

## O povo contra... As condições da ação penal condenatória. Velhos problemas. Novas ideias

*Marcos Zilli*

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

**Sumário:** 1. Verdade e racionalidade na condução da Justiça virtuosa. 2. O juízo de admissibilidade da acusação. 3. Novos ventos. A revalorização do juízo de admissibilidade da acusação. 4. As condições da ação penal. Importação ou autonomia do processo penal? 5. Primeira premissa: a justa causa como condição primeira. 5.1 Considerações gerais. A imputação como elemento de compreensão da justa causa. 5.2 A justa causa frente à imputação fática. 5.3 A justa causa frente à qualificação jurídico-penal. 6. Possibilidade jurídica do pedido. 7. O interesse de agir: necessidade e utilidade. 8. Legitimidade das partes. 9. Conclusões.

### 1. Verdade e racionalidade na condução da Justiça virtuosa

Na tentativa de reproduzir uma das obras perdidas de Apeles, pintor grego da antiguidade, Botticelli brindou-nos com um dos quadros mais representativos das vicissitudes que cercam a má Justiça. A “Calúnia de Apeles” retrata um julgamento, ou, mais precisamente, o momento em que a acusação é apresentada. Na pintura, o Rei, que concentra também o poder de julgar e, portanto, de selar o destino dos súditos, se posta ao lado direito da tela, em um nível mais elevado do que o das demais personagens. A elevação cênica indica a superioridade de sua figura e a imperatividade de seu poder. Não é, contudo, um bom julgador. Distanciado da razão, o Rei deixa-se levar pelos conselhos que lhes são dados por duas jovens que sussurram aos seus ouvidos: a Ignorância e a Suspeita.

No centro da pintura encontra-se o Acusado. Figura fragilizada e indefesa, tem apenas uma túnica a cobrir a sua genitália. É arrastado pelos cabelos por uma bela jovem que personifica a Calúnia. O pobre homem, consciente da injustiça que cerca a acusação e do destino que lhe é reservado, mantém as mãos juntas em um sinal característico de apelo às forças superiores. Belamente trajada, a Calúnia é cortejada por duas jovens que se ocupam de trançar os seus cabelos, embelezando, assim, a falsidade que lhe cerca. São elas a Fraude e a Inveja. A Calúnia é conduzida ao Rei por uma figura masculina de semblante rude e de roupas escuras. É o Rancor. Aqui, Botticelli foi particularmente feliz ao ressaltar a frieza e a dureza da personagem. O Rancor mantém um dos braços estendidos, apontando-o para o Rei. O gesto representa o ato de acusar e a exigência de Justiça.

Ao lado esquerdo da tela, relativamente distanciada da cena principal, encontramos uma anciã. As suas vestes são escuras e pretas. Cobrem-lhe todo o corpo e o rosto. É uma figura enigmática e sombria. Trata-se do Remorso. Está contorcida e claramente incomodada. O seu rosto está parcialmente virado para trás, em direção a outra mulher. Esta, em um jogo de opostos com a anciã, possui uma beleza helênica. Está totalmente despida. Aliás, é a única figura nua na pintura. É a materialização da Verdade. Um de seus braços aponta para o alto, indicando que a Justiça superior triunfará. O posicionamento da Verdade, distante da cena principal e em sentido totalmente oposto ao do

Rei-Julgador, é proposital. O distanciamento desqualifica a acusação e, obviamente, o julgamento. Afinal, não se trata de um julgamento comprometido com a Verdade. Ao contrário, é provocado pelo rancor, é dirigido pela calúnia e é orientado pela ignorância e pela suspeita. É, enfim, uma falsa Justiça.

A pintura é provocativa. A Verdade, que se destaca por sua pureza e altivez, ainda que distanciada, não deixa de representar uma meta a perseguir na Justiça virtuosa. A Justiça passional, vale dizer, aquela suscetível a subjetivismos, impressões e rancores, está mais sujeita às imperfeições, aos erros e, portanto, às próprias injustiças. Daí a imperiosa necessidade de se manter a Justiça imune aos impulsos que contaminam a falsa acusação.

