

# A INFLUÊNCIA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NA AÇÃO PENAL

*THE INFLUENCE OF THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE IN CRIMINAL ACTION*

*LA INFLUENCIA DEL NUEVO CÓDIGO DE PROCESO CIVIL EN LA ACCIÓN PENAL*

**Antonio Eduardo Ramires Santoro<sup>1</sup>**

**Resumo:** O Novo Código de Processo Civil fomenta a mediação e a conciliação, o que demanda uma análise sobre o problema da influência dos eventos de composição civil no exercício da ação penal quando o fato social gozar ao mesmo tempo de proteção legislativa civil e penal. Para tanto, realizou-se uma revisão bibliográfica sobre o estado da arte no que respeita às condições da ação penal, bem como nas acepções que a doutrina dá a expressão *justa causa*. Em seguida, procedeu-se a uma incursão sobre o princípio da subsidiariedade ou *ultima ratio* do direito penal e sua importância como filtro hermenêutico dirigido ao julgador e não apenas ao legislador, como tradicionalmente é realizado pela doutrina. Por fim, realizou-se uma abordagem da influência que a mediação e a conciliação civil devem ter como mecanismos de manifestação de vontade válida do titular do bem jurídico violado, retirando-se a legitimidade do Estado para o exercício do poder de ação a respeito do fato social objeto de composição.

**Palavras-chave:** mediação; condições da ação; ação penal; *justa causa*; princípio da subsidiariedade.

---

1 Professor Adjunto de Direito Processual Penal e Prática Penal da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro – FND/UFRJ; Professor Adjunto do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Petrópolis – PPGD/UCP; Professor Titular do IBMEC/RJ; Pós-Doutor pela Universidad Nacional de La Matanza – Argentina; Doutor e Mestre pela UFRJ; Mestre pela Universidad de Granada – Espanha; Especialista pela Universidade de Coimbra – Portugal; Especialista pela FGV/RJ; Bacharel pela UERJ; Coordenador do Grupo de Pesquisa “O sistema penal sob olhar crítico” UFRJ/UCP; Advogado.

**Abstract:** The new Code of Civil Procedure promotes mediation and conciliation, that demands an analysis of the problem of the influence of civil composition events in the exercise of criminal action when the social fact enjoys both civil and criminal legislative protection. For this purpose a bibliographic review was conducted on the state of the art regarding the conditions of the criminal action, as well as in the meanings that the doctrine gives to the expression fair motivation. Subsequently, an incursion was made into the principle of subsidiarity or *ultima ratio* of criminal law, and its importance as a hermeneutic filter directed at the judge and not only the legislator, as traditionally carried out by the doctrine. Finally, the study addresses the influence that mediation and civil conciliation should have, as mechanisms of valid expression of the will of the holder of the legal right violated, withdrawing the legitimacy of the State for the exercise of the power of action in respect of the social fact that is the object of composition.

**Keywords:** mediation; Conditions of action; Criminal action; fair motivation; Principle of subsidiarity.

**Resumen:** El nuevo Código de Proceso Civil fomenta la mediación y la conciliación, lo que demanda un análisis sobre el problema de la influencia de los eventos de composición civil en el ejercicio de la acción penal cuando el hecho social goza al mismo tiempo de protección legislativa civil y penal. Para ello, se realizó una revisión bibliográfica sobre el estado del arte a lo que se refiere a las condiciones de acción penal, bien como las acepciones que la doctrina da a la expresión justa causa. En seguida, se procedió a una búsqueda sobre el principio de la subsidiariedad o *última ratio* del derecho penal y su importancia como filtro hermenéutico dirigido al juzgador y no sólo al legislador, como tradicionalmente es realizado por la doctrina. Finalmente, se realizó un enfoque de la influencia que la mediación y la conciliación civil deben tener como mecanismos de manifestación de voluntad válida del titular del bien jurídico violado, retirándose la legitimidad del Estado para el ejercicio del poder de acción con relación al hecho social objeto de composición.

**Palabras-clave:** mediación; condiciones de la acción; acción penal; justa causa; principio de la subsidiariedad.

## INTRODUÇÃO

**A** despeito da controvérsia entre a adoção de uma teoria geral do processo, com suas categorias comuns ao processo civil e ao processo penal, por isso também chamada de teoria unitária, ou de uma teoria própria

do processo penal, é fundamental compreender a influência que a inovação legislativa processual civil pode gerar no processo penal, ainda que se admita<sup>2</sup> a aludida ruptura teórica.

As discussões que se estabelecem nos meios acadêmicos sobre as inovações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil já trazem certa inquietação quanto a um tema controverso no âmbito processual penal: a justa causa, o que afeta diretamente o exercício da ação penal.

A Lei nº 13.105 – o Novo Código de Processo Civil –, publicada no dia 17 de março de 2015, que entrou em vigor um ano depois da data de sua publicação, deu especial importância à mediação e à conciliação como forma de resolução de conflitos, o que gera consequências no processo penal<sup>3</sup>.

Todavia, a repercussão não será pacífica. Ao contrário. O objetivo deste breve trabalho é exatamente discutir como a diversidade de visões sobre a teoria do processo penal irá impactar a compreensão dos efeitos da mediação no âmbito criminal.

Dois são os pontos de relevo a serem desenvolvidos: o estado da arte no que concerne às condições para o regular exercício do poder de ação no processo penal e o impacto dos princípios e das garantias de direito penal material no processo penal. Ambos os temas geram efeito direto na compreensão da justa causa e no consequente exame da admissibilidade da ação penal diante da solução cível da resolução negociada do conflito.

Portanto, o problema que se coloca diretamente é: a solução negociada do conflito na esfera cível inviabiliza o legítimo exercício do poder de ação penal? A resposta a este problema encontra soluções diversas conforme se adote uma teoria geral do processo (teoria unitária) ou uma teoria do processo penal (teoria dualista)?

A hipótese com que se pretende trabalhar é especificamente que a influência do princípio da subsidiariedade ou *ultima ratio* no processo penal implica que

---

2 Compreendemos não haver fundamento filosófico e teórico para uma teoria geral do processo cf. MOREIRA, Rômulo Andrade. **Uma crítica à teoria geral do processo**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015; COUTINHO, Jacinto Nelson de M. **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

3 Mesmo autores estrangeiros compreendem a importância da mediação com efeitos para além do processo civil. Cf. NIEVA-FENOLL, Jordi. Mediação: uma “alternativa” razoável ao processo judicial? In: **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP**, vol. 14, 2014, p. 213-228.

as soluções negociadas pelo titular de um direito afetado pela suposta conduta criminosa e o autor da mesma no âmbito do outro ramo do direito no qual o bem jurídico é também tutelado tiram a legitimidade do Estado no exercício do poder punitivo.

