

MARCO AURÉLIO NUNES DA SILVEIRA

A TIPICIDADE E O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA ACUSAÇÃO

**Monografia apresentada como requisito parcial
à obtenção do grau de Bacharel em Direito.
Curso de graduação em Direito, Setor de
Ciências Jurídicas, Universidade Federal do
Paraná.**

**Orientador: Prof. Dr. Jacinto Nelson de
Miranda Coutinho**

CURITIBA

2004


TERMO DE APROVAÇÃO

MARCO AURÉLIO NUNES DA SILVEIRA

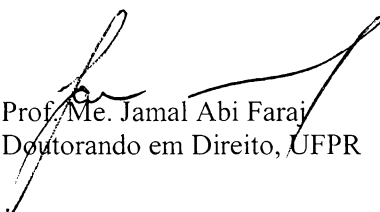
A TIPICIDADE E O JUÍZO DA ADMISSIBILIDADE DA ACUSAÇÃO

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela Banca Examinadora formada pelos professores:

Orientador: Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR



Prof. Me. Rolf Koerner Júnior
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR



Prof. Me. Jamal Abi Faraj
Doutorando em Direito, UFPR

Curitiba, 05 de outubro de 2004

Para Marilan e Sara
Terminei! Vamos brincar filhinha?

Agradecimento especial a minha esposa *Marilan Novakoski Nunes da Silveira*, e filha *Sara Novakoski Nunes da Silveira*, por todo amor e compreensão; a meu pai *Marcos Antonio Nunes da Silveira*, pelo apoio demonstrado à sua peculiar maneira; a minha mãe *Myrtes Denize Nunes da Silveira* por todo amor e carinho despendido ao longo de todos estes anos; a *Rafael Nunes da Silveira*, querido irmão; ao caríssimo orientador *Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*, pela contribuição para a minha formação e pela rica orientação, sempre luz no fim do túnel; aos professores *Allana Campos Marques*, *Clara Maria Roman Borges*, *Fábio André Guaragni*, *Francisco Quintanilha Veras Neto* e *Renata Ceschin Melfi*, pela contribuição direta a esta pesquisa e pela formação acadêmica crítica; ao promotor de justiça *Francisco Zanicotti*, pelas poucas, porém frutíferas discussões acerca do tema desta pesquisa; a *Carlos Eduardo Tosin*, servidor do Ministério Público; ao juiz *Antonio Carlos Schiebel Filho* pela autorização, e a *Ana Mercedes Camargo* e *Juarez Neckel dos Santos* pelo auxílio na coleta dos dados, para o estudo na Vara de Inquéritos Policiais; e ao amigo *Antti Tuomas Musakka*, da Finlândia.

A todos, minha gratidão.

*“À solenidade, para não dizer à majestade, dos
homens em toga se contrapõe o homem na jaula”.*
(Francesco Carnelutti, *As misérias do processo penal*).

SUMÁRIO

RESUMO	vii
ABSTRACT	viii
INTRODUÇÃO	1
PARTE I – DA AÇÃO PENAL	4
1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A AÇÃO PENAL	4
1.1 A Ação como elemento da Teoria do Direito Processual Penal: comentários sobre as teorias unitária e dualista do processo.....	4
1.2 Fundamento e natureza jurídica do direito de ação. Teorias	16
1.2.1 A teoria imanentista da ação	17
1.2.2 A polêmica entre Windscheid e Muther	19
1.2.3 A ação como direito autônomo e concreto	21
1.2.4 A ação como direito autônomo e abstrato.....	23
1.2.5 A teoria eclética da ação	24
1.3 Ação penal. Conceito.....	26
2 DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO PENAL	30
2.1 Anotações iniciais. Natureza jurídica	30
2.2 As condições da ação em espécie	33
2.2.1 A possibilidade jurídica	33
2.2.2 Interesse de agir	35
2.2.3 Legitimação	36
2.3 As condições da ação no processo penal. A inadequação da doutrina liebmaniana.....	36
2.4 As condições da ação penal previstas na lei processual penal.....	42
2.4.1 A tipicidade aparente	43
2.4.2 A punibilidade concreta	44
2.4.3 A legitimidade da parte.....	44
2.4.4 Justa causa.....	45
PARTE II – DA TIPICIDADE NO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA ACUSAÇÃO	47
3 DA TIPICIDADE PENAL	47
3.1 Anotações iniciais. A teoria do crime.....	47
3.2 A tipicidade penal na teoria do crime	48
3.3 As relações entre a tipicidade penal e a ilicitude penal – o tipo de injusto.....	51
3.4 Ausência do tipo de injusto.....	53
4 DA TIPICIDADE NO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA ACUSAÇÃO	55
4.1 A tipicidade e as condições da ação penal na doutrina brasileira. Lineamentos sobre a <i>tipicidade aparente</i>	55
4.2 O alcance das expressões “evidentemente não constituir crime” no artigo 43, I, do Código de Processo Penal brasileiro, e “tipicidade” aparente. A questão da ilicitude e da culpabilidade .	58
4.3 A <i>tipicidade aparente</i> e o arquivamento do inquérito policial	63
4.4 Estudo de casos de arquivamento de inquérito policial. Reflexos do baixo nível de cientificidade do processo penal no exame de admissibilidade da acusação	66
4.5 O juízo de admissibilidade da acusação e a efetividade dos direitos do acusado. Problemas com a descrição e a classificação do fato típico na denúncia.....	72
CONCLUSÕES	79
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	81
APÊNDICE - NÚMERO DE DISTRIBUIÇÃO JUDICIAL DOS INQUÉRITOS POLICIAIS CONSULTADOS	88

RESUMO

Com o objetivo de verificar o papel representado pela tipicidade penal no juízo de admissibilidade da acusação, a pesquisa, com uma abordagem constitucional, trata das condições da ação penal, com ênfase naquela denominada *tipicidade aparente*. A ação penal é descrita no contexto de uma Teoria do Direito Processual Penal absolutamente alheia às tentativas empreendidas pela majoritária doutrina brasileira de construção científica de uma Teoria Geral do Processo. Esta negação a qualquer posição generalista no processo penal sustenta-se sobre o argumento de que, segundo o critério da *gestão da prova*, o princípio reitor do processo penal, inquisitivo, é diferente do existente no processo civil, dispositivo; além disto, a construção teórica unitária do processo, atualmente proposta pela doutrina, baseia-se fundamentalmente sobre o conceito de *lide*, que é imprestável ao processo penal, conforme a sua própria realidade. Assim, no contexto da visão dualista do processo, debate-se a natureza jurídica da ação penal (com partida nas discussões empreendidas sobre o instituto na esfera civil – pois a negação à construção unitária não significa rejeitar todos os avanços científicos da teoria do processo civil, mas criticamente aproveitar o que for compatível com o seu equivalente penal), desde a polêmica entre Windscheid e Muther, até o conceito de ação liebmaniana que introduz, em definitivo, a noção de *condições da ação*. Estas, segundo a mesma visão dualista do processo, não são coincidentes nos diferentes tipos processuais e, portanto, a tipicidade é perquirida no âmbito das condições da ação decorrentes do próprio Código de Processo Penal (a despeito de sua nomenclatura). A tipicidade penal, a ser apreciada positivamente – e não de modo negativo como sua correspondente no processo civil –, que deve ser apenas aparente no juízo de recebimento da acusação, tem relevantes desdobramentos em relação ao processo penal de matiz *garantista*, a exemplo, na questão do arquivamento do inquérito policial (aqui municiada com um estudo de casos reais), e naquela da classificação do crime na denúncia e seus possíveis efeitos nefastos ao *jus libertatis* do acusado.

ABSTRACT

Intending to settle the role represented by the criminal vagueness doctrine in the judgment of the admissibility of the accusation, the research, with a constitutional approach, deals with the conditions of the criminal action, with emphasis, in that called *apparent typicality*. The criminal action is described in the context of the Theory of the Criminal Process absolutely alienated to the attempts – undertaken by the majority of the Brazilian doctrine – of scientific construction of a General Theory of the Process. This negation to any generalist position in the criminal proceeding is supported by the argument, according to the criterion of the *management of the proof*, that the rector principle of the criminal process, tendentially inquisitive, is different from the existing one in the civil process, dispositive; moreover, the unitary theoretical construction of the process, currently proposed by the doctrine, is based basically on the concept of *litis*, which is worthless to the criminal proceeding in its own reality. Thus, in the context of the dualist vision of the process, the juridical nature of the criminal action has been discussed (with departure in the debates undertaken about the institute in the civil sphere, after all, the negation to the unitary construction does not mean to reject all the scientific advances of the theory of the civil process, but to critically use what is compatible with its criminal equivalent), since the controversy between Windscheid and Muther to the liebmanian concept of action, which introduces, definitively, the notion of conditions of the action. These, according to same dualist vision of the process, are not coincident in the different procedural types, and therefore the typicality is investigated in the scope of the conditions of the action described in the Code of Criminal Procedure (to the spite of its nomenclature). The criminal typicality, to be valuated positively – and not negatively as its civil equivalent –, that must be only apparent in the judgement of the admissibility of the accusation, has relevant unfoldings in relation to the criminal process of *guarantist* shade, in example, on the question of the closedown of the police inquiry (supplied here with a study of actual cases), and, on the question of the classification of the crime in the denunciation, and its possible ominous effects to the *jus libertatis* of the defendant.

INTRODUÇÃO

O estudo da ação penal – tema escassamente tratado no âmbito de um direito processual penal como o brasileiro, que carece de abordagem científica sistematizada – impõe ao pesquisador percorrer vias eivadas de incoerências, onde a casuística reina absoluta e a doutrina e a jurisprudência padecem, quase como reflexo disto, da falta de posições seguras.

Como não poderia ser diferente, os direitos fundamentais dos cidadãos submetidos ao sistema de perseguição criminal são os primeiros a sofrerem violações em seus preceitos. Mesmo a superveniência da Constituição da República de 1988 e os movimentos de constitucionalização do direito criminal não têm sido suficientes para nos apresentar um horizonte diferente. Pelo contrário, temos nos deparado com um endurecimento, cada vez mais sério, do discurso criminal em todas as esferas da sociedade e do Estado, possivelmente motivado pela aguda situação da criminalidade no País.

Nada obstante, e sem desconhecer o sofrimento da população brasileira com os altos níveis de violência criminal a que está submetida, tem-se a convicção de que políticas que põem em risco direitos e garantias fundamentais, via de regra, não possuem idoneidade para “solucionar” o problema, mas antes, costumam agravar, cada vez mais, a situação do sistema carcerário brasileiro e, por via de consequência, em um círculo vicioso, fomentar o aumento da violência.

O direito de ação – apesar do papel secundário que tem representado nas tentativas de sistematização do direito processual penal –, é de importância cabal na guarida de direitos fundamentais do acusado e merece maior atenção do que a doutrina tem-lhe oferecido.

A ação penal, como atualmente concebida em nosso processo, sofre a nefasta influência de uma frustrada tentativa de construção processual monista, operada pelos adeptos – em franca maioria entre os processualistas brasileiros – da chamada Teoria Geral do Processo.

É mister perceber, porém, que tanto os conceitos de ação, como o de ação condicionada (LIEBMAN), foram concebidos no terreno processual civil e posteriormente exportados para o processo penal. Note-se que este é o preciso momento em que os problemas surgem, pois o processo penal brasileiro tem vicissitudes que simplesmente não podem ser descritas sob uma forma processual civil, como se fosse possível adaptar a realidade do processo criminal à teoria processual desenvolvida pela doutrina civilista. Os referenciais semânticos – não se diga o contrário – são distintos.

Parece coerente, pois, que a construção científico-sistemática do direito processual penal tenha como ponto de partida o próprio processo penal em suas particularidades, e que a valiosa contribuição da doutrina processual civil – que é muito mais fecunda em termos científicos –, seja criticamente assimilada na compreensão do direito processual penal.

Deste modo, sob orientação da obra – e das aulas ministradas na Universidade Federal do Paraná –, do Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, tratar-se-á da questão da tipicidade penal em sua relação com o juízo de admissibilidade da acusação. O tema guarda estrita ligação com as condições da ação penal, eis que a *tipicidade aparente* (prevista no art. 43, I, do CPP) é uma delas.

Pretende-se, neste contexto, demonstrar a importância de uma abordagem autônoma e científica do direito processual penal no tocante ao juízo de admissibilidade da acusação, bem como ressaltar os riscos a direitos fundamentais do acusado decorrentes de sua falta. Para tanto, versar-se-á sobre alguns temas necessários ao desenvolvimento de *condições da ação* adaptadas – sob a égide da Constituição da República – à realidade de nosso processo penal¹, como: a) a

¹ “Ma l’analisi sulle norme non svela l’intero fenomeno giudiziario. Restano fuori le prassi, su cui capiremmo poco se ignorassimo i meccanismi infralegali del potere: l’apparato penale ne cova uno temibile; che sia esercitato in forme più o meno asceticamente disinteressate, dipende dalla qualità delle persone e dall’imprinting corporativo” (CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: Utet, 1986, p. 31). [Tradução livre: Mas a análise sobre as normas não revela o inteiro fenômeno judiciário. Restam fora as práxis, sobre as quais entenderíamos pouco se ignorássemos os mecanismos infralegais do poder: o aparato penal oculta um temível; que seja exercido de forma mais ou menos asépticamente desinteressada, depende da qualidade das pessoas e do *imprinting* corporativo].

contextualização da ação na Teoria Geral do Direito Processual Penal; b) as teorias sobre a natureza jurídica do direito de ação e o conceito de ação penal; c) as condições da ação penal; d) a tipicidade penal, em anotações nucleares; e) o lugar da tipicidade no juízo de admissibilidade da acusação; f) situações em que direitos do acusado podem sofrer violações em relação ao tratamento que a questão recebe na doutrina e jurisprudência brasileiras.

PARTE I – DA AÇÃO PENAL

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A AÇÃO PENAL

1.1 A Ação como elemento da Teoria do Direito Processual Penal: comentários sobre as teorias unitária e dualista do processo

O conceito e a natureza jurídica da *ação* são o resultado inacabado de mais de um século de controversos debates doutrinários, assim, qualquer tentativa de se definir o que é a *ação penal* deve ser precedida da devida contextualização do instituto no bojo da Teoria Geral do Direito Processual Penal.

Inicialmente, fixar-se-á a ação como um dos elementos da trilogia fundamental (ação, jurisdição e processo) estruturante da Teoria Geral do Direito Processual Penal, cabendo porém frisar que aqueles elementos, no Processo Penal, não são idênticos, a despeito da opinião da doutrina majoritária (teoria unitária do direito processual), aos concebidos na Teoria Geral do Direito Processual Civil.

Vários argumentos justificam esta posição, residindo o principal no fato de que os Sistemas Processuais² Penal e Civil regem-se por **princípios unificadores distintos**. Reconhecem-se dois sistemas processuais: o inquisitório e o acusatório; cada qual regido por um princípio unificador próprio, que são, respectivamente, o princípio inquisitivo e o princípio dispositivo.

CORDERO estabelece o critério da *gestão da prova* como o meio idôneo para se identificar o princípio indicador do sistema processual.³ Esta posição, no Brasil, é corroborada por Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, ao afirmar que, “ora, se o processo tem por finalidade, entre outras, a reconstrução de um fato pretérito crime,

² Sobre a noção de *sistema*, Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO define, "a partir da versão usual, calcada na noção etimológica grega (*systema-atos*), como um *conjunto de temas jurídicos que, colocados em relação por um princípio unificador, formam um todo orgânico que se destina a um fim*. É fundamental, como parece óbvio, ser o conjunto orquestrado pelo princípio unificador e voltado para o fim ao qual se destina. Este, no processo penal, como se sabe, joga com conceitos que passam pela *instrumentalidade* e pela *paz social*" (**O papel do novo juiz no processo penal**. Crítica a Teoria Geral do Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 16).

³ CORDERO, F. **Guida... Op. Cit.**, p. 32 e ss.

através da instrução probatória, a forma pela qual se realiza a instrução identifica o princípio unificador”.⁴

Neste sentido, o **sistema inquisitório**, informado pelo **princípio inquisitivo**, caracteriza-se por ter a “gestão da prova, confiada essencialmente ao magistrado que, em geral, no modelo em análise, recolhe-a secretamente, sendo que ‘a vantagem (aparente) de uma tal estrutura residiria em que o juiz poderia mais fácil e amplamente informar-se sobre a verdade dos fatos – de todos os factos penalmente relevantes, mesmo que não contidos na acusação –, dado o seu domínio único e onnipotente do processo em qualquer das suas fases.”⁵ Como refere FOUCAULT, com razão, ‘ele constituía, sozinho, e com pleno poder, uma verdade da qual investia o acusado’⁶ O trabalho do juiz, de fato, é delicado. Afastado do *contraditório* e sendo o senhor da prova, sai em seu encaixe guiado essencialmente pela visão que tem (ou faz) do fato”.⁷

Como reflexo desta estrutura, observa-se que facilmente o julgador pode fazer um prejulgamento do caso penal, decidindo antes, para depois buscar as provas necessárias para legitimar sua decisão. É o que CORDERO denominou de “primado das hipóteses sobre os fatos”, no qual reside a lógica deformada do sistema, e que é resultado de quadros mentais paranóicos.⁸ COUTINHO, neste sentido, afirma que “partindo de premissa falsa, não poucas vezes assentada em um *lugar comum* (do gato

⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, a. 30, n. 30, 1998, p. 165.

⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito processual penal**. Coimbra. Coimbra, 1974, p. 247.

⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 1988, p. 36.

⁷ COUTINHO, J. N. M. **O papel... Op. Cit.**, p. 24.

⁸ “*La solitudine in cui gli inquisitori lavorano, mai esposti al contraddittorio, fuori da griglie dialettiche, può darsi che giovi al lavoro poliziesco ma sviluppa quadri mentali paranoidi. Chiamiamoli 'primato dell'ipotesi sui fatti': chi indaga ne segue una, talvolta a occhi chiusi; niente la garantisce più fondata rispetto alle alternative possibili, né questo mestiere stimola cautela autocritica; siccome tutte le carte del gioco sono in mano sua ed è lui che l'ha intavolato, punta sulla 'sua' ipotesi. Sappiamo su quali mezzi persuasivi conti (alcuni irresistibili: ad esempio, la tortura del sonno, caldamente raccomandata dal pio penalista Ippolito Marsili); usandoli orienta l'esito dove vuole” (Guida... Op. Cit., p. 51). [Tradução livre: O isolamento no qual os inquisidores trabalham, jamais expostos ao contraditório, longe de interpretações dialéticas, pode ser que ajude no trabalho policial, mas desenvolve quadros mentais paranóicos. Chamamos-lhes ‘primado das hipóteses sobre os fatos’: quem inquirir segue uma hipótese, às vezes de olhos fechados; nada garante que ela seja mais fundamentada em relação às alternativas possíveis, nem esta profissão estimula a cautela autocrítica; uma vez que todas as cartas do jogo estão em sua mão, e foi ele que lhe deu início, direciona-o para a sua hipótese. Sabemos sobre os meios*

preto induz-se bruxaria; do funcionário da empresa o autor do seqüestro; do mordomo o homicida, e assim por diante), chega-se a uma conclusão também falsa, transmutada em *verdade construída*". Além disto, para acolá dos indícios e presunções aplicados à "descoberta" (ou criação) da verdade, surge a concreta possibilidade de se relegar os fatos mediante a tentativa de angariação da "*regina probationum*", ou seja, a confissão do réu⁹, ou, ainda pior, obtê-la *per fas et per nefas*.

Por seu turno, o sistema acusatório confere às *partes* a gestão da prova sobre a qual o juiz dirá o direito a ser aplicado ao caso concreto. O processo penal inglês no século XIII, com a Magna Charta Libertatum de João Sem-Terra (acentuado pelo Bill of Rights de 1698 e pelo Act of Settlement de 1701), tipicamente acusatório¹⁰, "nasce como um autêntico processo de partes, diverso daquele antes existente. Na essência, o contraditório é pleno; e o juiz estatal está em posição passiva, sempre longe da colheita da prova. O processo, destarte, surge como uma disputa entre as partes que, em local público (inclusive praças), argumentavam perante o júri, o qual, enquanto sociedade, dizia a verdade, *vere dictum*. É elementar que um processo calcado em tal base estruturasse uma cultura processual mais arredia a manipulações, mormente porque o réu, antes de ser um acusado, é um cidadão e, portanto, senhor de direitos inafastáveis e respeitados".¹¹

Apesar do enfoque na *gestão da prova* (como demonstramos) ter maior aptidão na verificação do princípio unificador de um sistema processual, grande parte da doutrina brasileira tem identificado na *existência ou não de partes* o critério distintivo entre os sistemas processuais. Não é outra a posição de José Frederico MARQUES ao afirmar que "enquanto no procedimento acusatório, o juízo penal é o *actum trium personarum* de que falavam os práticos medievais, existindo assim verdadeira relação processual, - no processo inquisitivo, a investigação unilateral da verdade a tudo se antepõe, tanto que dêle disse ALCALÁ-ZAMORA, não ser

persuasivos com os quais conta (alguns irresistíveis: por exemplo, a tortura do sono, fervorosamente recomendada pelo devoto penalista Ippolito Marsili); usando-os orienta o êxito].

⁹ COUTINHO, J. N. M. *O papel... Op. Cit.*, pp. 25-27.

¹⁰ Jorge de FIGUEIREDO DIAS afirma que atualmente para o processo penal inglês esta estrutura é, em essência, a mesma (*Direito... Op. Cit.*, p. 66).

¹¹ COUTINHO, J. N. M. *O papel... Op. Cit.*, pp. 36-37.

processo genuíno, e sim, uma forma autodefensiva de administração da justiça. É que no sistema inquisitivo, o órgão judicante tem preponderância tal que nêle se concentram as funções de acusar, julgar e defender, que caracterizam o processo”.¹²

Nada obstante, demonstra COUTINHO que o *discrimen* não deve residir em elementos secundários do sistema, que podem, inclusive, ser emprestados de um modelo ao outro, dentre os quais situa-se a possibilidade ou não de no processo existirem partes. Como exemplo, cite-se a *Ordonnance Criminelle* (1670) de Luis XIV, na França, que apesar de ser considerado o maior monumento inquisitório laico, estruturava-se de modo tal a permitir a existência de partes.¹³

Outro não é o óbice que se pode erguer quanto à argüição, comum na doutrina brasileira, da existência de sistemas processuais mistos.¹⁴ Como é evidente, não existem hodiernamente sistemas processuais inquisitórios ou acusatórios puros, porém, tampouco se poderia falar em um *princípio* misto, eis que isto repercutiria na desconfiguração do sistema como tal.¹⁵ Portanto, nos sistemas ditos mistos, observamos, na realidade, a presença de apenas um daqueles princípios unificadores,

¹² MARQUES, José Frederico. **Elementos do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1961, v. I, p. 62-63.

¹³ COUTINHO, J. N. M. **Introdução... Op. Cit.**, p. 167.

¹⁴ A propósito da *arquitetônica* (que é a *arte dos sistemas*. “A unidade sistemática é o que converte o conhecimento vulgar em ciência”), KANT afirma: “Por sistema entendo a unidade de conhecimentos diversos sob uma idéia (...) Aquilo que designamos por ciência não pode surgir tecnicamente, devido à analogia dos elementos diversos ou ao emprego accidental do conhecimento *in concreto* a toda espécie de fins exteriores e arbitrários, mas, sim, de um único fim supremo e interno, que é aquilo que primeiro torna possível a totalidade” (KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Trad. Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2003, pp.584-585).

¹⁵ Id. *Ibid.*, pp. 167-168. Apesar de alguns afirmarem que com o Código Napoleônico deu-se à luz um terceiro sistema, chamado misto ou reformado, observa-se que, em verdade, aquele sistema promoveu uma retomada da estrutura do *ancien régime*, essencialmente inquisitório. COUTINHO, discorrendo sobre a questão, afirma: “Ainda que se possa verificar novas fórmulas, *não há um sistema processual novo*, a não ser no aspecto formal. Para ser mais preciso, como já sustentei em minha tese defendida em Roma, da maneira como se pretende, os sistemas inquisitório e acusatório não podem conviver ‘não só porque a *contaminatio* é irracional no plano lógico, como também porque a prática desaconselha uma comistão do gênero’: ‘*Tale il prezzo richiesto dal tentativo di un’impossibile conciliazione degli opposti: l’idea del processo a due tempi – inquisitório il primo e accusatorio il secondo – ripugna alla ragione, per quanto possa sedurre i ricercatori del compromesso per vocazione*’. Ademais, talvez fosse o caso de, singelamente, recordar que a ‘*mistura*’ há de ser vista com cautela em qualquer ramo do direito processual, a começar pelo direito processual civil, como anotou Liebman.” (COUTINHO, J. N. M. **O papel... Op. Cit.**, p. 39) [Tradução livre: Tal é o preço exigido pela tentativa de uma conciliação impossível dos opostos: a idéia do processo a dois tempos – inquisitório o primeiro e acusatório o segundo – é incompatível com a razão, por quanto possa seduzir os pesquisadores do compromisso por vocação].

inquisitivo e dispositivo – identificando se tratar, em essência, de um sistema inquisitório ou acusatório –, adicionado de elementos secundários emprestados do outro sistema, como a questão da existência ou não de partes. PISAPIA já havia observado que apesar de não existirem aqueles sistemas processuais em sua formatação original, os sistemas atuais são tendencialmente inquisitórios ou acusatórios: *“Occorre precisare subito che in nessun Paese oggi è più accolto né il sistema accusatorio puro né quello inquisitorio. È possibile tuttavia constatare in via di massima, che i Paesi anglosassoni presentano del tipi di processo ispirati alla struttura accusatoria, mentre i Paesi dell’Europa occidentale presentano dei processi a struttura tendenzialmente inquisitoria”*.¹⁶

No tocante ao sistema processual penal brasileiro, pode-se concluir, não sem razão, que se trata de um sistema essencialmente inquisitório, uma vez que a **gestão da prova** encontra-se, com primazia, sob o arbítrio do juiz. Com efeito, em nosso processo penal cabe ao juiz a produção probatória, a despeito da contribuição das partes, que deverá *“investigar e esclarecer oficiosamente o facto submetido a julgamento. (...) Dado o dever de investigação judicial autónoma da verdade, logo se compreende que não impenda nunca sobre as partes, em processo penal, qualquer ónus de afirmar, contradizer e impugnar; como, igualmente, que se não atribua qualquer eficácia à não apresentação de certos factos não contraditados; como, finalmente, que o tribunal não tenha de limitar a sua convicção por sobre os meios de prova apresentados pêlos interessados”*.¹⁷

Dúvidas não restam quanto à precisão desta conclusão após a leitura do artigo 156 do Código de Processo Penal Brasileiro:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; **mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar de ofício as diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.**

¹⁶ PISAPIA, Gian Domenico. **Compendio di Procedura Penale**. 4. ed. Padova, CEDAM, 1985, p. 21. [Tradução livre: Cumpre precisar desde logo que em nenhum país hoje é mais acolhido nem o sistema acusatório puro, nem aquele inquisitório. É possível todavia constatar no máximo, que os países anglosaxões apresentam tipos de processo inspirados na estrutura acusatória, ao passo que os países da Europa ocidental apresentam processos com estrutura tendencialmente inquisitória].

¹⁷ DIAS, J. F. **Direito... Op. Cit.**, pp. 192-193.