## 2. O juízo de admissibilidade da acusação

A acusação criminal, por si só, produz efeitos que vão muito além da dimensão processual. Atinge, diretamente, a imagem social do imputado, cujo comprometimento dificilmente é recomposto, mesmo na hipótese de absolvição. Aliás, não são raros os casos em que o julgamento se dilui em meio à força conquistada pela publicidade hipertrofiada da investigação. Trata-se de uma evidente disfuncionalidade da Justiça Penal e que se acentua nas sociedades ávidas pela persecução-espetáculo. Nestas, a informação não é suficientemente depurada. É produto de consumo e, como tal, é rápida, imediata e rasa. Em meio a esse contexto, o impacto provocado pelos primeiros passos da trajetória persecutória tende a se destacar frente ao resultado dado pelo julgamento. Daí a importância que assume o juízo de admissibilidade da acusação. Automatismo e fórmulas decisórias pré-fabricadas não valorizam esse ato decisório.

A filtragem acusatória não é nova na dinâmica processual. Tampouco são recentes os mecanismos dirigidos ao exercício do controle da acusação. A historiografia do processo penal é bastante pródiga em exemplos. De fato, a punição das manipulações do aparato judicial, quando evidenciadas as intenções caluniadoras, já era solução presente nas civilizações antigas.<sup>1</sup> Mas, não há dúvida de que os valores democráticos gerados pela modernidade deram novos impulsos para o aprimoramento dos filtros processuais da acusação. Afinal, como manifestação do poder estatal que o é, a acusação deve jungir-se aos padrões democráticos, submetendo-se a um controle suficientemente capaz de impedir ou minimizar os abusos. Esse é o roteiro processual construído pela modernidade iluminada e que alimenta os sistemas processuais orientados pelo padrão do *fair trial*.

A grande maioria dos modelos prevê uma fase processual intermediária – inserida entre a investigação e o desenvolvimento do processo – destinada à preparação do juízo de admissibilidade. Essa avaliação inicial, referida por Canuto Mendes de Almeida como o “juízo de acusação”,<sup>2</sup> supõe um exame judicial inicial incidente sobre o “direito de acusar”. Não se trata, note-se, de um controle sobre o direito de provocar o Estado-

<sup>1</sup> FAUSTIN, Hélié. *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*. 2. ed. Paris: Henri Plon, 1866. p. 14-15. A preocupação no controle das acusações movidas pelos particulares, tão recorrentes nas civilizações antigas, estava presente entre os gregos. Nesse sentido, ver: Alejandro e Álvarez. El control de la acusación. *Revista Latinoamericana de Política Criminal, Ministerio Público: Pena y Estado*. Buenos Aires: Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, v. 2, n. 2, p. 16, 1997. Essas preocupações também são encontradas nas diferentes fases do processo penal romano. Nesse sentido: TUCCI, Rogério Lauria. *Lineamentos do processo penal romano*. São Paulo: EDUSP, 1976.

<sup>2</sup> *A contrariedade na instrução criminal*. São Paulo: Saraiva, 1937. p. 11.

-juiz na busca pela solução do conflito que, como se sabe, não pode ser restringido. Em realidade, trata-se de uma verificação sobre a legitimidade do ato acusatório como instrumento suficientemente apto a movimentar todo o aparato judicial dirigido à aplicação do direito penal. Não se enfrenta, ademais, a procedência do poder-dever punitivo, tarefa destinada ao “juízo da causa”. É, repita-se, uma filtragem que viabiliza a retenção das acusações infundadas, injustas ou mesmo inúteis. Visa, enfim, impedir a perpetuação das estigmatizações provocadas pela persecução penal.

### 3. Novos ventos. A revalorização do juízo de admissibilidade da acusação

Movida pelo desejo de realinhar os parâmetros processuais aos ares democráticos da ordem constitucional e inspirada pelos movimentos de modernização da marcha processual, a reforma operada em 2008, trouxe profundas alterações no campo procedimental. Entre as várias mudanças, a Lei 11.719 alongou a fase intermediária, fixando o exercício da defesa técnica antes do juízo de admissibilidade definitivo. Além disso, regulamentou de forma mais eficaz as hipóteses de rejeição liminar da denúncia ou da queixa, fazendo ali expressa referência à falta de justa causa.<sup>3</sup> Estabeleceu, assim, um escalonamento de apreciações judiciais que partem de exames superficiais e unilaterais – apreciação liminar –, culminando com o pronunciamento definitivo, o qual consolida a posição do Estado-juiz frente à admissibilidade da acusação.

