito Corresponde uma Ação que o Assegura?

Savigny, membro da Escola Histórica, já dizia que o Direito era um produto histórico decorrente da consciência coletiva dos povos; cada povo em cada época teria seu próprio Direito. Acreditava que no plano material, o próprio Direito se armava quando ofendido. Inspirado ainda neste brilhante jurista tedisco, Clóvis Bevilacqua escreveu grande parte do Código Civil pátrio, que no art.75 do referido diploma, assim dispõe:

"A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura"

O direito subjetivamente considerado é um poder de ação assegurado pela ordem jurídica, sustenta o mestre (5). Todo o direito, doutrina Picard, é provido de uma ação, que é, por assim dizer, o seu tegumento protetor, a força que dele se desprende quando o violam ou ameaçam (proteção-coação) (5).

Assim, o direito estaria envolvido por uma escama, ou melhor, uma pele protetora, cobrindo o homem que tem o seu direito, mais que na verdade era o próprio direito envolvido por essa pele que se armava.

Acerca do tema, Rudolf Von Ihering (6), decompondo o direito, sob um outro ponto de vista, descobre nele dois elementos: "um substancial, que reside no fim prático do direito e consiste no interesse; outro formal, que é um meio de se alcançar esse fim, e consiste na proteção, na ação da justiça".

Acreditavam, igualmente os Romanos, que o direito processual, como dito acima, era o próprio direito material ofendido, que se armava se processualizando.

Já dizia o incomparável Ruy (19b) "Where there is a wrong, there is a remedy". Toda injustiça tem seu remédio jurídico. E continua o imortal Jurista "o princípio é que, em sofrendo agravo uma pessoa, ou uma entidade coletiva, o caso dá lugar a ação judicial (grifo nosso), e há sempre reparo na lei". Todo direito, portanto, assegurado num texto de lei, seja ela fundamental, ou ordinária, goza da proteção dos tribunais, doutrina sabiamente Ruy.

Assim, outros juristas vieram, com o decorrer da própria história e, desenvolveram suas teorias as interpretando de várias formas.

Uma das mais sedutoras influências para o Direito processual civil deste século, sem nenhuma sombra de dúvidas foi o fenômeno Liebman, processualista italiano, que durante a grande guerra nos honrou com sua presença em nossa pátria. Sorte nossa!

2) Liebman

Assim, acreditava este Jurista, que o direito de ação era condicionado à requisitos para sua existência. Era abstrato, autônomo, público, instrumental, constitucional e, condicionado à esses requisitos, que o processo técnico denominou como sendo: Condições da Ação (Teoria Eclética de Liebman).

Condições para que o julgamento da lide fosse possível; pressupostos mínimos e fundamentais que deveriam estar presentes para tornar juridicamente viável o julgamento do mérito da pretensão do autor, que no processo civil podem ser resumidas da seguinte forma: Possibilidade Jurídica do Pedido, Legitimidade das partes e Interesse Processual (art.3.º c/c 267, VI/ CPCB).

Importante lembrar, que especificamente na esfera penal, além destas três condições para o regular exercício (vide n.º 45, pág.59) do direito de ação, exige-se: Justa Causa, que terá sua correta e oportuna abordagem no decorrer da pesquisa.

3) A Possibilidade Jurídica do Pedido Penal, art. 5.º, XXXIX/ CF 1988

No processo civil é negativa ou seja, todo o pedido é juridicamente possível quando o ordenamento não o proíbe expressamente; já no processo penal só há possibilidade

jurídica se a lei estabelecer um fato como crime, a possibilidade jurídica do pedido é a presença do fato típico, ou melhor, a impossibilidade jurídica do pedido é a ausência de fato típico (art.267, VI/ CPC c/c art.3.º, 43, I/ CPP c/c art.1.º / CP c/c art.5.º, XXXIX/ CF).

3.1) Fato Típico Constitucional e a Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade da pessoa humana, conquistada no decorrer da história, elencada logo no artigo 1.º, III da Constituição cidadã, é ferida, quando se enquadra um fato à descrição típica sem a real observação profunda do que aconteceu objetivamente, formalmente, subjetivamente e materialmente. O fato típico, que por sua vez, é formado por: conduta, resultado, nexos causal, imputação objetiva e tipicidade, necessita ser examinado sem desprezo em cada caso concreto, sob pena de se ferir garantia constitucional (art.5.º, XXXIX/ CF):

"Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal"

A própria história, a começar pelo intelectual Beccaria, nos mostra que a luta por um Direito penal preventivo, com bases e limites, pela prévia legalidade de crime e pena, pela proporcionalidade entre crime e pena, é indispensável para segurança do homem frente ao Estado. Só as leis podem determinar as penas fixadas para os crimes (34), proclamava o lendário Marquês. Seus ideais (49), foram consagrados pela Revolução Francesa, figurando na Declaração de Direitos, estes preceitos:

"art.7.º Ninguém pode ser acusado, preso ou detido, senão nos casos determinados pela lei e segundo as formas por ela prescritas..."

"art.8.º A lei só deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias. Ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada"

Neste particular, vamos nos utilizar, das preciosas lições dos imortais pensadores e guerreiros Hungria e Lyra (15a) para compor o assunto em foco, ainda que de forma resumida. Pouco importa que o indivíduo tenha cometido uma ação anti-social ou lesiva desse minimum de moral prática que o direito reclama e assegura, coercitivamente, no interesse da ordem, da paz, da disciplina social: si essa ação não corresponde, precisamente (grifo nosso), talqualmente, a um dos typos de crime recortados in abstracto pela lei, o agente não deve contas à sociedade, por isso mesmo que não ultrapassou a esfera da licitude jurídica (15a). Os códigos penais contemporâneos – disse-o com toda razão Von Liszt – são a "magna charta libertatum" dos delinquentes. O que neles não se proíbe, é permitido.

Ocorre que mesmo existindo lei ("...a lei é um instrumento na mão dos mais sábios..." Tobias Barreto, vide n.º 4a, pág.32), será imprescindível a análise profunda e precisa (como dito acima) do fato típico na teoria do crime, visto que o Direito penal decompõe o ato criminoso em elementos sucessivos partindo da intenção, não correndo o Estado assim, o sério risco de afetar socialmente e moralmente a dignidade da pessoa humana, como veremos a seguir no decorrer da pesquisa.

3.1.1) Doutrina Finalista da Ação

Nosso Código Penal, na reforma de 1984, acatou à teoria finalista da ação, deslocando o dolo e a culpa que faziam parte da culpabilidade para o campo do tipo penal. Apenas duas modalidades de crimes existem, (art.18, I, II) doloso ou culposos.

Já em 1931, Welzel, desenvolveu a doutrina finalista da ação, considerando que toda ação humana é o exercício de uma atividade finalista. Assim, como os seres humanos são entes dotados de razão e vontade, tudo o que fazem

é fruto de um livre impulso racional e volutivo. A vontade é a força motriz de toda ação ou omissão humana. Welzel, atribuiu a sua origem a Aristóteles. Mas sua sistematização e aplicação metódica aos problemas penais deve-se a Welzel (7).

"...não podemos referir nossas ações a outros princípios motores que não estejam em nós mesmos, os atos cujos princípios motores se encontram em nós devem também estar em nosso poder e ser voluntários"

"Tanto para o homem bom como para o mau, o fim se apresenta tal e é fixado pela natureza ou pelo que quer que seja, e todos os homens agem referindo cada coisa a ele"

"...somos senhores de nossos atos se conhecemos as circunstâncias..."
Aristóteles (8).