Ainda, segundo João Gualberto Garcez RAMOS, a mais marcante característica inquisitória do processo penal brasileiro reside na adoção do *sistema presidencial* de inquirição de testemunhas¹⁸ – art. 212, primeira parte, do CPC¹⁹ –, pois, “o conceder-se efetiva imediação apenas entre juiz e testemunha é estabelecer que somente o juiz está efetivamente autorizado a administrar, a gerir a prova testemunhal”.²⁰

Franco CORDERO, versando sobre o sistema de inquirição de testemunhas do revogado Código de Processo Penal, que em muito se assemelha ao sistema brasileiro, afirma: “*Lavoro solitario: l'instruttore elabora ipotesi e le coltiva, cercando prove; quando ne scovi, le acquisisce. Il sistema esclude i dialoghi: parti private e difensori ignorano gli atti più importanti (le testimonianze); altrove ammessi, fungono da spettatori*”.²¹

Por seu lado, porém, o processo civil brasileiro estrutura-se essencialmente segundo o modelo acusatório de sistema processual, eis que o exercício jurisdicional, em especial no tocante à gestão da prova, encontra-se condicionado pela vontade das partes.²²

O critério da *gestão da prova* como meio de diferenciação entre os princípios unificadores dos processos penal e civil brasileiro é ainda corroborado pelo estudo do fundamento (motivo) sob o qual o legislador optará²³, no tocante à instrução probatória,

¹⁸ A Exposição de Motivos do Código de Processo Penal expõe: “X – (...) O sistema de inquirição de testemunhas é o chamado presidencial, isto é, ao juiz que preside à formação da culpa cabe privativamente fazer perguntas diretas à testemunha. As perguntas das partes serão feitas por intermédio do juiz, a cuja censura ficarão sujeitas”.

¹⁹ Código de Processo Penal: “**Art. 212** – As perguntas das partes serão feitas por intermédio do juiz, que as formulará à testemunha”.

²⁰ RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência processual penal**. Belo Horizonte, Editora Del Rey, 1996, pp. 210-211.

²¹ CORDERO, Franco. **Procedura penale**. Milão: Giuffrè, 1991, p. 567. [Tradução livre: Trabalho solitário: o instrutor elabora hipóteses e as cultiva, procurando provas; quando as encontra, adquire-as. O sistema exclui os diálogos: partes privadas e defensores ignoram os atos mais importantes (os testemunhos); em outros momentos admitidos, são aqui espectadores].

²² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 1999, p. 64.

²³ BORGES, Clara Maria Roman. **A competência nos crimes plurilocais e o princípio do juiz natural**. 2001. Dissertação. 171 f. (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, pp. 9-11.

por um modelo que atribui essencialmente às partes o encargo de trazer as provas ao processo, como se verifica no processo civil brasileiro (princípio da verdade formal)²⁴, ou confere ao juiz o dever de apurar a verdade real dos fatos, para o que está autorizado à produção, por conta própria, do material probatório que fundamentará sua decisão, modelo que se apresenta em nosso processo penal (princípio da verdade material)²⁵.

A distinção entre os *principios da verdade material* e da *verdade formal* – sem embargo das críticas que se pode formular quanto à crença de que a verdade pode ser alcançada por meio do processo²⁶ – serve-se bem a demonstrar que a gestão da prova é o

²⁴ CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO. *Teoria... Op. Cit.*, p. 65.

²⁵ “Necessita ter o juiz um conhecimento bem exato do litígio que vai decidir, a fim de apurar a verdade dos fatos ocorridos, e aplicar a lei com estrita justiça. (...) A descoberta da verdade se apresenta, assim como meio e modo para reconstrução dos fatos que devem ser julgados, e, conseqüentemente, da aplicação jurisdicional da lei penal” (MARQUES, J. F. *Elementos... Op. Cit.*, pp. 62-63).

²⁶ Francesco CARNELUTTI afirmou com razão que é infundada a crença de que se pode alcançar a verdade por meio do processo: “*Quando sono partito, nei miei studi sul processo, com la Prova civile, ho parlato di verità, assegnando pressapoco al processo come scopo la ricerca della verità sostanziale e come risultato il conseguimento di una verità formale. Ma non era, per quanto piuttosto comune, una distinzione fondata. La verità non è e non può essere che una sola ; quella che io come altri chiamavo verità formale non è la verità. Né io sapevo allora che cosa fosse e perché, soprattutto, né col processo né in alcun altro modo, dall'uomo si può mai raggiungere. Qualche cosa ho cominciato a capirne con la meditazione sul concetto di parte, che costituisce uno dei fulcri del mio modo di pensare. E chi mi ha aiutato, per quanto allora fosse molto distante dalla meta raggiunta nello scritarello, che ho ricordato poco fa , è stato il filosofo Heidegger, della prima maniera, con quella che fu, e dovera essere, la sua sinfonia incompiuta : il 'Sein und Zeit', dove parla della Weltlichkeit der Sache, che mi ha profondamente colpito e che ho tradotto, nelle prime pagine dei Dialoghi con Francesco con universalità della cosa. Proprio perché la cosa è una parte essa è e non è ; può essere paragonata ad una medaglia sul cui diritto è inciso il suo essere e sul rovescio il suo non essere. Ma per conoscere la verità della cosa, o diciamo pure della parte, bisogna conoscere tanto il diritto quanto il rovescio : una rosa è una rosa, insegnavo a Francesco, perché non è alcun altro fiore ; ciò vuol dire che per conoscere veramente la rosa, cioè per afferrarne la verità, occorre conoscere non soltanto ciò che essa è ma anche ciò che essa non è. Perciò la verità di una cosa ci sfugge fino a che noi non possiamo conoscere tutte le altre cose e così non ne possiamo conseguire se non una conoscenza parziale. E quando dico una cosa, mi riferisco anche ad un uomo. Insomma la verità è nel tutto, non nella parte ; e il tutto è troppo per noi. Più tardi questo mi è servito a comprendere, o almeno a cercar di comprendere, perchè Cristo abbia detto : 'Io sono la verità'. Pertanto la mia strada, cominciata com l'attribuire al processo la ricerca della verità, há messo capo alla sostituzione della verità con la certezza. (Verità, dubbio, certezza. Rivista di Diritto Processuale. v. XX. Pádua: CEDAM, 1965). [Tradução de Eduardo Cambi (Folha Acadêmica. Centro Acadêmico Hugo Simas, Universidade Federal do Paraná. n. 116, a. LIX, p. 05, 1997): Quando parti, nos meus estudos sobre processo, com a Prova Civile, falei de verdade, assinalando, como escopo do processo, a investigação da verdade substancial e, como resultado, a obtenção de uma verdade formal. Mas não era, embora algo comum, uma distinção fundada. A verdade não é, e nem pode ser, senão uma só: aquela que eu, como outros, chamava de verdade formal, não é a verdade. Nem eu sabia, naquele tempo, que coisa fosse e por que, sobretudo, nem com o processo, nem através de algum outro modo, a verdade jamais pode ser alcançada pelo homem. Alguma coisa disse comecei a entender com a meditação sobre o conceito de*

meio adequado à perquirição do tipo de sistema processual de que se está a tratar, em detrimento do critério da existência ou não de partes que, como mencionado, assenta-se sobre um elemento secundário do sistema.

Não sem razão, pois, as Teorias Gerais do Direito Processual Penal e do Direito Processual Civil estruturam-se segundo princípios unificadores distintos e, portanto, não podem ser tomados em uma perspectiva unitária (Teoria Unitária do Processo).

Anota PISAPIA, ao discorrer sobre a reforma do Código de Processo Penal italiano – e demonstrando a importância de preliminarmente se precisar o tipo de processo do qual se trata –, que “*prima di passare all’esame analitico del processo penale italiano vigente, è opportuno precisare a quale tipo di processo esso può ricondursi: anche perché tale precisazione può consentire di meglio valutare i diversi orientamenti che si sono delineati in ordine alla riforma del codice di procedura penale*”.²⁷ Em verdade, em qualquer trabalho científico sobre o processo deveria o jurista estar imbuído desta noção.

A despeito deste principal argumento contrário à visão monista (unitária) do

parte, que constitui uma das bases do meu modo de pensar. E quem me ajudou, de um primeiro modo, ainda que fosse muito distante da meta obtida no escrito, que recordei há pouco, foi o filósofo Heidegger com aquela que foi, e deveria ser, a sua sinfonia incompleta: o ‘*Sein und Zeit*’, onde fala da *Weltlichkeit der Sache*, que me tocou profundamente e que traduzi, nas primeiras páginas dos *Dialoghi con Francesco con universalità della cosa*. Justamente porque a coisa é uma parte, ela é e não é; pode ser comparada a uma moeda sobre cuja cara está gravada o seu ser e, sobre a sua coroa, o seu não-ser. Mas para conhecer a verdade da coisa, ou digamos, precisamente, da parte, necessita-se conhecer, tanto a sua cara, quanto a sua coroa: uma rosa é uma rosa, ensinava a Francesco, porque não é alguma outra flor; queria dizer que para conhecer verdadeiramente a rosa, isto é, para chegar à verdade, é necessário conhecer não somente aquilo que a rosa é, mas também aquilo que ela não é. Por isso, a verdade de uma coisa nos foge até que nós não possamos conhecer todas as outras coisas e, assim, não podemos conseguir senão um conhecimento parcial dessa coisa. E quando digo uma coisa, refiro-me, também, a um homem. Em síntese, a verdade está no *todo*, não na parte; e o todo é demais para nós. Mais tarde isso me serviu para compreender, ou ao menos a tentar compreender, por que Cristo disse: “Eu sou a verdade”. Portanto, a minha estrada, começada por atribuir ao processo a busca da verdade, deveria ter substituído a investigação da verdade, pela da certeza].

²⁷ PISAPIA, G. D. **Compendio... Op. Cit.**, p. 20. [Tradução livre: Antes de passar ao exame analítico do processo penal italiano vigente, é oportuno precisar a qual tipo de processo ele pode retornar: também porque tal especificação pode permitir uma melhor avaliação das diversas orientações que são delineadas em relação à reforma do código de processo penal].

processo – os diferentes princípios unificadores dos processos penal e civil – parecer mais do que suficiente para embasar a maneira pela qual se conduzirá o discurso sobre a ação penal, isto é, segundo a teoria dualista do processo, cumpre, ainda, refutar o principal argumento utilizado pela parte majoritária da doutrina pátria que sustenta a visão processual unitária, isto é, a afirmação de que a unidade de jurisdição determinaria a unificação do direito processual e autorizaria a construção de uma teoria geral do processo.²⁸ Isto será feito através da demonstração de que o conteúdo proposto para a *jurisdição* na teoria geral do processo, sempre permeado por elementos subjetivos como a “lide” e “pretensão”²⁹, é imprestável para o processo penal.

CARNELUTTI define a lide como um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida ou insatisfeita³⁰, e **define *jurisdição*, bem como todos os demais elementos de sua Teoria Geral do Processo, a partir desta definição.** Assim, sobre a função essencial do juiz, afirma CARNELUTTI que é decidir a lide: "Para mim esta é a função do juiz civil como do juiz penal".³¹

A **lide carneluttiana**, porém, não sobreviveu às investidas de seus mais ferrenhos críticos, como CHIOVENDA, CALAMANDREI e GRISPGNI – todos *objetivistas*³² –, de modo que seu criador abandonou-a, sem, no entanto, impedir que a doutrina brasileira a adotasse sob a influência de LIEBMAN.

Com efeito, CALAMANDREI sustenta que "o processo penal, na realidade, não tem o escopo de remover um desacordo existente entre acusador e acusado em torno da existência do fato e da medida da pena, sem que o processo perca a sua razão de ser onde esse desacordo seja amigavelmente composto entre os dois litigantes", e, portanto, "o conceito de lide não é utilizável como elemento distintivo da função jurisdicional, pela simples razão de que os interesses, à regulação dos quais é preordenada a intervenção do

²⁸ CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO. **Teoria... Op. Cit.**, p. 48.

²⁹ Id. *Ibid.*, pp. 129 e ss.

³⁰ CARNELUTTI, F. **Lezioni... Op. Cit.**, p. 302.

³¹ CARNELUTTI, F. **Sulla 'reformatio in pejus'**. *Rivista di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1927, v. II, pp. 183-184: "La funzione essenziale del giudice è quella di decidere una lite. Per me questa è così la funzionedel giudice civile come del giudice penale".

³² "Ser objetivista, em última análise, é construir uma estrutura de processo que 'prescinde inteiramente de consideração dos escopos subjetivos das partes'". (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá Editora, 1998, p. 77).

juiz, não são disponíveis àqueles que figuram como partes no processo".³³ Tornara-se, pois, insustentável a defesa da lide, conforme CARNELUTTI formulara no âmbito de sua teoria geral do processo.

Porém, mesmo após ter CARNELUTTI reconhecido seu erro e admitido que a lide não poderia ser aplicada irrestritamente, a doutrina processual penal italiana, sem no entanto adotar a **lide carneluttiana** em sua definição primitiva, mas mantendo a terminologia e parte de sua estrutura, concebeu a noção de **lide penal** em superação à idéia de *lide no processo penal*.³⁴

LEONE, seguido por BELLAVISTA, foi o principal articulador da **lide penal**, e definiu-a como "uma situação imanente de conflito entre direito punitivo do Estado e direito de liberdade (jurídica) do imputado; e uma situação contingente de relação entre o Ministério Público e o imputado, a qual pode reproduzir a primeira situação ou afastar-se totalmente". E conclui o autor: "Lide, no processo penal, não deve significar conflito de atividade, conflito aparente de interesses, ou seja, qualificado por uma pretensão e uma resistência; lide, ao contrário, no processo penal significa conflito permanente e indisponível de interesses e por isso mais vital, enquanto transcende cada reflexo particular e contingente".³⁵ Para LEONE, portanto, a jurisdição deve ser definida como o poder de acertar, através de decisão fundamentada e em conformidade com a lei penal, o conflito entre o direito de punir do Estado e o direito de liberdade do

³³ CALAMANDREI, Piero. **Il concetto di lite nel pensiero di Francesco Carnelutti**. *Rivista di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1930, pp. 16-17: "Il processo penale, infatti, non ha scopo di rimuovere un disaccordo esistente tra accusatore ed accusato intorno all'esistenza del reato e alla misura della pena, sicché il processo perda la sua ragion d'essere la dove questo disaccordo sia amichevolmente composto tra i due 'litiganti'"; "La verità è che nel processo penale in genere, come nel processo civile inquisitorio, il concetto di lite non è utilizzabile come elemento distintivo della funzione giurisdizionale, per la semplice ragione che gli interessi, al regolamento dei quali à preordinato il necessario intervento del giudice, non sono disponibili da coloro che figurano come parti nel processo".

³⁴ COUTINHO, J. N. M. **A lide... Op. Cit.**, p. 13.

³⁵ LEONE, Giovanni. **Lineamenti di diritto processuale penale**. 2. ed., Napoli: Jovene, 1952, p. 33-34: "...una situazione immanente di conflitto tra diritto punitivo dello Stato e diritto di libertà (giuridica) dell'imputato; ed una situazione contingente di relazione tra pubblico ministero ed imputato, la quale può riprodurre la prima situazione oppure scostarsene del tutto"; "Lite, nel processo penale, non deve significare conflitto di attività, conflitto appariscente di interesse, cioè qualificato da una pretesa e da una resistenza; lite, invece, nel processo penale significa conflitto permanente e indisponibile d'interessi e perciò più vitale, in quanto transcende ogni riflesso particolare e contingente".

acusado.³⁶

Como já se mencionou, esta nova noção de lide – considerada como o *conflito imanente entre o direito de punir do Estado e o direito de liberdade do réu* – difundiu-se na doutrina brasileira através dos discípulos de LIEBMAN.³⁷

Nada obstante, a lide penal começa a ruir ao se estruturar em posições extremamente radicais. Com efeito, para que se sustente que o conflito de interesses (*jus puniendi versus jus libertatis*) existe sempre concretamente (imanente) no processo penal, há que se falar em *indisponibilidade do processo*, ou seja, uma vez que as partes não podem renunciar ao processo, o conflito sempre existirá. LEONE assim fundamenta a indisponibilidade do processo como cerne de sua *lide penal*: "*Il principio di indisponibilità dell'oggetto del processo va pacificamente inteso come esclusione di qualsiasi potere delle parti di influire col proprio comportamento sulla sorte sia del rapporto processuale sia del rapporto sostanziale dedotto in giudizio*"; e completa, relacionando-o com o princípio da obrigatoriedade: "*Il principio di indisponibilità nel processo penale si snoda nel modo che segue: A) Il pubblico ministero: a) ha l'obbligo di promuovere l'azione penale, anche nel caso di reputata infondatezza della **notitia criminis***".³⁸ No nosso sistema processual penal, ou mesmo no italiano, a lide penal cai por terra na medida das concessões – ainda que excepcionais – dadas ao princípio da disponibilidade, isto é, por exemplo, a possibilidade do Ministério Público não recorrer da decisão absolutória. Aqui, não recorrer "significa dispor do conteúdo processo e (...) colocar o *jus puniendi* em uma

³⁶ LEONE, Giovanni. **Manuale di diritto processuale penale**. 12. ed., Napoli: Jovene, 1988, p. 135.

³⁷ Entre vários outros, veja-se: MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1965, v. I, p. 11-13; LACERDA, Galeno. **Considerações sobre a reforma processual**. Revista dos Tribunais, São Paulo, RT, n. 355, maio, p. 13, 1975; TORNAGHI, Hélio. **Instituições de processo penal**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1957, v. II, p. 295; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 1986, p. 4; GRINOVER, Ada Pellegrini. **As condições da ação penal**, São Paulo: Bushatsky, 1977, p. 11-12.

³⁸ LEONE, G. **Lineamenti... Op. Cit.**, p. 31-32. [Tradução livre: O princípio da indisponibilidade do objeto do processo é pacificamente entendido como exclusão de qualquer poder das partes de influir com o próprio comportamento sobre a sorte seja da relação processual seja da relação substancial deduzida em juízo]; [O princípio da indisponibilidade no processo penal se desdobra no modo que segue: A) O Ministério Público: a) tem a obrigação de promover a ação penal, também no caso de reputada improcedência da *notitia criminis*].

situação de impotência".³⁹ LEONE e BELLAVISTA reconheciam esta deficiência em sua teoria e chegaram ao absurdo de sugerir que a *lide penal* serviria apenas à fundamentação do processo penal de 1º grau.⁴⁰ Já agora, como se a *lide penal* não houvesse desmoronado ante as críticas ora apresentadas, basta ainda mencionar que a *ação penal de iniciativa privada*, submetida a interesses disponíveis, representa uma insuperável negativa ao princípio da indisponibilidade.⁴¹

Deste modo, sendo absolutamente incompatível com o processo penal a noção de lide, mesmo quanto à chamada *lide penal*, resta claro que é insustentável uma suposta identidade no conceito de jurisdição a autorizar a elaboração científica de uma teoria unitária do processo.⁴²

Em suma, considera-se que o processo penal pode prescindir – com o benefício da construção de um discurso científico mais consistente –, das noções subjetivas (pretensão/interesse/vontade) ensejadas pelo legado da lide no processo.⁴³ Com efeito, uma

³⁹ COUTINHO, J. N. M. **A lide... Op. Cit.**, p. 131.

⁴⁰ BELLAVISTA, Girolamo. **Studi sul processo penale**. 2. ed. Milão: Giuffrè, 1952, v. I, p. 12: "...poiché alla volontà dei soggetti non è riconosciuto alcun potere dispositivo (tranne che nel regime delle impugnazioni)..."; e LEONE, G. **Manuale... Op. Cit.**, p. 89: "Ora, nel processo penale di primo grado si delinea due situazione diverse: una situazione immanente (...) ed una situazione contingente". [Tradução livre: ...uma vez que à vontade dos sujeitos não é reconhecido nenhum poder dispositivo (exceto no regime das impugnações)...]; [Agora, no processo penal de primeiro grau delineiam-se duas situações diversas: uma situação imanente (...) e uma situação contingente].

⁴¹ COUTINHO, J. N. M. **A lide... Op. Cit.**, p. 130.

⁴² Desde as primeiras polêmicas sobre o conceito de jurisdição entre objetivistas e subjetivistas, inauguradas por CHIOVENDA e CARNELUTTI, e das que se seguiram na doutrina italiana, percebe-se que o tema padece de parcimoniosa omissão da doutrina – em especial no Brasil, onde se têm tomado, acriticamente, a idéia de lide –, que não têm buscado propor novos conceitos. Possivelmente aí esteja o mérito de doutrinadores que reconhecem a necessidade de superar aquele debate insolúvel, adotando-se posturas que alterem a forma de se conceber o processo, como Franco CORDERO, na Itália, para quem "o processo penal serve para verificar se uma pessoa deve ser punida", sendo a jurisdição o veículo necessário a esta verificação. (**Procedura penale**. 8. ed., Milão: Giuffrè, 1985, p. 8), e como Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, no Brasil, ao afirmar que se trata, "entenda-se bem, de encontrar uma palavra, uma expressão, adequada ao fenômeno que se dá no processo e, dessa maneira, o melhor é deixar, na medida do possível, um menor espaço à indeterminação, por natureza sempre presente. **Caso penal** cumpre o requisito a contento. Com ele, estamos diante de uma situação de incerteza, de dúvida, quanto à aplicação da sanção penal ao agente que, com sua conduta, incidiu no tipo penal. Em não sendo auto-executável a sanção, não há outro caminho que o processo para fazer o acerto do caso penal. A jurisdição, ademais, é indefectível e atua, até o acerto positivo, de condenação, alheia a elementos de ordem subjetiva" (**A lide... Op. Cit.**, p. 138).

⁴³ É necessário um estudo histórico do processo penal brasileiro para demonstrar como a introdução do conceito de lide (cunho subjetivo) condicionou o desenvolvimento dos demais elementos processuais. Para um aprofundamento no assunto, verificar a mencionada obra de COUTINHO, "**A lide e o conteúdo do processo penal**".

teoria unitária do processo, conforme os argumentos expostos, não se faz possível, e a exposição vale, no tocante à ação, pela demonstração de que tal teoria (civilística, em essência), construída sobre a base da lide, faz irradiar seus efeitos sobre todos os demais elementos do processo, inclusive sobre a própria ação.

Assim, feitos estes imprescindíveis esclarecimentos sobre a necessidade de uma abordagem não-subjetiva do processo, bem como sobre a impossibilidade de uma construção monista, pode-se adentrar no estudo da ação penal.⁴⁴

1.2 Fundamento e natureza jurídica do direito de ação. Teorias

Sem embargo de posições mais acuradas, parte-se aqui do discurso simbólico de justificação do poder estatal de punir, preconizado em HOBBS, segundo o qual, formado o Estado (domesticado pela ordem jurídica), a compulsoriedade das regras de conduta estabelecidas, inclusive aquela que proíbe a autotutela de direitos pelos cidadãos, impõe ao próprio Estado o poder-dever – ou dever-poder, como querem alguns –, de prestar tutela estatal àqueles que foram preteridos da livre realização de seus direitos. A Carta Constitucional de 1988, no inciso XXXV do artigo 5º, estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”.

Neste contexto, estabelece-se inicialmente que a *ação*, entidade de direito processual, serve-se à provocação da atuação jurisdicional do Estado.⁴⁵

Nada obstante, ao se perquirir a natureza jurídica e o conceito de ação, se deparará com um debate doutrinário iniciado há 150 anos, inacabado e longe de posições definitivas, ao qual se adicionam problemas de ordem terminológica – eis que o vocábulo *ação* admite várias acepções –, caracterizados por expressões

⁴⁴ Vale lembrar, como diz COUTINHO, que “a mudança de postura, em relação ao conteúdo do processo, imporá ao nosso direito processual penal a obrigação de um repensamento geral. Isso não significa desistir do já produzido, ao contrário, devemos trabalhar sem preconceitos e utilizar tudo aquilo de realmente útil, venha do processo civil ou de quem quer que seja. Só não cabe malabarismo lingüístico, contorcionismos para uma adaptação impossível” (COUTINHO, J. N. M. *A lide... Op. Cit.*, p. 145). Por mudança de postura em relação ao conteúdo do processo penal, leia-se abandono à discutida questão da lide, e de seus efeitos decorrentes do viés subjetivo que contempla.

⁴⁵ TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. I, p. 301.

absolutamente equivocadas do ponto de vista da natureza jurídica do instituto, porém, de uso corrente, como *juízo da ação penal*, *autos de ação penal* ou ainda *trancamento da ação penal*, além de outros vários.⁴⁶ Assim, não se pode prescindir de, inicialmente, fazer um sobrevôo sobre as teorias que tocam ao direito de ação para, ao final, estabelecer-se um conceito de *ação penal* que servirá de base ao estudo das *condições* para sua propositura.

1.2.1 A teoria imanentista da ação

Inicialmente desenvolvida por SAVIGNY, a teoria imanentista (ou teoria civilista) parte de um ponto de vista histórico sobre a célebre definição de CELSO “*nihil aliud est actio quam ius, quod sibi debeatur, in iudicio persequendi*”,⁴⁷ para concluir que a “**ação era o próprio direito material** colocado em movimento, a reagir contra a ameaça ou violação”.⁴⁸

Muitos doutrinadores aderiram a SAVIGNY reproduzindo sua tese com pequenas variações, como VINNIUS⁴⁹, GARSONNET, UNGER⁵⁰, ROGHIN, MATTIROLO⁵¹ e DEMOLOMBE. Este último afirmou que quando a lei falava de “*direitos e ações*” incorria em pleonasma.⁵² No Brasil, aderiram à teoria civilista, entre

⁴⁶ KUHLMANN, Sylvio Roberto Degasperri. **A actio sob a ótica de Muther, a partir da definição de Celso.** Crítica a Teoria Geral do Direito Processual Penal. (Coord. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho) Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 146.

⁴⁷ “A ação nada mais é que o direito de pedir em juízo o que nos é devido” (Digesto, Livro XLIV, título VII, fragmento 51).

⁴⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. **Teoria geral do processo civil.** 2. ed. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 95 (grifo nosso).

⁴⁹ “A ação é o direito em seu exercício”, *apud* SILVA, O. B. **Teoria... Op. Cit.**, p. 95.

⁵⁰ “A ação é o direito em pé de guerra, reagindo contra sua ameaça ou violação”, *apud* SILVA, O. B. **Teoria... Op. Cit.**, p. 95.

⁵¹ “O direito de atuar em juízo para obter o reconhecimento de um direito violado ou negado constitui a ação judicial, a qual, portanto, configura um direito elevado à segunda potência. Assim, a todo direito reconhecido pela lei positiva corresponde a ação judicial, a menos que esta haja sido expressamente negada pelo legislador e substituída por qualquer outra garantia”, *apud* SILVA, O. B. **Teoria... Op. Cit.**, p. 95.

⁵² COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil.** Buenos Aires: Depalma, 1993, p. 63.

outros, juristas como CLÓVIS BEVILÁQUA⁵³, CÂMARA LEAL⁵⁴ e JOÃO MONTEIRO⁵⁵.

Em essência, e em qualquer daquelas variações, afirma esta corrente que **“não há ação sem direito; não há direito sem ação; a ação segue a natureza do direito”**.⁵⁶

A influência da teoria civilista sobre a doutrina brasileira do início do século XX resultou em sua consagração no Código Civil Brasileiro de 1916; leia-se o artigo 75:

Art. 75. A todo direito corresponde uma ação, que o assegura.

Nada obstante, como ensinou CHIOVENDA: *"sobre la célebre definición romana 'nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeat iudicio persecuendi' la doctrina tejía proposiciones aparentemente diversas, pero todas incluyendo un concepto de acción que podría considerarse mixto o impuro. Algunos la configuraban como la potestad inmanente al derecho de reaccionar contra la violación, o como el derecho mismo en su tendencia a la actuación; algunos como un derecho nuevo y por sí mismo, nacido con la violación del derecho, y teniendo por contenido la obligación del adversario de hacer cesar la violación; mixtos o impuros estos conceptos, ya que si a la acción se le da por contenido una obligación cualquiera del sujeto pasivo del derecho, se cae fácilmente en una duplicación inútil del concepto mismo del derecho"*.⁵⁷ Com efeito, como se percebeu após a polêmica entre WINDSCHEID e MUTHER acerca da *actio romana* – que resultou, como se verá no ponto seguinte, no

⁵³ “A ação é parte constitutiva do direito subjetivo, pois que é o próprio direito em atitude defensiva” (BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. v. I. 11. ed. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1956, pp. 254-255).