As alterações revelam o desejo de superação do modelo antigo que, na prática, conduzia a um automatismo decisório. Aliás, pela nova formatação, o juízo positivo inicial – que determina o processamento da ação – é, por imperativo lógico, liminar e, como tal, suscetível a revisão após a apresentação da resposta à acusação. E, de fato, nenhum impedimento há ao juiz para uma rejeição “tardia”, operada após o exercício da defesa inicial. Se assim não fosse, inócua seria a possibilidade aberta ao acusado para alegação de todas as questões que interessarem ao exercício de sua defesa (art. 396-A).

Há, portanto, uma clara revalorização do juízo de admissibilidade que se estende por boa parte do procedimento penal. A revalorização, por sua vez, reascende o debate em torno das chamadas condições da ação penal que sempre muita polêmica causaram entre os doutrinadores. Entre os operadores, a questão das condições da ação não é menos complexa.

### 4. As condições da ação penal. Importação ou autonomia do processo penal?

O juízo de admissibilidade da ação transcende as fronteiras dos processos civil e penal sendo, portanto, comum a ambos. No entanto, as perspectivas são distintas, porquanto distintas são as finalidades processuais. Afinal, a inserção do fator liberdade na equação torna muito mais sensível o controle da acusação penal. Pior. A imputação

<sup>3</sup> Conforme nova redação dada ao art. 395 do CPP. A nova fórmula substitui a redação do antigo art. 43 que se mostrava totalmente inadequada para solução da problemática relacionada com as condições da ação. Apenas para lembrar, dispunha o revogado dispositivo: “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”.

penal<sup>4</sup> é estigmatizante, justamente porque lança os holofotes sobre a pessoa que é, pública e oficialmente, apresentada como a provável responsável pela prática de um ilícito.

Não são outras as razões que alimentam a existência de uma fase preliminar de investigação. A investigação, que envolve intensa atividade de rastreamento, de pesquisa e de apuração sobre o noticiado fato criminoso, é estruturada justamente para evitar a formulação de imputações apressadas.<sup>5</sup> É, nessa leitura assecuratória da liberdade, verdadeira garantia. Enfim, o objetivo último é o de fornecer a indispensável estrutura sobre a qual deve vir fundada a tese acusatória. Nesse passo, distanciam-se os processos civil e penal.

Não se nega, por óbvio, a existência de um controle da ação preliminar da ação civil. Esta também se estrutura na indicação do direito, cujo exercício foi alvo de resistência. No entanto, o resguardo da liberdade e a estigmatização social decorrente do vínculo de probabilidade que se estabelece entre ilícito penal/indivíduo tornam a questão muito mais sensível no processo penal. Daí a exigência de maior eficiência nos mecanismos de filtragem acusatória. É nesse exato ponto que as chamadas condições da ação desempenham papel crucial.

A questão, como se sabe, remonta aos ensinamentos de Liebman,<sup>6</sup> os quais foram cruciais para o desenho processual civil nacional. A premissa fundava-se no reconhecimento da independência do direito de ação frente ao direito material.<sup>7</sup> Mas, a reconhecida independência não afastava a existência de conexões com o direito material e que tinham nas condições da ação o seu canal de expressão. A matéria, que sempre encontrou grande lastro no processo civil, esbarrou em várias controvérsias quando foi transposta para o processo penal. De fato, por muito tempo, as tendências levaram à incorporação – em método de importação – das condições inicialmente desenhadas para o processo civil, ou seja: possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade *ad causam*.<sup>8</sup> A transposição pura e simples, contudo, sempre se revelou dificultosa.<sup>9</sup>