Para tanto, realizou-se metodologicamente uma revisão bibliográfica inicialmente tendo por base alguns dos principais processualistas que se filiam à corrente unitarista de processo, em especial aqueles que revisaram de maneira recente sua posição pessoal anterior no que respeita às condições da ação. Em seguida, realizou-se uma revisão bibliográfica sobre as diversas posições a respeito do conceito, natureza e sentido da justa causa no processo penal. Então abordam-se as lições de grandes penalistas nacionais e estrangeiros a respeito do princípio da subsidiariedade no direito penal. Por fim, fizemos uma abordagem da repercussão do instituto da mediação civil na esfera penal, tomando por base alguns casos que podem representar uma tendência tanto jurisprudencial como legislativa.

### **1. As condições para o regular exercício do poder de ação penal e o estado da arte**

Sabe-se que foi durante a fase concretista que surgiram as chamadas condições da ação, que claramente remete a Giuseppe Chiovenda, que as distinguiu dos pressupostos processuais por entender que as condições da ação são para “uma sentença favorável ao autor; os pressupostos processuais são condições de uma decisão qualquer sobre a demanda”<sup>4</sup>.

As vertentes autônomas abstratas ampliaram a independência do direito processual em relação ao direito material, mas a teoria de Enrico Tullio Liebman<sup>5</sup> ganhou maior acolhida entre nós, pois que compreende o direito de ação como direito público subjetivo de obter um julgamento de mérito em face de uma situação concreta deduzida na lide, a qual pode ser analisada a qualquer tempo<sup>6</sup>. Liebman entendeu que, para o exercício do direito de ação, deveriam ser preenchidas determinadas condições, a saber: interesse de agir, legitimidade “ad causam” e possibilidade jurídica do pedido.

4 CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. I. tradução Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, p. 93.

5 LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual I**. tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 153.

6 MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 4a. São Paulo: RT, 2010, p. 184.

No Brasil, as críticas dirigidas à chamada teoria Eclética de Liebman implicaram a adesão majoritária da doutrina à teoria da Asserção ou da *Prospettazione* para a qual a verificação das condições deve ser feita no momento da admissibilidade, sob pena de se confundirem com o mérito da causa, de tal sorte que se baseiam nas assertivas feitas na peça inicial, não se cogitando de analisar a prova para a verificação das condições.

Mas, afinal, quais são as condições da ação?

Em artigo que revê sua clássica obra “As condições da ação penal”, escrito em 1977<sup>7</sup>, Ada Pellegrini Grinover adota a teoria da *Prospettazione* e admite que é a que melhor serve para extremar as condições da ação do mérito da causa.

Mais do que isso, a professora confere imensa importância à possibilidade jurídica no processo penal. Fiel à teoria geral do processo, Ada afirma que “o valor e o significado das condições da ação devem ser o mesmo no processo civil e no processo penal”<sup>8</sup>, porém compreende o conceito de possibilidade jurídica, destacando-o do pedido. Em outras palavras, o conceito tradicional de “possibilidade jurídica do pedido” é tratado no trabalho apenas como “possibilidade jurídica” e, ao abordar os casos que levam à impossibilidade, a professora denomina “impossibilidade jurídica da acusação”.

Nesta categoria de “impossibilidade jurídica da acusação”, Grinover inclui o caso em que (1) o fato evidentemente não constitui crime, o que ela afirma ser uma impossibilidade jurídica da causa de pedir e não do pedido; (2) estiver extinta a punibilidade pela prescrição ou outra causa; (3) falta justa causa; (4) falta uma das condições que a doutrina clássica ora chama de condições específicas ou condições de procedibilidade, como a representação do ofendido, requisição do Ministro da Justiça, admissão pela Câmara dos Deputados da acusação contra o Presidente da República para ser processado por crime comum, etc.

Não se olvide que o artigo de Ada Pellegrini Grinover a que se referiu foi escrito em 2007, antes, portanto, das alterações realizadas pela Lei 11.719/2008, sendo que os dois primeiros casos foram tratados pelo legislador como matéria de mérito, vez que o art. 397, incisos III e IV do Código de Processo Penal os tratam

7 GRINOVER, Ada Pellegrini. **As condições da ação penal**. São Paulo: José Bushatsky, 1977, p. 133.

8 GRINOVER, Ada Pellegrini. As condições da ação penal. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 69, novembro-dezembro de 2007, p. 179.

como casos de absolvição sumária. Não que a professora mude sua posição em razão da alteração legislativa, mas cabe o registro, como cabe também frisar que a própria Ada fez parte da comissão que elaborou o texto da proposta legislativa que terminou por alterar o código.

Ao referir-se à justa causa como condição ação (na esteira do que dispunha o art. 43, III, do Código de Processo Penal antes da alteração de 2008), a professora afirmava que a tipicidade deveria estar “fundada em alguns elementos probatórios”<sup>9</sup>, com base em que cunhou seu conceito de justa causa como “a plausibilidade da acusação, a aparência do direito material invocado”<sup>10</sup>.

Assim, Grinover reviu sua posição de que a justa causa estaria vinculada ao mérito e refutou um ponto comumente relacionados ao interesse de agir: a ideia de que o suporte fático da denúncia ou queixa, ou seja, os “elementos de convicção quanto à existência do crime e de sua autoria”<sup>11</sup> estejam incluídos na análise do interesse de agir.

Para ela, o interesse processual não se confunde com o interesse material, de tal sorte que o interesse objeto do processo relaciona-se ao mérito, ao passo em que o interesse em ver solucionada a controvérsia é o que diz respeito à condição da ação. Neste sentido, o interesse-necessidade está implícito em todo processo penal, na medida em que o conflito entre a pretensão punitiva estatal e o direito do acusado só pode se dar mediante processo. Diante disso, Grinover afirma que ainda assim é possível ver a inexistência do interesse de agir como interesse-utilidade (quando, por exemplo, a ação condenatória for intentada na iminência da prescrição) e interesse-adequação (quando proposta uma ação contra menor de 18 anos, afastando a tese de que neste caso se estaria diante de uma ilegitimidade “*ad causam*”, porque o provimento é que não se adequa). Grinover, portanto, mantém as três condições tradicionais da teoria geral do processo, mas confere interpretação que dá maior importância e alcance à possibilidade jurídica, a qual abrange a justa causa.

Em recente artigo, Afrânio Silva Jardim<sup>12</sup> refuta a ideia de que não faria sentido

9 GRINOVER, Ada Pellegrini. As condições da ação penal, p. 179.

10 GRINOVER, Ada Pellegrini. As condições da ação penal, p. 179.

11 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 518.