⁵⁴ “Acção é o direito de pedir em juízo o que nos é devido – *jus persecuendi in iudicio quod sibi debeat*” (CÂMARA LEAL, Antonio Luiz. **Manual elementar de direito civil**. v. I. São Paulo: Saraiva, 1930, p. 183).

⁵⁵ “O direito de acção é a virtude própria a cada direito de se afirmar por meio da força social” (MONTEIRO, João. **Direito das acções**. São Paulo: Typographia Duprat & Comp., 1905, p. 25)

⁵⁶ SILVA, O. B. **Teoria... Op. Cit.**, p. 95 (grifo nosso).

⁵⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. **La acción en el sistema de los derechos**. Trad. Santiago Sentís Melendo. Valparaíso (Chile): EDEVAL, 1992, pp. 20-21 (grifo nosso).

reconhecimento da autonomia da *ação processual* em relação ao *direito material* –, a teoria imanentista não logrou êxito em revelar a verdadeira natureza da ação processual. Além disto, como se verá, WACH refuta a teoria imanentista ao demonstrar a existência de direitos de ação que não decorrem de direitos subjetivos privados.⁵⁸ Exemplo – tratado por WACH – de tais direitos é a ação declaratória negativa.

Entre os anos de 1856 e 1857, pois, com a “famosa polêmica”, possibilitou-se a construção de uma noção de *ação autônoma*.

1.2.2 A polêmica entre Windscheid e Muther

A “polêmica” deu-se sobre o conteúdo da *actio* romana, e resultou no reconhecimento de que ela não equivale à noção moderna de *anspruch*. “A *anspruch* ou pretensão constituía no pensamento de WINDSCHEID primeiro e no de WACH depois, um fenômeno jurídico diferenciado do direito”.⁵⁹

Bernhard WINDSCHEID, em crítica às idéias de SAVIGNY no seu “*Die Actio des römischen Civilrechts, von Standpunkte des heutigen Rechts*” (“A *Actio* do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno”), publicado no ano de 1856, em Düsseldorf, afirma que o conceito da *actio* romana não coincide com a concepção que lhe é contemporânea de ação (*klage* em alemão), mas contempla na pretensão (*anspruch*) seu moderno equivalente.⁶⁰

No ano seguinte, Theodor MUTHER, que havia colado grau há apenas 4 anos, e fora recém-nomeado professor-extraordinário na Universidade de Königsberg – e, ainda, a despeito do reconhecimento científico do qual já gozava WINDSCHEID –, ofereceu, no livro “*Zur Lehre von römischen Actio, dem heutigen Klagrecht, der Litiscontestation und der Singularsuccession in Obligationen – Eine Kritik des*

⁵⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. I. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 22.

⁵⁹ COUTURE, E. J. **Fundamentos... Op. Cit.**, p.63.

⁶⁰ WINDSCHEID, Bernard; MÜTHER, Theodor. **Polêmica sobre la “actio”**. Comentários de Giovanni Pugliese. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1974, p. XIV. Memore-se que WINDSCHEID ainda fala do conceito civilista de ação.

windscheid'schen Buches” (“Sobre a doutrina da *actio* romana, do direito de acionar atual, da litiscontestação e da sucessão singular nas obrigações – Crítica ao livro de Windscheid”, 1857) severas críticas ao trabalho de WINDSCHEID. Em sua crítica, traça distinção entre a *actio* romana e a pretensão para os romanos: “*Es pues condición previa para que se otorgue la formula o la actio, que el requerido no haya satisfecho antes, sin proceso, la pretensión del postulante. Por lo tanto, deberá haver una pretensión antes de la actio. El pretor no confiere pues, mediante la actio, una pretensión, sino que la pretensión preexiste a la actio lo que se desprende también del hecho de que si el requerido paga voluntariamente y sin ser accionado, es seguro que no podrá repetir lo pagado mediante una conditio indebiti*”, e conclui, “*la pretensión es el prius, la actio el posterius, la pretensión lo gerador, la actio lo generado*”.⁶¹ E, no que ficou conhecido como a parte construtiva de seu texto, estabelece distinção entre direito lesado e ação. Verificam-se, então, dois direitos **de natureza pública**: o primeiro à tutela jurídica estatal, dirigido ao Estado, e o segundo à eliminação da lesão, dirigido ao particular.⁶²

WINDSCHEID, ainda em 1857, volta à carga na réplica intitulada “*Die Actio – Abwehr gegen Dr. Th. Muther*” (“A *Actio* – Réplica ao Dr. Th. Muther”), e assevera que seu contendor haveria desvirtuado suas afirmações: “*De lo que antecede se desprende que yo no niego de ninguna manera el concepto de derecho de accionar que tiene el autor. Si no me he referido a él en mi trabajo, ello se debe a dos motivos: 1) ese derecho pertenece al campo del proceso, y no al del derecho civil; 2) al combatir la incorrecta definición de la esencia de la actio, sólo toqué la concepción que ve en el derecho de accionar un derecho privado*”.⁶³ Nada obstante, a tese de MUTHER é adotada sem restrições por WINDSCHEID no seu “*Lehrbuch des Pandektenrechts*”, de 1862.

No “*Lehrbuch des Pandektenrechts*” de 1862 – obra em que seu pensamento adota contornos definitivos sobre a *Anspruch* –, afirma WINDSCHEID que a *anspruch* serve para exprimir, quer o fato de pretender, quer o de pretender com a pertinência

⁶¹ WINDSCHEID, B; MÜTHER, T. *Polémica... Op. Cit.*, p. 223.

⁶² Id. *Ibid.*, p. XXXIII.

⁶³ Id. *Ibid.*, p. 323.

jurídica da pretensão, ou seja, o direito de pretender – de exigir algo de outrem. Desconhecedores de tal conceito, não dispunham os romanos do vocábulo correspondente; em lugar dele usavam a palavra *actio*, cuja abrangência tornava-se cada vez mais restrita: atividade, atividade com outrem, atividade judiciária, atividade judiciária contenciosa, com especial referência ao agressor, e, pois, perseguição judiciária, a que chamamos de *klage*, não como fato, mas como pertinência jurídica. A *actio* não é exatamente o *anspruch*.⁶⁴

Sobre a “polêmica”, COUTURE afirma que “*para la ciencia del proceso, la separación del derecho y de la acción constituyó un fenómeno análogo a lo que representó para la física la división del átomo. Más que un nuevo concepto jurídico, constituyó la autonomía de toda esta rama del derecho. Fue a partir de este momento que el derecho procesal adquirió personalidad y se desprendió del viejo tronco del derecho civil*”.⁶⁵ Eis o principal mérito da polêmica entre WINDSCHEID e MÜTHER: as construções doutrinárias sobre a ação que se seguiram basearam-se na concepção de direito processual autônomo, por força da autonomia da ação, conforme que ação (*klage* = queixa) era uma coisa e *anspruch* (pretensão) era outra.⁶⁶

1.2.3 A ação como direito autônomo e concreto

Embora a Teoria do Direito Abstrato de Agir anteceda cronologicamente a obra de WACH (Direito Concreto de Agir), deve-se inverter a ordem de apresentação daquelas posições doutrinárias, pois há de considerar que a noção de ação como direito autônomo e concreto, em relação ao posicionamento que parece mais acertado, está um passo aquém da visão abstrativista.

No ano de 1885, Adolf WACH publica o primeiro tomo de seu “*Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*”, onde, pela primeira vez, demonstra que o direito de ação e o direito subjetivo material são independentes, e, em 1888, ao tratar da ação

⁶⁴ TORNAGHI, Hélio Bastos. **Instituições de processo penal**. São Paulo: Forense, 1959. v. III, p. 253-254.

⁶⁵ COUTURE, E. J. **Fundamentos... Op. Cit.**, pp. 63-64.

⁶⁶ WINDSCHEID, B; MÜTHER, T. **Polémica... Op. Cit.**, p. XXXVI.

declaratória, no “*Der Feststellungsanspruch*” – escrito em homenagem a WINDSCHEID – estabelece os contornos de sua abordagem sobre a ação. À obra de WACH aderiram inúmeros juristas e seu trabalho influenciou o pensamento de várias correntes que se seguiram, incluindo CHIOVENDA e, dele, CALAMANDREI e outros que desenvolveram concepções concretistas próprias⁶⁷ e contribuíram significativamente para a propagação da noção de ação autônoma no mundo e na América Latina, na medida de sua influência – e a de WACH – sobre LIEBMAN.

WACH, desenvolvendo o conceito inicialmente revelado por MUTHER, definiu a ação como “*un derecho subjetivo que corresponde al ciudadano a quien asiste la razon para que el Estado le conceda la tutela jurídica*” (Rechtschutzanspruch), e que se dirige “*al mismo tiempo contra el Estado y contra el adversario*”.⁶⁸ Aqui se observa a influência de BÜLOW – por sua teoria sobre a relação processual⁶⁹ – em WACH. Assim, para o jurista, nas palavras de TORNAGHI, trata-se de um direito bifronte.⁷⁰

Para WACH, apesar de autônomo, “na medida em que não nasce juntamente com o direito material, nem deste por vezes decorra (como na ação declaratória negativa), o direito de ação só compete a quem é titular de um interesse real, e não imaginário”, e, embora “não nascendo junto com o direito subjetivo material, dele há de decorrer, sempre e necessariamente, à exceção da hipótese da ação declaratória negativa. Assim, distinguem-se os dois direitos, mas o segundo nascerá depois do primeiro, quer da violação deste, ou da ameaça ao mesmo”.⁷¹

Com efeito, WACH condicionava ao direito material a ação sujeita a três

⁶⁷ Para um aprofundamento nas teorias concretistas da ação, ver TORNAGHI, H. B. **Instituições... Op. Cit.**, 1977, pp. 275-299.

⁶⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de derecho procesal civil**. Trad. José Casais y Santaló. Tomo I. Madri: Editorial Réus, 1922, pp. 69-70 (grifo nosso).

⁶⁹ “*Desde que los derechos y las obligaciones procesales se dan entre los funcionarios del Estado y los ciudadanos, desde que se trata en el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que, también, a las partes se las toma en cuenta únicamente en el aspecto de su vinculación y cooperación con la actividad judicial, esa relación pertenece, con toda evidencia, al derecho público y el proceso resulta, por lo tanto, una relación jurídica pública*”. BÜLOW, Oskar von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJEJA, 1964, pp. 1-2.

⁷⁰ TORNAGHI, H. B. **Instituições... Op. Cit.**, 1977, p. 293.

⁷¹ SILVA, O. B. **Teoria... Op. Cit.**, pp. 104-105.

condições: “a) a existência de um direito violado ou ameaçado de violação, sob pena de não haver legítimo interesse, que deveria ser real, e não imaginário; b) a legitimação, ou seja, a necessidade de que o direito violado ou ameaçado fosse próprio; c) a possibilidade jurídica do pedido, ou a adequação do direito ao ordenamento jurídico concreto, materializado em fatos-tipo previamente determinados”.⁷²

A teoria, porém, não sobreviveu às críticas, que podem ser reproduzidas na medida em que somente se reconheceria o direito de ação quando esta resultasse em sentença favorável, permanecendo sem explicação a ação improcedente.

1.2.4 A ação como direito autônomo e abstrato

A ação foi concebida como direito autônomo e abstrato, quase simultaneamente, por Karl Heinrich DEGENKOLB, na Alemanha, e Alexander PLÓSZ, na Hungria. Este último publicou, na Alemanha, em 1880, “*Beiträge zur Theorie des Klagerechts*” (“Contribuições à Teoria do Direito de Queixa”), obra que já tivera sido anteriormente publicada em língua húngara. E DEGENKOLB, em 1877, publicou “*Einlassungszwang und Urteilsnorm*” (“Ingresso Forçado [em juízo] e Norma Judicial”); esclarece TORNAGHI que “*Einlassungszwang* é a obrigação do réu de participar do processo para que haja contraditório”, e “*Urteilsnorm* é a norma contida na sentença – *Urteil*”.⁷³

Aqueles autores procuraram fundamentar o direito de ação independentemente de qualquer outro direito anterior, assim, concebem um direito de ação autônomo que, como não está ligado a outro, denomina-se – assim propôs PLÓSZ – *direito abstrato*. “Nisto se opõem a Windscheid. Concordam com Bülow em que o processo existe por si e sem dependência do direito chamado substantivo. Mas entendem que a ação é a razão de ser do processo. Pouco importa que o autor tenha ou não razão. O processo

⁷² Id. Ibid., p. 105.

⁷³ TORNAGHI, H. B. *Instituições... Op. Cit.*, 1977, p.272. TORNAGHI ressalta que as partes mais relevantes, no tocante ao direito abstrato de ação são, o prefácio, o § 1º, que se intitula “O direito de

existirá em ambos os casos. O que cumpre é que ele tenha ação, que tenha o direito de ingressar em juízo para compor a lide (daí o nome do livro de Degenkolb)”.⁷⁴ Portanto, o direito de ação é compreendido como direito subjetivo público que decorre da personalidade e capacidade de gozo do indivíduo, e existe mesmo que não esteja presente um direito anterior violado.

Sem embargo, DEGENKOLB concebe um limite ao exercício do direito de ação: a *boa-fé*. Daí surge a noção de “veracidade subjetiva”, pois só tem ação o indivíduo honrado, que baseia sua argüição na boa-fé, e que supõe “ter direito àquilo que solicita, julgando-se sinceramente amparado por lei, pouco importando tenha ou não tenha razão”. Para o jurista germânico o direito de ação é preexistente ao “pedido do autor que é apenas o meio de pô-lo em exercício e compete a todos que puderem invocar uma norma legal em seu favor”.⁷⁵

Graças ao desenvolvimento das teorias abstrata e concreta de ação, e pretendendo formatar uma abordagem conciliatória de ambas – já em meados do século XX –, LIEBMAN propôs sua *nova síntese*, que passaremos agora a examinar.

1.2.5 A teoria eclética da ação

Consagrada no Código de Processo Civil (tão grande fora a influência de LIEBMAN na doutrina brasileira), a Teoria Eclética sustenta-se sobre as chamadas *condições da ação* e sobre os conceitos de *mérito e jurisdição*.

O trabalho de LIEBMAN, neste sentido, foi apresentado na aula inaugural (*prolusione*) do curso de Direito Processual Civil na Universidade de Turim, em 1949 (publicada nos “*Scritti in onore di Francesco Carnelutti*”, Pádua, 1950, v. 2)⁷⁶, e

ação é um desenvolvimento do chamado direito material?”, e o § 5º, epigrafo: “Veracidade subjetiva”.

⁷⁴ Id. Ibid.

⁷⁵ Id. Ibid., pp. 272-273

⁷⁶ Já havia, porém, sido abordada em escritos anteriores, inclusive alguns elaborados durante a permanência do mestre peninsular no Brasil, como **O despacho saneador e o julgamento de mérito** (Revista Forense, n. 104, 1945).

ganha contornos definitivos na obra “*Problemi del processo civile*”, de 1962, na qual LIEBMAN assevera que o debate doutrinário a respeito da ação se encerra em duas correntes básicas: as posições da *teoria do direito concreto de agir*, que padece de só conceder ação ao autor que têm razão; e aquelas ligadas ao direito abstrato de ação que, segundo LIEBMAN, não identificam a ação, mas apenas a sua base de direito constitucional⁷⁷. Por isto, propõe, na *prolusione*, que: “*la situazione sembra dunque matura per un tentativo diretto a raccogliere in una nuova sintesi, (...) alcuni risultati parziali che si possono considerare acquisiti alla dottrina, e che – a dispetto delle apparenze – in verità non mancano affatto*”.⁷⁸

Assim, a ação seria considerada como um direito abstrato e dirigido ao Estado “que, com referência a uma situação determinada e concreta, visa a obter um pronunciamento sobre essa demanda, para que ela seja julgada procedente ou improcedente”.⁷⁹ Ainda, a ação teria o condão de provocar o exercício da jurisdição, que como propõe LIEBMAN, tem o sentido de “direito ao processo e ao julgamento do mérito”.⁸⁰

Sobre a ação como direito concreto, LIEBMAN afirma que “a ação, como *direito ao processo e ao julgamento do mérito*, não garante resultado favorável no processo: esse resultado depende da convicção que o juiz formar sobre a procedência da demanda proposta (levando em consideração o direito e a situação de fato) e, por isso, poderá ser favorável ao autor ou ao réu”.⁸¹

E quanto à concepção abstrativista, assevera que se não pode entendê-la na extensão com que fazia aquela corrente doutrinária, pois, em verdade, o direito de ação não compete a qualquer indivíduo. Com efeito, a ação tem por “garantia constitucional o genérico poder de agir, mas (...) em si mesma nada tem de genérico:

⁷⁷ No Brasil, o art. 5º, XXXV da Constituição da República de 1988.

⁷⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Problemi del processo civile**. Napoli: Morano Editore, 1962, p. 43. [Tradução livre: A situação parece, portanto, madura para uma tentativa dirigida a recolher numa nova síntese, (...) alguns resultados parciais que se pode considerar aceitos pela doutrina, e que – a despeito das aparências – na verdade, não faltam].

⁷⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Trad. Cândido R. Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984, pp. 150-151.

⁸⁰ Id. Ibid., p. 151.

⁸¹ Id. Ibid.

ao contrário, guarda relação com uma situação concreta, decorrente de uma alegada lesão a direito ou a interesse legítimo do seu titular”.⁸² É em razão disto que a ação é condicionada a certos requisitos – limites ao direito constitucional de agir –, as condições da ação.

As condições da ação, para LIEBMAN, são “condições de admissibilidade do julgamento do pedido, ou seja, condições essenciais para o exercício da função jurisdicional com referência à situação concreta [*concreta fattispecie*] deduzida em juízo”.⁸³ As condições da ação, então, configuram-se como requisitos à decisão processual sobre a lide e sua ausência implica “*carência de ação*, devendo o juiz negar o julgamento de mérito e então declarar inadmissível o pedido”.⁸⁴

As condições da ação foram inicialmente propostas como: a) *possibilidade jurídica do pedido*, que tem caráter objetivo e informa que a ação deverá sempre se referir a um pressuposto fático que corresponda a uma previsão legal; b) *legitimidade ativa e passiva*, de ordem subjetiva, que diz com a titularidade do direito face ao sujeito passivo; c) *interesse*, também de caráter subjetivo, que diz com a existência de necessidade/proveito da tutela pleiteada.

Vale mencionar que em momento posterior, LIEBMAN excluiu de seu rol de condições da ação a *possibilidade jurídica do pedido*. As circunstâncias desta exclusão, bem como um tratamento detalhado das condições da ação será operado no capítulo seguinte.

Examinar-se-á agora a chamada *ação penal* e como ela se contextualiza na Teoria do Direito Processual Penal e em relação às teorias ora apresentadas.

1.3 Ação penal. Conceito

Como se viu, em sua importância histórica, o nascimento da *ação* quase se confunde com o do próprio *processo* enquanto ramo autônomo do direito. O

⁸² Id. Ibid.

⁸³ Id. Ibid., p. 154.

⁸⁴ Id. Ibid., p. 151.

surgimento da noção de ação, porém, ocorreu na seara do direito privado e sua construção teórica ao longo destas quinze décadas se deu principalmente no âmbito do processo civil. Ao processo penal brasileiro a adoção do vocábulo *ação penal* é clara decorrência da teoria unitária do processo que – ao fazer operar seus conceitos no direito processual penal –, legou ao instituto, em sua base, a “lide penal” e todos os demais elementos subjetivos que encerra, como pretensão, interesse e vontade. Tudo parece fruto da estada de LIEBMAN no Brasil e da construção da importante – e controvertida, desde o ponto científico, em algumas passagens – Escola Paulista de Processo. Não é outra a lição de Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO ao afirmar que “a doutrina tradicional do nosso processo civil-penal, sem muitas indagações sobre as chocantes incoerências que a transferência provoca, assim atua. Não faz por mal, é verdade, mas procurando, em nome do pressuposto fundamental – a lide, à qual o processo existe como instrumento de sua composição – observar coerentemente os fenômenos processuais. O vício, portanto, está na raiz e não propriamente nos efeitos”.⁸⁵ Um exemplo está nas condições da ação, cujo transporte para o processo penal, como se verá, acompanha-se de dificuldades insuperáveis.

Parece que a ação, especialmente na esfera penal, padece de criatividade e empenho dos doutrinadores na propositura de novos pontos de vista e, como os que existem, de um modo geral, sofrem com problemas que os tornam insustentáveis, não se poderia aqui intentar a apresentação de um conceito definitivo. Entretanto, a despeito das críticas que a doutrina tem levantado à teoria eclética, parece que em relação ao processo penal, em função da indefectibilidade da jurisdição penal⁸⁶, e de ser aqui evidente a conexão do direito de ação a um caso concreto – traduzida na característica de instrumentalidade do direito de ação na proposta de LIEBMAN – impõe-se a adoção da ação liebmaniana, ressalvados, porém, os comentários quanto à lide que se operou no início do presente.

⁸⁵ COUTINHO, J. N. M. *A lide...* Op. Cit., p. 146.

⁸⁶ “*Nulla poena sine iudicio*” e “*nulla poena sine iudice*”. Enquanto no processo civil a jurisdição é veículo anormal de solução dos conflitos sociais, no processo penal, a jurisdição é o único caminho à imposição da pena.

Portanto, com partida em LIEBMAN⁸⁷ – porém rejeitando a “lide” como base conceitual, e tendo em seu lugar o *caso penal* proposto por COUTINHO⁸⁸ –, afirma-se que a *ação penal* se trata de um direito *subjetivo público* (direito público de provocar a jurisdição); *autônomo* em relação ao direito material; *abstrato*, pois o autor precisa ir à jurisdição (obter tutela) para poder ter uma decisão de mérito, e não necessariamente um decisão de conteúdo favorável; *limitado*, pois não cabe a qualquer um, mas àquele que preencha determinados requisitos (condições); e *conexo, instrumentalmente*⁸⁹, a *um caso concreto* (“trata-se, então, de um direito instrumental, mas conexo à sua causa, que é concreta”).⁹⁰

Em termos genéricos, COUTINHO define o direito de ação como “um direito-dever de provocar, para acertar um determinado caso penal, a atuação jurisdicional”.⁹¹

Destarte, em conclusão, mantendo-se em vista que a “ação penal” é um dos elementos da trilogia fundamental da Teoria Geral do Direito Processual Penal – livre, portanto, das influências de uma construção monista do direito processual e da mera transferência de conceitos de natureza civilística, e igualmente livre do conteúdo subjetivo (lide em qualquer de suas formas) existente no processo civil; mas construído a partir da lei e da realidade do processo penal sob orientação objetivista –,

⁸⁷ A ação em LIEBMAN serve para o processo penal, mas não na sua integralidade, pelas características próprias que encerram este ramo do direito e que devem – obviamente – ser respeitadas.

⁸⁸ "Entenda-se bem, de encontrar uma palavra, uma expressão, adequada ao fenômeno que se dá no processo e, dessa maneira, o melhor é deixar, na medida do possível, um menor espaço à indeterminação, por natureza sempre presente. **Caso penal** cumpre o requisito a contento. Com ele, estamos diante de uma situação de incerteza, de dúvida, quanto à aplicação da sanção penal ao agente que, com sua conduta, incidiu no tipo penal. Em não sendo auto-executável a sanção, não há outro caminho que o processo para fazer o acertamento do caso penal. A jurisdição, ademais, é indefectível e atua, até o acertamento positivo, de condenação, alheia a elementos de ordem subjetiva" (COUTINHO, J. N. M. *A lide... Op. Cit.*, p. 138).

⁸⁹ A característica de *instrumentalidade* diz com a indefectibilidade da jurisdição criminal. Com efeito, em que pese não existir “o monopólio dos tribunais na aplicação do direito privado (...), totalmente distinto é o tratamento do Direito Penal, pois, ainda que os tipos penais tenham uma função de prevenção geral e também de proteção [contra os abusos do Estado em sua função de perseguir e punir], sua verdadeira essência está na pena e a pena não pode prescindir do processo penal. Existe um monopólio da aplicação da pena por parte dos órgãos jurisdicionais e isto representa um enorme avanço da humanidade. Destarte, fica estabelecido o caráter *instrumental* do processo penal com relação ao Direito Penal e à pena, pois o processo é o caminho necessário para a pena” (LOPES Jr., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 6).

⁹⁰ COUTINHO, J. N. M. *A lide... Op. Cit.*, pp. 147-148.

⁹¹ Id. *Ibid*, p. 147.

caracterizado como um direito subjetivo público, autônomo, abstrato, e conexo, instrumentalmente, a um caso concreto, pode-se passar ao estudo das condições da ação.

Além disto, vale frisar que se tratará exclusivamente das condições *genéricas* da ação, sem ignorar, porém, a existência das chamadas condições específicas da ação penal (para muitos, equivocadamente, seguindo a doutrina italiana, *condições de procedibilidade*, ou seja, algo incompatível com o direito pátrio onde não há qualquer condição para se proceder, antes, como direito constitucional, a ação é ilimitada) das quais são espécies, à título de exemplo, a *representação* e a *requisição do Ministro da Justiça*, na ação penal pública condicionada.

2 DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO PENAL

2.1 Anotações iniciais. Natureza jurídica

Em 1945, na obra “O Despacho Saneador e o Julgamento do Mérito”, publicada na Revista Forense, ano 42, n. 104, LIEBMAN identifica a finalidade do despacho saneador – que afirma ser uma contribuição original dos legisladores português e brasileiro ao desenvolvimento do processo civil – na separação das questões prévias e das preliminares do conhecimento, do *meritum causae*.

LIEBMAN afirma que a eficiência da instrução e do exame da lide submetida a julgamento depende de ter, o juiz, sua atenção desviada ao mínimo na solução de dúvidas afetas à regularidade e validade do processo. Assim, desde logo invocando o princípio da economia processual, sugere “que estas dúvidas sejam todas resolvidas e eliminadas antes que se passe a examinar o mérito, para evitar o perigo de gastar tempo e trabalho num processo que poderá depois resultar invalidamente instaurado, inutilizando-se assim os atos porventura já realizados. Razões várias tornam, pois, conveniente assegurar, tanto quanto possível, que não se dê início ao conhecimento do mérito da controvérsia⁹² senão depois de abrir e desembaraçar o caminho por meio da *depuração*, do *saneamento* do processo, isto é, pela eliminação de todas as falhas, defeitos ou dúvidas que poderiam invalidá-lo”.⁹³

Para identificar estas “falhas, defeitos e dúvidas” quanto à regularidade e validade do processo, LIEBMAN parte de seu conceito de mérito – “lide é, portanto, o conflito efetivo ou virtual de pedidos contraditórios, sobre o qual o juiz é convidado a decidir. Assim modificado, o conceito de lide torna-se perfeitamente aceitável na teoria do processo e exprime satisfatoriamente o que se costuma chamar de mérito da causa. Julgar a lide e julgar o mérito são expressões sinônimas que se referem à decisão do pedido do autor”⁹⁴ – para negativamente enunciar as questões prévias como

⁹² A despeito de ter utilizado o termo “controvérsia”, LIEBMAN aqui se refere à “lide”.

⁹³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *O despacho saneador e o julgamento do mérito*. Revista Forense, Rio de Janeiro, a. 42, n. 104, 1945, p. 216.

⁹⁴ Id. Ibid., p. 223.