Em realidade, ainda que se reconheça um espaço comum no campo das condições da ação entre as searas civil e penal, a diferença de valores que as informam impõem diferentes soluções. O problema é, portanto, de premissas. Até mesmo porque, cada ramo processual liga-se a distintos ramos do direito material. Com efeito, no processo civil mostra-se mais adequada a proeminência – ainda que não exclusiva – dos valores

<sup>4</sup> Scarance Fernandes distingue a imputação em sentido lato daquela em sentido estrito. A primeira não está limitada pelas fases da persecução, podendo ser encontrada mesmo na fase preliminar de investigação quando, por exemplo, a autoridade policial representa pela decretação de prisão temporária. Para tanto, necessariamente, deverá ela propor uma imputação. Em sentido, estrito a imputação liga-se ao momento em que a acusação é formalmente apresentada, o que supõe o oferecimento da ação penal (*A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 103-104.). É em seu sentido estrito que o termo imputação será utilizado para os fins deste estudo.

<sup>5</sup> LOPES JÚNIOR, Aury Celso. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 51-62.

<sup>6</sup> Exposta, inicialmente, em palestra proferida no ano de 1949. Ver: LIEBMAN, Enrico Tullio, L'azione nella teoria del processo civile. In: *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, Padova: Cedam, 1950, v. 2. Ver do mesmo autor: *Manual de direito processual civil*, tradução de Cândido Rangel Dinamarco, 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1986, v. 1.

<sup>7</sup> Que, aliás, é elaboração doutrinária anterior. Veja-se, a propósito, a clássica lição de Chiovenda, Giuseppe, L'azione nel sistema dei diritti, in: CHIOVENDA, Giuseppe, *Saggi di diritto processuale civile*, Milano: Giuffrè, 1993, v. 2.

<sup>8</sup> É importante destacar que a trilogia - possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade *ad causam* não permaneceu estanque ao longo de toda a trajetória de construção do pensamento. O próprio Liebman deixou de considerar a possibilidade jurídica como uma das condições, assim se manifestando quando da terceira edição do *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, Giuffrè, 1971, quando incluiu a hipótese no terreno do interesse de agir.

<sup>9</sup> Uma síntese das controvérsias pode ser encontrada em BADARO, Gustavo, *Processo penal*, Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 100, nota 8.

relacionados com a economia e com a utilidade. No processo penal, contudo, a dinâmica é diferente, pois o imperativo é o da liberdade. Aqui não se mostra adequada uma visão fundada em elementos privatísticos. Isso porque, além de canalizar a realização do poder-dever punitivo, o processo penal é, igualmente, assegurador da liberdade. Os interesses, além e públicos, são permanentemente de maior grandeza. É pela exigência do processo que se impede o recurso à execução sumária das sanções penais – *nulla culpa ine iudicio*.

Mas não é só. O seu desenvolvimento também exige o reconhecimento de um substrato mínimo que confira legitimidade à atividade processual penal. Afinal, como manifestação de poder estatal, que abre as fronteiras para a imposição da mais grave das sanções, o processo penal não pode vir estruturado em visões calcadas, exclusivamente, no ideal da economia processual. Ainda que este seja um importante valor a considerar, os fundamentos máximos relacionam-se com a liberdade. Assim, o processo penal, sem se desgarrar da validade da construção das condições da ação penal, delas necessita por imperativo. Há, contudo, novos padrões a considerar.

## 5. Primeira premissa: a justa causa como condição primeira

### 5.1. Considerações gerais. A imputação como elemento de compreensão da justa causa

Anteriormente à reforma de 2008, as referências à justa causa eram erráticas, até mesmo porque o antigo art. 43 do CPP, que fazia alusão às hipóteses de rejeição da denúncia ou queixa, silenciou-se sobre ela. Mesmo assim, a jurisprudência fez uso recorrente da terminologia, por certo movida pela associação entre falta de justa causa e a coação indutora da concessão da ordem de *habeas corpus* (art. 648, I).