Dourina Aníbal Bruno (9), que a ação humana é sempre uma atividade dirigida a um fim. A ação não é simples série de causas e efeitos. Quando realiza, o homem pensa em um fim, escolhe os meios necessários para atingi-lo e põe em função esses meios. Prevê as consequências do seu comportamento e dirige a vontade de acordo com essa previsão, diz o ilustre Jurista. Desse modo domina o fato (grifo nosso) pelo conhecimento das causas e transforma-o em uma ação dirigida a um fim, ensina o mestre, muito embora, ainda em 1956, era defensor do conceito naturalista da ação (9). Acerca do tema, na sua mais pura essência, Bobbio ensina:

"O homem é um animal teleológico, que atua geralmente em função de finalidades projetadas para o futuro"

Eis também, os ensinamentos preciosos de Ferri (9a):

"...para que haja crime é necessária uma ação do homem, que, no ambiente social, modifique, ofenda, viole as relações exteriores do homem para homem.

"Na realidade da vida, para que um homem cometa um crime, é preciso, antes de tudo, que tenha a idéia e delibere realizá-la..."

Sem ação não há crime (11). Falta a ação nos movimentos reflexos, de que a vontade do agente não participa e onde, por conseguinte, não há crime, qualquer que seja seu resultado.

Se não se trata de um desses atos chamados explosivos, de vontade instantânea, ação de curto circuito, e sim de um movimento de que a vontade verdadeiramente está ausente, deve-se concluir por um ato reflexo, embora de fisiologia mais complexa, doutrina Maggiore (12) :

"Como exemplo de puro ato de reflexo, poderíamos figurar um espirro violento que determina um movimento da cabeça ou do braço de que resulta dano para coisa alheia, ou que faz cair uma lâmpada e ocasiona um incêndio"

Imaginemos uma conduta, onde uma pessoa é atropelada, resultando a morte. Conduta esta, que decorreu de uma ação sem vontade verdadeira, decorrente de um movimento reflexo: um "espirro violento". Poderá ou deverá o Magistrado não receber a denúncia por falta de fato típico, excluindo o crime por ausência de ação?

Ou ainda, daquele incêndio (ex. citado por Maggiore), suponhamos que viessem a falecer inúmeras pessoas, deve o Magistrado receber ou não a peça inicial?

Cada homem, por experiência própria e pela observação dos outros homens, sabe que os atos humanos são precedidos (e determinados) quase sempre por fatos psíquicos conscientes, doutrina Ferri (9a), mesmo se o início provier da esfera subconsciente, quando não sejam, por exceção, o efeito de inconsciente delírio, ou "atos reflexos" – chamados vulgarmente "instintos

independentes da vontade" (como o empurrar outra pessoa ou uma coisa para evitar instintivamente, por ex., um pedaço de cornija que cai, um cavalo que aparece de repente numa volta, etc.) (9a).

Assim, em uma ótima oportunidade, deixo à palavra aos Juristas Gilberto e Vladimir Passos de Freitas (27), em ótimo exemplo:

" Se inexistente dolo que caracteriza o crime de abuso de autoridade, posto ter a mesma tão-só agido com o rigor, mas atenta a necessidade de seu cuidado para coibir, ou, ao menos, diminuir a incidência do tráfico e o malefício que ele traz aos pobres e desvalidos infames, é de se mandar trancar a ação penal, por faltar justa causa ao processo instaurado"

Trancar a ação penal, e mesmo na fase de recebimento, deve o Magistrado optar em não recebê-la por ausência de fato típico, não existindo possibilidade jurídica para dar à justa causa (sentido amplo) um mínimo de idoneidade e certeza, que a conduta praticada por seu autor era desejada (neste caso era exigível o dolo de praticar injustiças).

Quando evidente a ausência de dolo, também, o habeas corpus, será meio hábil à fazer cessar o constrangimento, diga-se de passagem: constrangimento ilegal. Eis o entendimento da 8.ª Câm. do TACrimSP, citado por Damásio, sendo cabível o writ, para trancar a ação penal por falta de justa causa, quando evidente a ausência de dolo.

Correta a decisão em face da reforma penal de 1984, que, adotando o finalismo de Welzel, considera o dolo como elemento subjetivo do tipo. E se há prova da evidente inexistência de dolo, o fato é atípico, doutrina Damásio, não existindo possibilidade jurídica.

Sem dolo ou culpa não há conduta. Sem conduta não há fato típico e, sem este, não existe crime (30) (grifo nosso). Punir alguém, responsabilizando-o objetivamente, é sancionar a uma pessoa que não cometeu crime, violando o princípio constitucional de reserva legal (art.5.º, XXXIX / CF) (30).

Por isso a necessidade da profunda e real análise do elemento subjetivo, visto que a dignidade da pessoa precisa ser preservada e não violada.

Utilizamos as palavras do consciente Magistrado Ronaldo Leite Pedrosa, do estado do Rio de Janeiro:

"Estatui a Constituição Federal: não há crime sem lei anterior que o defina. O que é definir, senão enquadrar materialmente a ação e o resultado? A Lei Maior afasta a apreciação meramente formal da conduta" (ref. processo n.º 11.169/2000, Nova Friburgo/ RJ)

Vale a pena, neste passo, transcrever o correto pensamento de Carnelutti (48a):

"A ação do homem não é um único ato, mas todos os atos juntos.

"Aquilo que o homem quis não se pode conhecer senão através daquilo que o homem é; e aquilo que o homem é se conhece por toda sua história.

"A vontade de um ato é o seu princípio; e o princípio não se encontra senão ao fim da história de um homem..."

3.1.2) Nexo Causal

O vínculo estabelecido pela relação causal, permite concluir se o fazer ou não fazer do agente foi ou não o que ocasionou a ocorrência típica, e este é o problema inicial de toda investigação que tenha por fim incluir o agente no acontecer punível, e fixar sua responsabilidade penal posteriormente com análise da culpabilidade (13).

O ponto inicial da corrente causa-efeito é a manifestação de vontade do homem. Estabelecer se entre a conduta e o resultado a cadeia causal se manifesta e se mantém é o que faz objeto das várias teorias existentes.

Anibal Bruno (14), desde 1956, já dizia:

" Não há uma causalidade própria do domínio jurídico. Causalidade é um conceito lógico-naturalista que se aplica a toda sorte de fenômenos e assim, também aos fatos puníveis, que, afinal, se realizam no mundo fenomênico. Apenas, no direito, há termos precisos entre os quais intervém a noção de causalidade, e que são a manifestação de vontade do homem e o resultado típico. A consideração do nexos causal precede os juízos de valor próprios da apreciação jurídica. É um dado inicial, puramente objetivo, que nos diz apenas se o acontecer que iremos juridicamente considerar é ou não resultado causal da vontade manifesta do homem. Por isso, ultrapassam o problema da causalidade as teorias que incluem no seu conteúdo juízos de valor de relevância jurídica "

O Código Penal Brasileiro, resolve o problema da causalidade, optando pela teoria da equivalência das condições (*conditio sine qua nom*); a essa teoria, é atribuída a Julius Glaser, é a que tem maior aceitação na doutrina para estabelecer o critério identificador da vinculação existente entre conduta e resultado.

A fórmula da *conditio sine qua non* implica na aplicação do processo hipotético de eliminação, segundo o qual eliminando-se mentalmente a ação indaga-se sobre a produção do resultado, da forma como ocorreu. Nessa perspectiva, a conduta será considerada causa do resultado quando se puder afirmar que, sem ela, o resultado não teria acontecido.

A doutrina não parece haver encerrado a discussão do tema da causalidade (vide Imputação Objetiva n.º 17, n.º 17a), a elaboração e seu desenvolvimento realmente continua.

3.1.3) Resultado

Não existe crime sem resultado (15). Todo crime produz um dano, ou um perigo de dano, criando uma alteração, violando um bem ou interesse que a lei protege, embora, às vezes, não seja perceptível pelos sentidos, consoante bem elucida o mestre Hungria.

Também, para Bitencourt (16), forçoso é concluir que não há crime sem resultado, pois, admitindo-se o resultado concebido como evento, num conceito jurídico, identificando-se com a ofensa (dano ou perigo) a um bem jurídico tutelado pela norma penal, não há crime sem resultado, como dito acima.

3.1.4) Imputação Objetiva

A imputação objetiva, pretende substituir o dogma causal material por uma relação jurídica (normativa) entre conduta e resultado.