“todas as questões por ele não abrangidas”.⁹⁵

Posto isto, LIEBMAN procura agrupar as questões prévias em quatro categorias distintas: a) *pressupostos processuais*, cuja falta gera “irregularidade”, que “referem-se à competência do juiz, à capacidade das partes (legitimidade *ad processum*) e à falta de fatos impeditivos do processo em relação àquela lide (litispendência, compromisso arbitral, suspeição do juiz, etc.)”; b) *nulidades* dos atos processuais; c) *situações terminativas* do processo, que “são os fatos ou circunstâncias que, sem integrarem uma nulidade, autorizam, no entanto, o réu a pedir a absolvição da instância, isto é, o encerramento do processo sem conhecimento do mérito”; d) **condições da ação**.⁹⁶

Para o autor, as *condições da ação* são “os requisitos que a lide deve possuir para poder ser julgada”.⁹⁷ Eles dizem respeito às relações entre a lide e o conflito de interesses que a fez surgir, porque a lide só pode ser decidida se for adequada e apropriada aquele conflito”.⁹⁸ LIEBMAN considera-as condições de *existência* do direito de ação e sua falta, pois, implica *carência de ação*.

Ainda, ao enunciá-las, distingue entre as condições *positivas* e *negativas* da ação, asseverando que aquelas são: “a possibilidade jurídica, o interesse processual e a legitimação”. E quanto a estas últimas: “Além disso, inclui-se na mesma categoria a falta de fatos extintivos da ação, como a coisa julgada e a preempção da ação conseqüente a três absolvições da instância (art. 204 do Cód. de Proc. Civil), e de fatos suspensivos da ação, como o *beneficium excussionis*”.⁹⁹

Surge, então, no direito processual civil brasileiro, a noção das condições da ação como questões prévias ao julgamento do mérito, sem as quais, para LIEBMAN, careceria o autor do próprio direito de ação.

⁹⁵ Id. Ibid.

⁹⁶ Id. Ibid., pp. 223-225.

⁹⁷ Em verdade, as condições são da *ação*, e não da *lide* como LIEBMAN sugeriu em 1945. Nas últimas edições de seu **Manual de direito processual civil**, ele não mais se refere à questão como requisitos da lide: “Como ficou dito, elas são requisitos de existência da ação, devendo por isso ser objeto de investigação no processo, preliminarmente ao exame do mérito” (**Manual... Op. Cit.**, pp. 153-154).

⁹⁸ Id. Ibid., p. 223.

⁹⁹ Id. Ibid.

A adesão à teoria eclética é quase unânime em nossa doutrina¹⁰⁰, que de uma maneira geral – sem deixar de fazer-lhes reparos, como veremos –, admite-as no bojo dos processos civil e penal. Nada obstante, apesar da aparência, a questão está longe de posições seguras e pacíficas, pelas próprias incoerências que engendra.

A primeira controvérsia doutrinária apresenta-se “sobre a correta localização das condições da ação: ou seja, integrariam elas o *meritum causae* ou constituiriam realmente um *tertium genus*, situado entre este e os pressupostos processuais”.¹⁰¹ Estas posições foram denominadas, respectivamente, teorias do *binômio* e do *trinômio*, e a doutrina, quanto a elas, apresenta-se em três posições distintas: em maioria, as posições que adotam irrestritamente a teoria do trinômio, seguindo LIEBMAN¹⁰²; autores que adotam a teoria do binômio, como CHIOVENDA¹⁰³; e, ainda, autores que admitem as condições da ação parcialmente autônomas.¹⁰⁴

Outra questão controvertida é apresentada por CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO: “quando faltar uma só que seja das condições da ação, diz-se que o autor é *carecedor* desta. Doutrinariamente há quem diga que, nessa situação, ele não tem o direito de ação (ação inexistente); e quem sustente que lhe falta o direito ao exercício desta”.¹⁰⁵ Aqui, a doutrina é majoritariamente favorável à adoção das condições da ação como requisitos ao *exercício* do direito de ação (o que é um erro porque se confunde *exercício* com *obtenção de tutela*), e não à sua existência, pois, em função da extrema abstração do direito de ação, há que se limitar o exercício deste para

¹⁰⁰ Tal foi a influência de LIEBMAN na doutrina brasileira, que suas condições da ação foram incorporadas ao CPC/73 (art. 267, VI) mesmo após seu idealizador ter renunciado à *possibilidade jurídica do pedido* como uma delas.

¹⁰¹ GRINOVER, A. P. *As condições... Op. Cit.*, p. 27.

¹⁰² Por todos, LIEBMAN, Enrico Tullio. *Despacho... Op. Cit.*, p. 225; BUZUID, Alfredo. *Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*. São Paulo, Saraiva, 1956, p. 111; GRINOVER, A. P. *As condições... Op. Cit.*, p. 29; MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. v. II. Campinas: Millennium, 1999, p. 22; TORNAGHI, H. B. *Instituições... Op. Cit.*, 1977, p. 406; JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 54.

¹⁰³ CHIOVENDA (*apud* LIEBMAN, E. T. *Despacho... Op. Cit.*, p. 224) adota a concepção de ação como direito concreto, corolário da qual é a integração das condições da ação ao mérito. Também, entre outros, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil de 1939*. v. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 405.

¹⁰⁴ Como Galeano LACERDA (*Despacho Saneador*. Porto Alegre: La Salle, 1953, p. 79), que considera, ao menos, a legitimação *ad causam* e a possibilidade jurídica do pedido como matéria de mérito.

¹⁰⁵ CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO. *Teoria... Op. Cit.*, p. 259.

evitar a movimentação desnecessária do órgão jurisdicional. Neste sentido, Humberto THEODORO JUNIOR afirma que “sempre haverá uma sentença para declarar que tais condições não ocorrem e, dessa forma, o direito de ação estará atendido pelo julgado que declarar a inexistência das supostas condições”.¹⁰⁶

Nada obstante, como direito à jurisdição, a ação é ilimitada enquanto requisito constitucional de petição (art. 5º, XXXV, CR/88), razão porque se não há de pensar em condições ao exercício, mas sim à obtenção da tutela jurisdicional. Daí porque na falta de uma delas o juiz deve rejeitar a inicial ou, se for o caso (se não o fizer), não apreciar o mérito. Nesta hipótese, contudo, moveu-se a jurisdição, e se fez processo, ou seja, exerceu-se a ação. O condicionamento da ação, portanto, decorre da lógica que preside o sistema voltada para não se ter prejuízos e perda de tempo.

Assim, de todo o exposto, pode-se concluir que as condições da ação são requisitos à *obtenção da tutela jurisdicional*, sem uma das quais está obstada a apreciação do mérito (com o qual não se confundem), cuja finalidade é evitar o emprego abusivo do direito de ação.

2.2 As condições da ação em espécie

Conforme descreveu LIEBMAN, as condições da ação, para além das chamadas condições negativas, são a *possibilidade jurídica*, o *interesse de agir* e a *legitimação*.¹⁰⁷

Cumprе ressaltar que se tratará inicialmente das condições da ação no processo civil, onde se originaram. As condições da ação penal – conforme tratadas pela doutrina monista majoritária – receberão adequado tratamento na seção seguinte.

2.2.1 A possibilidade jurídica

Por *possibilidade jurídica*, afirma LIEBMAN, “entendo a possibilidade para o

¹⁰⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Pressupostos processuais e condições da ação do processo cautelar**. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a. 82, n. 292, 1985, p. 29.

¹⁰⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Despacho... Op. Cit.**, p. 223.

juiz, na ordem jurídica à qual pertence, de pronunciar a espécie de decisão pedida pelo autor. Por ex., um pedido de divórcio carece hoje, no Brasil, de possibilidade jurídica, porque as leis brasileiras não permitem decretar a dissolução do casamento. (...) Nesses casos o juiz nem deve conhecer da lide, porque, de qualquer modo, não poderia proferir a decisão pleiteada pelo autor”.¹⁰⁸

A *possibilidade jurídica* é, portanto, “a admissibilidade em abstrato do provimento reclamado, segundo as normas vigentes no ordenamento jurídico nacional”.¹⁰⁹

É fato digno de nota que, com entrada em vigor da lei que instituiu o divórcio na Itália (no ano de 1970), LIEBMAN, na 3ª edição italiana de seu *Manuale di diritto processuale civile*, “sentiu-se desencorajado de continuar a incluir a *possibilidade jurídica* entre as condições da ação (afinal esse era o principal exemplo de impossibilidade jurídica da demanda); e nisso tudo vê-se até certa ironia das coisas, pois no mesmo ano de 1973, em que vinha à lume o Código de Processo Civil brasileiro, consagrando legislativamente a teoria de LIEBMAN, com as suas três condições, surgia também o novo posicionamento do próprio pai da idéia, renunciando a uma delas”.¹¹⁰

Com patente razão – e de uma certa maneira salvando a *possibilidade jurídica* como condição da ação no processo civil –, em relação à conceituação da *possibilidade jurídica em termos positivos* (admissibilidade), MONIZ DE ARAGÃO observa não se tratar de uma posição acertada, pois “o Direito brasileiro há longo tempo conhece preceitos que autorizam o juiz a decidir as causas que lhe sejam submetidas, ainda mesmo que falte uma previsão legislativa a seu respeito”.¹¹¹ Assim, “a possibilidade jurídica, portanto, não deve ser conceituada, como se tem feito, com

¹⁰⁸ Id. Ibid., pp. 223-224.

¹⁰⁹ LIEBMAN, E. T. **Problemi...** Op. Cit., p. 46.

¹¹⁰ LIEBMAN, E. T. **Manual...** Op. Cit., p.161, nota do tradutor n. 106 (Cândido Rangel Dinamarco).

¹¹¹ MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. **Comentários ao código de processo civil**. v. II. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 558: “Desde as Ordenações do Reino (Afonso de Albuquerque, L. II, T. VIII; Manuelinas, L. II, T. V; Filipinas, L. III, T. LXIV), passando pela Lei da Boa Razão (18 de agosto de 1769), sempre foi tida em consideração a possibilidade de o ordenamento jurídico não conter a solução para determinado caso concreto ocasião em que o juiz recorre a outros subsídios (Constituição de 1934, art. 113, n.º 37; Lei de Introdução ao Código Civil, arts. 5.º e 7.º, na redação de 1916, 4.º na de 1942; Código de 1939, arts. 113 e 114, neste, art. 126)”.

vistas à existência de uma previsão no ordenamento jurídico, que torne o pedido viável em tese, mas, isto sim, com vistas à inexistência, no ordenamento jurídico, de uma previsão que o torne inviável. Se a lei contiver um tal veto, será caso de impossibilidade jurídica do pedido; faltarão uma das condições da ação”.¹¹²

Esta posição contou com a adesão de Ada Pellegrini GRINOVER¹¹³, ainda que parte da doutrina insista na conceituação positiva.¹¹⁴

2.2.2 Interesse de agir

O *interesse de agir* é revelado pelo requisito da *utilidade do provimento*, ou, como afirma LIEBMAN, é “a relação de utilidade entre a afirmada lesão a um direito e o provimento de tutela jurisdicional pedido”.¹¹⁵

Ensina GRINOVER que o *interesse material* (interesse em lide – primário) não se confunde com o *interesse processual* (interesse na “composição” da lide – secundário), e este, o *interesse de agir*, diz com “conseguir, pelos órgãos da Justiça e através de sua atividade, a satisfação do interesse material”.¹¹⁶

O *interesse de agir* configura-se no binômio *necessidade-adequação*, assim além de se fazer *necessário* (interesse-necessidade) o uso das vias judiciais (pois de outro modo o autor não teria como obter a satisfação de seu direito), deve haver *adequação* (interesse-adequação) entre o provimento judicial solicitado e a situação lamentada pelo autor (exemplificativamente, não seria adequado para a cobrança de créditos pecuniários o mandado de segurança).¹¹⁷

Além disto, a doutrina civilista verifica na utilidade, como já enunciara LIEBMAN, um terceiro critério para determinação do *interesse de agir*. Trata-se do *interesse-utilidade*, eis que “não basta ao interesse ser “necessário” e “adequado”; também é fundamental ser útil, trazer um benefício prático-jurídico ao interessado.

¹¹² Id. Ibid., p. 563.

¹¹³ GRINOVER, A. P. *As Condições... Op. Cit.*, p. 45.

¹¹⁴ Por todos, MARQUES, José Frederico. *Instituições... Op. Cit.*, p. 23.

¹¹⁵ LIEBMAN, E. T. *Manual... Op. Cit.*, p.156.

¹¹⁶ GRINOVER, A. P. *As Condições... Op. Cit.*, p. 87.

¹¹⁷ CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO. *Teoria... Op. Cit.*, p. 257.

Ambos os critérios acima aludidos (“necessidade” e “adequação”) têm como pano de fundo a noção de utilidade”.¹¹⁸

2.2.3 Legitimação

A legitimação também é denominada *legitimidade ad causam*, e diz com a pertinência subjetiva da ação em relação ao autor e ao réu, ou, em outras palavras, com o reconhecimento pela ordem jurídica de que o autor e o réu são as pessoas com titularidade para propor (ativa) e para contestar (passiva) a providência demandada.¹¹⁹

A titularidade ativa está prevista no Código de Processo Civil, em seu art. 6º, ao afirmar expressamente que “ninguém poderá pleitear em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”. Ressalva-se, ainda, que há hipóteses excepcionais (legitimação extraordinária) em que o direito expressamente autoriza uma pessoa a demandar em nome próprio na defesa de direito alheio. São os casos de substituição processual, como se costuma estudar.

Eis, pois, as condições da ação que LIEBMAN propôs ao processo civil e o conteúdo que lhes deu – e aperfeiçoou – a doutrina brasileira.

No processo penal, por várias razões, a questão tem sido tratada de modo diverso.

2.3 As condições da ação no processo penal. A inadequação da doutrina liebmaniana

Como já informou BREDA¹²⁰ e COUTINHO¹²¹, a doutrina do processo civil-

¹¹⁸ MORAES, Maurício Zanoide de. **Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 86.

¹¹⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Despacho... Op. Cit.**, p. 224.

¹²⁰ BREDA, Antonio Acir. **Notas sobre o anteprojeto de código de processo penal**. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 11/12, jul-dez, 1973, pp. 57-58.

¹²¹ “A doutrina tradicional do nosso processo civil-penal, sem muitas indagações sobre as chocantes incoerências que a transferência provoca, assim atua. Não faz por mal, é verdade, mas procurando, em nome do pressuposto fundamental – a lide, à qual o processo existe como instrumento de sua composição – observar coerentemente os fenômenos processuais. O vício, portanto, está na raiz e não propriamente nos efeitos” (COUTINHO, J. N. M. **A lide... Op. Cit.**, p. 146).

penal (em expressa maioria no Brasil), em nome de uma construção unitária, infecunda e imprópria do direito processual, procura transportar ao processo penal – a despeito das conseqüências que isto causa à abordagem científica da Teoria do Direito Processual Penal – as condições da ação vigentes no seu equivalente civil.^{122 123}

No mesmo sentido conclui Maria Thereza Rocha de Assis MOURA ao afirmar que, em relação às condições da ação, é “de todo desaconselhável e impróprio, tecnicamente, transferir o entendimento existente no Direito Processual Civil para o Direito Processual Penal. Tais como definidas as condições naquele ramo do Direito, não se ajustam ao processo penal. Inútil querer ignorar o jurista, a martelo, as evidentes diferenças existentes entre as duas disciplinas, para ver operar na ação penal condenatória as três condições da ação, tal como divisadas no processo civil”.¹²⁴

Note-se que, na Itália, esta já era a lição de CORDERO: *“Da notare ancora che per il cultori del processo civile l’azione per antonomasia è il potere di provocare una decisione di merito: si suole dire che sia privo di azione chi invoca una pronuncia di contenuto giuridicamente impossibile o non è legittimato o non ha interesse ad agire. Questi concetti non allignano sul terreno del processo penale”*.¹²⁵

Com efeito, a incoerência nesta transferência é tal que de quando em quando,

¹²² Em adesão a esta posição, o Projeto de Lei do Código de Processo Penal (n. 1.655 de 1983) estabelece no art. 203: “Além das previstas em lei, são condições para o exercício da ação penal: I – a legitimidade das partes; II – o interesse de agir; III – a descrição de fato penalmente ilícito”.

¹²³ Representam esta corrente, além de outros, MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. I. Campinas: Bookseller, 1997, pp. 292-295; JARDIM, Afrânio Silva. **Direito... Op. Cit.**, p. 54; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. v. I. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 474; TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 89-95; CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO. **Teoria... Op. Cit.**, p. 256; MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Condições da ação penal**. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 3, n. 9, 1978, jan/mar, p. 169; GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **Justa causa no processo penal: conceito e natureza jurídica**. *Garantias Constitucionais e Processo Penal* (Coord. Gilson Bonato) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, pp. 187-201.

¹²⁴ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 215.

¹²⁵ CORDERO, F. **Procedura... Op. Cit.**, 1985, p. 37 [Tradução livre: Note-se ainda que, para os conhecedores do processo civil, a ação, por antonomásia, é o poder de provocar uma decisão de mérito: se diz que é desprovido de ação quem invoca uma pronúncia de conteúdo juridicamente impossível o não é legitimado ou não tem interesse de agir. Estes conceitos não crescem sobre o solo do processo penal].

no próprio seio da doutrina de tendência processual civil, surgem reações.¹²⁶ Por exemplo, Ada Pellegrini GRINOVER ao concluir – como já havia feito parte da doutrina italiana¹²⁷ e, no Brasil, Antonio Acir BREDA¹²⁸ – que o *interesse de agir* não é condição da ação penal pois está “implícito em toda acusação. O processo penal é sempre necessário”¹²⁹, referindo-se, assim, à característica de indefectibilidade da jurisdição penal.¹³⁰

A salvo destas exceções, demonstrar-se-á como se processa a transferência das condições da ação civil ao processo penal e com quais argumentos se pode as delatar como inadequadas à realidade e à construção científica do processo penal. Antes de prosseguirmos, porém, importa mais uma vez lembrar que a estrutura da *lide*, em qualquer de suas formas, é imprestável ao processo penal, assim, para além da denominação, criticar-se-á a fundamentação do fenômeno jurídico do exame da admissibilidade da acusação em componentes de ordem subjetiva, como a precitada *lide*. Outra importante observação preliminar diz com o reconhecimento da existência de diversas variações no próprio bojo da doutrina civil-penal, que concebe diferentes formas de perceber as condições da ação penal. Em função disto, tratar-se-á aqui das noções mais arraigadas quando houver referência à leitura penal das condições da ação importadas do processo civil.

Assim, sobre o *interesse de agir*, considera-se desnecessária qualquer dilação, pois, ao se assentar sobre o binômio *necessidade-adequação* (“tem interesse aquele

¹²⁶ COUTINHO, J. N. M. *A lide...* **Op. Cit.**, p. 148.

¹²⁷ Com fundamentos vários: CORDERO, F. **Procedura...** **Op. Cit.**, 1985, p. 37; ATTARDI, Aldo. **L’interesse ad agire**. Padova: CEDAM, 1952, p. 276; LEONE, G. **Lineamenti...** **Op. Cit.**, p. 35: “*Il fenomeno si spiega agevolmente, considerando che per il pubblico ministero, dato il principio di obbligatorietà dell’azione penale, non si può porre un problema d’interesse ad agire, che è inerente allo stesso diritto di azione*” [Tradução livre: O fenômeno se explica facilmente considerando que para o Ministério Público, dado o princípio da obrigatoriedade da ação penal, não se pode pôr um problema de interesse de agir, que é inerente ao próprio direito de ação].

¹²⁸ BREDA, A. A. **Notas...** **Op. Cit.**, pp. 57-58.

¹²⁹ GRINOVER, A. P. **As condições...** **Op. Cit.**, p. 132.

¹³⁰ “*Nulla poena sine iudicio*” e “*nulla poena sine iudice*”. Enquanto no processo civil a jurisdição é veículo anormal de solução dos conflitos sociais, no processo penal, a jurisdição é o único caminho à imposição da pena.

que necessita ir a juízo ou quem poderá ter uma decisão útil, proveitosa”¹³¹, esvai-se no processo penal diante da indefectibilidade da jurisdição penal.

Tampouco se diga que o advento dos institutos da transação e da conciliação no processo penal, frutos da Lei 9.099/95, determina uma mitigação daquela conclusão. Ainda que assim se pudesse, das palavras de GRINOVER, diferentemente concluir. Ao negar, com fundamento na indefectibilidade da jurisdição penal, o interesse de agir como condição da ação penal, a autora sustenta que “o processo penal é sempre necessário, proibida que é a autocomposição, em suas formas de submissão, de desistência e de transação”.¹³² Daí decorre a conclusão de Maurício Zanoide de MORAES que se transcreve:

Assim, a ressalva feita pela professora Ada Pellegrini Grinover há 20 anos (...), no sentido de que o critério da necessidade não teria relevância enquanto o sistema processual penal não previsse as possibilidades de conciliação e transação, continua precisa e vicejante. Com a atual introdução destes institutos pela Lei 9.099/95, reafirmou-se a oportunidade e a aplicabilidade do critério da “necessidade” para a verificação do “interesse de agir” no âmbito penal (...). Concluindo tudo o quanto se disse sobre os crimes abrangidos pela Lei 9.099/95: nas infrações penais por ela alcançadas, a ação penal carecerá de interesse de agir (interesse-necessidade) quando às partes controversistas não for proporcionada a oportunidade de buscarem o consenso pré-processual através da conciliação ou da transação penal.¹³³

Nada obstante, e com a devida vênia do autor, mesmo neste caso, para a aplicação de uma pena, *nulla poena sine iudicio*, o processo é sempre necessário – este é o fundamento da negação do interesse de agir como condição da ação – e é mister perceber que, em verdade, a transação¹³⁴ e conciliação¹³⁵ não tem o condão de, ausentes, determinarem a falta de interesse de agir. Neste caso, em verdade, perceba-se que são, a transação e a conciliação, condições específicas da ação penal, como, por exemplo, a oportunidade de reconciliação das partes promovida pelo juiz, antes do

¹³¹ COUTINHO, J. N. M. *A lide...* Op. Cit., p. 149.

¹³² GRINOVER, A. P. *As condições...* Op. Cit., p. 132.

¹³³ MORAES, Maurício Zanoide de. *Interesse...* Op. Cit., pp. 82-83.

¹³⁴ Lei n. 9.099/95: “Art. 76 - Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta”.

¹³⁵ Lei n. 9.099/95: “Art. 73 - A conciliação será conduzida pelo Juiz ou por conciliador sob sua orientação”.

recebimento da queixa, no procedimento dos crimes contra a honra (art. 520, do CPP¹³⁶).

Quanto ao procedimento dos Juizados Especiais Criminais, parece forçoso admitir que o pedido de transação penal é uma forma de exercício da ação,¹³⁷ afinal, há juízo de admissibilidade no momento da homologação do acordo.¹³⁸ Além disto, há processo, pena (não-restritiva de liberdade) e, da sentença que homologa o acordo, cabe apelação (art. 76, § 5º, da Lei 9.099/95¹³⁹). Por tudo, não há como negar aqui a existência de ação e processo, assim, volta-se à carga com o argumento de que o interesse de agir está implícito em toda a ação penal. Na falta de oportunidade de transação/conciliação, que é obrigatória, careceria a acusação, não de interesse de agir, mas de condição específica de admissibilidade.

Quanto à *legitimidade*, por força de dispositivo do CPP, diga-se que é condição da ação penal, porém, é imprescindível deixar de lado as raízes na *lide* ao examiná-la e se lembrar que o “Ministério Público, quando promove a ação penal, não garante direitos do ofendido. Garante a comunidade, a sociedade. A *justiça penal só é pessoal no que se refere ao acusado*”.¹⁴⁰

Com efeito, a pertinência subjetiva da ação, no processo penal, inexistente na exata medida em que o Ministério Público não substitui a vítima, e, portanto, não tem *pretensão*. Pretensão punitiva, pode-se talvez dizer que há, não como queria

¹³⁶ Código de Processo Penal: “**Art. 520** - Antes de receber a queixa, o juiz oferecerá às partes oportunidade para se reconciliarem, fazendo-as comparecer em juízo e ouvindo-as, separadamente, sem a presença dos seus advogados, não se lavrando termo”.

¹³⁷ NOGUEIRA, Márcio Franklin. **Transação penal**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 175.

¹³⁸ Id. Ibid., p. 193: “Uma vez aceita a proposta, a questão vai à apreciação do juiz, que homologará ou não o acordo. A decisão é sua. Não é ele um mero espectador no processo. Assim, se entender que não há tipicidade não deve homologar a transação”.

¹³⁹ Lei n. 9.099/95: “**Art. 76** - Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. § 4º - Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos. § 5º - Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no Art. 82 desta Lei”.

¹⁴⁰ COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. **Ação penal condenatória**. São Paulo: Saraiva, 1995, pp. 89-90.

CARNELUTTI¹⁴¹ mas no sentido de que se pede um acerto positivo do caso penal. Isto em geral ocorre. Mas pode não ocorrer, quando ele pede a absolvição e o juiz condena (art. 385, do CPP¹⁴²) ou – talvez mais grave – quando ele pede uma coisa e o juiz dá outra (seja pelo art. 383¹⁴³, seja pelo art. 387, do CPP¹⁴⁴, mormente quando se fala do “implicitamente”), desviando completamente o sentido que se pretende dar à pertinência subjetiva.

Ao questionar o caráter de “parte” do Ministério Público, FIGUEIREDO DIAS afirma que “o principal conteúdo de sentido que se retira da caracterização do MP como órgão de administração da justiça é assim a sua incondicional submissão aos valores da descoberta da verdade e da realização da justiça, daqui decorrendo a exigência de que, em todas as suas intervenções no processo penal, obedeça a critérios de estrita objectividade jurídica”, assim, “interessando à comunidade jurídica não só a punição de todos os culpados mas também – e sobretudo, dentro de um verdadeiro Estado-de-direito – a punição só dos que sejam culpados, segue-se daí que ao MP, como órgão de administração da justiça, há de competir trazer à luz não só tudo aquilo que possa demonstrar a culpa do arguido, mas também todos os indícios da sua inocência ou da sua menor culpa”.¹⁴⁵

Entre nós, Eugênio Pacelli de OLIVEIRA afirma que “o Ministério Público só pode ser qualificado como *parte* no processo penal do ponto de vista estritamente formal ou processual. *Parte*, portanto, apenas e enquanto ocupar a *posição* de autor, a sustentar pedido condenatório em face de alguém. Mas, a partir daí, do oferecimento

¹⁴¹ Para CARNELUTTI, há pretensão “quando una delle parti afferma contro un’altra che le compete in un conflitto di interessi la protezione del diritto, questa propone contra l’altra una pretesa” (Lezioni... Op. Cit., p. 299) [Tradução livre: ...quando uma das partes afirma contra uma outra que lhe compete, em um conflito de interesses, a proteção do direito].

¹⁴² Código de Processo Penal: “Art. 385 - Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada”.

¹⁴³ Código de Processo Penal: “Art. 383 - O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave”.

¹⁴⁴ Código de Processo Penal: “Art. 384 - Se o juiz reconhecer a possibilidade de nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de circunstância elementar, não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou na queixa, baixará o processo, a fim de que a defesa, no prazo de 8 (oito) dias, fale e, se quiser, produza prova, podendo ser ouvidas até três testemunhas”.

¹⁴⁵ FIGUEIREDO DIAS, J. Direito... Op. Cit., pp 368-369.

da denúncia, a posição do Ministério Público, no que respeita ao pedido, não é *parcial*, isto é, não se encontra vinculada à pretensão punitiva”.¹⁴⁶

Já agora, a *possibilidade jurídica* é tema mais delicado e terá seu estudo retomado com detalhes no último capítulo, quando se discutirá o papel da tipicidade no juízo de admissibilidade da acusação.