É fato que a justa causa foi agora referida de maneira expressa. No entanto, ficou evidente o receio do legislador em incorrer em imprecisões em tema sobre o qual não havia – como ainda não há – consenso doutrinário sobre o posicionamento da justa causa. Daí a postura salomônica. Com efeito, as condições da ação não foram especificadas, limitando-se o legislador à formulação geral: “condição para o exercício da ação penal” (art. 395, II).<sup>10</sup> Assim, deixou a integração para a doutrina e a jurisprudência. Mas assim como as condições da ação, a justa causa também foi vinculada ao “exercício da ação penal”, o que é indicativo de um desejo de aproximação (art. 395, III). Na verdade, exprimido pelas incertezas, evidenciou o legislador o seu complexo de Jano. Se de um lado há certo distanciamento normativo, por outro há aproximação lógica: a falta das condições ou a falta de justa causa comprometem o exercício da ação penal.

Complexos à parte, a justa causa é, sem dúvida, uma das condições da ação penal. Aliás, é a mais importante delas. É o suporte probatório e jurídico mínimo exigido para deflagrar a movimentação da atividade jurisdicional penal de natureza condenatória. É a plausibilidade da acusação, quer pela perspectiva material, quer seja pela “aparência do direito material invocado”.<sup>11</sup> De todas as condições da ação penal, é a que mais se

<sup>10</sup> Em 1941, o legislador fez expressa referência à legitimidade da parte para, na sequência, fazer alusão à condição exigida pela lei para o exercício de ação penal (art. 43, III).

<sup>11</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. As condições da ação penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 69, p. 189, nov./dez. 2007.

aproxima dos aspectos relacionados com o direito material que se pretende aplicar pela via do processo. É a que melhor representa a parêmia, segundo a qual o direito de ação, ainda que autônomo, está “instrumentalmente conexo com o direito material”.<sup>12</sup>

Na base da compreensão da justa causa repousa o conceito de imputação. O termo não é aqui utilizado em seu sentido amplo, mas, sim, em sua acepção restrita, que a vincula aos termos da acusação.<sup>13</sup> É a tese acusatória apresentada ao Estado-juiz quando do oferecimento da ação penal. A imputação, contudo, não é só jurídica – proposta de adequação tipológica. É, também, fática, ou mais precisamente, a versão de um fato que se atribui a alguém. Envolve, portanto, a narração de um fato, a atribuição a alguém e a qualificação jurídico-penal deste fato.<sup>14</sup>

A justa causa, por sua vez, é uma valoração incidente sobre estes elementos: narrativa, vinculação fato/sujeito e qualificação jurídico-penal. É o selo que reconhece a presença de um suporte probatório mínimo que sustente a narrativa fática e que reconheça a viabilidade da adequação penal típica proposta e dos demais elementos que estruturam o ilícito penal: antijuridicidade e culpabilidade. Nesse sentido, pode ser equiparada ao *fumus comissi delicti*, desde que se incluam neste conceito todos os aspectos relativos à imputação, acrescidos da valoração positiva (probabilidade). Do contrário, a equiparação não será correta.

## 5.2. A justa causa frente à imputação fática

Assim como o direito penal envolve fatos (ações e omissões), o processo penal também tem como elemento nuclear os fatos. Mas, aqui há um distanciamento. O fato material não coincide com sua narrativa. Esta é a imputação material que se apresenta e que se pretende demonstrar como verdadeira. É o fato processual, sobre o qual recai a exigência do selo da justa causa. É neste ponto que sobressaem a materialidade e os indícios de autoria.

A existência do fato há de ser revelada, via de regra, por prova técnica. Os vestígios do ilícito devem ser objeto do exame de corpo de delito, direto ou indireto (art. 158). Somente quando inviável a realização daquele exame é que se abre a possibilidade de supressão da prova técnica pela oral (art. 167). A natureza especial de alguns crimes, vale lembrar, exige provas igualmente específicas. É o caso do exame pericial nos crimes contra a propriedade imaterial (art. 525) ou mesmo do exame de constatação, em se tratando de crimes relacionados a drogas (art. 50, § 1º da Lei 11.343/06).

Ao lado da prova técnica, reveladora da existência do fato material e/ou de suas circunstâncias, há os elementos informativos, constituídos, sobretudo, pelos relatos de testemunhas ou por declarações prestadas pelas vítimas. O que se busca aqui é a formação de um juízo de probabilidade, o qual se manifesta no momento em que as razões positivas a respeito da vinculação fato/sujeito são superiores frente às razões negativas.<sup>15</sup> Daí falar-se em indícios de autoria que, obviamente, envolvem a participação em suas diferentes formas.