Segundo Alfonso Serrano Gomes (17), se trata de atribuir juridicamente a alguém a realização de uma conduta criadora de um risco proibido ou de haver provocado um resultado jurídico.

A imputação objetiva é ainda uma teoria em discussão no Brasil; deve-se a Gimbernat Ordeig a introdução da teoria, logo após a segunda guerra mundial, na Alemanha, diz Damásio (17). A vontade e a necessidade de limitar a causalidade sem que fosse preciso recorrer à análise de dolo e culpa não é de hoje. O dogma da causalidade precisava ser revisto, continua o ilustre jurista. Depender só da ausência de dolo ou culpa não se afigurava mais suficiente. Nasceu então a idéia de limitar o nexos causal, conferindo-lhe um conteúdo jurídico e não meramente naturalístico, nos conta Fernando Capez (17a). Ao contrário da equivalência dos antecedentes, não será sequer necessário indagar acerca do dolo ou culpa. Se o risco era tolerado socialmente, não haverá causalidade.

"O médico confia que o auxiliar vá lhe passar um bisturi esterilizado, se isto não ocorrer e o paciente morrer de infecção, o cirurgião não terá criado um

risco proibido e, assim, não responderá pelo resultado. A sociedade não exige que ele confira a higienização durante a operação, entendendo ser natural que o médico confie em seu enfermeiro"

O fato é atípico por ausência de imputação objetiva (17a). Não haverá fato típico quando, a despeito de realizar a conduta descrita no tipo penal, o agente tiver se comportado dentro de seu papel social, fizer exatamente o que a sociedade dele espera, diz o ilustre Professor (17a). Quando a sua conduta nada mais representar do que um comportamento absolutamente normal, não haverá fato típico. Nessas hipóteses, o risco criado para a violação do bem jurídico torna-se um risco tolerado. Se o risco era tolerado socialmente, não haverá causalidade; o fato, é atípico por ausência de imputação objetiva, doutrina Capez.

Haverá conduta típica, somente quando o autor se comportar de modo anormal do que dele espera a sociedade, criando um risco relevante para a violação do bem jurídico.

3.1.5) Tipicidade: Garantia e Segurança

O crime é fato social das mais graves consequências jurídicas e não fato jurídico de aspectos sociais (4). Certo é que, o crime, deve ser punido, mas para que isso ocorra, será necessário primeiramente, adequar o fato relevante a um tipo penal.

A descrição clara das circunstâncias do fato punível é a garantia e segurança de uma definição dos fatos em razão dos quais a pena é aplicada (43, I CPP c/c art.1.º / CP c/c art.5.º, XXXIX/ CF). Lembrando antes de tudo, que as leis de ocasião constituem regresso a formas primitivas de reação social (4a).

"A fonte única do direito penal é a norma legal. Não há direito penal vagando fora da lei escrita. Não há distinguir, em matéria penal, entre lei e direito. A lei penal é, assim, um sistema fechado..." Nelson Hungria (18).

O ordenamento jurídico constrói assim, um grupo de corpos penais, que tem de ser realizada em concreto pelo fato violador relevante, para que este seja considerado crime. Pois como dito acima, o direito penal surge da lei penal. Ruy Barbosa (19), já doutrinava de forma magnífica:

"A santidade da forma é a garantia da santidade do direito "

Assim, como na vida de Ruy, que exauriu-se nesse esforço de pregar a expressão veraz do direito na fidelidade incorruptível da lei, será de suma importância, esse reflexo direto da lei penal descrevendo uma conduta ilícita na órbita do Direito. Pois a garantia do Direito, e nesse caso o da sociedade, é garantida pela lei penal constitucional, que também há de proteger o indivíduo como cidadão de direitos (art.5.º, XXXIX c/c art.1.º, II, III da CF 1988). "A justiça, porém, gira unicamente no círculo das relações, acerca das quais o dever e o direito se determinam pela vontade positiva da lei" (19b). "A base da democracia no século dezenove é a mesma que há dois mil e quinhentos anos: a religião do direito" Ruy Barbosa (19c). Não podendo esquecer de mencionar, o não menos festejado Clóvis

Bevilaqua (4a):

"Se existe noção de crime é porque existe Direito"

Tipicidade, seria assim, na lição do eminente professor Aníbal Bruno (23), a conformidade do fato àquela imagem diretriz traçada na lei, é a característica que apresenta o fato quando realiza concretamente o tipo legal.

"A tipicidade, esta há de ser inflexivelmente caracterizada", doutrina Lyra (4b).

Fato relevante (grifo nosso) para o Direito Penal (21) é todo aquele que se enquadra na descrição típica dos mandamentos incriminadores em que a lei descreve condutas delituosas e puníveis e que é levado ao conhecimento dos órgãos persecutórios pela notícia crime, e que, posteriormente, é deduzido na acusação (21). Ou então algum outro fato que possa implicar violação do direito penal de liberdade, como a coação ilegal descrita na petição de habeas corpus, doutrina o eminente Professor Frederico Marques (21).

3.1.6) Teoria Dogmática-jurídica da Tipicidade

O princípio da legalidade no direito penal é a premissa da teoria dogmática-jurídica da tipicidade, de Ernst Beling, consoante bem elucida o grande mestre Hungria.

Beling faz notar que o tipo legal é um conceito fundamental para todo o Direito punitivo. O tipo é o ponto de referência obrigatório para a apreciação jurídica do fato: a tipicidade se mostra inteiramente independente e isolada da antijuridicidade; a sua função é só oferecer o molde a que se ajuste o fato, para constituir o crime (23).

Talvez este Jurista, já enxergava princípios como o *in dubio pro reu*, que deveriam ficar resguardados, não precisando o réu provar sua não culpa, e sim, à acusação teria exclusivamente esta função: a de provar a culpa. (vide n.º 45, pág.310, n.º 51, pág.205/221).

A esta posição de Beling contrapõe-se a opinião de autores como Mayer, que, embora afirme que se deve distinguir nitidamente antijuridicidade e tipicidade, atribui ao tipo legal a função de indício do antijurídico, mas somente até prova em contrário. Fora do tipo não existe antijuridicidade penalmente relevante.

A tipicidade então, induziria à antijuridicidade. Ora, "somente até prova em contrário", pode acarretar um grande ônus para o réu frente ao Estado.

Ao Ministério Público é que cumpre então, trazer para os autos elementos de convicção que demonstrem os fatos articulados na peça acusatória, o mesmo acontecendo com a defesa no que diz respeito aos elementos probatórios da inocência do réu.

Em princípio, toda ação típica é ao mesmo tempo e necessariamente antijurídica, uma vez que configura a hipótese que a lei considera punível e, portanto, juridicamente ilícita. Esta conclusão só não é válida quando, embora o fato realize o tipo penal, a lei o considera lícito (art.23, I, II, III). Somente assim pode haver tipicidade sem antijuridicidade (25). Lembrando que caberá a Defesa provar a não ilicitude do fato, o que parece injusto. Pode haver também antijuridicidade sem tipicidade, mas o ilícito assim configurado não tem relevância para o Direito Penal, doutrina Mayer (26):

"O preso que foge à prisão, age antijuridicamente, porque está juridicamente obrigado a cumprir a pena, mas não age tipicamente, porque a fuga à prisão não corresponde a nenhum tipo legal " (vide Lei 7.210/84, art.50, II)

O importante é não perder a tipicidade, sua posição na estrutura do crime, a posição que lhe deve ser atribuída em todo regime jurídico punitivo que não pretenda afastar-se das reservas de garantia dos direitos individuais.

Infelizmente, ainda não se conseguiu a desejável uniformidade no emprego da palavra tipo (originariamente no alemão: Tatbestand).