12 JARDIM, Afrânio Silva. O Novo Código de Processo Civil e as Condições da Ação In: **Revista Eletrô-**

distinguir as condições da ação e os pressupostos processuais e vai mais além, considera irrelevante o fato de o Novo Código de Processo Civil não ter se referido à impossibilidade jurídica do pedido como hipótese de extinção do processo sem julgamento de mérito, tal como o fez Liebman na última edição de seu manual. Para Jardim, a impossibilidade jurídica do pedido continua sendo uma condição para o regular exercício do direito de ação, não apenas, mas em especial, no âmbito do processo penal.

Duas são as contribuições de Jardim nestes dois novos trabalhos<sup>13</sup>: o abandono da nomenclatura “justa causa” para designar a quarta condição genérica para o regular exercício do direito de ação penal e a adoção da *originalidade* como a quinta condição.

O professor mantinha um clássico entendimento de que, além das três condições para o regular exercício do direito de ação que reputa comuns ao processo civil e ao processo penal, havia ainda a justa causa, como uma condição genérica aplicável apenas ao processo penal, entendido como suporte probatório mínimo da imputação feita na denúncia ou queixa, que “...se relaciona com os indícios da autoria, existência material de uma conduta típica e alguma prova de sua antijuridicidade e culpabilidade”<sup>14</sup>, necessária à demonstração de que a acusação não é temerária ou leviana.

Todavia, nos seus novos trabalhos, Jardim afasta a expressão “justa causa”, por entendê-la imprecisa e ter sido tratada de forma errônea pelo legislador, reafirmando, todavia, a existência da quarta condição a que passou a chamar de “suporte probatório mínimo”<sup>15</sup>.

Jardim acrescenta a originalidade como a quinta condição para o regular exercício do direito de ação, ou seja, segundo o processualista, para se admitir a ação, é necessário que não existam a litispendência ou a coisa julgada<sup>16</sup>, que a ação seja original.

---

**nica de Direito Processual - REDP**, vol. 15, janeiro a junho de 2015, p. 11-13.

13 O trabalho citado na nota anterior e JARDIM, Afrânio Silva. Originalidade como condição para o regular exercício do direito de ação In: **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP**, vol. 15, janeiro a junho de 2015, p. 5-10. Rubens Casara e Antonio Pedro Melchior, antes mesmo da publicação dos artigos citados já haviam indicado a mudança de posição do professor Afrânio Silva Jardim (Cf. CASARA, Rubens e MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do Processo Penal Brasileiro – dogmática e crítica: conceitos fundamentais**. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013).

14 JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 100/101.

15 JARDIM. O Novo Código de Processo Civil, p. 11-13.

16 JARDIM. Originalidade como condição, p. 5-10.

Verifica-se que a doutrina clássica, que trabalha com a teoria geral do processo, adota as categorias das condições da ação concebidas como comuns ao processo civil e ao processo penal.

Para Ada Pellegrini Grinover, as condições da ação continuam sendo a possibilidade jurídica (não apenas do pedido), o interesse de agir e a legitimação "*ad causam*". Para Ada, a possibilidade jurídica abrange a aparência do direito material invocado (a justa causa) e as condições específicas ou de procedibilidade.

Para Afrânio Silva Jardim, há cinco condições para o regular exercício do direito de ação: legitimidade das partes, interesse de agir, possibilidade jurídica do pedido, suporte probatório mínimo (tendo abandonado a expressão justa causa) e originalidade.

Fernando da Costa Tourinho Filho afirma que as condições podem ser genéricas ou específicas. As genéricas são a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade para agir e o interesse legítimo ou interesse de agir. No interesse estariam incluídos os elementos de convicção quanto à existência do crime e da autoria, que ele não chama de justa causa. As condições genéricas são as mesmas referidas pela professora Ada e por ela incluídas na possibilidade jurídica (representação do ofendido, requisição do Ministro da Justiça, admissão pela Câmara dos Deputados da acusação contra o Presidente da República para ser processado por crime comum, etc.).

Em contraste aos renomados professores anteriormente abordados, Aury Lopes Júnior procura romper com aquilo que chamou de "indevida expansão dos conceitos do processo civil para (ilusoriamente) atender à especificidade do processo penal"<sup>17</sup> e expõe o que, no seu entendimento, seriam as condições da ação penal segundo as categorias próprias do processo penal.

Assim, sob a evidente influência da obra "A lide e o conteúdo do processo penal", de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho<sup>18</sup>, elenca as condições como: (1) prática de um fato aparentemente criminoso – *fumus comissi delicti* (que Coutinho chama de "Tipicidade aparente"<sup>19</sup>); (2) punibilidade concreta; (3) legitimidade de parte;

17 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 190.

18 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989.

19 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Da diferença entre ação e processo: nulidade do processo decorrente do recebimento de denúncia em caso de parcelamento do crédito nos crimes contra a ordem tributária. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 73, julho-agosto de 2008, p. 328.

(4) justa causa; e o que ele chamou de “outras condições da ação processual penal”<sup>20</sup>, categoria que classicamente são chamadas de condições específicas ou condições de procedibilidade.

Aury afirma que a primeira condição se aplica quando o juiz verifica que o fato não é crime (fato típico, antijurídico e culpável) antes da resposta escrita à acusação, devendo rejeitar a denúncia ou queixa, quando seu convencimento sobre não haver crime e só for atingido após a resposta escrita à acusação, será caso de absolvição sumária.

O mesmo acontece na segunda condição, pois que, para Aury, se já estiver extinta a punibilidade, não haverá punibilidade concreta. Se o juiz a identificar antes da resposta escrita à acusação rejeita a denúncia ou queixa, se a observar depois, absolve sumariamente.

Quanto à legitimidade, Aury afirma que a legitimidade ativa está relacionada com a titularidade da ação penal, ao passo que a legitimidade passiva decorre da autoria do injusto.

No que respeita à justa causa, compreende que a mesma “identifica-se com a existência de uma causa jurídica e fática que legitime e justifique a acusação”<sup>21</sup>, vinculando-a à existência de indícios razoáveis de autoria e materialidade, bem como controle do caráter fragmentário da intervenção penal, ocasião em que o juiz deverá ponderar os bens em jogo à luz da proporcionalidade ou da estrutura dos bens jurídicos e da missão do direito penal.

De outro lado, em que pese as importantes e balizadas lições dos processualistas citados, o título atribuído a esta seção do trabalho deixa ver duas importantes discordâncias do nosso ponto de vista: (1) na mesma linha de Afrânio Silva Jardim<sup>22</sup>, as condições não são para a existência, e sim para o exercício da ação, a qual (2) não é entendida como um direito e sim um poder com sentido de expressão política no âmbito jurídico.

20 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Da diferença entre ação e processo: nulidade do processo decorrente do recebimento de denúncia em caso de parcelamento do crédito nos crimes contra a ordem tributária p. 196.

21 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Da diferença entre ação e processo: nulidade do processo decorrente do recebimento de denúncia em caso de parcelamento do crédito nos crimes contra a ordem tributária, p. 194.