2.4 As condições da ação penal previstas na lei processual penal

Tem-se notícia recente da tentativa de construção doutrinária acerca das condições da ação com partida na lei processual penal – sem, portanto, a preocupação de verificá-las em função da *lide*, como faz a doutrina unitarista – em dois doutrinadores paranaenses, Fernando N. Bittencourt FOWLER¹⁴⁷ e Antônio Acir BREDA¹⁴⁸, sem embargo de possíveis posições prévias. Além disto, a posição é defendida também, com variações, por Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO,¹⁴⁹ João Gualberto Garcez RAMOS¹⁵⁰ e João Pedro GEBRAN NETO.¹⁵¹

BREDA, em relação à possibilidade de compatibilização com a doutrina do processo civil, assevera que seu trabalho “não comporta crítica quanto a validade científica desta postura”¹⁵², mas afirma que, “por ora, basta dizer que as condições exigidas para o exercício da ação penal são aquelas catalogadas na lei processual penal!”.¹⁵³ Assim, as condições da ação estariam tratadas no Código de Processo Penal

¹⁴⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004, p. 101.

¹⁴⁷ FOWLER, Fernando N. Bittencourt. **Anotações em torno da ação penal pública no projeto de reforma**. *Revista do Ministério Público do Paraná*, Curitiba, a. 6, n. 7, 1977.

¹⁴⁸ BREDA, Antonio Acir. **Efeitos da declaração de nulidade no processo penal**. *Revista do Ministério Público do Paraná*, Curitiba, a. 9, n. 9, p. 171-189, 1980.

¹⁴⁹ COUTINHO, J. N. M. **A lide... Op. Cit.**, pp. 148-149.

¹⁵⁰ RAMOS, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 258 e ss.

¹⁵¹ GEBRAN NETO, João Pedro. **Inquérito policial: arquivamento e princípio da obrigatoriedade**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 41.

¹⁵² Ainda que aqui ela apareça expressamente. Vide tópico 1.1.

¹⁵³ BREDA, A. A. **Efeitos... Op. Cit.**, p. 178. Vale também mencionar, novamente, a lição de COUTINHO ao asseverar, com base em CARNELUTTI e CORDERO, que “isso não implica em iconoclasticamente partirmos para uma destruição do que já foi produzido, fator esse que desacredita novas construções. Mas o espaço de sua utilização deve ser medido na real adequação do caso

– no art. 43 e em interpretação sistemática deste dispositivo com o art. 18 –, de forma negativa, ou seja, o implemento das hipóteses lá descritas resulta em rejeição da denúncia ou queixa. Sem embargo, porém, como as denominações abaixo indicam, são requisitos positivos à obtenção de tutela no exercício da ação penal.¹⁵⁴

Os dispositivos referidos do Código de Processo Penal:

Art. 18. Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia;

Art. 43 - A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

I - o fato narrado evidentemente não constituir crime;

II - já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa;

III - for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal.

Deste modo, na construção de COUTINHO, as condições da ação penal podem ser denominadas: a) *tipicidade aparente*¹⁵⁵ (art. 43, I, do CPP); b) *punibilidade concreta* (art. 43, II, do CPP); c) *legitimidade da parte* (art. 43, III, 1ª parte, do CPP); d) *justa causa* (art. 43, III, 2ª parte, c/c art. 18, ambos do CPP).¹⁵⁶

2.4.1 A tipicidade aparente

FOWLER, ao descrever a condição da ação do art. 43, I, do CPP, afirma:

concreto. Urge, destarte, resgatar a realidade do processo penal e, nela, acolher o aceitável do pensamento do processo civil. O processo penal, ademais, para ser humanizado, deve se preocupar com o *ser*, não com o *ter*, o que substancialmente muda o modo de pensa-lo. Assim, livre das amarras externas, é possível ao intérprete voltar-se para o interior do próprio processo penal e, desmistificando-o, afastar os fantasmas que insistem em conduzi-lo” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A natureza cautelar da decisão de arquivamento do inquérito policial**. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 18, n. 70, 1993, abr/jun, p. 55).

¹⁵⁴ BREDÁ, A. A. **Efeitos... Op. Cit.**, p. 177.

¹⁵⁵ O conteúdo – e denominação – da condição da ação do art. 43, I, do CPP foi originalmente definido, por BREDÁ, como *tipicidade objetiva*, porém, no juízo de admissibilidade da acusação não se perquire a *tipicidade*, que é matéria de mérito, mas sim – em juízo de aparência determinado pela expressão legal “evidentemente não constituir crime” – aquilo que COUTINHO denominou *tipicidade aparente*. A *tipicidade aparente* será detidamente analisada no último capítulo.

¹⁵⁶ COUTINHO, J. N. M. **A lide... Op. Cit.**, pp. 148-149.

“Sem que o fato típico objeto da imputação tenha a aparência de delito definido na lei penal, impossível é que a acusação se revista de idoneidade para justificar a instauração de um processo. O fato constante da imputação deve ser certo e determinado, isto é, representativo de um trecho de realidade vivida, que guarde correspondência a um modelo abstrato cunhado na lei penal”.¹⁵⁷ COUTINHO, estabelecendo os contornos definitivos da noção, opera a distinção entre a *tipicidade* (matéria de mérito) e a presente condição da ação e propõe a denominação *tipicidade aparente*.¹⁵⁸ Esta condição da ação penal, que por vezes é alcunhada “possibilidade jurídica do pedido” e por outras é negada como condição da ação e inserida no mérito, será esmiuçada em capítulo à parte.

2.4.2 A punibilidade concreta

Prevista no art. 43, II, do CPP, e freqüentemente descrita como “interesse processual”, apesar da denominação, como se viu, ser imprópria, a *punibilidade concreta* diz com a inexistência de qualquer uma das causas de extinção da punibilidade. Assim, na ocorrência de qualquer uma das hipóteses descritas no art. 109, do Código Penal, além de outras previstas em lei, como o pagamento do tributo no crime de sonegação fiscal, estaria extinta a punibilidade e defesa a obtenção da tutela jurisdicional quando do exercício da ação penal – pois falta a condição de que se trata –, que se intentado, resultaria na rejeição da denúncia ou queixa. Neste caso, o juiz decretaria extinta a punibilidade através de uma sentença de mérito (art. 61, do Código de Processo Penal).¹⁵⁹

2.4.3 A legitimidade da parte

Com previsão legal no art. 43, III, 1ª parte, do CPP, a *legitimidade da parte* é a condição da ação penal que dá a impressão – mas é só impressão – de mais guardar

¹⁵⁷ FOWLER, F. N. B. *Anotações... Op. Cit.*, p. 91.

¹⁵⁸ COUTINHO, J. N. M. *A lide... Op. Cit.*, pp. 148.

¹⁵⁹ COUTINHO, J. N. M. *A natureza... Op. Cit.*, p. 50.

similitudes com seu equivalente processual civil, sem se olvidar da ressalva quanto ao dever de se observar o instituto de processo penal sem os “óculos subjetivos da lide”.¹⁶⁰ Aqui vale uma observação. Legitimidade de parte é, no processo civil, da parte legítima (idéia de pertinência subjetiva).¹⁶¹ Trata-se de um conceito ligado à lide. No processo penal, como é primário, aquilo que se condicionou chamar de “classificação das ações” (sim, porque a ação, por natureza, não comporta taxionomia¹⁶²), é decorrente do autor da acusação (critério subjetivo da ação) e, portanto, longe do conceito de pertinência subjetiva, mormente em casos de crimes públicos onde a ação é de iniciativa privada, como no caso do art. 345, do CP.¹⁶³

Ausente esta condição da ação penal, ou seja, “ilegítima” a parte: no caso de ação penal pública de iniciativa do Ministério Público, o juiz determinará que a legítima se manifeste; no caso de ação penal de iniciativa privada, determinará que se aguarde pela sua manifestação (art. 19, do CPP¹⁶⁴), na hipótese de ter o Ministério Público apresentado denúncia.¹⁶⁵

2.4.4 Justa causa

Condição da ação penal prevista na segunda parte do inciso III, artigo 43, do CPP: “ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal”; que,

¹⁶⁰ Vide, no sub-tópico 2.3, a parte que trata da legitimidade.

¹⁶¹ MARQUES, J. F. *Instituições... Op. Cit.*, p. 25.

¹⁶² As classificações da ação apresentadas pela doutrina versam, em verdade, sobre outros elementos processuais, como a espécie de tutela jurisdicional pleiteada (ação de conhecimento, executiva, cautelar) ou a espécie de sentença (ação condenatória, constitutiva, declaratória, etc.). Já o critério subjetivo (ação penal pública e ação penal privada, insculpido no CPP), como demonstrou Rogério de Lauria TUCCI, não se configura tecnicamente adequado à divisão das ações penais. De fato, “a pena é de interesse público e só assim se justifica; sendo fim da ação penal impô-la, há sempre, no procedimento penal, *ação pública*” (TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria... Op. Cit.*, p. 112). Por isto o autor admoesta ao uso da expressão “ação penal de iniciativa privada”.

¹⁶³ Código Penal: “Exercício arbitrário das próprias razões. Art. 345 - Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: **Pena** - detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa, além da pena correspondente à violência. **Parágrafo único** - Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa”.

¹⁶⁴ Código de Processo Penal: “**Art. 19** - Nos crimes em que não couber ação pública, os autos do inquérito serão remetidos ao juízo competente, onde aguardarão a iniciativa do ofendido ou de seu representante legal, ou serão entregues ao requerente, se o pedir, mediante traslado”.

¹⁶⁵ COUTINHO, J. N. M. *A natureza... Op. Cit.*, p. 50.

complementada pelo supracitado artigo 18, do mesmo diploma, estabelece que na falta de *base para a denúncia*, deve o Ministério Público pedir o arquivamento do inquérito policial (ou de outros elementos de convicção). Eis a chamada *justa causa* para a acusação, isto é, a existência de prova do fato e indícios de autoria, que se fundamenta na impossibilidade de a acusação ser resultado de mera elaboração mental.¹⁶⁶ Convém mencionar, na esteira de BREDÁ, que uma denúncia oferecida sem base para a acusação pode inclusive ser objeto de *denúnciação caluniosa*.¹⁶⁷

E deste modo, concluída esta breve incursão no conteúdo do direito de ação e das condições para a obtenção da tutela jurisdicional no seu exercício, assim como do pensamento de FOWLER, BREDÁ e COUTINHO, passar-se-á a tratar exclusivamente da *tipicidade aparente*. Mas, para tanto, faz-se mister visitar a seara do direito material e analisar com extrema brevidade o conteúdo da categoria do delito denominada *tipicidade*.

¹⁶⁶ BREDÁ, A. A. **Efeitos... Op. Cit.**, p. 178.

¹⁶⁷ Id. *Ibid.*

PARTE II – DA TIPICIDADE NO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA ACUSAÇÃO

3 DA TIPICIDADE PENAL

3.1 Anotações iniciais. A teoria do crime

Com o fim de instrumentar o estudo processual sobre a *tipicidade aparente*, é preciso revisar alguns pontos, cuja relação com o tema é indelével, da teoria do crime. Assim, faz-se necessária uma rápida incursão no território do direito penal para anotar, nuclearmente, as questões de direito substantivo imprescindíveis à compreensão dos limites da tipicidade no juízo de admissibilidade da acusação.

No âmbito da dogmática jurídico-penal, o crime vem sendo juridicamente conceituado através do denominado *conceito analítico*, estratificado em três predicados que, juntos, qualificam uma ação humana como crime. WELZEL afirma que “*la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son los tres elementos que convierten una acción en un delito*”¹⁶⁸: a *ação* (ou omissão) é conduta humana orientada a um fim; a *tipicidade* “é a adequação, objetiva e subjetiva, dessa conduta a uma norma legal”; a *ilicitude* (ou *antijuridicidade*) “é a qualidade de um comportamento não autorizado pelo Direito”; e a *culpabilidade* (ou *censurabilidade*) “é o juízo de reprovação que recai sobre a conduta do sujeito que tem ou pode ter a consciência da ilicitude e de atuar segundo as normas jurídico-penais”.¹⁶⁹

Como é evidente, não importa, neste momento, um estudo aprofundado daquelas categorias que, com efeito, não se pretende operar, mas sim, cumpre trazer à tona as idéias centrais sobre a tipicidade penal, a sua relação com a ilicitude e as causas de exclusão da tipicidade, eis que podem ensejar o arquivamento do inquérito policial ou a rejeição da peça acusatória.

¹⁶⁸ WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman: parte general**. 11. ed. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970, p. 73.

¹⁶⁹ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 300.

3.2 A tipicidade penal na teoria do crime

O tipo penal foi concebido por BELING (na obra *Die Lehre von Verbrechen*, em 1906)¹⁷⁰ no contexto da escola *causal-naturalista* do direito penal do século XIX (para a qual todos os *elementos subjetivos* do crime situam-se na *culpabilidade*) e, em sua definição, constitui mera descrição do delito (tipo descritivo “*abstracto, especial y objetivo*”), neutra e livre-de-valor (pois os elementos valorativos estavam depositados na ilicitude).¹⁷¹ Em contraponto, porém, negando que o tipo constitua mera descrição objetiva da conduta proibida, a doutrina identificou elementos subjetivos no tipo, primeiro com FISCHER, MAYER e MEZGER, ao descobrirem, lá, elementos ligados à direção de vontade do autor, como a intenção de apropriação nos crimes contra o patrimônio e a lascívia nos crimes sexuais e, depois, com o desenvolvimento da teoria *finalista* da ação, iniciado com WEBER e GRAF ZU DOHNA, e aperfeiçoado por WELZEL (seu verdadeiro pai)¹⁷², ao retirarem da culpabilidade a vontade consciente de realização do fato típico para integrá-la ao conceito de tipo penal. Assim, verificam-se as esferas objetiva (descrição legal) e subjetiva (elementos volitivos) do tipo, isto é, *tipo objetivo* e *tipo subjetivo*. Além disto, MAYER demonstrou a existência de elementos normativos no tipo legal (como o caráter *alheio* da coisa no furto), que negam a ausência de valor do tipo belingeano.^{173 174}

¹⁷⁰ BELING utilizou a expressão alemã *Tatbestand*, com o sentido de delito-tipo (figura delitiva).

¹⁷¹ BELING, Ernst von. **Esquema de derecho penal**. Trad. Sebastián Soler. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944. p. 42; **La doctrina del delito-tipo**. Trad. Sebastián Soler. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944. p. 1; além de CIRINO DOS SANTOS, J. **A moderna... Op. Cit.**, p. 34.

¹⁷² “*Toda acción consciente es conducida por la decisión de la acción, es decir, por la conciencia de lo que se quiere – el momento volitivo. Ambos momentos, conjuntamente, como factores configuradores de una acción típica real, forman el dolo (= ‘dolo de tipo’).*” WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán: parte general**. 11. ed. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970, pp. 94-95.

¹⁷³ CIRINO DOS SANTOS, J. **A moderna... Op. Cit.**, pp. 34-35.

¹⁷⁴ O tipo apresenta elementos objetivos e subjetivos, descritivos e normativos. Os elementos descritivos são aqueles que não necessitam qualquer valoração em sua identificação, seu conhecimento se dá por mera verificação sensorial. É o caso da expressão “coisa” no tipo de furto, ou “alguém” no tipo de homicídio. Alguns autores, como MACHADO, distinguem, entre os elementos descritivos, as circunstâncias de tempo (“repouso noturno” – art. 155 § 1º, CP) ou lugar (“lugar público, ou aberto ou exposto ao público” – art. 233, CP), e as qualificações especiais dos sujeitos ativo e passivo (caráter de, respectivamente, “mãe” e “filho” no infanticídio – art. 123, CP), denominando-as elementos modais. Os elementos normativos, entretanto, só podem ser determinados através de valoração *jurídica* ou *cultural*. Exemplos em “perigo moral” (art. 245, CP), “ato obsceno” (art. 233, CP) e

Importar citar, antes de se prosseguir na análise da tipicidade, que os termos *tipo* e *tipicidade* não se confundem, pois, com efeito, enquanto o primeiro diz respeito à descrição legal do comportamento proibido, o segundo é a adequação de um fato a uma hipótese abstrata descrita em um tipo legal.¹⁷⁵

Já agora, em relação às suas funções, CIRINO DOS SANTOS apresenta três pontos de vista segundo os quais se poderia conceituar o tipo penal: a) *tipo legal*, sendo a descrição, realizada na parte especial do CP, da conduta proibida, com suas características objetivas, subjetivas, descritivas e normativas; b) *tipo de injusto*, que compreende os fundamentos positivos da tipicidade, ou seja, a descrição da conduta proibida, e os fundamentos negativos da ilicitude, a ausência de causas de justificação; c) *tipo de garantia*, diz com a função político-criminal do princípio da legalidade, disposto no art. 5º, XXXIX, da Constituição de 1988, que é realizada pelo tipo. A expressão latina *nullun crimen, nulla poena sine lege* consagra esta idéia.^{176 177}

Inúmeras são as classificações que a doutrina apresenta para o tipo penal¹⁷⁸, porém, a que parece de maior importância para o estudo processual penal é aquela que

“mulher honesta” (arts. 215, 216 e 219, CP). Todos estes são elementos essencialmente objetivos, porém, com o reconhecimento dos elementos subjetivos, identifica-se o conteúdo da vontade do agente no tipo. São exemplos de elementos subjetivos, o *dolo*, elemento subjetivo descritivo, e a *intenção de apropriação*, presente no tipo de furto na expressão “para si ou para outrem”, elemento subjetivo normativo. As dimensões objetiva e subjetiva do tipo podem se entrelaçar, como no caso do art. 171, CP, tipo de estelionato, as expressões “artifício, ardil ou fraude”, são indissociáveis da consciência interna do engano. Há, ainda, certos elementos negativos do tipo – que não se confundem com as causas de exclusão de ilicitude –, que são elementos cuja descrição legal exige sua ausência, como “sem o consentimento” (art. 125, CP) e “sem suficiente provisão de fundos” (art. 171, § 2º, VI, CP). CIRINO DOS SANTOS, J. A moderna... **Op. Cit.**, pp. 38-39; FRAGOSO, Cláudio Heleno. **Lições de direito penal: parte geral**, 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 178-180; MACHADO, Luiz Alberto. **Direito criminal: parte geral**. São Paulo: RT, 1987, p. 96.

¹⁷⁵ MACHADO, L. A. **Direito... Op. Cit.**, p. 98; DOTTE, R. A. **Curso... Op. Cit.**, p. 311.

¹⁷⁶ CIRINO DOS SANTOS, J. A moderna... **Op. Cit.**, p. 33. Ver FRAGOSO (**Lições... Op. Cit.**, p. 156), em contraposição a esta idéia de haverem outros usos para o termo *tipo*, além de *tipo legal*.

¹⁷⁷ Claus ROXIN, que com sua abordagem racional-teleológica pretende que os fins da norma penal assentem-se sobre critérios político-criminais, vê no tipo uma forma de garantir o princípio da anterioridade da lei penal. **Derecho penal: parte general**. v. I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas, 1997, p. 277.

¹⁷⁸ Apenas para citar uma proposta de classificação dos tipos penais, descreve-se a lição de CIRINO DOS SANTOS: a) *tipos de resultado e simples atividade*. Quanto a relação entre ação e resultado, os tipos de resultado são aqueles que “compreendem uma separação espaço-temporal entre ação e resultado, ligados por uma relação de causalidade”, ou seja, ligados por um nexo de causalidade, o resultado é necessariamente precedido pela ação. Exemplos são inúmeros, como o homicídio (art. 121, CP), o furto (art. 155, CP), etc. Nos tipos qualificados pelo resultado (espécie de tipo de resultado), a “realização de um tipo-base (lesão corporal simples, roubo, etc), produz, adicionalmente, pelo menos

diz com a distinção entre *tipo legal* e *tipo de injusto* e que será tratada no próximo tópico por restar intimamente ligada com a relação existente entre a tipicidade e a ilicitude.

de forma imprudente, determinadas conseqüências especialmente graves, como a morte da vítima (arts. 129 § 3º e 157 § 3º)”. Os tipos de simples atividade não dependem de qualquer resultado para se configurarem, bastando para tanto a simples realização da ação tipificada. Exemplos: violação de domicílio (art. 150, CP), falso testemunho (art. 342, CP); b) *tipos simples e compostos*. Distinguem-se os tipos em simples e compostos, segundo a quantidade de bens jurídicos tutelados pela descrição legal. Os tipos simples protegem apenas um bem jurídico, como a vida no homicídio, a integridade física na lesão corporal e o patrimônio no dano. Por sua vez, os tipos compostos tutelam mais de um bem jurídico, como no crime de extorsão mediante seqüestro, em que se protege o patrimônio e a liberdade individual; c) *tipos de lesão e tipos de perigo*. Segundo o grau de afronta ao bem jurídico, classificam-se os tipos em tipos de lesão, caracterizados pela real lesão ao bem jurídico tutelado pelo tipo, como no homicídio, lesão corporal, etc., e em tipos de perigo, que não geram real lesão ao bem, mas apenas perigo de lesão. Estes últimos se subdividem em tipos de perigo concreto, cuja “realização (...) pressupõe a efetiva produção de perigo para o objeto da ação, de modo que a ausência de lesão do bem jurídico pareça meramente acidental, como o (...) incêndio (art. 250), etc.”, e os tipos de perigo abstrato, nos quais “a típica ou presumida perigosidade da ação para o objeto de proteção é suficiente para sua penalização, independente da produção real de perigo para o bem jurídico protegido, como o abandono de incapaz (art. 133)”; d) *tipos instantâneos e permanentes*. Dividem-se em tipos instantâneos, “que se completam com a produção de determinados estados, como o homicídio (art. 121) (...) o dano (art. 163)”, e tipos permanentes, cujo aperfeiçoamento não se configura em estados determinados, mas sua realização se prolonga no tempo de acordo com a vontade do agente, como no seqüestro (art. 148); e) *tipos gerais, especiais e de mão própria*. Conforme o círculo de autores, os tipos classificam-se em gerais, que podem ser praticados por qualquer pessoa, como no homicídio, no furto, etc., e especiais, que têm por sujeitos, pessoas qualificadas conforme descrito ou pressuposto no tipo, como o *funcionário público* no peculato e na corrupção passiva (art. 312 e 317). Os tipos especiais subdividem-se em tipos especiais próprios, cuja qualidade do autor fundamenta a punibilidade, como naqueles mesmos exemplos citados que envolvem o funcionário público, e em tipos especiais impróprios, nos quais a qualidade do agente apenas *agrava* a punibilidade, como “a qualidade de funcionário público na falsificação de documento público (art. 297, § 1º) ou na falsidade ideológica (art. 299, parágrafo único). Os chamados tipos de mão própria são aqueles que apenas podem ser praticados por autoria direta, como a sedução (art. 217, CP) e o falso testemunho (art. 342, CP); f) *tipos de ação e de omissão de ação*. Considerando as formas de comportamento humano, os tipos podem ser de ação, quando se realizam através de um comportamento ativo, descrito em forma positiva no tipo legal, como o estelionato (art. 171, CP) e o furto (art. 155), e de omissão, caracterizados por comportamentos passivos, que se segregam em tipos omissivos próprios, descritos de forma negativa no tipo, e configurados pela simples não realização da ação mandada (o dever jurídico de agir), como na omissão de socorro (art. 135, CP), e em tipos omissivos impróprios, também chamados tipos de comissão por omissão que constituem o “reverso dos tipos de ação e se caracteriza[m] pela atribuição do resultado típico a sujeitos em posição de garantidor do bem jurídico que, com infração ao dever jurídico de agir, omitem a ação mandada para impedir o resultado, como o pai que, podendo salvar o filho que caiu na piscina, conscientemente não impede sua morte por afogamento”. Os tipos de ação e omissão, ainda, podem ser dolosos ou imprudentes (culposos), que querem, no primeiro caso, dizer respeito a ação ou omissão praticada segundo a vontade do agente, e

3.3 As relações entre a tipicidade penal e a ilicitude penal – o tipo de injusto

As relações entre tipicidade e ilicitude penal residem sobre um dos pontos mais controvertidos da teoria do delito e resultam na elaboração do conceito analítico de crime em uma estrutura tripartida (que **nega** a unidade conceitual entre tipicidade e ilicitude – crime como ação típica, ilícita e culpável) ou uma bipartida (que **afirma** a unidade conceitual entre tipicidade e ilicitude – crime como ação típica e culpável).

A este respeito, as principais posições presentes na doutrina são: a) *teoria do tipo avalorado*. Esta concepção, decorrente da formulação do tipo por BELING e atualmente pouco defendida, entende que a tipicidade não indica qualquer coisa acerca da ilicitude, pois sendo neutra, relega à ilicitude toda a valoração normativa da conduta; b) *teoria da ratio cognoscendi*. Apontada por MAYER quando da identificação de elementos normativos no tipo, defende que a tipicidade é um **indício** da ilicitude, assim, a tipicidade está para a ilicitude como a fumaça está para o fogo, ou ainda, a tipicidade é a razão de conhecer da ilicitude. A teoria da *ratio cognoscendi* resulta em uma estruturação tripartida do conceito analítico de crime (ação típica, antijurídica e culpável); c) *teoria da ratio essendi*. Esta corrente assevera que a tipicidade é a **razão de ser** da ilicitude e tem por consequência o debate sobre a real existência de autonomia entre as categorias de tipicidade e ilicitude. A corrente propõe uma construção bipartida do fato punível, composto por *tipo de injusto* (que engloba as duas primeiras categorias) e *culpabilidade*, cuja elaboração mais difundida é a da *teoria dos elementos negativos do tipo*, desenvolvida por MEZGER, segundo a qual as causas de justificação apresentam-se como elementos negativos do tipo, e sua presença afasta a tipicidade.¹⁷⁹

A maioria dos doutrinadores é favorável à teoria tripartida do crime¹⁸⁰, porém,

no segundo caso, a ação ou omissão que resulte de uma violação ao dever de cuidado constituído em certas atividades. CIRINO DOS SANTOS, J. *A moderna... Op. Cit.*, pp. 39-45.

¹⁷⁹ ROXIN, C. *Derecho... Op. Cit.*, pp. 281-283; CIRINO DOS SANTOS, J. *A moderna... Op. Cit.*, pp. 34-36.

¹⁸⁰ DOTTI, ao afirmar sua filiação a corrente doutrinária que vê na culpabilidade um pressuposto da pena, e, portanto, não um elemento do crime, assevera que a clássica conceituação tripartida do crime é, ainda, dominante. (*Curso... Op. Cit.*, p. 300).

entre outros, Luiz Alberto MACHADO desenvolveu uma abordagem bipartida do crime com base na noção de *tipicidade material*, ou seja, sob fundamento diferente do adotado por MEZGER.¹⁸¹

Sem embargo, a despeito do modelo de fato punível adotado, a doutrina, de modo geral, tem reconhecido a diferença existente entre os conceitos de **ilicitude** e de **injusto**. Sobre isto, ensina WELZEL que

la antijuridicidad es una mera relación (una contradicción entre dos miembros de una relación); lo injusto, por el contrario, es algo sustancial: la conducta antijurídica misma. **La antijuridicidad es un predicado, lo injusto un sustantivo.** Lo injusto es la forma de conducta antijurídica misma: la perturbación arbitraria de la posesión, el hurto, la tentativa de homicidio. La antijuridicidad es una cualidad de estas formas de conducta y precisamente la contradicción en que se encuentran con el ordenamiento jurídico. **Existe, pues, un injusto penal específico, del mismo modo que hay un injusto civil o administrativo específico** (un ejemplo del primero es la tentativa y del segundo la perturbación arbitraria de la posesión), **pero existe sólo una antijuridicidad unitaria.** Todas las materias de prohibición, reguladas en los diversos sectores del Derecho, son antijurídicas para todo el ordenamiento jurídico.¹⁸²

Neste sentido, ensina Juarez TAVAREZ que “diversamente dos demais ramos do direito, o direito penal delimita desde logo, no código penal ou nas leis suplementares, as características essenciais pelas quais uma determinada conduta é

¹⁸¹ MACHADO assevera que “tipo e ‘antijuridicidade’ formam, verdadeiramente, uma só e única estrutura”. Esta conclusão se baseia no fato de que, primeiramente, o *valor e o desvalor são jurídicos* (sendo pois imprópria a denominação antijuridicidade), e aquele que ao agir aperfeiçoa um tipo penal, age de forma jurídico-penalmente relevante, ou seja, a conduta não é antijurídica, mas juridicamente desvalorada. E ainda, como (por sua própria técnica de construção legislativa) a lei penal “possui preceito implícito, contrário ao exposto no tipo” (no tipo “matar alguém”, o preceito é “não matar”), a tipicidade “é sempre desvalor, antinormatividade, o que incorre no mundo jurídico, como regra geral”. Deste modo, “o problema não é de antijuridicidade, mas de possibilidade de agir compondo o tipo com tolerância ou permissão do Direito. Quando alguém mata em legítima defesa, para a doutrina tradicional teria agido típica, porém não antijuridicamente. Ora, quando se mata em legítima defesa, o tipo compõe-se apenas aparentemente, formalmente, mas sem ofensa ao preceito, sem antinormatividade, sem violação do Direito (no mesmo caso, quem atua tipicamente no Direito Tributário, pode não ter de pagar o tributo, se se beneficia de uma isenção). A norma traduz o desvalor do Direito à conduta. Quando se atua aparentemente em conformidade com o tipo, porém, materialmente, em conformidade com o Direito, não se pratica o crime por atipia material da conduta. A conduta é sancionada, não quando seja antijurídica, mas juridicamente desvalorada pelo Direito. (...) O crime, conseqüentemente à sua origem jurídica – o crime é um ente jurídico – define-se como uma ação típica e censurável. O problema está em saber-se se a conduta *compõe materialmente o tipo* e, em fazendo, se é censurável quanto ao seu autor” (**Direito... Op. Cit.**, pp. 118-122).