3.1.7) O Habeas Corpus e a Falta de Criminalidade do Fato

A falta de criminalidade do fato, que se imputa ao paciente, doutrina o mestre Espínola Filho (46), é caso típico de carência de justa causa para prisão, ou ameaça de detenção. Verifica-se, pelo julgado do Supremo Tribunal (20 de dezembro de 1946, no habeas corpus n.º 29.606):

"Nenhuma dúvida quanto a ser o habeas corpus remédio adequado para fazer cessar o processo, quando o fato imputado não é definido, em lei, como crime, pois o confronto narrado na denúncia com a definição legal do crime, a fim de se verificar se aquele corresponde exatamente a esta, não depende de indagação e há que se fazer desde logo, nos termos do art.43 do código de Processo Penal. Se, porém, a desconformidade entre o fato e a figura legal do crime não é evidente, o feito prossegue"

O incomparável Promotor de Justiça Roberto Lyra, na clássica obra "Criminologia"(31), exemplifica um caso concreto, em que o Magistrado julga improcedente denúncia contra um casal preso em flagrante quando, depois da meia noite, praticava relações sexuais dentro de um automóvel, vamos ao caso:

"A conjunção carnal não pode ser tida como ato obsceno. E, praticada no interior de um carro fechado, de madrugada e numa rua deserta, jamais poderá ser tida, também, como ato obsceno em lugar público ou aberto ou exposto ao público. Os investigadores tiveram que abrir a porta do veículo, a fim de surpreenderem o casal. Há exagero nessa repressão sempre que se verificar fora dos pontos movimentados da cidade e dos subúrbios e, para constatar-se a prática de atos libidinosos, precisa o policial inspecionar o interior de veículo fechado e parado em local de trânsito facultativo e raro. Em casos assim, não haverá delito a punir. A prisão do casal e a inevitável divulgação do fato terão repercussões mais nocivas à sociedade do que aquilo que a ação policial procurou impedir, incursionando, muitas vezes, pelo ridículo, como já tem sido registrado pela imprensa. O auto de flagrante não poderá subsistir, e a coação será ilegal, obrigando o Juiz a mandar apurar a responsabilidade da autoridade (Cód. de Proc. Penal, artigos 302, n.º I, 648, n.º I e 653, §)".

E continua o saudoso Jurista, com a brilhante obra intitulada "Teoria e Prática da Promotoria Pública, pág.68" (32):

" O promotor tem o direito, se não a obrigação, de discutir a lei que aplica.

Mais de uma vez tenho deixado de denunciar....

" Mais de uma vez tenho deixado de pugnar pela condenação...

"E, certo dia, quando tive de acusar, no Tribunal de Juri, uma ré de infanticídio, defendi-a."

Noutro livro (4b), continua o grande Mestre: "Compenetrado de que o ministério público é a magistratura em pé, acusei, imparcialmente, D.S. Apreciei o laudo, assinalando, também, tudo quanto era favorável à defesa". Príncipe dos Promotores de Justiça (32a), Mestre Lyra, em 1944, já ensinava:

"Qual a obra do Estado, quando ativo e superior, apenas para castigar cega

e arbitrariamente?

"Os direitos do Estado supõem o dever de assegurar a prevenção pela justiça social e pela garantia das necessidades elementares"

Mesmo o Promotor de Justiça, pode e deve discutir a lei de que não é apenas executor, mas órgão, fiscal, aplicador esclarecido e consciente. Não só discutir a lei, mais o fato ocorrido.

A lei equipara aos ilícitos penais fatos comezinhos (4a). O campo da ilicitude penal cresce sempre, criando novos litígios doutrinários e jurisprudenciais, donde flutuações e perplexidades que ameaçam, se não prejudicam, tanto os direitos individuais quanto os direitos sociais, consoante bem elucida o ilustre Professor (33).

Donde a conclusão de que se procura, no processo penal (21), a aplicação justa das normas de Direito penal a uma pretensão fundada em fato penalmente relevante (grifo nosso), que constitua objeto da função jurisdicional, ensina Florian (21).

4) A Legitimidade das Partes

Aquela que pede, parte ativa, e aquela em face de quem se pede, parte passiva, a tutela jurisdicional. A legitimidade das partes, expressão que ficou consagrada na lição do mestre Frederico Marques (35):

"...existência de pretensão, subjetivamente razoável..."

Também conhecida como pertinência subjetiva da lide (art.267, VI/ CPC c/c art.3.º, 43, III/ CPP), isto é, o reconhecimento do autor e do réu, por parte da ordem jurídica, como sendo as pessoas facultadas a pedir uma providência perante ao Estado.

Em nosso ordenamento, parte legítima para promover a ação penal pública (condicionada ou incondicionada), é o Ministério Público. Sua legitimação não decorre de um interesse no conflito entre agressor e agredido, mas sim da lei, doutrina Tourinho (36). O impulso oficial ao processo, quem dá é o Ministério Público.

Porém, em face de razões de Política Criminal, o Estado concedeu à vítima do crime, o direito de acusar, de promover a ação penal. Nesses casos de ação privada, só o ofendido é quem deve promovê-la. Por isso se diz que, nessas hipóteses, existe para o ofendido legitimatio ad causam extraordinária, porquanto a verdadeira parte legítima ad causam é o Ministério Público, órgão oficial (37).

A ação penal, de fato, é sempre pública, lembra Frederico Marques (60a), mas essa qualidade lhe advém, não da circunstância de ser penal, e sim porque toda ação é um direito público subjetivo em face do estado-juiz. O direito de ação, quer na justiça criminal, como nas jurisdições civis, é sempre um direito público subjetivo de caráter instrumental. Mas a distinção traçada pelo Código é perfeitamente aceitável, porque descansa na legitimidade para agir. Além disso, continua o mestre, não se transfere ao particular, nas ações penais privadas, o direito de punir, mas apenas o direito de acusar, existindo assim a chamada substituição processual (60a). Acerca do tema discorre Aloysio Filho Carvalho (43):

" Definido o direito de punir como um direito do Estado, e sendo a ação penal o instrumento da sua realização, não se compreenderia, a rigor, a ação privada. Toda ação é pública, posto que ao indivíduo caiba, excepcionalmente, a iniciativa do seu exercício"

A queixa da parte ofendida, essencial na ação privada, não é senão uma condição para o exercício da ação penal, esclarece Florian (43). Não lhe altera a estrutura, nem contraria o seu caráter de ação pública.

Mesmo nos casos de ação pública, o ofendido poderá promover a ação penal se, por acaso, o órgão do MP não a promover no prazo legal (art.29/ CPP c/c art.100 §3.º / CP c/c

art.5.º, LIX/ CF), visto que a omissão do órgão oficial legitima a vítima participar da atividade judiciário-penal, solução mais que lógica num regime democrático.

Assim, na mais grave das infrações penais (ex:homicídio), vigora também o princípio da oportunidade, quando o MP não oferece a ação, esta pode ser substituída pela ação penal privada subsidiária da pública, pela família da vítima.

A disposição do Código não tem alcançado, todavia, entendimento pacífico, no caso do Ministério Público, ao invés de apresentar denúncia, requeira o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação (vide n.º 43, pág.29, n.º 23a, pág.238,239 e n.º 51a, pág.103).

Eis as lições esclarecedoras do eterno Professor Lyra (38):

"Primitivamente a ação penal era privada da vítima, competindo-lhe a iniciativa, a desistência, a renúncia, a movimentação, a execução. Não havia distinção entre a ação penal e a ação civil, que se processavam de forma, substancialmente, equivalentes. Justiça privada. Depois, esse papel se transmitiu ao Juiz, através do procedimento ex-officio. Justiça oficial. Hoje, a ação compete de preferência, ao Ministério Público. Justiça pública. Amanhã, juiz, defesa, acusação se concentrarão num órgão único. Justiça social".

Roberto Lyra

4.1) Legitimação Passiva Ad Causam

Também, falta legitimação passiva ad causam quando sanção penal alguma pode ser imposta no delito que a acusação descreve, à pessoa a quem se atribui a sua prática. É o que ocorre com os casos de imunidade parlamentar, e com os fatos típicos praticados por menores de dezoito anos (60).