22 JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**, p. 95.

Por sinal, a compreensão da ação como o exercício do poder político e não como um direito, nada obstante a importância da discussão quanto ao objeto do processo penal em contradição ao objeto do processo civil, é central na concepção da distinção da teoria do processo penal em relação à teoria geral do processo, em especial no que respeita a importância dos direitos humanos como limitadores do exercício desse poder.

É com esse fundamento que a expressão política desse poder deve delinear a compreensão sobre os impeditivos do seu exercício jurídico. Em outras palavras, o direito necessita de condições para admissão do seu exercício, o poder se exerce em todas as esferas, de tal sorte que impedir seu exercício significa limitá-lo. Nossa compreensão do processo penal está em que a atividade punitiva do Estado não é um direito cujas condições de exercício são definidas pelo ordenamento, mas um poder cujo exercício deve ser limitado pelas regras de processo.

Assim é que a teoria própria do processo penal deve ser construída como forma de resistir ao exercício de um poder que, se não for limitado, será utilizado para a manutenção dos exercentes do poder político. Essa resistência se faz com a maximização dos direitos humanos como um filtro hermenêutico aplicável, imediata e incondicionalmente, no sistema penal. Nesse contexto é que se propõe um diálogo do conceito de justa causa com os princípios e as garantias do sistema penal.

## 2. Justa causa para o exercício da ação penal

Não são poucas as concepções sobre o conceito de justa causa. Como visto anteriormente, a professora Ada Pellegrini Grinover sustentava que a justa causa dizia respeito ao mérito<sup>23</sup>, mudando seu entendimento, passou a tratar a falta de plausibilidade da acusação (justa causa), que deve estar fundada em elementos probatórios, como impossibilidade jurídica da acusação<sup>24</sup>.

O professor Afrânio Silva Jardim, que tradicionalmente defendia ser a justa causa a quarta condição para o regular exercício do direito de ação, conceituada como suporte probatório mínimo, resolveu eliminar o nome "justa causa", mantendo a

23 GRINOVER, Ada Pellegrini. **As condições da ação penal**, p. 133.

24 GRINOVER, Ada Pellegrini. **As condições da ação penal**, p. 133.

quarta condição da mesma forma conceitual<sup>25</sup>.

Tourinho Filho não usa o termo “justa causa”, apenas inclui a exigência de elementos de convicção do crime e da sua autoria no interesse.

O tema, todavia, foi visitado por inúmeros autores que deram nova compreensão ao termo.

Destaca-se a ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura, que escreveu um livro fundamental para o assunto, “Justa Causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência”<sup>26</sup>, em que, além de realizar uma abordagem filosófica, etimológica, trabalha historicamente as previsões legislativas do termo, bem como acepções doutrinárias e jurisprudenciais.

Moura não identifica a justa causa como uma condição da ação, tampouco a relaciona com o interesse ou a possibilidade jurídica, mas afirma que “a falta de qualquer uma das apontadas condições implica falta de justa causa”<sup>27</sup>.

Para Moura, a narrativa de um fato atípico ou a descrição de um “fato que não guarde ressonância com a prova colhida”<sup>28</sup> é caso de ilicitude e a jurisprudência trata esses casos como falta de justa causa.

A autora vai mais além e afirma que a justa causa não deve se pautar em uma análise meramente abstrata, deve estar amparada em elementos “que demonstrem a existência de fundamento de fato e de Direito, a partir do caso concreto. Diz respeito, portanto, e de forma prevaiente, ao mérito. Daí afirmarmos não constituir ela condição da ação, nem de procedibilidade.”<sup>29</sup>

O professor Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho *et al.* revisitaram o tema e propuseram uma leitura constitucional da justa causa. Sem abandonar a ideia de que a justa causa esteja vinculada à necessidade de suporte probatório mínimo, Carvalho não a enxerga como condição da ação, e sim uma “cláusula de encerramento” diretamente vinculada aos princípios da dignidade e da proporcionalidade. Vale transcrever as conclusões dos autores sobre o tema:

25 JARDIM. O Novo Código de Processo Civil, p.11-13.

26 MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2001. 315 p. (Estudos de processo penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida, 5).

27 MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência, p. 221.

28 MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência, p. 222.

29 MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência, p. 223.

- 1ª) A justa causa tem sede constitucional, ainda que não expressa na Constituição.
- 2ª) Vincula-se aos princípios da dignidade e da proporcionalidade, concretizando-se no âmbito processual penal, para o efeito da admissibilidade da denúncia e da queixa-crime.
- 3ª) Trata-se de uma cláusula de encerramento que permite nela incluir todos os aspectos processuais penais referidos aos princípios da dignidade e da proporcionalidade, não cobertos por regras específicas.
- 4ª) Concretamente, dá-se a ausência de justa causa quando: inexistir suporte probatório mínimo a autorizar a demanda penal; ausente a tipicidade, depreendida tão-só pelo exame da postulação inicial; embora típico, o fato não represente o desvalor necessário para justificar a demanda penal, considerando-se o princípio da proporcionalidade e a ser deduzido na relação custo/benefício, traduzida no binômio constrangimento em submeter-se alguém ao processo penal e proveito social na propositura da ação penal e da imposição de sanção penal; obtida a pacificação social nas infrações de menor potencial ofensivo, ocorrida em meio a relações familiares e de vizinhança; ocorrer, de um modo geral, no âmbito do processo penal, ofensa desarrazoada aos princípios constitucionais da dignidade e da proporcionalidade.<sup>30</sup>

Essa é uma contribuição de extrema relevância para o avanço da constitucionalização do sistema penal, bem como da ideia de que o processo penal não deve existir de maneira a não alcançar algum objetivo concreto, que se realize ao fundamento da proteção dos direitos fundamentais.

Embora não se esteja de acordo com o utilitarismo das expressões “custo/benefício” e “proveito social”, compreende-se que há uma relação entre a pacificação social e o sistema penal, tornando írrito a um sistema jurídico de garantias a seleção criminalizante de fatos sociais já pacificados.

Fauzi Hassan Choukr<sup>31</sup>, em texto produzido em homenagem a Afrânio Silva Jardim, refletindo sobre as lições do próprio homenageado e de Maria Thereza Rocha de Assis Moura, afirmou que a justa causa não é uma condição da ação, tampouco está incluída no conceito de interesse, mas funciona como “um mecanismo de adesão ao processo penal constitucional”<sup>32</sup> e deve ser compreendida enquanto

30 CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de *et al.* Justa causa penal-constitucional. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 3, n. 11, p.30-60, 2003

31 CHOUKR, Fauzi Hassan. Justa causa - reflexões em torno da obra de Afrânio da Silva Jardim. In: BASTOS, Marcelo Lessa; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de (Org.). **Tributo a Afrânio Silva Jardim: escritos e estudos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.165-181

32 CHOUKR, Fauzi Hassan. Justa causa - reflexões em torno da obra de Afrânio da Silva Jardim, p. 180.

conceito, demonstração e finalidade.