¹⁸² WELZEL, H. **Derecho... Op. Cit.**, p. 78.

considerada crime. O injusto penal, portanto, é primeiramente um **injusto típico**".¹⁸³

Claus ROXIN, que defende a estrutura tripartida,¹⁸⁴ afirma "*que tipo y antijuridicidad han de quedar separados sistemáticamente, pero que, no obstante, ambos se pueden reunir componiendo un tipo global en el aspecto del injusto*".¹⁸⁵

Francisco de ASSIS TOLEDO chega à semelhante conclusão: "Sendo pragmaticamente irrealizável a verificação instantânea dessas duas características do injusto (a tipicidade e a ilicitude), já que o processo mental do juiz se desdobra, necessariamente, em duas fases distintas, torna-se inarredável este paradoxo epistemológico: na elaboração do conceito de crime, há que se levar em conta esses dois momentos, necessariamente percorridos pelo raciocínio do julgador, mas não se deve ao mesmo tempo esquecer a unidade concreta do *injusto penal*".¹⁸⁶

Por seu turno, Luiz Alberto MACHADO, em seu modelo bipartido de fato punível, sentencia: "No Direito Penal o injusto é típico, referindo-se tanto ao tipo como à *antijuridicidade*".¹⁸⁷

Por todo o exposto, conclui-se que a noção de *tipo de injusto* – compreendendo os fundamentos positivos da tipicidade, ou seja, a descrição da conduta proibida, e os fundamentos negativos da ilicitude, a ausência de causas de justificação – é tanto compatível com a estrutura tripartida de delito quanto com a bipartida, e sua verificação independe da existência ou não de unidade conceitual entre tipo e ilicitude no modelo proposto. Como se verá, esta inferência tem importância significativa na compreensão do conteúdo da condição da ação denominada *tipicidade aparente*.

3.4 Ausência do tipo de injusto

O tipo de injusto, como se viu, agrega os dois primeiros estratos da teoria do crime, assim, as hipóteses em que se pode considerar afastado o *injusto penal* são tanto

¹⁸³ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 125.

¹⁸⁴ ROXIN, C. **Derecho...** Op. Cit., p. 286.

¹⁸⁵ Id. Ibid., pp. 287-288.

¹⁸⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios...** Op. Cit., pp. 122-123.

¹⁸⁷ MACHADO, L. A. **Direito...** Op. Cit., p. 119.

as causas de exclusão da tipicidade como as discriminantes (excludentes da ilicitude).

São discriminantes o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito, previstas entre os arts. 23 a 25 do Código Penal, e o consentimento do ofendido, aceito por alguns como *discriminante supra-legal*¹⁸⁸).

As excludentes da tipicidade são, a *adequação social da conduta* (como as lesões provocadas durante a prática regular de atividades esportivas, ou as que advém da execução de uma cirurgia pelo cirurgião)¹⁸⁹, a *insignificância da conduta* (a teoria da insignificância, desenvolvida por ROXIN, permite excluir dos tipos os danos de pouca importância)¹⁹⁰, e a chamada *tentativa inidônea*, ou *crime impossível* (por inidoneidade do meio ou por absoluta impropriedade do objeto)¹⁹¹.

¹⁸⁸ Por todos, ver MACHADO, L. A. **Direito... Op. Cit.**, pp. 133-136; e TOLEDO, F. A. **Princípios... Op. Cit.**, pp. 214-215.

¹⁸⁹ A respeito, consultar WELZEL, H. **Derecho... Op. Cit.**, p. 83 e ss.

¹⁹⁰ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Rio de Janeiro, Renovar, 2000, p. 48 e ss.

¹⁹¹ MUNHOZ NETTO, Alcides. **Da tentativa no código penal brasileiro**. Curitiba: Editora Littero-Técnica, 1958, pp. 104-105; FRAGOSO, H. C. **Lições... Op. Cit.**, p. 248.

4 DA TIPICIDADE NO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA ACUSAÇÃO

Observadas a ação, suas condições e a tipicidade penal, há suficiente suporte para concluir com uma análise da condição da penal denominada *tipicidade aparente*. Inicia-se, pois, por apresentar a maneira com a qual a doutrina lida com a questão da tipicidade em relação ao processo. Em seguida, discutir-se-á o alcance da expressão “evidentemente não constituir crime”, como disposta no art. 43, I, do CPP. Ainda, estudar-se-á a *tipicidade aparente* na condição de fundamento para o arquivamento do inquérito policial, estudo este que será complementado com dados de pesquisa estatística realizada na Vara de Inquéritos Policiais de Curitiba, cuja finalidade é demonstrar os possíveis efeitos negativos de uma construção teórica do Direito Processual Penal subjugada a posições generalistas. Ao final, por sua afinidade com o tema central, discorre-se sobre as potenciais conseqüências nefastas – com risco ao *jus libertatis* –, decorrentes da prática judiciária, e mesmo da lei, no tocante à tipicidade no juízo de admissibilidade da acusação.

4.1 A tipicidade e as condições da ação penal na doutrina brasileira. Lineamentos sobre a *tipicidade aparente*

A tipicidade penal considerada como condição da ação não é unânime na doutrina brasileira. Para alguns, a *tipicidade* (art. 43, I, do CPP) e a *extinção da punibilidade* (art. 43, II, do CPP) agrupam-se na condição da ação denominada *possibilidade jurídica do pedido*.¹⁹² Para outros, como Ada Pellegrini GRINOVER, a *tipicidade não* é condição da ação, senão matéria de mérito.¹⁹³ E ainda há aqueles, como COUTINHO, que – baseados no CPP, e não na Teoria Geral do Processo –, observam a **tipicidade aparente** como condição da ação, ainda que não neguem a tipicidade como matéria de mérito.¹⁹⁴

Como se viu anteriormente, LIEBMAN conceituou a *possibilidade jurídica do*

¹⁹² Por todos, veja-se TOURINHO FILHO, F. C. *Processo... Op. Cit.*, p. 477 e ss.

¹⁹³ GRINOVER, A. P. *As condições... Op. Cit.*, p. 69 e ss.

¹⁹⁴ COUTINHO, J. N. M. *A lide... Op. Cit.*, pp. 149-151.

pedido em termos positivos (admissibilidade), e tal posição foi rejeitada por parte da doutrina brasileira (e pelo próprio LIEBMAN, pois negou-a posteriormente) que, capitaneada por MONIZ DE ARAGÃO, propôs – no âmbito do processo civil – a conceituação, com notável acerto, daquela condição da ação de forma eminentemente negativa.¹⁹⁵ Deste modo, a *possibilidade jurídica do pedido*, no processo penal, segundo COUTINHO, é inaceitável, pois “o requisito, visto pelo ângulo da tipicidade – não precisa ir longe para compreender que quando o art. 43, I, do CPP fala de crime, está tratando do tipo – necessariamente deve ser conceituado de **modo positivo**. Em outras palavras: para o autor ver procedente a ação, deve levar ao juiz, na imputação, uma conduta que, aparentemente, corresponda a um tipo legal”.¹⁹⁶

Sobre a *possibilidade jurídica do pedido* como condição da ação penal, afirma GRINOVER que “a tipicidade é evidentemente matéria de mérito: representa, para o processo penal, a “*causa petendi*”, e se lhe aplicam as observações (...) quanto à necessidade de desvincular uma pretensa condição da ação da existência do direito subjetivo afirmado pelo autor”. E conclui que, quanto à falta de tipicidade, “uma vez declarada, preclui a via judiciária ao novo exercício de ação, por configurar sentença de mérito, quer quando pronunciada ao final (art. 386, III, CPP) quer quando pronunciada antecipadamente (art. 43, I, CPP)”.¹⁹⁷

COUTINHO, por sua vez, afirma que, apesar de sugestivo, o posicionamento de GRINOVER “esbarra na realidade do processo penal”. Isto porque a questão deve levar em conta a expressão **evidentemente** do art. 43, I, do CPP. Assim: “A doutrina antiga teve uma posição muito clara sobre o assunto, interpretando a regra do art. 43, I, do CPP. Sabia-se, desde então – ainda sem a preocupação de verificar tudo em função da lide –, que não haveria sentido em processar-se um caso não criminoso”. E conclui: “Para quem vê na ação um direito instrumental, mas conexo a um caso concreto, em face do precitado **evidentemente**, não há como negar a tipicidade”.¹⁹⁸

Aqui observa-se, na proposta de COUTINHO, a diferença entre **tipicidade** e

¹⁹⁵ Vide sub-tópico 2.2.1.

¹⁹⁶ COUTINHO, J. N. M. *A lide... Op. Cit.*, p. 150.

¹⁹⁷ GRINOVER, A. P. *As condições... Op. Cit.*, pp. 69 e 72.

¹⁹⁸ COUTINHO, J. N. M. *A lide... Op. Cit.*, p. 150.

tipicidade aparente, pois esta, condição da ação penal, refere-se à demonstração, pelo autor, de que os fatos imputados gozam, **aparentemente**, de credibilidade tal, a ponto de serem considerados típicos, e aquela (a tipicidade), em qualquer momento que seja perquirida – no recebimento da inicial ou ao final da instrução processual –, ensejará uma decisão de mérito. São, pois, situações diversas.¹⁹⁹ E, para além disto, é certo que aí está a possibilidade de arquivamento do inquérito policial com base no art. 18, do CPP, amplamente utilizada pela jurisprudência quanto à ausência de tipicidade, para demonstrar que **nem sempre** a decisão do juiz acerca da atipicidade do fato – quando tomada por ocasião do exame de admissibilidade da acusação – deverá conduzir à sentença de mérito do processo de conhecimento: basta ser ela determinada por falta de provas!²⁰⁰

Ainda sobre a verificação da **atipicidade** no recebimento da inicial, que pede uma decisão de mérito, assevera COUTINHO, que deve “o fato, **absolutamente**, não constitui[r] crime; qualquer dúvida, a mínima que seja, leva o juiz a decidir positivamente, instaurando o processo”.²⁰¹ Ou seja, neste caso, há **aparência de tipicidade** (tipicidade aparente) no fato narrado, ainda que o juiz não possa, desde logo, declarar, no mérito, a **atipicidade** que, quiçá, poderá ser confirmada ao final.

Assim, tem-se, pois, límpida a diferença entre **tipicidade** (matéria de mérito) e **tipicidade aparente** (condição da ação penal), e se há de concluir este tópico com as palavras do professor paranaense: “tudo somado, enfim, não há como afastar a tipicidade do juízo de admissibilidade da acusação. Excluí-la pode significar uma ainda maior desumanização de um processo penal como o nosso, que nunca foi muito humano. O dia-a-dia do fórum ensina o quanto um processo faz o réu sofrer”.²⁰²

¹⁹⁹ Id. Ibid.

²⁰⁰ É bem verdade, porém, que o uso sistemático do art. 18, do CPP, para fundamentar decisões de arquivamento de inquérito policial, algo que se observa no dia-a-dia da prática penal, é tampouco adequado, pois, como enunciaram GRINOVER e COUTINHO, pelo menos parte daquelas decisões deveriam ser sentenças de mérito, evitando ao acusado permanecer com um inquérito policial “pendurado”, podendo ser reaberto a qualquer momento. Isso é coisa que depende, contudo, do conhecimento técnico dos magistrados, de suas percepções sobre a real importância dos efeitos de suas decisões e, enfim, da ética que deve, necessariamente, acompanhar seu agir.

²⁰¹ COUTINHO, J. N. M. **A lide...** Op. Cit., p. 151 (grifo nosso).

²⁰² Id. Ibid. Especialmente neste caso, em que tratamos de condutas que possivelmente podem não se adequar a descrição legal de uma conduta proibida.

4.2 O alcance das expressões “evidentemente não constituir crime” no artigo 43, I, do Código de Processo Penal brasileiro, e “tipicidade” aparente. A questão da ilicitude e da culpabilidade

Com a noção de *tipicidade aparente*, e afirmado o fato de se tratar de condição da ação, importa compreender seu alcance em relação à teoria do crime.

O art. 43, I, do CPP, utiliza a expressão **crime**, e não a expressão **tipo**. Nada obstante, sempre que for necessária instrução probatória, se estará tratando de um problema de mérito, e, portanto, não de questão passível de verificação em sede de admissibilidade da acusação (condição da ação), assim, a doutrina antiga interpretava, naquele dispositivo do CPP, *crime como fato típico*.²⁰³ Também BREDA assim intuiu ao propor, para a condição da ação aqui tratada, a denominação *tipicidade objetiva*, eis que a subsunção do fato narrado à descrição legal da conduta (tipo legal) é atividade mental que pode, em geral, ser feita sem necessidade de instrução probatória (e caso haja dúvida mínima, instaura-se o processo). Vale lembrar, porém, que COUTINHO aperfeiçoou o modelo de BREDA ao observar que, em sede de condição da ação, se não faz juízo sobre a *tipicidade objetiva* (matéria de mérito), mas juízo de aparência determinado pela expressão legal “evidentemente não constituir crime”, ou seja, sobre a *tipicidade aparente* (condição da ação).²⁰⁴

Deste modo, por óbvio, o dispositivo legal em tela não comporta análise, no momento do recebimento da denúncia, de todos os estratos (tipicidade, ilicitude e culpabilidade) do conceito analítico de crime.

Não parece, porém, aceitável que a expressão “tipicidade”, em *tipicidade aparente*, refira-se, tão-somente, à mera adequação do fato à descrição legal de uma conduta proibida (tipicidade), de modo que, assim considerada, a condição da ação não

²⁰³ “O primeiro caso de rejeição previsto no art. 43 é aquele em que o fato narrado na denúncia ou queixa não constitui crime *em tese*. Refere-se a lei ao fato atípico, ao fato que não se conforma com nenhuma figura de crime descrita em lei” (TORNAGHI, Hélio. **Processo penal**. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho – Editor, 1953, p. 122). No mesmo sentido: ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal brasileiro anotado**. 5. ed. v. I. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1960, pp. 429-430.

²⁰⁴ Vide nota de rodapé nº 155.

teria idoneidade para obstar a obtenção da tutela da ação penal em que esteja, irrefutavelmente, presente uma *discriminante*.²⁰⁵ Cite-se, por exemplo, a acusação oferecida em face do oficial de justiça que atendeu a uma ordem de reintegração de posse de bem móvel em *estrito cumprimento de dever legal*, pois sua conduta amparava-se em decisão judicial. No exemplo, seria absurdo sequer cogitar que a decisão de arquivamento do inquérito versaria sobre o **mérito da questão principal**. É evidente, até para o leigo, que esta conduta não configura um crime e, portanto, deve ser considerada com base no art. 43, I, do CPP, como matéria de exame no juízo de admissibilidade da acusação, isto é, como ausência de condição para a obtenção da tutela jurisdicional.

Tal posição foi percebida por FOWLER que, porém, alegou não existir fundamento na legislação atual para suportar a rejeição da denúncia (ou pedido de arquivamento do inquérito policial) quando estiver, sem dúvidas, demonstrado que o cometimento do fato se deu em situação que lhe exclui a ilicitude: “Ocorre que em especiais situações constituiria manifesta iniquidade submeter-se pessoas ao gravame do processo, simplesmente por amor ao princípio da obrigatoriedade penal. Imagine-se que alguém em sua própria residência reaja a uma tentativa de roubo, conseguindo, após séria luta, sobrepujar o agressor, mas causando-lhe ferimentos graves. Ou então a situação do policial que mata um marginal, como única via de vencer-lhe a resistência e resguardar sua própria vida. Em tais casos, de verdadeiras situações-limite, é inequívoco que se proposta a ação penal, patente seria sua inviabilidade, por não conter a acusação a idoneidade indispensável para sua legitimação”.²⁰⁶

TORNAGHI, com fundamento na falta de interesse de agir, afirma: “É verdade que se estiver a excludente provada a ponto de não deixar qualquer dúvida, então pode o MP pedir o arquivamento das peças de informação ou do inquérito, da mesma forma que ao juiz é dado rejeitar a queixa ou a denúncia, mas com fundamento na falta de interesse e pois no n. III e não no n. I do art. 43”.²⁰⁷

²⁰⁵ COUTINHO anotou que, em certos casos, a verificação da falta da antijuridicidade é possível no juízo de admissibilidade da acusação. **A lide... Op. Cit.**, p. 151, nota de rodapé n. 383.

²⁰⁶ FOWLER, F. N. B. **Anotações... Op. Cit.**, p. 93.

²⁰⁷ TORNAGHI, H. **Processo... Op. Cit.**, p. 122.

Já agora, com fundamento no inciso I do art. 43, do CPP, Francisco Antônio GOMES FILHO assevera: “Se o fato em si não for crime, evidentemente a denúncia ou a queixa deve ser rejeitada, (...) [e] o mesmo pode ocorrer, embora não sempre, nos demais casos previstos nos artigos 19, 20 e 21 do Código Penal, desde que seja evidente a circunstância excludente do crime”.²⁰⁸ Mais recentemente, da mesma maneira, José Frederico MARQUES e Francisco de ASSIS TOLEDO e, por este último, ao afirmar que “onde houver uma causa de justificação suficientemente caracterizada, faltará uma condição da ação penal, pois o fato, que deve ser narrado com todas as suas circunstâncias (CPP, art. 41), não constitui crime, autorizado está o pedido de arquivamento pelo Ministério Público ou a rejeição da denúncia ou da queixa pelo juiz (CPP, art. 43, I)”.²⁰⁹

E, por fim, com a leitura da tipicidade *aparente*, COUTINHO informa que a questão se resolve na análise da condição da ação prevista no art. 43, I, do CPP,²¹⁰ e, para tanto, se utiliza da noção de *tipicidade material* proposta por Luiz Alberto MACHADO, que compõe-se em uma estrutura bipartida do fato punível.²¹¹

Nada obstante, para evitar que o conteúdo da *tipicidade aparente* dependa da validade de construção teórica do tipo que – ainda que se não lhe pretenda negar a razão – não é unânime no âmbito do direito penal (vale lembrar que a maior parte da doutrina penalista descreve o conceito analítico de delito na estrutura tripartida), sugere-se que a expressão *tipicidade aparente* versa, em verdade, sobre o **tipo de injusto**²¹². *Tipo de injusto* é expressão que satisfaria tanto os penalistas que advogam pela teoria tripartida do crime, como os que defendem o modelo bipartido de fato punível. Em suma, importa que a condição da ação em exame abarque tanto as hipóteses de ausência de tipicidade como as de ausência de ilicitude, e *tipo de injusto*

²⁰⁸ GOMES FILHO, Francisco Antônio. **Teoria e prática do Código de Processo Penal**. v. I. Rio de Janeiro: José Konfino – Editor, 1957, p. 177.

²⁰⁹ TOLEDO, F. A. **Princípios... Op. Cit.**, p. 169.

²¹⁰ COUTINHO, J. N. M. **A lide... Op. Cit.**, p. 151, nota de rodapé n. 383.

²¹¹ Vide nota de rodapé n. 181.

²¹² Vide, no sub-tópico 3.3, análise sobre o **tipo de injusto** que, prescindindo de comprometimento com as estruturas tripartida ou bipartida, comporta a *tipicidade* e a *ilicitude* em um mesmo âmbito, sem implicar, necessariamente, unidade conceitual. A propósito, lembre-se a lição de ROXIN: “*que tipo y antijuridicidad han de quedar separados sistemáticamente, pero que, no obstante, ambos se pueden reunir componiendo un tipo global en el aspecto del injusto*” (**Derecho... Op. Cit.**, p. 286).

parece indicar com precisão o **conteúdo** da condição da ação “tipicidade aparente”. Nada obstante, não se deve olvidar que, no caso da ausência de ilicitude, a grande maioria dos casos penais exige maior dilação probatória; e deve levar à instauração do processo. Memore-se a lição de COUTINHO, supramencionada, segundo a qual, a mínima dúvida existente sobre o fato **evidentemente** não constituir crime, deve levar à instauração do processo.

Presente o papel do conceito de *tipo de injusto* na interpretação do art. 43, I, do CPP, resta, ainda, analisar a possibilidade de se argüir a não-satisfação da condição da ação do art. 43, I, do CPP, caso esteja presente uma excludente de culpabilidade.

A Jurisprudência tem concebido hipóteses em que seria possível pedir o arquivamento do inquérito policial na presença de *exculpantes* (excludentes de culpabilidade), especialmente com base no *erro de proibição inevitável*.

Observe-se a seguinte manifestação da Procuradoria Geral da República:

24. Processo: 08100.001243/94-75 – voto s/nº s/ementa

Relator: Dr. Cláudio Fonteles

Assunto: Crime contra a fauna silvestre.

Decisão: Por maioria, vencido o Dr. Mardem Pinto, foi mantido o arquivamento do inquérito, porque cabível, *in casu*, o reconhecimento do erro de proibição escusável.²¹³

E, também, o seguinte voto, em que o Ministério Público Federal se manifesta pela manutenção do pedido de arquivamento do inquérito policial com fulcro na presença de uma excludente de culpabilidade:

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCESSO Nº 254/99 - Processo MPF/PGR nº 08100.002055/99-I3

RELATOR: CLAUDIO FONTELES

ASSUNTO: Inquérito Policial

Ementa

Estelionato contra a Previdência social. Intermediário que Pratica uma única conduta. Conta-se a prescrição a partir deste momento, quando se consuma o crime praticado. Não cabe cogitar-se de recebimento parcelado, condição típica do beneficiado. Voto pelo arquivamento.

²¹³ Ata da 2ª Sessão da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão da Procuradoria Geral da República, ocorrida em Brasília no dia 16 de maio de 1994

Relatório

1. Trata-se de inquérito policial instaurado para apurar a eventual prática do delito previsto no artigo 171, § 3º do CP, porque apurou-se a concessão de benefícios irregulares a Norma Olívio da Silva, tendo a participação de outros intermediários na fraude previdenciária.
2. O il. colega representante do MPF requereu o arquivamento do feito, considerando a ausência de dolo na conduta da beneficiada e prescrição em relação aos possíveis intermediários na operação fraudulenta, por se tratar de crime instantâneo já que receberam a vantagem indevida quando se deu o primeiro benefício.(fls. 160)
3. O MMº Juiz Federal, discordando do posicionamento ministerial, encaminhou os autos nos termos do artigo 28 do CPP. (fls.164)

Voto

1. Há entendimento firmado por esta Câmara Criminal, de acordo com o posicionamento do E. STJ, que a obtenção fraudulenta de benefício previdenciário é crime permanente e a prescrição conta-se a partir do recebimento da última parcela do benefício.
2. Contudo, a hipótese dos autos é diferente.
3. É que de acordo com este entendimento, apenas para o beneficiário o crime ainda não foi atingido pela prescrição, uma vez que não se passaram os doze anos do prazo prescricional, estabelecido pelo artigo 109 do CP.
4. No caso, o il . colega Procurador da República requereu o arquivamento pela prescrição com relação aos intermediários, considerando que praticaram um único delito, quando se deu o pagamento do primeiro benefício.
5. Tem razão o il. representante do MPF. De fato, os intermediários receberam a vantagem indevida uma única vez, sendo que não permaneceram percebendo o benefício fraudulento, de forma continuada ou permanente.
6. Por outro lado, quanto a beneficiada constatamos que é pessoa humilde e de pouca instrução que foi ludibriada pelos intermediários e se valeu desse meio para obter sua aposentadoria não reconhecendo, contudo, a ilicitude do fato.
7. Com efeito, note-se suas declarações de fls. 33 onde afirma que.
... “foi procurada pelo Sr. José, que lhe solicitou as suas carteiras de Trabalho, ao tentar saber o porque , ele lhe respondeu que aguardasse que em breve saberia o porque e que só tomou conhecimento quando foi para receber o primeiro pagamento, Que não procurou oposto para dar entrada.. Que deu como pagamento o primeiro recebimento e Que não sabia que tinha sido computado este tempo de serviço em sua aposentadoria.”
8. O art. 21 , 2ª parte, do CP, determina que o erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena.
9. Dessa forma, entendemos tratar a hipótese de erro de proibição invencível.
10. A propósito, Luiz Flávio Gomes assim define, verbis:
quando o agente comete a infração penal sem a consciência da ilicitude do fato e, nas circunstâncias em que praticou a conduta, sem a possibilidade de ter ou atingir essa consciência, surge o erro de proibição inevitável ou escusável (= não há culpabilidade nem responsabilidade penal);...
O erro de proibição invencível é escusável, isto é, "não pode reprovar-se ao autor, pois quem não se encontra em situação de conhecer o injusto do fato não demonstra nenhuma atitude censurável para o Direito quando o viola. O erro de proibição invencível deve, assim, desculpar sempre". (grifamos) ("in " Erro de Tipo e Erro de Proibição, 3ª ed Ed. Revista dos Tribunais - p.110/111)
11. Portanto, voto por que se mantenha a conclusão do pedido de arquivamento, encaminhando-se os autos diretamente ao Juízo Federal da 3ª vara criminal de São Paulo, para que tal se cumpra.

Brasília, 19 de abril de 1999

Com embargo, como se viu, questão que exige instrução probatória é matéria de mérito, e, assim, considerando-se a subjetividade presente no erro de proibição (que macula a “potencial” consciência da ilicitude), não parece que a situação possa ensejar o arquivamento do inquérito policial. No segundo caso, especificamente, afigura-se mais acertada a tese – defendida pelo promotor – da ausência de dolo na conduta da beneficiada, possibilitando, pois, o arquivamento do inquérito por falta de aparente adequação típica do fato (tipicidade aparente); ou, eventualmente, após o recebimento da denúncia, julgar-se o mérito quanto erro de proibição (ou mesmo quanto ao dolo) em julgamento antecipado de processo de conhecimento.²¹⁴

Com efeito, o juízo de admissibilidade da acusação, no tocante à *tipicidade aparente*, não se presta ao conhecimento de questões de mérito (se é matéria para instrução probatória, não se conhece no recebimento da denúncia), mas, como referido supra, à demonstração, pelo autor, de que os fatos imputados gozam, **aparentemente**, de credibilidade suficiente para serem considerados típicos. Excluída, portanto, a possibilidade de se argüir a não-satisfação da condição da ação “tipicidade aparente” na presença uma excludente da culpabilidade.

4.3 A *tipicidade aparente* e o arquivamento do inquérito policial

O arquivamento do inquérito policial²¹⁵ guarda íntima relação com as provas produzidas na fase policial do sistema processual brasileiro e com as condições da ação penal. Deste modo, tratar-se-á agora de sua relação com a *tipicidade aparente*.