No que diz respeito à menores, segundo a lei, cometem ato infracional (art.103 c/c art.104 c/c art.114 da Lei 8.069/90 c/c art.27 /CP c/c art.228/ CF de 1988), visto que não tem capacidade para lhe ser juridicamente imputado a prática de um fato punível, segundo critério biológico, faltando culpabilidade. Podendo ser aplicadas medidas sócio-educativas de acordo com o art.112 da referida lei.

Diga-se de passagem, sem querer sair do principal enfoque da pesquisa, que para o ilustre Bevilacqua (4a), deveriam coincidir a capacidade civil e a criminal, pois aquele que está apto para exercer, pessoalmente, os atos da vida civil, porque investido de capacidade política, há de ser considerado plenamente capaz nos domínios do Direito penal, tanto para sofrer a pena quanto para invocar defesa. O problema não é fisiológico ou psicológico, pois implica um sistema, um modo de ver ou de conceber a organização social (4a).

Consoante bem elucidada Florian, justificou a fixação da maioria penal aos dezoito anos com algumas diminuições e variações em confronto com os adultos até os vinte e um anos (49). Eis as lições conscientes de José Cândido de Albuquerque Melo Matos (4b):

"Puni-los? Nunca. Cumpre-nos defende-los, assisti-los, ampará-los, alojando, alimentando, vestindo, ensinando, educando, curando, fortalecendo, habilitando, com ofício, à vida futura. Para os menores, justiça social e não justiça penal"

Em brilhante projeto de Código Criminal (1913), Galdino Siqueira, estendeu o tratamento tutelar (recolhimento à casa de reforma) também aos menores entre 18 e 21 anos, competindo ao arbítrio do Juiz fixar o tempo até o máximo de 7 anos.

4.2) O Juiz e a Busca da Verdade Real

O Juiz exerce o poder de julgar e as funções inerentes à atividade

jurisdicional. Certo é que a lei processual autoriza o juiz a, ex officio, investigar a verdade. Porém, subsidiariamente, como se observa no art. 156 do Código de Processo Penal Brasileiro (39) .

O processo criminal norteia-se pela busca da verdade real, alicerçando-se em regras como a do referido artigo, que retira o Juiz da posição de expectador inerte da produção da prova para conferir-lhe o ônus de determinar diligências ex officio , sempre que necessário para esclarecer ponto relevante do processo, esclarece Damásio (40), (Princípio da Livre Investigação das Provas).

Acerca do tema, lucidamente discorre Carnelutti (48a):

" As provas servem, exatamente, para voltar atrás, ou seja, para fazer, ou melhor, para reconstruir a história.

"Como faz quem, tendo caminhado através dos campos, tem que percorrer em retrocesso o mesmo caminho? Segue os rastros de sua passagem...o risco é errar o caminho...

"...é tanto mais notório quando o passado se reconstrói para se decidir o destino de um homem"

Neste particular, vamos nos utilizar, das preciosas lições do Professor Tornaghi (45) para compor o assunto em foco, ainda que resumidamente. Prova penal é uma reconstrução histórica (45); o procedimento de prova é realmente uma reconstituição do fato criminoso; todo o processo está penetrado da prova, embebido nela, saturado nela. Sem ela, ele não chega a seu objetivo: a sentença. Por isso a prova foi chamada "alma do processo" (Mascardo). É certo que o processo é atividade empírica, nem sempre compatível com uma lógica formal e abstrata: a realidade não tem lógica. Mas aí entra a sabedoria do juiz, aquilo que os romanos chamavam prudentia.

Provar, no processo penal, significa fazer conhecer a outros uma verdade material conhecida por nós. É a reunião dos meios aptos a convencer o espírito de quem julga.

Ensina o mestre Ronaldo Leite Pedrosa (54a):

"Hoje, sabemos que a prova somente pode ser admitida se lícitamente recolhida (C.F art.5.º, LVI).Classifica a doutrina a prova como legal ou ilegal. Esta, se subdivide em: ilícita (quando agride as normas de direito material, vedada pela lei maior), e ilegítima (quando agride as normas de direito processual, encontrando repúdio na legislação infraconstitucional)". No processo penal o Juiz deve atender ao descobrimento da verdade real/material, como fundamento da sentença (art.93, IX/ CF), e só excepcionalmente o Juiz penal se satisfaz com a verdade formal, quando não dispõem de meios para assegurar a verdade real (CPP, art.386, VI), doutrina Grinover (41).

O poder discricionário do Juiz está contido no âmbito da lei, não se confundindo com arbítrio: o juiz age, na direção do processo, consoante bem elucida a ilustre Jurista (41).

Antes de tudo, a sentença deveria se basear na certeza moral do magistrado, claro que sempre motivada (art.93, IX/ CF). A livre investigação é um instrumento que a lei coloca a disposição do juiz para informar sua livre convicção; um princípio está vinculado com o outro. O juiz deve procurar convencer os outros e a si próprio. O Tribunal caso não se convença, modificará a sentença, e antes, se as próprias partes também não se convencerem, recorrerão.

A busca da verdade real ou material, doutrina Afrânio Silva Jardim (51), consagrada na segunda parte do art.156 do Código de Processo Penal, é

uma decorrência da própria natureza do bem da vida e valores (grifo nosso) que justificam a existência mesmo do processo penal: o interesse do Estado em tutelar a liberdade individual (51).

Partindo do princípio, que a pretensão é a exigência de subordinação de um interesse alheio a um interesse próprio e, no Direito Civil o interesse alheio, como o interesse próprio, ambos são patrimoniais, no crime, o interesse alheio é a liberdade e o interesse próprio é a defesa da sociedade, não podendo as partes barganhar, visto que o interesse e a necessidade estarão sempre presentes no Direito Penal.

O acusado é inocente ou culpado? Essa é a tarefa do direito processo penal: saber a resposta.

Sempre existirá em um Direito Penal verdadeiro, a busca de uma verdade não hipócrita e, sempre estarão presente interesses necessários que não poderão jamais ser comprados ou barganhados. Repetindo: Há sempre um sentimento de justiça dominante, haverá sempre!

Novamente, nos utilizamos, das profundas e preciosas palavras do Professor Tornaghi (45) para finalizar este ponto, ainda que resumidamente. "A grande aspiração do jurista, sobretudo em matéria criminal, é a justiça. O juiz, mais que qualquer outra pessoa, é quem a realiza. Isso, entretanto, não é fácil. Julgar não é apenas tarefa de ciência nem somente de arte, mas de religião, de execução de uma obra que só Deus pode efetuar perfeitamente. "O juízo é de Deus", está dito no Deuteronômio (I, 17). "Que homem é suficientemente Deus para julgar outro?". Uma coisa é certa: a missão do juiz é sobre-humana e ultrapassa os limites deste mundo. É, na verdade, uma tarefa religiosa. De todos os encargos cometidos às pobres criaturas, o mais difícil e mais espinhoso, o de maior responsabilidade moral, é o do juiz. Não lhe basta avaliar um fato, o que já não seria pouco; incumbe-lhe penetrar no mais íntimo da alma, revolver os profundos e obscuros escaninhos da mente, por vezes não apenas sombrios, mas tenebrosos; importa-lhe conhecer e ponderar as taras e os defeitos herdados ao acusado pelos ancestrais; o temperamento e o caráter; as emoções, as paixões e tudo que pode influir na inteligência e na vontade; tem de fazer a síntese desses dados para chegar a uma noção sobre a personalidade. E ainda assim não pode estar seguro de haver conhecido o homem, o grau de liberdade interior com que agiu e, conseqüentemente a medida da responsabilidade".

5) Legítimo Interesse Processual

Se move pelo trinômio: necessidade, utilidade e adequação. Existe quando a parte tem a necessidade de ir a juízo para alcançar a tutela pretendida; significa univocamente, entidade que tem eficácia endoprocessual (42), ou para outros doutrinadores, interesse de agir.

Para que haja interesse de agir, é necessário que o autor formule uma pretensão adequada, ou seja, um pedido idôneo (grifo nosso) a provocar a atuação jurisdicional, consoante bem elucida Frederico Marques (60).