Conceitualmente é “a perspectiva da necessidade de recomposição do mundo da vida mediante o inafastável emprego do processo com a demonstração mínima diante das provas lícitas e elementos de informação trazidos da investigação criminal”<sup>33</sup>. Como demonstração se faz pelo emprego de meios de prova lícitos; como finalidade, deve ser compreendida de modo a evitar que a ação penal tenha um conteúdo abstrato. Assim, é necessário que a ação penal tenha probabilidade da recomposição do mundo da vida, o que, para o autor, no direito penal “somente se dá com o esgotamento de alguma das finalidades preconizadas para a pena que seja compatível com a estrutura daquele mesmo Estado de Direito”<sup>34</sup>.

Não há identidade entre a expressão “pacificação social” utilizada por Carvalho *et al.* e “recomposição do mundo da vida” utilizada por Choukr, mas ambos incluem no conceito de justa causa um elemento valorativo, que retira a legitimidade ou resiste ao exercício do poder.

Deve se ter muito cuidado ao conferir ao Direito o poder de construir a verdade como discurso técnico-científico. Isso implica que uma forma de resistir à incidência do sistema penal e do exercício do poder é permeá-lo com compreensões não jurídicas, como as sociais. A relação que se estabelece entre pretensão criminoso e vítima é, antes de mais nada, uma relação entre indivíduos ou grupo de indivíduos na sociedade. O sistema penal confisca essa relação social, tornando-a jurídica e excluindo a vítima da mesma. Deve haver algum mecanismo jurídico que concilie essa compreensão originária da relação social e estabeleça uma finalidade que não se esgote de forma solipsista no próprio Direito.

Nesse sentido se está de acordo com Carvalho e Choukr, quando propõem uma compreensão valorativa da finalidade social a ser alcançada pelo sistema penal, retirando-se justa causa ou motivo idôneo para uma ação penal que pretenda tratar de um fato social que já se tenha de alguma forma resolvido, seja em outras esferas de proteção jurídicas ou não jurídicas, desde que lícitas, ou que já tenha sido pacificado.

---

33 CHOUKR, Fauzi Hassan. Justa causa - reflexões em torno da obra de Afrânio da Silva Jardim, p. 175.

34 CHOUKR, Fauzi Hassan. Justa causa - reflexões em torno da obra de Afrânio da Silva Jardim, p. 175.

### 3. O princípio da subsidiariedade do direito penal ou *ultima ratio*

O princípio da subsidiariedade ou da *ultima ratio* é comumente exposto nos manuais diretamente relacionado à ideia de proteção de bens jurídicos. Claus Roxin denomina de princípio da proteção subsidiária de bens jurídicos<sup>35</sup>.

Para o jurista alemão, a proibição de um comportamento por meio de pena só será justificada se não for possível obter o mesmo efeito protetivo através de meios menos gravosos, terminando por apontar três alternativas para a pena criminal: indenização de direito civil, medidas de direito público e um direito de contravenções.

Nilo Batista, em seu célebre livro “Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro”<sup>36</sup>, esclarece que, ao princípio da intervenção mínima, produzido por ocasião do grande movimento social de ascensão da burguesia contra o sistema penal absolutista, se relacionam duas características, a fragmentariedade e a subsidiariedade. Para a primeira, o direito penal deve proteger apenas os bens jurídicos mais relevantes de tal forma que se opõe a uma visão unicompreensiva do sistema penal, ao passo que a subsidiariedade coloca em discussão a autonomia do direito penal.

Luigi Ferrajoli, ao tratar no mundialmente famoso “Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal”, dos fundamentos teóricos da proibição, deixou claro que, além dos seus axiomas 3 (princípio da necessidade) e 4 (princípio da lesividade), faz-se necessária a abordagem do que chamou de problema político do bem jurídico, que se refere às justificações externas ou ético-políticas das proibições penais. Assim, alinhavou quatro critérios para uma política criminal orientada à tutela máxima de bens, com o mínimo necessário de proibições e castigos, sendo o quarto critério dessa forma explicitado:

Finalmente, uma política penal de tutela de bens tem justificação e credibilidade somente quando é subsidiária de uma política extrapenal de proteção dos mesmos bens. Os resultados lesivos prevenidos pelo direito penal podem ser evitados, e, em muitos casos, mais eficazmente, por meio de medidas protetoras de natureza administrativa.<sup>37</sup>

35 ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Tradução Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 53.

36 BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 9. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 84 e ss.

37 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. Tradutores Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 434.

Bernd Schünemann<sup>38</sup>, após reconhecer o princípio da proteção de bens jurídicos, passa a abordar a incidência do princípio da subsidiariedade. Em análise da relação entre o direito penal e o direito administrativo, Schünemann concluiu que o controle pela autoridade administrativa é, muitas vezes, mais gravoso que a exercido pelo direito penal, além de constatar que o aumento do rigor das regulamentações de trânsito, seguindo o modelo do estado de polícia, não leva a uma diminuição do direito penal. Diante disso, o autor conclui que:

...a concretização da fórmula da *ultima ratio* deve ocorrer não através de tais abordagens globalizantes e simplificadoras, mas por meio da construção de grupos de casos, que partam do bem jurídico protegido, levem em conta os caminhos que conduzem à sua lesão em determinado contexto histórico-social, bem como os recursos para a sua proteção, desdobrando assim a necessidade de proteção do bem jurídico numa análise tridimensional. Esta necessidade de proteção deve, por outro lado, ser contraposta à perda de liberdade de ação, para se determinar o alcance adequado da proibição penal. O resultado deste raciocínio pode, primeiramente, ser formulado por meio de máximas político-criminais, sobre as quais os espaços de discricionariedade do legislador devem ser então projetados, que lhe têm de ser concedidos no âmbito do reexame constitucional do poder legislativo pelo poder judiciário. Os limites a estes espaços de discricionariedade marcarão, assim, a barreira insuperável da política criminal do Estado de Direito.<sup>39</sup>

Como ato contínuo, Schünemann empreende a exposição de uma rede de categorias que não será desenvolvida aqui, mesmo porque o próprio autor não desenhou um quadro sistematicamente exaustivo, mas apenas tratou de algumas categorias e grupos de casos que entendeu ser especialmente importante. Cumpre, todavia, realçar a importância do papel da vítima na visão do autor, para quem não se pode ignorar a vontade do titular do bem jurídico, de tal sorte que qualificou como disfuncionais as tentativas de proteger o bem jurídico contra a vontade do seu titular por meio de construções restritivas do poder de disposição. Isso se aplica mesmo quando a vítima não se protege.