Relatado o inquérito policial, deve a autoridade policial encaminhá-lo ao Juízo competente (art. 10, § 1º, do CPP), que, no caso de ação penal de iniciativa do Ministério Público, a ele remeterá os autos. Por sua vez, o órgão do *parquet* pode tomar três providências distintas: a) julgando atendidas as condições da ação, oferecer a denúncia; b) requerer novas diligências à autoridade policial, caso entenda

²¹⁴ Vide sub-tópico 4.3.

²¹⁵ O *arquivamento* de que se trata aqui, com referências ao inquérito policial, por disposição legal (art. 28 do CPP), também se aplica a quaisquer outras peças de informação.

insuficiente a prova do inquérito (art. 16, do CPP); c) considerar faltante pelo menos uma das condições da ação e requerer o arquivamento do inquérito policial, quando já não mais se puder produzir prova em tal sentido. Aqui, cumpre assinalar que a *legitimação*, apesar de ser condição da ação penal, nunca ensejará o arquivamento do inquérito, pois neste caso o juiz determina que se manifeste a parte legítima, seja o Ministério Público ou a parte legítima em caso de ação penal de iniciativa privada (art. 19, do CPP). As demais condições da ação, no entanto, produzirão diferentes resultados quanto ao pedido/decisão de arquivamento.²¹⁶

Com efeito, deve-se perceber que na falta da condição denominada *punibilidade concreta* se está diante, pelo Ministério Público, de um pedido de **declaração da extinção da punibilidade**, que o juiz decretará com decisão de mérito e pode ser reconhecida de ofício (art. 61, do CPP). O arquivamento, aqui, é apenas um “ato meramente burocrático de conservação dos Autos dos processos terminados”.²¹⁷ Assim, com estrita adequação ao termo, o *arquivamento* do inquérito policial observar-se-á apenas nos casos de falta de *tipicidade aparente* ou de *justa causa*.

Ao se perquirir a natureza jurídica do ato de *arquivamento*, a primeira dúvida que se apresenta diz com o caráter *administrativo* ou *jurisdicional* da decisão. COUTINHO, convencido de se tratar de ato jurisdicional, afirma que é decisão em *processo cautelar*, pois é fácil perceber que a decisão versa sobre questão cautelar em relação ao tema de fundo. Advoga ele que esta linha de raciocínio é mais coerente à interpretação do art. 18, do CPP, pois, “se a decisão de arquivamento fosse meramente administrativa (como quer a nossa Jurisprudência e doutrina dominante), não haveria razão para o legislador impor obstáculos ao desarquivamento, como o fez, exigindo novas provas, o que acabou se refletindo na Súmula 524 [do STF]²¹⁸”.²¹⁹ Ainda, é de se observar que a decisão verdadeira de arquivamento faz coisa julgada *rebus sic stantibus*, adquirindo estabilidade provisória, até que surjam novas provas. O

²¹⁶ O arquivamento de inquérito policial também atinge as ações penais de iniciativa privada.

²¹⁷ COUTINHO, J. N. M. *A natureza... Op. Cit.*, p. 50.

²¹⁸ STF, Súmula nº 524: “Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do Promotor de Justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas”.

²¹⁹ Id. *Ibid.*, p. 55

desarquivamento do inquérito, por sua vez, afasta a coisa julgada.²²⁰

A correta fundamentação da decisão referente ao arquivamento do inquérito assume grande importância na medida em que pode poupar o acusado de prejuízos ao seu *status dignitatis*. Aqui, o ensinamento de COUTINHO é lapidar, e por isto, há de ser transcrito:

A posição da Jurisprudência brasileira reflete um outro aspecto interessante. Sendo generalizante, não se preocupa com o fundamento da decisão, fechando a interpretação, de um modo geral, do art. 18 do CPP, na coisa julgada *rebus sic stantibus* e, mais, admitindo o arquivamento em relação não só às condições da ação que indicamos (aquelas referentes à tipicidade aparente e, também, à chamada justa causa), mas inclusive à punibilidade concreta, o que não nos parece correto. (...) Por certo, quando o arquivamento do inquérito policial, determinado por uma decisão jurisdicional que reconhece a falta de provas, seja em relação à tipicidade, seja em relação à justa causa, não há como discordar da posição da Jurisprudência, mesmo porque, no problema mais sério, em relação à tipicidade, não se trata de uma análise profunda, em sede de condição da ação, mas de mera aparência, isto é, de uma análise superficial. **Porém, quando não houver, na manifestação da prova, a presença de dúvida razoável de que o fato não é típico, ou que o fato é inexistente, é difícil e injusto, pelos gravames que os Autos (pelo seu conteúdo, naturalmente), mesmo arquivados provocam não aceitar a idéia de que a decisão faz coisa julgada material.** Em verdade, não estamos diante de uma decisão de arquivamento, mas de decisão de mérito em processo cautelar, algo plenamente possível e, inclusive, acolhido em nosso processo civil em função da regra do 810 do CPC.²²¹

Deste recorte se pode concluir, por um lado, que a decisão de arquivamento do inquérito, que sempre é decisão jurisdicional, pode operar *coisa julgada material* no caso da prova do inquérito não deixar a mínima dúvida quanto à atipicidade ou a inexistência do fato. Isto é questão de justiça e coerência interna do sistema, afinal (como provavelmente pensa o acusado), uma vez reconhecida a sua “inocência” não há justificativa para mantê-lo “pendurado”, com um inquérito policial arquivado até que se aperfeiçoe a prescrição, quando enfim poderá “dormir em paz”.

Portanto, a decisão de arquivamento do inquérito será sempre ato jurisdicional, ora quando o Ministério Público o requer (conclusão de processo cautelar), ora quando o Juiz não recebe a denúncia ou a queixa (conclusão antecipada de processo de conhecimento) e, na hipótese de operar materialmente a coisa julgada, não se terá,

²²⁰ Id. Ibid.

²²¹ Id. Ibid., pp. 55-56

propriamente, uma decisão de arquivamento, mas sim uma decisão de mérito, que se reveste de ato de conclusão de processo cautelar (na hipótese de requerimento do órgão do *parquet* para o arquivamento), ou de julgamento antecipado de processo de conhecimento (na hipótese de rejeição da peça acusatória).²²² Observe-se, em conclusão, que o fundamento legal do ato jurisdicional, no primeiro caso (decisão de arquivamento), que é o art. 43 c/c o art. 18 do CPP, impõe análise restrita à **tipicidade aparente**, enquanto no segundo (decisão de mérito), o julgador decide sobre a própria **tipicidade**, em sentença com fulcro no art. 386, II, ou III²²³, conforme o caso, do CPP.

4.4 Estudo de casos de arquivamento de inquérito policial. Reflexos do baixo nível de cientificidade do processo penal no exame de admissibilidade da acusação

A propósito da questão envolvida na fundamentação legal da decisão de arquivamento do inquérito policial e procurando demonstrar possíveis efeitos práticos do baixo nível de produção científica autônoma no processo penal, empreende-se o levantamento dos dispositivos legais utilizados para fundamentar as decisões de arquivamento prolatadas na comarca de Curitiba entre os anos de 2002 e 2004.

Em princípio, a proposta foi estudar **todas** as decisões de arquivamento tomadas naqueles anos, identificando-as pela data em que foram dadas pelo juiz. Infelizmente, porém, o estado em que o material de pesquisa se encontra no cartório da Vara de Inquéritos Policiais de Curitiba, exigiu mudança de planos.

Com efeito, problemas organizacionais nos arquivos da referida Vara impossibilitaram um levantamento tão profundo quanto inicialmente desejado. Assim, os dados aqui demonstrados referem-se à não-totalidade dos inquéritos policiais referentes aos anos de 2002 e 2004, **assim classificados conforme a data de distribuição judicial do inquérito** (e portanto, não em relação à data da decisão de

²²² Id. Ibid., p. 56.

²²³ Código de Processo Penal: “**Art. 386** - O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: **II** - não haver prova da existência do fato; **III** - não constituir o fato infração penal”.

arquivamento). Ainda, devido à ausência, nos sistemas informáticos do cartório, de dados quanto ao número total de inquéritos arquivados, é impossível afirmar com precisão a proporção de decisões analisadas em relação a seu universo total.

Apesar disto, há de se concluir que o objetivo da pesquisa foi plenamente atendido com a amostragem disponível (sabe-se bem que a precisão estatística não exige a apreciação da totalidade dos casos, como sói acontecer nas enquetes eleitorais, etc.), de modo que se pode apresentar os resultados do estudo de 408 decisões de arquivamento de inquéritos policiais²²⁴ para, ao final, traçar-se inferências. As tabelas abaixo dão uma visão geral do universo estudado, contendo o número de inquéritos arquivados, por ano de distribuição judicial e conforme a condição da ação faltante:

TABELA 1 - NÚMERO DE DECISÕES DE ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITOS POLICIAIS ANALISADAS POR CONDIÇÃO DA AÇÃO FALTANTE

Condição da ação faltante	2002	2003	2004	TOTAL
Justa causa	45	50	4	99
Punibilidade concreta	33	29	7	69
Tipicidade aparente	64	151	25	240
Total	142	230	36	408

FONTE: O autor

E do tempo médio em dias decorrido entre a instauração da peça de investigação policial e seu arquivamento (pela data da decisão de arquivamento):

TABELA 2 - TEMPO MÉDIO DECORRIDO ENTRE A INSTAURAÇÃO DO INQUÉRITO E A DECISÃO DE ARQUIVAMENTO POR CONDIÇÃO DA AÇÃO FALTANTE (EM DIAS)

Condição da ação faltante	2002	2003	2004	MÉDIA GERAL
Justa causa	508	354	384	425
Punibilidade concreta	490	374	508	443
Tipicidade aparente	460	204	96	261
Total	482	258	208	332

FONTE: O autor

Sabe-se que quaisquer inferências propostas não poderiam ser conclusivas devido às falhas estatísticas na coleta de dados precitada, porém, a redução no tempo de conclusão dos inquéritos arquivados poderia ser um resultado da criação, pelo Ministério Público, da Promotoria de Inquéritos Policiais, no ano de 2003. Além

²²⁴ Os números de distribuição judicial dos inquéritos policiais consultados encontram-se arrolados no apêndice.

disto, vale repetir que os dados apresentados não se referem ao número de inquéritos arquivados naqueles anos – número que seria muito maior devido aos vários inquéritos policiais arquivados no ano de 2003 com fundamento na *prescrição em perspectiva*²²⁵, que como foram distribuídos em anos anteriores a 2002, não figuram no estudo.

Os dados da Tabela 3 – que representam os delitos investigados pela polícia nos inquéritos arquivados por atipicidade (por óbvio as condutas não se amoldam àqueles tipos, de outro modo não seriam atípicas, porém, a investigação – e muitas vezes o relatório da autoridade policial – tratam da prática daqueles delitos) – permitem observar a maior incidência de casos de estelionato e furto, que representam quase a metade de todos os inquéritos arquivados por falta de *tipicidade aparente*. Os motivos para cada um daqueles delitos são diferentes, mas refletem, de certo modo, a necessidade de um programa de direito penal mínimo para nosso país²²⁶. A exemplo, no caso do estelionato, a maior parte dos inquéritos arquivados versavam sobre cheques sem provisão de fundos emitidos de forma pré-datada, para os quais o procedimento policial foi utilizado apenas como meio de pressão para o pagamento da dívida. No caso do furto, as hipóteses de pequenos furtos (furto famélico) cometidos em estabelecimentos comerciais abundam majoritariamente.

Sobre o arquivamento de inquéritos policiais quando da presença de causas de exclusão de ilicitude, contabilizou-se 15 inquéritos arquivados por homicídio justificado, sendo 14 deles derivados de inquéritos policiais militares, remetidos à justiça comum, envolvendo policiais que, em ação, provocaram baixas civis, todos eles baseados na legítima defesa e no estrito cumprimento do dever legal, e 1 inquérito, civil, arquivado pelo reconhecimento, de plano, da legítima defesa.

²²⁵ A prescrição penal foge ao escopo do presente, assim, para o tema, v. GUARAGNI, Fábio André. **Prescrição penal e impunidade: crítica ao sistema prescricional brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2000.

²²⁶ Salo de CARVALHO assevera que pode-se “conceber o programa político-criminal minimalista como estratégia para maximizar os direitos e reduzir o impacto do penal/carcerário na sociedade, diminuindo o volume de pessoas no cárcere pela restrição do *input* do sistema penal através de processos de descriminalização e despenalização” (**Pena e garantia: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 91). Sobre o assunto, v. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002; e CARVALHO, Salo de. **Pena... Op. Cit.**; CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

TABELA 3 - INQUÉRITOS ARQUIVADOS COM BASE NA ATIPICIDADE DA CONDUTA POR DELITO-TIPO INVESTIGADO

Delito-tipo investigado	Dispositivo legal	2002	2003	2004	TOTAL	%
Estelionato	171 do CP	21	41	-	62	25,8%
Furto (princípio da insignificância)	155 do CP	4	33	12	48	20,4%
Ind./inst./aux. ao suicídio	122 do CP	6	18	1	25	10,4%
Homicídio (por excludentes de ilicitude)	121 do CP	2	7	6	15	6,3%
Furto	155 do CP	5	6	-	10	4,6%
Receptação	180 do CP	3	6	1	10	4,2%
Apropriação indébita	168 do CP	5	4	-	9	3,8%
Fuga de pessoa presa	351 do CP	1	4	1	6	2,5%
Uso de documento falso	304 do CP	4	1	-	5	2,1%
Homicídio culposo	121, § 3º, do CP	1	3	-	4	1,7%
Lesão corporal	129 do CP	-	4	-	4	1,7%
Adulteração de sinal de veíc. automotor	311 do CP	3	1	-	4	1,7%
Atentado violento ao pudor	214 do CP	1	1	1	3	1,3%
Crimes contra as relações de consumo	7º - Lei 8.137/90	1	2	-	3	1,3%
Porte ilegal de arma	10 - Lei 9.437/97	-	2	1	3	1,3%
Extorsão	158 do CP	-	2	-	2	0,8%
Dano	163 do CP	-	2	-	2	0,8%
Estelionato (princípio da insignificância)	171 do CP	-	2	-	2	0,8%
Duplicata simulada	172 do CP	1	1	-	2	0,8%
Falsificação de documento público	297 do CP	-	2	-	2	0,8%
Denúncia caluniosa	339 do CP	2	-	-	2	0,8%
Homicídio	121 do CP	-	1	-	1	0,4%
Violação de domicílio	150 do CP	1	-	-	1	0,4%
Apropriação indébita (pr. insignificância)	168 do CP	1	-	-	1	0,4%
Sabotagem	202 do CP	-	1	-	1	0,4%
Rapto consensual	220 do CP	1	-	-	1	0,4%
Falsidade ideológica	299 do CP	-	1	-	1	0,4%
Prevaricação	319 do CP	-	-	1	1	0,4%
Falso testemunho	342 do CP	1	-	-	1	0,4%
Coação no curso do processo	344 do CP	1	-	-	1	0,4%
Corrupção de menores	1º - Lei 2.252/54	-	1	-	1	0,4%
Tráfico de substâncias entorpecentes	12 - Lei 6.368/76	-	1	-	1	0,4%
Racismo	20 - Lei 7.716/89	1	-	-	1	0,4%
Fraude em licitação	90 - Lei 8.666/93	-	1	-	1	0,4%
Embriaguez ao volante	306 - Lei 9.503/97	-	1	-	1	0,4%
Direção sem habilitação	309 - Lei 9.503/97	-	1	-	1	0,4%
TOTAL		66	150	24	240	100,0%

FONTE: O autor

Já agora, no tocante ao objetivo principal deste estudo de casos, observou-se a existência de decisões padronizadas que pouco demonstram uma análise crítica e cautelosa dos pedidos de arquivamento. Mais precisamente, **a totalidade das decisões de arquivamento por atipicidade da conduta e justa causa foram tomadas com fulcro no art. 18 do CPP**, sempre, portanto, produzindo apenas coisa julgada *rebus sic stantibus*. Ora, não se precisa ir longe para concluir que em muitos daqueles casos, sentenças de mérito poderiam ter sido tomadas, como, apenas por exemplo, nos casos de crime de furto famélico (princípio da insignificância) em que a pequena monta da tentativa de furto restou comprovada pela própria vítima (supermercados e lojas de departamentos) em depoimento de seu representante à autoridade policial.

TABELA 4 - DISPOSITIVO LEGAL UTILIZADO PARA FUNDAMENTAR A DECISÃO DE ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL POR CONDIÇÃO DA AÇÃO FALTANTE

Condição da ação faltante	Art. 18 do CPP	Art. 61 do CPP	Art. 386 do CPP
Justa causa	100%	-	-
Punibilidade concreta	-	100%	-
Tipicidade aparente	100%	-	-

FONTE: O autor

Com base nestes dados, pode-se inferir os efeitos do baixo nível de desenvolvimento científico do direito processual penal brasileiro. Ao contrário do processo civil, que goza de altíssimo nível de cientificidade, a evolução do processo penal quase sempre esteve atrelada à daquele; e foi limitada por ele. A Teoria Geral do Processo brasileira tem (pelos que a adotam acriticamente), como parece, a maior parcela de responsabilidade neste fato pois, a doutrina penalista, com exceções (é claro), mas em plena maioria, adquiriu o hábito de pensar o processo penal a partir dos conceitos processuais gerais (ou melhor, processual civis²²⁷), ignorando assim as

²²⁷ “O processo penal, sufocado por uma legislação fascista (copiada na maior parte do Código Rocco de 1930) e cientificamente cega, acaba por receber uma vestimenta (sistemática) costurada para um senhor mais rico, alto, velho e obeso. Entrou, desse modo, mas não serviu. Deixou à mostra pontos cruciais que não serão sanados, cobertos, tão-somente com uma nova legislação, um novo traçado. No fundo, o espírito faz parte da vestimenta e deve mudar junto, sob pena da alteração ser aparente e as falhas, em elementos essenciais, continuarem as mesmas. Sem embargo disso, *per fas et nefas*, a teoria geral do processo civil, a cavalo na teoria geral do processo, penetra no nosso processo penal e, ao invés de dar-lhe uma teoria geral, o reduz a um primo pobre (Carnelutti), uma parcela, uma fatia da teoria geral. Em suma, teoria geral do processo é engodo; teoria geral é a do processo civil e, a partir dela, as demais” (COUTINHO, J. N. M. **A lide... Op. Cit.**, pp. 122-123).

vicissitudes e particularidades da realidade criminal. Há de se considerar, portanto, que posições generalizantes, como esta que se constata agora, decorrem da aplicação acrítica e desfocada (o foco deve ser sempre a pessoa humana, protegida pela Constituição da República em sua dignidade) do processo penal, e esta é fruto do insipiente nível científico da disciplina, aparvalhada – como se não bastassem seus próprios problemas – com a constante necessidade de adaptação a concepções alienígenas.

Há de se mencionar ainda, como um – entre vários – possível efeito do baixo nível de cientificidade da disciplina, determinado inquérito policial incluído neste estudo entre os inquéritos arquivados por falta de base para a denúncia (*justa causa*)²²⁸, que trata de hipótese de crime contra o patrimônio (dano), no qual a vítima é cônjuge do autor, estando este, portanto, amparado pela escusa absolutória do art. 181, do CP²²⁹. Como se viu, a falta de *justa causa* é reflexo da ausência de indícios de autoria ou da materialidade do fato e, assim, jamais poderia servir de base para tal decisão de arquivamento, que estaria melhor classificada como declaração de extinção de punibilidade por causa inominada não prevista no não-exaustivo art. 109 do CP.

Enfim, impõe-se a conclusão de que o nebuloso tratamento doutrinário acerca condições da ação penal – convite a decisões acríticas e provável consequência do baixo nível de sistematização científica da disciplina – é fonte de erros na aplicação do Direito.

²²⁸ Distribuído sob o número 2003.004251-5, em 05 de março de 2003.

²²⁹ Código Penal: “**Art. 181** - É isento de pena quem comete qualquer dos crimes previstos neste título, em prejuízo: **I** - do cônjuge, na constância da sociedade conjugal; **II** - de ascendente ou descendente, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural”.

4.5 O juízo de admissibilidade da acusação e a efetividade dos direitos do acusado. Problemas com a descrição e a classificação do fato típico na denúncia

O momento processual em que o juiz perquire as condições da ação, do ponto de vista da garantia aos direitos do acusado, tem significativo interesse pois, se por um lado, o *status dignitatis* do réu tem severas implicações, como se viu, quanto à fundamentação legal da decisão de arquivamento do inquérito policial, por outro, a prática processual ensina que a posição do acusado, na fase de recebimento da denúncia, longe está de lhe conferir a tão falada paridade de armas.

Há dois principais fatores determinantes deste desequilíbrio. Primeiramente, o entendimento de que o ato que recebe da denúncia não contém carga decisória e, por isto, não precisa ser fundamentado pelo juiz e, também, a ausência de contraditório no recebimento da inicial.

Com efeito, apesar de ser a motivação dos atos jurisdicionais um dever constitucional²³⁰ do juiz, cuja falta enseja nulidade, os tribunais brasileiros têm reconhecido, de maneira geral, a desnecessidade de fundamentação do ato de recebimento da denúncia (à exceção dos crimes falimentares, para os quais há previsão expressa da motivação):

Denúncia – Recebimento – Fundamentação. Mostra-se razoável o ato do juízo no que se reporte ao inquérito formalizado (STF – HC – j. 7.11.95 – Rel. Marco Aurélio – JSTF-LEX 212/339);

Habeas corpus – Recebimento de denúncia – Ausência de fundamentação – Alegação de ofensa ao art. 93, IX, CF – Inocorrência. “O ato judicial que formaliza o recebimento da denúncia oferecida pelo MP não se qualifica nem se equipara, para os fins a que se refere o art. 93, IX, da CF de 1988, a ato de caráter decisório. O juízo positivo de admissibilidade da acusação penal, não reclama, em consequência, qualquer fundamentação” (STF – HC – Rel.

²³⁰ A Constituição da República de 1988 estabelece, em seu art. 93, IX: “**Art. 93** - Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: **IX** - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e **fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade**, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes”.

Celso de Melo – DJU 23.9.94);²³¹

A posição, no entanto, não tem qualquer fundamento razoável, pois o dever de propor a ação penal nasce tão-somente quando da presença das condições previstas pelo legislador para tal, entre as quais as condições da ação e os pressupostos processuais. Assim, o juízo positivo de admissibilidade da acusação penal é evidente **decisão** entre o recebimento e a rejeição da acusação, ou seja, entre a presença ou não das condições da ação e pressupostos processuais. Além disto, importa à defesa, para fins recursais, a fundamentação da decisão. Tenha-se em vista, por exemplo, que a denúncia sem lastro mínimo probatório representa abuso de poder contra o qual cabe *habeas corpus*.²³² Basta, para tanto, cumprir-se a Constituição da República e o advérbio que ampara a fundamentação das decisões: **todas!**

Fauzi Hassan CHOUKR, sobre o juízo de admissibilidade da acusação, ensina que “a garantia constitucional da motivação surge em mais este instante, mas ainda não devidamente aculturada pelos magistrados no exercício da prática forense. Com efeito, em obediência à norma constitucional, tanto a decisão de conteúdo positivo (recebimento) como o negativo (rejeição) deveriam ser fundamentadas. Na hipótese negativa os motivos ensejadores serão o norte para uma eventual manifestação recursal, enquanto na hipótese positiva dão a certeza às partes da existência, ao menos nesse momento inicial, das condições para o exercício do direito de ação”.²³³

Sobre o tema, o Projeto de Lei 4.207/01²³⁴, atualmente em tramitação no Congresso Nacional, em seu art. 396, determina a obrigatoriedade da motivação: “O juiz *fundamentadamente* decidirá sobre a admissibilidade da acusação, recebendo ou

²³¹ No mesmo sentido: TJSP – Rec. – j. 14.11.96 – rel. Dante Busana – JTJ-LEX 191/291; RTJ 69/758; HC 72.286-5-PR, 2ª T. – STF, em 28.11.95, Rel. Maurício Corrêa, DJU 16.2.96, p. 2.998, e RHC 4572-2-SP – 6ª T. – STF, em 24.5.95, DJU de 26.2.96, p. 4.087.

²³² SOUZA NETTO, José Laurindo. **A efetividade dos direitos do acusado no processo penal brasileiro**. Curitiba, 2000. 384 f. Tese (Doutorado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pp.346-348.

²³³ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.84.

²³⁴ Texto do Anteprojeto de Código de Processo Penal da comissão integrada pelos seguintes juristas do Instituto Brasileiro de Direito Processual: Ada Pellegrini Grinover, Petrônio Calmon Filho, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, Rene Ariel Dotti, Rogério de Lauria Tucci e Sidnei Beneti, **Diário Oficial da União**, Seção 2, nº 15-E Brasília - DF, de 21 de janeiro de 2000.

rejeitando a denúncia ou queixa”.

Já agora, no tocante ao contraditório prévio para o recebimento da denúncia, observa-se um importante avanço introduzido no sistema processual penal brasileiro pela Lei 9.099/95. A introdução da resposta prévia à acusação importa no aumento das garantias à ampla defesa e ao contraditório.²³⁵ Assim, estabelece o referido diploma em seu art. 81:

Art. 81. Aberta a audiência, será dada a palavra ao defensor para responder à acusação, após o que o Juiz receberá, ou não, a denúncia ou queixa; havendo recebimento, serão ouvidas a vítima e as testemunhas de acusação e defesa, interrogando-se a seguir o acusado, se presente, passando-se imediatamente aos debates orais e à prolação da sentença.;

O contraditório prévio também se observa nos processos decorrentes de ações penais de competência originária dos Tribunais (Lei 8.038/90 e Lei 8.658/90), na Lei de Tóxicos (art. 38, da Lei 10.409/02), nos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos (art. 513, do CPP), nos crimes de imprensa (art. 43, § 3º, da Lei 5.250/67), nos crimes falimentares (art. 106, do Dec.-lei 7.661/45), além das demais hipóteses legais.

Com embargo disto, os ritos previstos no Código de Processo Penal ainda não observam, como regra, esta medida, sem a qual, bem como sem a fundamentação da decisão de recebimento, não há como dar efetividade ao direito de defesa ao acusado neste momento processual. Por isto, afirma SOUZA NETTO: “trata-se de intento destinado a dotar o processo de faculdades equivalentes entre as partes; e de impedir acusações sem o preenchimento das condições da ação e regularidade da acusação, que aí devem ser discutidas. Matéria de real importância, sempre foi extremamente descuidada no nosso processo penal, mormente nos ritos ordinário e sumário, onde não há previsão da defesa prévia, ou seja, anterior ao juízo de admissibilidade, restando a reprovabilidade ao juiz da causa, que nem sempre preocupa-se com a efetiva avaliação. Tanto que, de modo equivocado, não poucos pensavam, ou pensam, tratar-

²³⁵ SOUZA NETTO, José Laurindo. **Processo penal: sistemas e princípios**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 125.

se de um mero despacho, quando, em verdade, é, por evidente e óbvio, uma decisão interlocutória”.²³⁶

Note-se que há, em verdade, afronta ao princípio constitucional do *devido processo legal*. Com efeito, ao não se oportunizar defesa prévia ao recebimento da denúncia, se considerar a relevância daquele momento processual, impõe-se a conclusão de que há severas restrições à *ampla defesa* (art. 5º, LV, da CR/88²³⁷).

A propósito, o Projeto de Lei 4.207/01, no art. 395, preceitua: “*Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias, contados da data da juntada do mandado aos autos ou da publicação do edital de citação*”. E no § 1º: “*Na resposta o acusado poderá argüir preliminares e alegar tudo que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e, dependendo o comparecimento de intimação, requerê-la desde logo*”.