"O Direito, é um filho da necessidade, ou melhor, é a necessidade mesma"

A adequação significa: a adaptação dos fatos ao pedido, a formalização correta de um pedido.

Por último, a utilidade: o processo precisa ser útil para o Estado manifestar sua pretensão (art.267, VI/ CPC c/c art.3.º, art.43, II/ CPP), não adiantando mais de nada, caso já extinta a punibilidade (art.107/ CP), houver a própria prescrição ou outra causa.

De boa hora lembrar o jurista Aloysio de Carvalho Filho (43):

" ...A legitimidade da punição cessa desde o momento em que a sua inutilidade se evidencia..."

Insistir na pena para determinado crime, só porque é crime, e, como tal, deve ser punido, é criar, dentro do direito penal, uma contradição palpitante entre os seus fins teóricos e a efetivação prática desses fins, diz o ilustre Jurista. Ausente o interesse de agir (60), falta justa causa para propositura da ação penal (art.648, I CPP).

Faculta-se o habeas corpus (46), para fulminar o constrangimento ilegal por falta de justa causa, quando, ao ser decretada a prisão, já estava extinta a punibilidade (grifo nosso), doutrina Espínola Filho, pois, nessa situação, autor da infração punível, já não pode ser punido (inúmeros acórdãos têm eliminado, por meio de habeas corpus, o constrangimento, quando ocorre a prescrição – Seção Criminal do Tribunal de Apelação de São Paulo, 9 de abril de 1946, habeas corpus n.º 4.102; Tribunal do Espírito Santo, 5 de setembro de 1947, habeas corpus n.º 1.786).

Em cada caso concreto, na lição de Ada Pellegrini Grinover (44), a prestação jurisdicional solicitada há de ser necessária e adequada. Tendo embora o Estado o interesse no exercício da jurisdição (função indispensável para manter a paz e a ordem na sociedade), não lhe convém acionar o aparato judiciário sem que dessa atividade se possa extrair algum resultado útil, ensina Grinover .

Só existirá legítimo interesse para prática de um ato jurídico quando este for correlato a algum fato ilícito (sendo ainda útil para o Estado) que torne cabível a limitação ao jus libertatis, pois se o interesse, na definição de Carnelutti é a "utilidade específica de um ente no tocante a outro", assim, a coação praticada pelo Estado necessita ser legítima, caso contrário, faltará justa causa (em sentido amplo – art.648, I / CPP) para o ato coativo.

Desta forma, essas são as chamadas condições para o regular exercício da ação.

Realmente, não se trata de condição para existência do direito de ação (o direito de ação existirá sempre), que é Direito subjetivo público pré-processual, direito cívico, mas de requisitos para o exercício regular desse direito, doutrina Tornaghi (45)

No momento em que é proposta a denúncia ou queixa, que o Juiz irá apreciar a peça inicial, tenta ele enxergar a relação de direito material para estabelecer se estará presente as Condições da Ação.

6) A Justa Causa no Direito Brasileiro

A estas três condições para o regular direito de ação, seu exercício na esfera penal, acrescenta-se mais uma: A justa causa.

Já mostrara Oliveira Machado, citado por Frederico Marques (48) , que a justa causa não pode ser definida em absoluto.

Vários juristas, também citados por Espínola Filho (46), diziam que ela, a justa causa, não teria definição, em forma absoluta, pelo que afirmam ficar ao critério do juiz apreciar a injustiça, ou justiça, da razão determinante da coação, afim de considerar legal, ou não, o constrangimento, pode informar-se que falta a justa causa, quando o constrangimento, a violência, não tem um motivo legal.

Segundo Hungria (47), há violência (constrangimento) legal, a que a lei autoriza e norma com a finalidade de assegurar a sua própria eficiência, que, sem isso, se comprometeria, frustando-se, mesmo. Em contraste com essa, continua o mestre, há a violência não legal, mas arbitrária; é a aplicada fora dos casos ou além da medida estabelecida pela lei.

Para Ruy Barbosa (48), coação pode ser definida como a pressão empregada em condições de eficácia contra a liberdade no exercício de um direito, enquanto a violência é o uso da força material ou oficial, sob quaisquer das duas formas, em grau eficiente para evitar, contrariar ou dominar o exercício de um direito.

Em sentido amplo (48), a coação pode ser tida como nomen juris de toda e qualquer limitação à liberdade individual, abrangendo, assim, a violência. E é nesse sentido genérico de constrangimento que o art.648 do Código de Processo Penal Brasileiro define os casos

de ilegalidade da coação.

Espínola, desde os meados da década de 40, já descrevia a idoneidade que a ação deveria ter. Segundo o mestre:

" justa causa é que, na tradição do nosso direito, legitima a coação, vedando a incidência, sobre esta, do Habeas Corpus"

Sem a idoneidade, o processo se transforma em uma coação ilegal (art.648, I/ CPP), em um indevido processo ilegal, claro que amparado por habeas corpus: garantia constitucional com natureza de ação constitucional penal, santo remédio constitucional que precisa ser respeitado e enxergado pelos aplicadores do Direito, no sentido de que o referido artigo do CPP, perderá sua natureza caso não haja uma razoável amplitude de sua interpretação, para que a liberdade de locomoção possa ter a garantia rápida e eficaz que merece, conquistada no decorrer da própria história do Direito. O Direito penal associa-se ao flagrante maravilhoso da construção histórica (4c). Com seu brilhantismo de sempre, Lyra (4b) ensina:

" Pedi sempre o arquivamento dos inquéritos policiais ou peças de investigação, quando não se caracterizava, a rigor, justa causa para denúncia. Isto não excluía denúncia mediante novos elementos"

"Quando concedido habeas corpus por falta de justa causa para ação penal deve ser apurada a responsabilidade do promotor e do juiz que recebeu a denúncia pelos vexames ilegais causados ao denunciado. O deferimento do writ é o reconhecimento da evidência do erro" (4b).

Desta forma, por pouco que se reflita, doutrina Carnelutti (48a), parece claro que os erros judiciários, também de grande porte, são muito mais numerosos do que se pensa. Todas as sentenças de absolvição, continua o magnífico Jurista, excluídas aquelas por insuficiência de provas, implicam a existência de um erro judiciário. Os erros são atribuídos à insuperável limitação do homem, não dando lugar a responsabilizar quem o comete; mas é justamente esta irresponsabilidade que marca um outro ponto a desmerecer o processo penal. É, portanto, a hipótese da absolvição, a qual descobre as misérias do processo penal, que, em tal caso, tem somente o mérito da confissão do erro (48a). Deste modo, ou por negligência ou por falso pudor, escondem-se aquelas misérias do processo penal que devem, ao invés, ser conhecidas e toleradas, a fim de que se faça a avaliação que se deve fazer da justiça humana (48a).

Assim, contra atos de coação (como o recebimento da denúncia sem justa causa), cabe o pedido de habeas corpus, porque a injustiça é a mãe da violência (4a), ensina Afrânio Peixoto.

Já em 1907, o Supremo Tribunal Federal, citado por Pontes de Miranda, já se manifestava e decidia:

" A garantia do habeas corpus é de natureza constitucional e promana de mandamento desta, de regra nela contida; regra que não pode ser interpretada ou aplicada restritivamente contra a liberdade individual não obstante quaisquer disposições da lei ordinária, a esse respeito, ou em contrário"

Normas específicas do Código de Processo Penal (50), na lição do professor Roberto Lyra, revelam extremoso e minudente apreço pela liberdade individual, sem prejuízo, é claro, da defesa social. Assim por exemplo: "os juizes e tribunais tem competência para expedir, de ofício, ordens de habeas corpus, quando no curso do processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal (art.654, §2.º); o habeas corpus pode ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como Ministério Público (art.654); o detentor será preso e processado, se desobedecer à ordem de apresentação do paciente (art.656, §)".