Schünemann formulou a chamada vitimodogmática, deduzida diretamente do

38 SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos! – sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado de direito liberal In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 53, marco-abril de 2005, p. 9-37.

39 SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos! – sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado de direito liberal, p. 9-37.

princípio da *ultima ratio*, "segundo a qual, dentro dos limites propostos pela interpretação dos tipos, devem ser excluídos do âmbito da punibilidade todos os comportamentos diante dos quais a vítima não merece nem carece de proteção, uma vez que ela mesma seria capaz de se proteger suficientemente, se apenas o quisesse."<sup>40</sup>

Chama atenção para essa abordagem exatamente o fato de que o princípio da subsidiariedade é tratado pelos demais autores como orientador da atividade político criminal legislativa, ao passo que a vitimodogmática foi concebida por Schünemann exatamente como uma "máxima de interpretação" que também serve para limitar a discricionariedade legislativa.

Ocorre que, na abordagem do presente trabalho, o que importa é exatamente a aplicação prática do princípio da subsidiariedade no âmbito da interpretação judicial do fato concreto e não da atividade legislativa.

Portanto, a compreensão de que o sistema penal só pode incidir subsidiariamente, não entendida como uma limitação político-criminal da proteção legislativa de bens jurídicos já alcançados por outros ramos do direito, mas como uma resistência ao exercício do poder abusivo, realizado com o confisco do direito de disposição do titular do bem ou direito afetado, deve ser o elemento valorativo que compõe a justa causa.

A grande questão, na realidade, que configura um problema deste entendimento, é precisamente definida pelo próprio Schünemann como as "*situações de fraqueza humana, ou seja, naquelas hipóteses em que a ideia do indivíduo maduro é psicologicamente questionável segundo a experiência cotidiana*"<sup>41</sup>. O autor, todavia, firma seu pensamento na teoria moderna do contrato social e compreende que é um dever do Estado proibir a exploração de tais desvantagens e criminalizá-la.

Respeitosamente se discorda, pois que essa parece ser uma maneira de incidir o sistema penal sobre a violação do seu sistema de exceções de incidência, o que cria um círculo vicioso. Sem se alongar demais, o primeiro ponto de ruptura com esse entendimento está precisamente no fato de que não se compartilha da

---

40 SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos! – sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado de direito liberal, p. 9-37.

41 SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos! – sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado de direito liberal, p. 9-37.

fundamentação do exercício do poder pela teoria do contrato social. O poder é exercido independentemente da abstração de que cada membro do corpo social conceda uma parcela de liberdade.

A questão é como conceber a disposição de vontade válida do titular do bem jurídico, e não criminalizar as disposições inválidas. Em outras palavras, o Estado não deve criminalizar as condutas que conduzam a uma manifestação de vontade obtida em razão de uma situação de fraqueza, mas criar mecanismos que permitam uma manifestação de vontade válida no seio da ordem jurídica.

#### 4. A consequência penal da conciliação e da mediação civil

No âmbito penal é muito comum trabalhar-se a ideia de mediação em conjunto com as técnicas de justiça restaurativa, especialmente quando se pensa em superar a dicotomia vítima-ofensor<sup>42</sup>.

Segundo Miers<sup>43</sup>, a justiça restaurativa é mais restrita do que a mediação, porque se aplica somente à esfera criminal, enquanto a mediação abrange conflitos em outros contextos.

A questão que se coloca neste ponto do trabalho é a respeito dos efeitos da conciliação e da mediação civil na esfera penal e é nesse contexto que se inserem as disposições do Novo Código de Processo Civil no que concerne a esses métodos de resolução de conflitos.

A tendência de utilização de técnicas de Resolução Apropriada de Disputas (RDA's) resta clara não apenas com a sequência de normas e definição de políticas judiciárias, inclusive de âmbito nacional, que visam assegurar a resolução de conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade, mas já vinha se implementando por meios extrajudiciais e informais bem sucedidos<sup>44</sup>.

O Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução nº 125/2010, não

42 PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBC-CRIM, 2009, p. 109.

43 MIERS, David. Um estudo comparado de sistemas. In: **Relatório DIKE – Proteção e Promoção dos Direitos das Vítimas de Crime no âmbito da Decisão – Quadro relativo ao Estatuto da Vítima em Processo Penal**. Lisboa, set. de 2003, pp. 439-472.

44 FILPO, Klever Paulo Leal. **Mediação Judicial – uma opção do jurisdicionado?** In: Anais do Congresso do Mestrado em Direito e Sociedade do Unilasalle. Disponível em [http://www.sociologyoflaw.com.br/IMG\\_SYSTEM/12-GT-mediacao-e-justica-restaurativa.pdf](http://www.sociologyoflaw.com.br/IMG_SYSTEM/12-GT-mediacao-e-justica-restaurativa.pdf). Acessado em 05 de julho de 2017.

apenas dispôs formalmente sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento de conflitos, visando conferir eficiência operacional ao sistema de justiça, como se comprometeu a auxiliar os tribunais na organização dos mencionados serviços.

O Código de Processo Civil foi publicado em 17 de março de 2015 para entrar em vigor um ano após sua publicação, em 18 de março de 2016. Durante a *vacatio legis* entrou em vigor a Lei nº 13.140/2015, Lei da Mediação, publicada em 29 de junho de 2015, para entrar em vigor 180 (cento e oitenta) dias depois, em 30 de dezembro de 2015.

O Código de Processo Civil dispôs nos seus artigos 165 e seguintes sobre os conciliadores e mediadores, considerados auxiliares da justiça pelo legislador. A conciliação e a mediação apresentam especial interesse ao presente trabalho por se tratarem de métodos não vinculantes e se caracterizarem pela redução ou delegação do direcionamento e do controle do procedimento a um terceiro, mas mantendo nas mãos das partes o controle sobre o resultado.

A resolução de conflitos pela via contenciosa não interessa para o escopo do trabalho, porquanto não insere as partes disputa no centro da construção de uma negociação que possa ser considerada uma pacificação efetiva.

Assim, conciliação e mediação são os mecanismos com os quais se poderá debater a amplificação de efeitos para a esfera penal à luz do que se discutiu sobre a vitimodogmática a partir de uma manifestação de vontade válida no seio da ordem jurídica como alcance adequado e prático do princípio da subsidiaridade.

De acordo com o Código de Processo Civil, conciliador é o auxiliar da justiça que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes (§2º do art. 165), ao passo que o mediador atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes (§3º do art. 165). Ressalte-se, todavia, que o Manual de Mediação Judicial do Conselho Nacional de Justiça dispõe que estas disposições não correspondem a uma definição de conciliação e mediação, mas uma "orientação de encaminhamento"<sup>45</sup>.