Em suma, faz-se mister que a defesa possa se manifestar sobre a conduta descrita na inicial antes de seu recebimento e também que o juiz motive a decisão interlocutória que a recebe, como manda a Constituição.

Por tudo, a fim de exemplificar a relevância da questão, situando-a na esfera da *tipicidade penal*, tratar-se-á da descrição e classificação do fato criminoso na denúncia (exigência do art. 41 do CPP), e a possibilidade, daí decorrente, de decretação de medidas cautelares de restrição de liberdade.

Observe-se que as condições da ação, descritas por FOWLER como “válvulas de segurança” limitadoras dos possíveis excessos decorrentes do princípio da obrigatoriedade²³⁸ são objeto de exame preliminar que, por óbvio, não penetra fundo na prova e, assim, não havendo contraditório e, o que é pior, não havendo sequer fundamentação do “despacho” seqüencial do processo, torna-se temerária a situação

²³⁶ Id. Ibid.

²³⁷ Constituição da República de 1988: “**Art. 5º** - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: **LV** - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

²³⁸ FOWLER, F. N. B. **Anotações... Op. Cit.**, pp. 43-52.

do acusado contra o qual penda descrição de fato criminoso que justifique prisão preventiva/temporária.

Os limites da presente investigação impedem ir fundo no estudo da questão, mas bastaria dizer que, dentre as mais de uma centena de leis penais extravagantes²³⁹, existem inúmeras hipóteses ensejadoras de medidas restritivas de liberdade.²⁴⁰ Cite-se a Lei 8.072/90, conhecida como “lei dos crimes hediondos”, que estabelece a possibilidade de prisão temporária, apenas a título de exemplo, para o crime de homicídio qualificado. Ora, neste caso, sem embargo da inconstitucionalidade da lei²⁴¹ e sem se pretender desmerecer a ação do Ministério Público que, via de regra, no Paraná, tem atuado de forma louvável, parece evidente que a linha divisória entre o crime de homicídio simples e o de homicídio qualificado, considerando-se a superficialidade do exame de admissibilidade da denúncia, em certos casos pode, de saída, ser suficientemente tênue para ainda se ter de conviver com a desnecessidade de fundamentação e a falta de contraditório no ato de recebimento da acusação. Para além disto, imagine-se o risco ao qual se poderia submeter um “inocente” na hipótese de uma denúncia sem o mínimo lastro probatório que recebida sem o devido cuidado, impingisse a ele uma medida temporária restritiva de liberdade. Até que os remédios processuais cabíveis fizessem efeito, os riscos à integridade física e moral do cidadão seriam perigosamente altos. Basta abrir as folhas dos jornais para, diariamente, dar-se conta da condição em que sobrevive a população carcerária em nosso país.²⁴² Numa

²³⁹ DOTTI, René Ariel. **Proposta para uma nova consolidação das leis penais.** *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, n. 28, 1999.

²⁴⁰ Para um aprofundamento na tutela de urgência no processo penal, recomendamos a obra: RAMOS, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro.** Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

²⁴¹ Rolf KOERNER JÚNIOR, ao discorrer sobre as Leis 8.072/90 e 8.930/94 (que alterou a primeira) afirma: “Contudo, princípios elementares, para a compreensão da ciência penal, seriam os da legalidade, da intervenção mínima, da lesividade, da humanidade e da culpabilidade, aliados aos demais tornados letra viva na Constituição Federal, por exemplo, do devido processo legal, da personalidade, da proporcionalidade, do contraditório, da ampla defesa, da presunção de inocência e da individualização, afora outros ainda, como da prova lícita etc. Ora, se cotejados os dispositivos legais antes aludidos com tais princípios, chegar-se-á a conclusões que atestam a sua inconstitucionalidade, tamanho o desrespeito do legislador àquilo que é elementar ou é próprio para a América Latina” (**A menoridade é carta de alforria?** Adolescentes privados de liberdade: a normativa nacional e internacional e reflexões acerca da responsabilidade penal (Org. Mario Volpi). São Paulo: Cortez, 1997, p. 119).

²⁴² “Ao inquisitorialismo normativo é agregada a selvageria gótica da realidade penitenciária brasileira. (...) Anistia Internacional, Confederação Nacional dos Bispos do Brasil, Human Rights Watch, Ordem dos Advogados do Brasil, Associação Brasileira de Imprensa, entre as mais relevantes instituições não governamentais, agregadas a uma série de trabalhos realizados por Comissões Parlamentares de

hipótese extrema como a exemplificada, não poderá haver indenização que faça o “preso” superar as marcas indelévels de ter servido, injustamente (como se isto pudesse acontecer de forma justa), de pasto sexual em uma cadeia qualquer, como, infelizmente, tem sido a prática.

A situação é agravada quando os especialistas sucumbem ao discurso do recrudescimento punitivo. Salo de CARVALHO assevera que “a realidade da pena privativa de liberdade executada em regime fechado no Brasil traduz a incapacidade do poder público de racionalizar os ébrios desejos de vingança de uma sociedade videocrática, que confunde ação pública com (re)ação privada e que está isenta de filtros capazes de dirimir a emoção e negar a punição desenfreada. Muito embora esse discurso legitimador da barbárie comprometa o Estado democrático de direito, ainda poderíamos sustentar a inexigível outra conduta do leigo, do homem de rua sujeito à massificação do saber acerca do crime e da criminalidade. O escândalo ocorre quando os juristas e os agentes do Estado, atores cujo labor é dirigido à neutralização do ímpeto de vingança social e à solução do litígio, submergem no discurso defensivista e fazem dele aporte teórico de sua atividade profissional”.²⁴³

É este o momento em que as garantias fundamentais do processo, como as aqui retratadas, sofrem as violações que produzem conseqüências nefastas, por um lado, como demonstrou Geraldo PRADO, ao próprio Judiciário em sua credibilidade, e por outro aos menos afortunados clientes do sistema penitenciário: “No caso brasileiro, é possível notar duas tendências: os crimes violentos e aqueles cometidos por pessoas com alguma notoriedade são apurados com escassa preocupação em tornar efetivas as garantias processuais. Estas são consideradas verdadeiros óbices à apuração do fato e punição de seu autor e por esse motivo não são objeto constante da atenção dos operadores jurídicos. Nos processos em que os réus gozam de notoriedade e simultaneamente dispõem de recursos para contratar bons advogados, o desprezo às garantias processuais resulta, não raro, em nulidade e prescrição, enfim, em não-

Inquérito (CPI's), são unânimes em relatar a brutalidade do sistema penitenciário. As carências de ordem material são tamanhas que a simples presença de condições mínimas para manutenção de pessoas em regime de enclausuramento (v.g., material de higiene, produto de limpeza, gêneros alimentícios, material farmacológico entre outros) são percebidas, pelos próprios agentes do poder público e pela comunidade carcerária, como conquistas imensuráveis” (CARVALHO, Salo de. **Pena... Op. Cit.**, p. 289).

²⁴³ CARVALHO, Salo de. **Pena... Op. Cit.**, p. 292.

punição, explorada pelos meios de comunicação como prova da fragilidade do sistema e falta de credibilidade da Justiça. Nos demais casos, a defesa penal meramente figurativa ou ineficiente normalmente não chega a ser proclamada ineficaz, gerando assim crua repressão aos que estão nos estratos inferiores da comunidade”.²⁴⁴

Afinal, como há muito já dizia CARNELUTTI, “infelizmente, o processo penal, antes que sempre melhor, vai sempre pior. Se os juristas, os quais cultivam esse ramo da ciência do direito, ao contrário de exibirem-se em uma dogmática sempre mais rigorosamente ancorada no direito positivo, voltassem a atenção para aquilo que acontece na vida vivida, freqüentando as salas da Justiça ou ao menos meditando sobre a crônica judiciária, não poderiam permanecer insensíveis a um desenvolvimento que é uma verdadeira involução”.²⁴⁵

²⁴⁴ PRADO, Geraldo. **Processo penal e Estado de direito no Brasil: considerações sobre a fidelidade do juiz à lei penal**. Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos 2001/2002 (Coord. David Sánchez Rubio, Joaquín Herrera Flores e Salo de Carvalho). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 170.

²⁴⁵ CARNELUTTI, Francesco. **Crisi della giustizia penale**. *Rivista di diritto processuale*. Pádua: CEDAM, 1958, I, pp. 334-335.

CONCLUSÕES

- a) A *ação penal* é um dos elementos da trilogia fundamental da Teoria Geral do Direito Processual Penal – livre, portanto, das influências de uma construção monista do direito processual (leia-se Teoria Geral do Processo) e da mera transferência de conceitos de natureza civilística, e igualmente livre do conteúdo subjetivo (lide em qualquer de suas formas) existente no processo civil; mas construído a partir da lei e da realidade do processo penal –, caracterizado como um direito subjetivo público, autônomo, abstrato, e conexo, instrumentalmente, a um caso concreto;
- b) As condições da ação são requisitos à obtenção da tutela jurisdicional quanto ao direito de ação, sem uma das quais é defesa a apreciação do mérito (com o qual não se confundem), cuja finalidade é evitar o emprego abusivo do direito de ação;
- c) Com embargo daquelas elaboradas no seio do direito processual civil, as condições da ação penal, elaboradas a partir da realidade e da lei penal e sua vinculação com o processo penal, estariam tratadas no Código de Processo Penal – no art. 43, e em interpretação sistemática deste dispositivo com o art. 18 –, de forma negativa, ou seja, o implemento das hipóteses lá descritas resulta em rejeição da denúncia ou queixa. Assim, pode-se denominar: a) *tipicidade aparente* (art. 43, I, do CPP); b) *punibilidade concreta* (art. 43, II, do CPP); c) *legitimidade da parte* (art. 43, III, 1ª parte, do CPP); d) *justa causa* (art. 43, III, 2ª parte, c/c art. 18, ambos do CPP);
- d) À correta percepção do conteúdo da ação penal impõe-se o estudo processual operado de forma interdisciplinar com o Direito Penal, pois sua característica de instrumentalidade remete a temas de direito substantivo, especialmente no que toca à *tipicidade aparente* e às causas de exclusão do tipo de injusto;
- e) A tipicidade penal, em relação ao *meritum causae*, deve ser vista através da diferenciação entre a **tipicidade aparente** (condição da ação) e a **tipicidade** (matéria de mérito), ou seja, a primeira, condição da ação penal, refere-se à demonstração, pelo autor, de que os fatos imputados gozam, **aparentemente**, de credibilidade tal, a ponto de serem considerados típicos; e a segunda (a tipicidade), em qualquer momento que seja perquirida – no recebimento da inicial ou ao final da instrução processual –, ensejará uma decisão de mérito, com análise profunda do material probatório;

- f) Na análise da *tipicidade aparente*, é mister lembrar que o art. 43, I, do CPP, apesar de falar em **crime**, refere-se, em verdade, ao **tipo**. Nada obstante, pelo reconhecimento de que, em algumas situações, excludentes de ilicitude podem estar suficientes caracterizadas no momento do exame de admissibilidade da acusação, sugere-se que o conteúdo da *tipicidade aparente* é, em verdade, o **tipo de injusto penal**, eis que, assim, se prescinde da tomada de posição quanto às diversas estruturas de fato punível atualmente aceitas. As hipóteses de ausência de censurabilidade (culpabilidade) não podem, por necessariamente demandarem instrução probatória (mérito), ensejar a falta da *tipicidade aparente*;
- g) A decisão de arquivamento do inquérito policial será sempre ato jurisdicional, ora quando o Ministério Público o requer (conclusão de processo cautelar), ora quando o Juiz não recebe a denúncia ou a queixa (conclusão antecipada de processo de conhecimento) e, na hipótese de operar materialmente a coisa julgada, para salvaguardar o *status dignitatis* do acusado, não se terá uma decisão de arquivamento, mas sim uma decisão de mérito, que se reveste de ato de conclusão de processo cautelar (na hipótese de requerimento do órgão do *parquet* para o arquivamento), ou de julgamento antecipado de processo de conhecimento (na hipótese de rejeição da inicial acusatória). Observe-se que o fundamento legal do ato jurisdicional, no primeiro caso (decisão de arquivamento), é o art. 43 c/c o art. 18 do CPP, e impõe análise restrita à **tipicidade aparente**, enquanto no segundo (decisão de mérito), o julgador decide sobre a própria **tipicidade**, em sentença com fulcro no art. 386, II, ou III, conforme o caso, do CPP;
- h) O baixo nível de cientificidade do direito processual penal brasileiro é reflexo da tentativa de tratamento unitário do direito processual e tem acarretado desagradáveis conseqüências na aplicação da lei penal e processual penal;
- i) Com o fim de proteger caros direitos do acusado, como o direito de defesa e até mesmo, em alguns casos, o direito de liberdade, faz-se mister que a defesa possa se manifestar sobre a conduta descrita na imputação antes de seu recebimento; e também que o juiz motive a decisão interlocutória que a recebe, conforme exige a Constituição da República (art. 93, IX).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ATTARDI, Aldo. **L'interesse ad agire**. Padova: CEDAM, 1952;
- BELING, Ernst von. **Esquema de derecho penal**. Trad. Sebastián Soler. Buenos Aires: Ed. Depalma, 1944;
- _____. **La doctrina del delito-tipo**. Trad. Sebastián Soler. Buenos Aires: Ed. Depalma, 1944
- BELLAVISTA, Girolamo. **Studi sul processo penale**. 2. ed. Milão: Giuffré, 1952;
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. v. I. 11. ed. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1956;
- BORGES, Clara Maria Roman. **A competência nos crimes plurilocais e o princípio do juiz natural**. 2001. Dissertação. 171 f. (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba.
- BREDA, Antonio Acir. **Efeitos da declaração de nulidade no processo penal**. *Revista do Ministério Público do Paraná*, Curitiba, a. 9, n. 9, p. 171-189, 1980;
- _____. **Notas sobre o anteprojeto de código de processo penal**. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, Editora Revista dos Tribunais, n. 11/12, p. 49-74, jul-dez, 1973;
- BÜLOW, Oskar von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJEA, 1964;
- BUZAID, Alfredo. **Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1956;
- CALAMANDREI, Piero. **Il concetto di lite nel pensiero di Francesco Carnelutti**. *Rivista di diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, 1930;
- CÂMARA LEAL, Antonio Luiz. **Manual elementar de direito civil**. v. I. São Paulo: Saraiva, 1930;
- CARNELUTTI, Francesco. **Crisi della giustizia penale**. *Rivista di diritto processuale*. Pádua: CEDAM, 1958, I;
- _____. **Lezioni di diritto processuale civile**. v. IV. Pádua: CEDAM, 1926, reimpressão 1986;
- _____. **Sulla 'reformatio in pejus'**. *Rivista di diritto processuale civile*. Pádua: CEDAM, 1927;
- _____. **Verità, dubbio, certezza**. *Rivista di diritto processuale*. Pádua: CEDAM, 1965, XX;

- CARVALHO, Salo de. **Pena e garantia: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001;
- CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995;
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. I. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965;
- _____. **La acción en el sistema de los derechos**. Trad. Santiago Sentís Melendo. Valparaíso (Chile): EDEVAL, 1992;
- _____. **Principios de derecho procesal civil**. Tomo I. Trad. José Casais y Santaló. Madri: Editorial Réus, 1922;
- CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001;
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981;
- _____. **Teoria geral do processo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 1999;
- CIRINO DOS SANTOS, J. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editor, 2000;
- CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: Utet, 1986;
- _____. **Procedura penale**. 8. ed., Milão: Giuffrè, 1985;
- _____. **Procedura penale**. Milão: Giuffrè, 1991;
- COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. **Ação penal condenatória**. São Paulo: Saraiva, 1995;
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, a. 30, n. 30, 1998;
- _____. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá Editora, 1998;
- _____. **A natureza cautelar da decisão de arquivamento do inquérito policial**. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 18, n. 70, abr/jun, 1993;
- _____. **O papel do novo juiz no processo penal**. Crítica a Teoria Geral do Direito Processual Penal (Coord. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho). Rio de Janeiro: Renovar, 2000;
- COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Buenos Aires: Depalma, 1993;

- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra. Coimbra, 1974;
- DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2001;
- _____. **Proposta para uma nova consolidação das leis penais**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, n. 28, 1999;
- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal brasileiro anotado**. 5. ed. v. I. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1960;
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002;
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 1988;
- FOWLER, Fernando N. Bittencourt. **Anotações em torno da ação penal pública no projeto de reforma**. *Revista do Ministério Público do Paraná*, Curitiba, a. 6, n. 7, 1977;
- FRAGOSO, Cláudio Heleno. **Lições de direito penal: parte geral**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995;
- GEBRAN NETO, João Pedro. **Inquérito policial: arquivamento e princípio da obrigatoriedade**. Curitiba: Juruá Editora, 2001;
- GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **Justa causa no processo penal: conceito e natureza jurídica**. *Garantias Constitucionais e Processo Penal* (Coord. Gilson Bonato) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002;
- GOMES FILHO, Francisco Antônio. **Teoria e prática do Código de Processo Penal**. v. I. Rio de Janeiro: José Konfino – Editor, 1957;
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **As condições da ação penal**, São Paulo: Bushatsky, 1977;
- GUARAGNI, Fábio André. **Prescrição penal e impunidade: crítica ao sistema prescricional penal brasileiro**. Curitiba: Juruá Editora, 2000;
- JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002;
- KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Trad. Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2003;
- KOERNER JÚNIOR, Rolf. **A menoridade é carta de alforria? Adolescentes privados de liberdade: a normativa nacional e internacional e reflexões acerca da responsabilidade penal** (Org. Mario Volpi). São Paulo: Cortez, 1997;
- KUHLMANN, Sylvio Roberto Degasperi. **A actio sob a ótica de Muther, a partir da definição de Celso**. *Crítica a Teoria Geral do Direito Processual Penal* (Coord.

- Jacinto Nelson de Miranda Coutinho). Rio de Janeiro: Renovar, 2000;
- LACERDA, Galeno. **Considerações sobre a reforma processual**. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, n. 355, maio, 1975;
- _____. **Despacho Saneador**. Porto Alegre: La Salle, 1953;
- LEONE, Giovanni. **Lineamenti di diritto processuale penale**. 2. ed., Napoli: Jovene, 1952;
- LEONE, Giovanni. **Manuale di diritto processuale penale**. 12. ed., Napoli: Jovene, 1988;
- LIEBMAN, Enrico Tullio. **Despacho saneador e o julgamento do mérito**. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a. 42, n. 104, 1945;
- _____. **Manual de direito processual civil**. Trad. Cândido R. Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984;
- LIEBMAN, Enrico Tullio. **Problemi del processo civile**. Napoli: Morano Editore, 1962;
- LOPES Jr., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003;
- MACHADO, Luiz Alberto. **Direito criminal: parte geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987;
- MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Condições da Ação Penal**. *Revista de Processo*, São Paulo, a. III, n. 9, jan-mar, 1978;
- MARQUES, José Frederico. **Elementos do direito processual penal**. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1961;
- _____. **Elementos de direito processual penal**. v. I. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1965;
- _____. **Elementos de direito processual penal**. v. I. Campinas: Bookseller, 1997;
- _____. **Instituições de direito processual civil**. v. II. Campinas: Millennium, 1999;
- MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. **Comentários ao código de processo civil**. v. II. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991;
- MONTEIRO, João. **Direito das acções**. São Paulo: Typographia Duprat & Comp., 1905;
- MORAES, Maurício Zanoide de. **Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000;
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal**. São Paulo:

- Editora Revista dos Tribunais, 2001;
- MUNHOZ NETTO, Alcides. **Da tentativa no código penal brasileiro**. Curitiba: Editora Littero-Técnica, 1958;
- NOGUEIRA, Márcio Franklin. **Transação penal**. São Paulo: Malheiros, 2003;
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004;
- PISAPIA, Gian Domenico. **Compendio di Procedura Penale**. 4. ed. Padova: CEDAM, 1985;
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil de 1939**. v. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960;
- PRADO, Geraldo. **Processo penal e Estado de direito no Brasil: considerações sobre a fidelidade do juiz à lei penal**. Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos 2001/2002 (Coord. David Sánchez Rubio, Joaquín Herrera Flores e Salo de Carvalho). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002;
- RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência processual penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996;
- _____. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998;
- ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. v. I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas, 1997;
- _____. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000;
- SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio. **Teoria geral do processo civil**. 2. ed. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2000;
- SOUZA NETTO, José Laurindo. **A efetividade dos direitos do acusado no processo penal brasileiro**. Curitiba, 2000. 384 f. Tese (Doutorado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná;
- _____. **Processo penal: sistemas e princípios**. Curitiba: Juruá, 2003;
- TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002;
- THEODORO JUNIOR, Humberto. **Pressupostos processuais e condições da ação do processo cautelar**. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a. 82, n. 292, 1985;
- TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000;
- TORNAGHI, Hélio Bastos. **Instituições de processo penal**. v. II. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1957;

_____. **Instituições de processo penal.** v. III. São Paulo: Forense, 1959;

_____. **Instituições de processo penal.** v. I. São Paulo: Saraiva, 1977;

_____. **Processo penal.** Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho – Editor, 1953;

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** v. I. 8. ed., São Paulo: Saraiva, 1986;

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal.** v. I. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2001;

TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático).** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002;

WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman: parte general.** 11. ed. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1970;

WINDSCHEID, Bernard; MÜTHER, Theodor. **Polémica sobre la “actio”.** Comentários de Giovanni Pugliese. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1974.

**APÊNDICE – NÚMERO DE DISTRIBUIÇÃO JUDICIAL DOS INQUÉRITOS
POLICIAIS CONSULTADOS**

**APÊNDICE - NÚMERO DE DISTRIBUIÇÃO JUDICIAL DOS INQUÉRITOS
POLICIAIS CONSULTADOS**

a) Inquéritos distribuídos no ano de 2002:			20020000632;	20020000640;
20020000764;	20020001450;	20020002023;	20020002279;	20020002457;
20020002481;	20020002724;	20020002945;	20020003062;	20020003780;
20020006452;	20020007718;	20020007882;	20020007912;	20020008900;
20020011588;	20020012546;	20020016580;	20020017357;	20020017420;
20020019635;	20020019678;	20020019805;	20020023349;	20020023535;
20020024264;	20020024701;	20020029487;	20020030086;	20020030485;
20020032240;	20020033905;	20020037188;	20020037471;	20020037617;
20020038176;	20020040120;	20020040138;	20020042971;	20020045253;
20020045300;	20020046721;	20020046772;	20020046845;	20020046977;
20020047060;	20020048848;	20020049569;	20020049789;	20020050168;
20020050460;	20020051881;	20020052063;	20020052969;	20020054449;
20020054830;	20020055410;	20020056484;	20020056948;	20020056999;
20020060333;	20020061003;	20020061291;	20020061739;	20020061798;
20020062085;	20020062174;	20020062891;	20020063502;	20020063537;
20020064401;	20020064550;	20020067770;	20020069322;	20020070460;
20020070576;	20020070606;	20020071360;	20020071840;	20020073076;
20020073630;	20020074040;	20020074911;	20020075713;	20020077724;
20020078135;	20020078372;	20020078542;	20020078992;	20020079344;
20020079590;	20020080032;	20020080059;	20020080776;	20020082655;
20020083147;	20020083791;	20020084348;	20020085891;	20020086103;
20020086723;	20020087410;	20020087592;	20020090240;	20020090666;
20020091174;	20020091596;	20020092995;	20020093070;	20020093797;
20020094483;	20020095927;	20020096630;	20020096842;	20020096893;
20020097636;	20020098217;	20020098837;	20020099973;	20020100106;
20020100122;	20020100343;	20020101528;	20020101625;	20020104365;
20020104799;	20020105400;	20020109073;	20020109847;	20020109863;
20020109871;	20020110039;	20020110624;	20020112287;	20020112988;
20020113712;	20020113763;	20020113810;	20020114360;	20020114441.
b) Inquéritos distribuídos no ano de 2003:			20030000332;	20030000340;
20030000601;	20030001703;	20030001940;	20030002203;	20030003064;
20030003641;	20030004222;	20030004249;	20030005148;	20030005490;
20030005504;	20030005555;	20030005865;	20030006349;	20030007922;
20030009194;	20030009330;	20030009453;	20030009801;	20030010320;
20030010567;	20030011199;	20030011581;	20030011970;	20030012527;
20030013124;	20030013299;	20030013540;	20030015291;	20030016389;
20030016670;	20030016808;	20030016875;	20030016930;	20030017375;
20030017588;	20030019300;	20030019475;	20030019491;	20030019807;
20030020821;	20030020830;	20030020856;	20030021445;	20030021780;
20030023235;	20030023316;	20030024667;	20030024673;	20030026315;

20030026366; 20030027630; 20030028816; 20030028911; 20030029489;
 20030029632; 20030029764; 20030029780; 20030030169; 20030030592;
 20030030835; 20030032048; 20030033095; 20030033109; 20030033117;
 20030033508; 20030033640; 20030033834; 20030036566; 20030036590;
 20030037104; 20030037180; 20030037945; 20030038771; 20030039930;
 20030040032; 20030040636; 20030040962; 20030041012; 20030041527;
 20030041730; 20030042515; 20030042639; 20030042779; 20030042930;
 20030043236; 20030043244; 20030043317; 20030044682; 20030045085;
 20030046510; 20030046944; 20030047118; 20030047126; 20030047185;
 20030047533; 20030047630; 20030048173; 20030048416; 20030048424;
 20030048432; 20030050399; 20030051532; 20030051557; 20030052022;
 20030052103; 20030052146; 20030052154; 20030053142; 20030053193;
 20030053599; 20030053797; 20030053886; 20030054190; 20030054440;
 20030054955; 20030055099; 20030055960; 20030056117; 20030056516;
 20030057113; 20030057121; 20030057202; 20030057377; 20030057504;
 20030057717; 20030057733; 20030057792; 20030057814; 20030057857;
 20030058594; 20030058985; 20030060572; 20030060645; 20030063288;
 20030063520; 20030064594; 20030065272; 20030065426; 20030066465;
 20030067950; 20030068310; 20030069065; 20030069111; 20030069176;
 20030069642; 20030070063; 20030070470; 20030070934; 20030071310;
 20030071523; 20030072856; 20030073488; 20030073550; 20030074069;
 20030074433; 20030074700; 20030074719; 20030074735; 20030075405;
 20030075472; 20030075642; 20030075650; 20030076487; 20030077017;
 20030077629; 20030078455; 20030078595; 20030078994; 20030079362;
 20030084528; 20030086032; 20030086695; 20030086709; 20030086857;
 20030087896; 20030089465; 20030093195; 20030094167; 20030094205;
 20030094302; 20030094329; 20030094370; 20030096127; 20030096396;
 20030097239; 20030097719; 20030097824; 20030099296; 20030099355;
 20030099460; 20030099614; 20030099878; 20030099894; 20030100310;
 20030100531; 20030101880; 20030102445; 20030102968; 20030104499;
 20030107374; 20030108206; 20030110480; 20030112343; 20030113307;
 20030113994; 20030114303; 20030114613; 20030116136; 20030116284;
 20030117418; 20030117485; 20030118236; 20030118593; 20030118724;
 20030119887; 20030119984; 20030120737; 20030123256; 20030123442;
 20030128770; 20030129149; 20030132794; 20030133820; 20030134614;
 20030137800; 20030139624; 20030139845.

c) Inquéritos distribuídos no ano de 2004:

20040010720; 20040012340; 20040018748; 20040022486; 20040022834;
 20040023407; 20040023741; 20040023984; 20040027860; 20040028336;
 20040029014; 20040029073; 20040030586; 20040031256; 20040035138;
 20040035790; 20040036592; 20040038256; 20040039567; 20040039753;
 20040039850; 20040039931; 20040040018; 20040040239; 20040040670;
 20040040743; 20040040956; 20040041049; 20040043173; 20040043394;
 20040044560; 20040046253; 20040049295; 20040050978.