Assim, desenvolvendo a teoria, vários mestres definiram a justa causa:

" Justa causa significa causa segundo o direito, causa lícita, ou causa que a ordem prevê"
"...faltarà justa causa para a coação, sempre que esta se apresente como ato contra jus"
Frederico Marques (50a).

" A expressão justa causa do art. 648 I, quer dizer causa legítima e não se confunde com ausência de elementos de convicção" Nelson Hungria (46).

" Justa causa é a causa suficiente baseada em lei, é aquela sem a qual a coação não terá base em lei" Hélio Tornaghi (50c).

"Justa causa é aquela que é conforme ao direito" Tourinho Filho (50d).

Recentemente, o ilustre membro do Parquet, Professor e Jurista Afranio Silva Jardim (51), nos ilumina com uma definição mais precisa da quarta condição da ação:

"Justa causa é suporte probatório mínimo em que se deve lastrear a acusação, tendo em vista que a simples instauração do processo penal já atinge o chamado status dignitatis do imputado. Tal lastro probatório nos é fornecido pelo inquérito policial ou pelas peças de informação, que devem acompanhar a acusação penal, arts. 12, 39, § 5, e 46, § 1 do CPP" Também, o iluminado Jurista Weber Martins Batista (46a) doutrina:

" As garantias expressas e implícitas nas constituições dos países democráticos têm levado suas leis de processo a impedir que alguém seja levado às barras do tribunal sem que haja contra ele um mínimo de prova (grifo nosso), um fumus bonis iuris.

" Antes de iniciada a ação, a denúncia é submetida ao controle do juiz e uma das coisas que deve este verificar é se tal peça está instruída com a informatio delicti, consubstanciada em inquérito policial ou em outras peças de informação que fundamentem a suspeita de crime e o interesse de agir".

Weber (46a), citando Grinover, em decisão do TACRIM-SP, entendeu correto o não recebimento de denúncia sem esse princípio de prova (grifo nosso), pois a mera suposição "não justifica o desencadeamento de um processo criminal, que representa, por si só, um dos maiores dramas para a pessoa humana... Por isso é que um mínimo de "fumo de bom direito" há de exigir-se, para que se leve adiante o processo" (Ac.un., 2.ª Câm., 24.08.1981, Rel. Juiz Amaral Salles, JUTA 67/225). Continua o ilustre mestre (46a): "Se a inexistência desse mínimo de prova for evidente, indubitosa, pode o Tribunal, em pedido de habeas corpus, determinar o trancamento da ação. Foi o que decidiu a 2.ª Câmara desse Tribunal:

A polícia promove as diligências devidas desde a prática da infração (52). Ela encaminha os resultados ao Ministério Público. Desde então, o processo pertence ao Poder Judiciário. De qualquer modo, a polícia não trabalha independentemente na sua missão de indicar criminosos à justiça. É impossível abandonar nas mãos da polícia, que procede unilateralmente e, as vezes, secretamente, a sorte de um acusado. A polícia é apenas um anexo da justiça, consoante bem elucida o Professor Roberto Lyra.

Claro que a Polícia, necessita de um certo arbítrio para poder realizar suas funções, arbítrio que deve ser exercido dentro dos limites da sua necessidade e da lei. Sem o emprego da força, a lei se tornaria impotente. Mais a prévia tarefa de informar o delito não pode ferir a liberdade do indiciado, não autorizando medidas acautelatórias de coação, a não ser se estiver de acordo com a lei (art.5.º, LXI/ CF).

Assim, não há de se confundir atos discricionários dos arbitrários, embora a linha que os separa não é muito clara, mas como dito acima, deverá ter base em lei e ser necessária. É preciso tenhamos sempre presente a justa ponderação feita por Galdino Siqueira (53), de que o inquérito policial não é um ato judicial, um processo regular, pelo qual possa haver condenação ou absolvição, mas é um ato extrajudicial, da polícia judiciária, uma informação preparatória e preventiva, feita enquanto não intervém a autoridade judiciária competente, ou, em síntese, uma peça de instrução ou instrumento; do que resulta, segundo Espínola (63), a certeza da desnecessidade do inquérito se, sem ele, se obteve já o fim, a que se destina – apurar a existência de uma infração penal, apontar os que participaram da sua execução.

Observa-se, que a investigação da Polícia Judiciária tem de se limitar a mera informação preparatória destinada a fornecer dados mínimos ao Ministério Público, idôneos, sem cometer abusos, para instaurar o processo, mediante a propositura da ação, para que esta, não seja carente de justa causa, e não se transforme em uma coação ilegal, ferindo o

próprio due process of law, garantido pela constituição.

De boa hora lembrar nosso Magistrado e sempre Professor Ronaldo Pedrosa (54) :

"Os elementos investigatórios, quando não servem para solicitar qualquer providência cautelar, apenas e tão-somente se destinam à formação da opinio delicti, visando ao oferecimento da peça inaugural de eventual ação penal."

Continuando com o também Professor Lyra (55):

" O principal objeto do inquérito policial é instruir a denúncia, devendo conter os dados indispensáveis"

" ...é admissível, na ausência de convicção ou de presunção, de autoria ou de cumplicidade de determinado delito, deixar o órgão do Ministério Público de oferecer denúncia, já que um dos requisitos desta é trazer aquelas razões de convicção ou de presunção" Galdino Siqueira

"O oferecimento de uma denúncia, cuja responsabilidade assume de seu próprio punho, exige sempre a maior ponderação. O Código de Processo Penal estabelece os requisitos de denúncia, que se torna inepta e fica sujeita à rejeição in limine se não os satisfizer, exige-se a maior prudência em evitar denúncias temerárias (grifo nosso)

"O Promotor Público tem a responsabilidade direta de fazer assentar-se no banco dos réus, de incluir nos arquivos de identificação criminal de expor a ônus, vexames e escândalos de um processo criminal o denunciado. É bem sério o dever de atender às imposições de sua consciência, como órgão da ação penal, medida extrema e excepcional que inspira a mais delicada compenetração das responsabilidades funcionais". Roberto Lyra (64).

O Anteprojeto Frederico Marques do CPPB, segundo Afrânio (51a), chegou a criar alguma controvérsia na doutrina, vamos ao dispositivo:

"Não será admitida ação penal pública ou privada sem a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

" Parágrafo Único – A acusação, que não tiver fundamento razoável nem revelar legítimo interesse, será rejeitada de plano por ausência de justa causa".

Assim, será sempre necessário que haja um fumus boni juris, ou melhor: a fumaça do bom direito, para que a ação penal seja viável. O Estado terá legitimidade para propositura da ação penal e esta não será temerária. A dignidade será respeitada e não violada, o processo também.

Na lição basilar de Tornaghi (57), a ausência de condição da ação torna abusivo e por isso inadmissível (grifo nosso) o exercício do respectivo direito.

O direito de exigir um pronunciamento do Poder Judiciário, nascerá quando presentes as Condições da Ação.

Desta forma, o autor somente terá sua pretensão certamente apreciada pelo órgão jurisdicional, com o preenchimento dessas condições, ligadas diretamente pela sua própria natureza à relação de direito material.

7) Conclusão

Percebe-se claramente, que o direito de ação, não será excluída da apreciação do Poder Judiciário (lesão ou ameaça de direito, art.5.º, XXXV/ CF), sendo à todos facultado e garantido constitucionalmente o direito subjetivo à jurisdição, de acordo com princípio da jurisdição única, ou segundo a melhor doutrina: indeclinabilidade, mas sempre condicionados à requisitos.

"Não basta verificar se o código permite. É preciso também examinar se a constituição não proíbe" Basileu Garcia

O Direito constitucional moderno fez da ação um direito individual, um direito público subjetivo do cidadão em face do Estado, para tutela da ordem jurídica (60).

" As constituições não podem continuar a ser utilizadas como instrumentos, com que se privem dos seus direitos aqueles mesmos, que elas eram destinadas a proteger, e que mais lhes necessitam da proteção" Ruy Barbosa (19a).