---

45 CNJ. **Manual de Mediação Judicial**. 6ª edição. 2016, p. 23. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>. Acesso em: 05 de julho de 2017.

Ainda de acordo com o referido Manual, o CNJ externa seu entendimento de que, com a adoção da política pública, a distinção entre conciliação e mediação reduziu consideravelmente, mas ainda seria possível afirmar que a conciliação se distingue da mediação por se tratar de um procedimento breve, envolvendo contextos conflituosos menos complexos, no qual as partes são auxiliadas por um terceiro ou um painel de pessoas sem interesse na causa, para chegar a uma solução ou acordo.

De toda sorte, seja a conciliação ou a mediação, as técnicas utilizadas devem respeitar princípios norteadores, entre os quais devem ser ressaltados a confidencialidade do que for conversado, a imparcialidade do conciliador ou do mediador, a autonomia das vontades e a voluntariedade das partes.

Quanto ao último ponto, há certa discussão sobre a livre adesão dos jurisdicionados ao procedimento, já que sua institucionalização no ambiente do fórum e ligado necessariamente à estrutura do Poder Judiciário configura que “pouca ou nenhuma importância foi conferida à possibilidade de estimular o seu uso em outros espaços adequados”<sup>46</sup>.

Fato é que a audiência de conciliação ou de mediação, de acordo com o Novo Código de Processo Civil, tornou-se a regra, somente se deixando de realizar diante da expressa manifestação das partes no sentido de desinteressarem-se pela composição (art. 334, §4º, do NCPC). A contestação só será apresentada em não se alcançando uma composição, a qual, se obtida, será homologada por sentença (art. 334, §11, do NCPC).

Neste sentido, o próprio Estado criou condições para que os titulares dos direitos envolvidos em conflitos, que porventura configurem ao mesmo tempo um ilícito não penal e um ilícito penal, manifestem validamente sua vontade sobre o seu direito, compondo e, com isso, abrindo mão em parte de obter um provimento judicial a seu respeito. Isso implica uma completa deslegitimação do próprio Estado em confiscar o direito da vítima e inseri-lo no sistema penal.

---

46 FILPO, Klever Paulo Leal. **Mediação Judicial – uma opção do jurisdicionado?** In: Anais do Congresso do Mestrado em Direito e Sociedade do Unilasalle. Disponível em: [http://www.sociologyoflaw.com.br/IMG\\_SYSTEM/12-GT-mediacao-e-justica-restaurativa.pdf](http://www.sociologyoflaw.com.br/IMG_SYSTEM/12-GT-mediacao-e-justica-restaurativa.pdf). Acesso em: 05 de julho de 2017.

Em outras palavras, nos casos em que os bens jurídicos passam por uma avaliação discricionária do legislador, o qual os alça à categoria de bens jurídicos que merecem proteção civil e penal, não há que se falar em vulneração do princípio da subsidiariedade ou *ultima ratio* em abstrato. No entanto, a interpretação que se deve fazer do caso concreto é a de que o Estado criou mecanismos para que os direitos ou bens de estatura civil e penal concomitantemente possam ser, validamente, objeto de composição civil.

Admitir que o Estado possa não apenas punir, mas iniciar um processo com a finalidade de punir, alguém que possa ter ou de fato tenha violado um bem jurídico cujo titular direto, tendo em vista a relação social concreta em que se deu a vulneração, realizou a composição é admitir que o sistema penal seja um fim em si mesmo.

O contrassenso é de tal ordem que o Estado está regulando e incentivando a composição no âmbito não penal, mas punindo pelo sistema penal a mesma conduta que causou o fato social já pacificado.

Ora, a tese da vitimodogmática de Schünemann funcionando como uma "máxima de interpretação" baseada no princípio da subsidiariedade, em que a vítima pode decidir manifestar validamente sua vontade (por meio dos mecanismos criados pelo próprio Direito) de não colocar em curso os processos de punição para quem tenha violado seu direito, perde o sentido se não alcançar o sistema penal.

De uma maneira geral o princípio da subsidiariedade é encarado como um limite ao legislador, mas o que se está propondo é precisamente que a política criminal de resistência ao exercício do poder punitivo, com o objetivo de impedir sua irracionalidade, seja referência à atividade das agências penais, leia-se, órgão de acusação e julgador, daí decorre a ideia de funcionar como uma "máxima de interpretação".

Vejam-se dois casos paradigmáticos na jurisprudência: a composição civil nas infrações de menor potencial ofensivo cuja ação penal é de iniciativa pública incondicionada e o pagamento dos tributos nos crimes contra a ordem tributária antes da denúncia.

Ambos os casos têm as seguintes características: (1) a composição ou a satisfação do direito se dá depois de consumado o tipo penal que protege o mesmo bem jurídico do ramo não penal do Direito; (2) o titular do direito não poderá deduzir nova pretensão para obter provimento sobre a mesma relação em que o bem jurídico foi violado.

Há, todavia, diferenças. Nos crimes contra a ordem tributária, o Estado criou a regra da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo e dos acessórios antes do recebimento da denúncia, no art. 34 da Lei nº 9.249/95. Portanto, há previsão legal para não incidência do sistema penal.

De outro lado, no caso das infrações de menor potencial ofensivo, não há na Lei nº 9.099/95 qualquer dispositivo que preveja consequência da composição civil para os processos criminais quando se tratar de crime de ação penal de iniciativa pública incondicionada. Basta ver que o § único do art. 74 só prevê que a composição homologada implica a renúncia ao direito de queixa ou representação, não incidindo sobre os casos de ação penal pública incondicionada.

Todavia, a jurisprudência dos Juizados Especiais Criminais vem tomando em conta a finalidade de pacificação social, a que comumente chamam de princípio, como critério informativo para a verificação da justa causa. Veja-se a decisão da Turma Recursal Criminal do Rio de Janeiro:

Trata-se de recurso de apelação que visa, em síntese, à reforma da sentença, para seja determinado o arquivamento do presente procedimento, com fulcro na ausência de justa causa. Evidentemente o apelo Ministerial versa somente sobre a parte da sentença que homologou a composição civil quanto ao crime que se procede mediante ação penal pública incondicionada, pois quanto ao crime que se procede por meio de ação penal pública condicionada a representação, faleceria o Parquet de interesse recursal. Merece prosperar a pretensão recursal. Da leitura do Termo de Acordo Civil de Paz acostado à fl. 166, verifica-se que autor do fato e vítima "se comprometeram a viver em harmonia, tomando por compromisso o tratamento educado, de forma recíproca e respeitosa, procurando resolver qualquer ponto de divergência que por ventura venha a ocorrer, através do diálogo e entendimento." Com efeito, como o delito tipificado no art. 150, §1º, do Código Penal se procede mediante ação penal pública incondicionada, não há que se falar em composição civil,

que só incide nos casos de ação penal privada e de ação penal pública condicionada, em que a vontade da parte ofendida pode ser invocada como fundamento para se impedir a oferta ou o seguimento da ação penal. Em homenagem ao Princípio da Pacificação Social, torna-se sustentável a tese defendida pelo Ministério Público em atuação nos 1º e 2º graus, no sentido de que a ausência de interesse da vítima no prosseguimento do procedimento criminal, retira o atributo da justa causa para a propositura da ação penal, especificamente no que se refere a crimes de ação penal pública incondicionada. Assim, merece reparo a sentença recorrida, para que seja determinado o arquivamento do procedimento em relação ao crime tipificado no art. 150, §1º, do Código Penal, em razão da ausência de justa causa. Isto posto, meu voto é pelo conhecimento e provimento do recurso, no sentido de ser reformada parcialmente a sentença, para que seja arquivado o procedimento, com fulcro na ausência de justa causa, no que tange ao crime tipificado no art. 150, §1º, do Código Penal.<sup>47</sup>

Isso demonstra que os julgadores criam, conforme o caso concreto, critérios de política criminal informadores da interpretação do fato social transformado em caso penal, razão pela qual se faz necessária a adoção de critérios interpretativos claros de contenção do poder punitivo a partir da solução das disputas por mecanismos de conciliação e mediação civil que atinjam o mesmo bem jurídico penalmente tutelado.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

- 1) Pelo que se expôs, não há qualquer uniformidade na dogmática processual penal no que respeita às condições da ação, seja na indicação de quais seriam, seja na formulação do seu conteúdo.
- 2) Compreende-se, todavia, a ação penal não como um direito, e sim um poder com sentido de expressão política no âmbito jurídico e, neste sentido, não necessita de condições para poder ser exercida, mas precisa de critérios para que o exercício do poder seja resistido. Essa resistência se faz com a maximização dos direitos humanos como um filtro hermenêutico.

---

47 Turma Recursal Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Juiz CARLOS FERNANDO PONTYGUARA PEREIRA, recurso inominado, processo nº 0034973-35.2012.8.19.0202, Julgamento: 29/06/2015.

3) Entre as diversas compreensões sobre o termo justa causa, destacam-se aquelas que propõem uma compreensão social a ser alcançada pelo sistema penal e introduzem em seu conceito um elemento valorativo que retira a legitimidade ou resiste ao exercício do poder. Todavia, não se filia aqui a ideias utilitaristas como proveito social ou economicistas como custo/benefício.

4) A justa causa, portanto, deve funcionar como um filtro hermenêutico de resistência ao exercício do poder, tendo por base os direitos humanos reconhecidos constitucionalmente e convencionalmente, em que a incidência do sistema penal seja excluída diante da interpretação do fato social concreto à luz dos princípios e das garantias penais e processuais penais.

5) O princípio da subsidiariedade ou da *ultima ratio* é comumente dirigido ao legislador e serve de critério para limitar a atividade legislativa apenas aos casos em que os ramos do direito diversos do direito penal não conferem proteção suficiente aos bens jurídicos. Todavia, esse princípio também deve ser utilizado como um critério de interpretação dirigido ao julgador para, todas as vezes em que o legislador conferiu dupla proteção (penal e não penal) a um bem jurídico, seja excluída a incidência do sistema penal dos casos em que a vítima não careça ou tenha validamente manifestado a vontade de abrir mão da proteção penal.

6) O Novo Código de Processo Civil criou mecanismos para a manifestação válida de vontade do titular do bem jurídico violado no caso concreto, no sentido de compor pela conciliação ou pela mediação. Isso implica uma completa deslegitimação do próprio Estado em confiscar o direito da vítima e inseri-lo no sistema penal, por faltar justa causa para o exercício do poder de ação.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 9. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004

BRASIL. Lei nº 9.296/96, de 24 de julho de 1996. **Penal: Códigos conjugados**. Autoria coletiva. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 757.

Constituição. **Penal: Códigos conjugados**. Autoria coletiva. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de et al. Justa causa penal-constitucional.

**Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 3, n. 11, p.30-60, 2003

Processo Penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CASARA, Rubens e MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do Processo Penal Brasileiro – dogmática e crítica: conceitos fundamentais**. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol I. tradução Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Justa causa - reflexões em torno da obra de Afrânio da Silva Jardim. In: BASTOS, Marcelo Lessa; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de (Org.). **Tributo a Afrânio Silva Jardim: escritos e estudos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.165-181.

CNJ. **Manual de Mediação Judicial**. 6ª edição. 2016, p. 23. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>. Acessado em 05 de julho de 2017.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989.

Da diferença entre ação e processo: nulidade do processo decorrente do recebimento de denúncia em caso de parcelamento do crédito nos crimes contra a ordem tributária In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 73, julho-agosto de 2008, p. 328.

(org.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4ª ed. Tradutores Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FILPO, Klever Paulo Leal. Mediação Judicial – uma opção do jurisdicionado? In: **Anais do Congresso do Mestrado em Direito e Sociedade do Unilasalle**. Disponível em [http://www.sociologyoflaw.com.br/IMG\\_SYSTEM/12-GT-mediacao-e-justica-restaurativa.pdf](http://www.sociologyoflaw.com.br/IMG_SYSTEM/12-GT-mediacao-e-justica-restaurativa.pdf). Acessado em 05 de julho de 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. As condições da ação penal In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 69, novembro-dezembro de 2007.

**As condições da ação penal**. São Paulo: José Bushatsky, 1977.

JARDIM, Afrânio Silva. O Novo Código de Processo Civil e as Condições da Ação In: **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP**, vol. 15, janeiro a junho de 2015.

Originalidade como condição para o regular exercício do direito de ação In: **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP**, vol. 15, janeiro a junho de 2015.

**Direito Processual Penal**. 6a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

**Ação Penal Pública: princípio da obrigatoriedade**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual I**. tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 12ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 4ª. São Paulo: RT, 2010.

MIERS, David. Um estudo comparado de sistemas. In: **Relatório DIKE – Proteção e Promoção dos Direitos das Vítimas de Crime no âmbito da Decisão – Quadro relativo ao Estatuto da Vítima em Processo Penal**. Lisboa, set. de 2003, pp. 439-472.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2001. 315 p. (Estudos de processo penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida, 5).

MOREIRA, Rômulo Andrade. **Uma crítica à teoria geral do processo**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

NIEVA-FENOLL, Jordi. Mediação: uma "alternativa" razoável ao processo judicial? In: **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP**, vol. 14, 2014, p. 213-228.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Tradução Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos! – sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado de direito liberal In: **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, vol. 53, marco-abril de 2005.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2003.

Recebido em: fevereiro/2017

Aprovado em: maio/2017