Assim, volto a repetir, direito de ação sim, mais sem o preenchimento destas condições básicas, existirá o abuso do direito trazido ao processo, transformando o due process of

law, garantia constitucional, em um próprio e deformado indevido processo ilegal.

Terminamos assim, a pesquisa, com Lyra, que morto, parece ainda maior do que vivo (62):

" O Direito penal, já desnecessário, passará a constituir modalidade de justiça social, no futuro. Nem o nome será aproveitado. Quando a sociedade distribuir, na exata medida das necessidades, as crescentes conquistas da ciência, da arte, da técnica, estará esgotada a missão do Direito penal. A lei, na genuína sociedade democrática (sem classes ou castas) só cogitará do essencial e fundamental para todos" (65).

Bibliografia:

- Aristóteles. Ética a Nicômaco, Editora Nova Cultural, São Paulo (1987), (8) pág.47,49.
- Bevilacqua. Clovis. Teoria Geral do Direito Civil, Departamento de Imprensa Nacional (1966), (2) pág.25, (5) pág.51,52, (6) pág.52.
- Beccaria, Cesare. Dos Delitos e Das Penas, Editora RT, São Paulo (1997), (34) pág.30.
- Bitencourt, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal, Editora Saraiva, São Paulo (2000), (16) pág.203.
-
- Bobbio, Norberto. A Era dos Direitos, Ed. Campus, Rio de Janeiro (1992).
-
- Barbosa, Ruy. A Constituição e os Actos Inconstitucionais, Atlantida Editora, Rio de Janeiro (1892), (19b) pág.141, 146.
- Barbosa, Ruy. A Questão Social e Política no Brasil, Edição da Organização Simões, Rio de Janeiro (1951), (19a) pág.83.
- Barbosa, Ruy. Ruy em Haia, Editora Rio, Rio de Janeiro (1954), (62) pág.32.
- Barbosa, Ruy. Teoria Política, Vol.XXXVI, W.M. Jackson INC. Editores, Rio de Janeiro/ São Paulo, (19c) pág.53, 273.
- Barretto, Tobias. Obras Completas VI, Estudos de Direito I, Edição do Estado de Sergipe, Rio de Janeiro (1923), (60a) pág.18.
- Batista, Weber Martins. O Furto e o Roubo no Direito e no Processo Penal, Editora Forense, Rio de Janeiro (1997), (46a) pág.429,430,431,432.
- Bruno, Aníbal. Direito Penal, Vol.I, Tomo I, Companhia Editora Forense, Rio de Janeiro (1959), (23) pág.327,333, (25) e (26) pág.336.
- Bruno, Aníbal. Direito Penal, Vol.I, Tomo III, Companhia Editora Forense, Rio de Janeiro (1978), (23a) pág.238,239.
- Capez, Fernando. O Declínio do Dagna Causal, site: www.damasio.com.br (2000), (17a).
- Carnelutti, Francesco. As Misérias do Processo Penal, Editora Conan, São Paulo (1995), (48a) pág.44,50,59,62,63.
- Carvalho, Aloysio Filho. Comentários ao Código Penal, Vol.IV, Edição Revista Forense, Rio de Janeiro (1955), (43) pág.16,202.
- Damásio E. de Jesus. Temas de Direito Criminal, Editora Saraiva, São Paulo (1998), (30) pág.52.
- Damásio E. de Jesus. Código de Processo Penal Anotado, Editora Saraiva, São Paulo (1999), (28) pág.473.
- Damásio E. de Jesus. Leis dos Juizados Especiais Criminais Anotada, Editora Saraiva, São Paulo (1997), (40) pág.27,28.
- Damásio E. de Jesus. Imputação Objetiva, Editora Saraiva, São Paulo (2000), (17) pág.24,33.
- Espínola, Eduardo Filho. Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, Vol.I, Ed. Bookseller, Campinas/ S.P (2000), (53) e (63) pág.288, Vol.VII - (46) pág.188,189,195.
- Ferri, Enrico. Princípios de Direito Criminal, Ed. Bookseller, Campinas/ S.P (1999), (9a) pág.387,479.
- Grinover, Ada Pellegrini. Teoria Geral do Processo, Malheiros Editores, São Paulo (1999), (41) pág.65, (44) pág.257.
- Homero, Senna. Ruy Barbosa e a Academia de Letras, Vol.52, Editoração Maanaim Ltda,

Rio de Janeiro, (28a),pág.165.

- Hungria, Nélson. Comentários ao Código Penal, Vol.I, Tomo I , Edição Revista Forense, Rio de Janeiro (1955), (15)pág.10, Vol.I, TomoII - (18)pág.11.
- Jardim, Afrânio Silva. Direito Processual Penal, Editora Forense, Rio de Janeiro (1999), (51)pág.95, 205/221.
- Jardim, Afrânio Silva. Ação Penal Pública, Editora Forense, Rio de Janeiro (1998), (51a)pág.103,105.
- Lyra, Roberto & Hungria, Nélson. Compendio de Direito Penal, Vol.I, Livraria Jacyntho Editora, Rio de Janeiro (1936), (15a)pág.06.
- Lyra, Roberto. Teoria e Prática da Promotoria Pública, (primeira edição 1937) Edição Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Porto Alegre (1989), (32)pág.68, (38)pág.58, (55) pág.228, (64)pág.226.
- Lyra, Roberto. Comentários ao Código de Processo Penal, Vol.VI, Forense, Rio de Janeiro (1944), (32a)pág.12.
- Lyra, Roberto. Comentários ao Código Penal, Vol.II, Edição Revista Forense, Rio de Janeiro (1955), (49)pág.20,351,352.
- Lyra, Roberto. Formei-me em Direito, e Agora?, Editora Nacional de Direito LTDA, Rio de Janeiro (1957), (4c)pág.66.
- Lyra, Roberto. Criminologia, Rio de Janeiro (1957), (19)pág.165, (31)pág.160, (33) pág.192, (50)pág.191, (52)pág.158, (65)pág.111.
- Lyra, Roberto. Novo Direito Penal, Editora Forense, Rio de Janeiro (1980), (4)pág.157, (4a)pág.22,26,32,58,61,62,143,147,188.
- Lyra, Roberto. Como Julgar, Como Defender, Como Acusar, Editora Científica (1975), (4b)pág.13, 20, 26, 27,57,82,83.
- Lyra, Roberto. O Pitoresco e o Polêmico no Ensino, no Direito, na Justiça, na Polícia, nas Prisões, Edição da Sociedade Brasileira de Criminologia, Rio de Janeiro (1977), (65)pág.37.
- Marques, Frederico. Elementos de Direito Processual Penal, Vol.I, Editora Bookseller, Campinas/ SP (1998), (3)pág.52, (21)pág.68, (21a)pág.81, (60)pág.284,293, (60a)pág.322, Vol.IV - (48) pág.364/365.
- Marques, Frederico. Manual de Direito Processual Civil, Vol.I, Editora Saraiva, São Paulo (1979), (35)pág.168.
- Nery, Nelson Junior. Código de Processo Civil Comentado, Editora RT, São Paulo (1999), (42)pág.729.
- Passos, Gilberto & Vladimir de Freitas. Abuso de Autoridade, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo (1999), (27)pág.27, (47)pág.53.
- Pedrosa, Ronaldo Leite. Juizado Criminal, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro (1997), (54)pág.251.
- Pedrosa, Ronaldo Leite. Direito em História, Editora Imagem Virtual, Rio de Janeiro (1998), (54a)pág.170.
- Tornaghi, Hélio. Curso de Direito Processual Penal, Vol.1, Edição Saraiva, São Paulo (1980), (45)pág.XI,XII,XIII,59,271,311, (57)pág.20, Vol. 2 - (50c)pág.384.
- Tourinho, Fernando da Costa. Código de Processo Penal Comentado, Vol.2, Editora Saraiva, São Paulo (1999), (50d)pág.457.
- Tourinho, Fernando da Costa. Processo Penal, Vol.1, Editora Saraiva, São Paulo (1999), (36)pág.495, (37)pág.496.