<sup>12</sup> Veja-se, a propósito: GRINOVER, Ada Pellegrini, op. cit.

<sup>13</sup> Nesse sentido: FERNANDES, Antonio Scarance, op. cit., p. 103-104.

<sup>14</sup> FERNANDES, Antonio Scarance, op. cit., p. 154.

<sup>15</sup> Conclusão que se extrai da conceituação de possibilidade que se posiciona em uma etapa anterior frente ao juízo de probabilidade. Ver, para tanto: CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penale*. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Bosch, 1953. v. 2, p. 181.

O reconhecimento da materialidade e dos indícios de autoria representa o suporte probatório mínimo para o exercício da ação penal. É, a bem da verdade, o primeiro passo rumo à construção da justa causa. Ausente a prova da materialidade ou do quadro indiciário, faltarão justa causa e, por via de consequência, condição para o exercício da ação penal. Esses aspectos, todavia, não esgotam o exame da justa causa. Há que se averiguar a plausibilidade jurídico-penal. Afinal, para o direito penal não basta o fato material. Este se submete aos padrões da tipicidade, da ilicitude e da legalidade.

### 5.3. A justa causa frente à qualificação jurídico-penal

Para além do suporte probatório mínimo que confira à narrativa acusatória contornos mínimos de realidade, há que se reconhecer a viabilidade da leitura jurídico-penal do fato imputado. Ou seja, ao menos em tese, o fato exposto deve subsumir-se a um modelo tipológico vigente. Mais do que isto, deve suscitar os aspectos da ilicitude e da culpabilidade.

A questão passa, em um primeiro momento, pela afirmação da legalidade penal que, como se sabe, é a pedra angular do direito penal.<sup>16</sup> Mas esta evidência encontra muita dificuldade entre os processualistas que se debatem sobre sua inserção no temário das condições da ação penal. Para a maioria, a questão integra a possibilidade jurídica do pedido<sup>17</sup> ou, em uma leitura mais moderna, “possibilidade jurídica da acusação”.<sup>18</sup> O problema reside na confusão entre pedido que, no processo penal, envolve o pedido condenatório, com a imposição da respectiva sanção penal, com a chamada causa de pedir, a qual envolve o substrato fático e a sua qualificação jurídico-penal.

Diante do modelo aqui proposto, a questão da legalidade penal toca a interpretação jurídico-penal da imputação material – narrativa fática contida na acusação – o que, a se adotar a terminologia da possibilidade jurídica, estaria mais próxima da causa de pedir do que propriamente do pedido. Mas, como se abraça aqui a noção de justa causa dúplice (imputação fática e jurídica), a questão da legalidade penal fica mais facilmente resolvida no terreno das condições da ação penal.

Assim, há que se averiguar, em face da narrativa fática, a viabilidade da adequação penal típica. Ausente esta, haverá carência da ação pela falta de justa causa. Tomem-se como exemplo as acusações relativas à sonegação fiscal, que muita discussão suscitaram nos últimos anos. Sem o lançamento definitivo do tributo, sequer seria possível falar-se em conduta penal típica contra a ordem tributária.<sup>19</sup> Assim, proposta a denúncia por aquela prática, a questão deverá ser superada com o reconhecimento da falta de justa causa.

O reconhecimento da viabilidade da proposta de adequação penal típica é, repita-se, o primeiro passo. A tipicidade, é certo, é indutora da ilicitude e da culpabilidade. No entanto, se desde o início for reconhecida a presença evidente de causa de exclusão de

<sup>16</sup> GRINOVER. Ada Pellegrini, op. cit., p. 187.

<sup>17</sup> Nesse sentido: MARQUES, José Frederico, *Elementos de direito processual*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1965, v. 1, p. 318-319; TORNAGHI, Helio, *Curso de processo penal*, 8. ed., São Paulo: Saraiva, 1991, v. 1, p. 42, TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Processo penal*, 33. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, v. 1, p. 522. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, *A lide e o conteúdo do processo penal*, Curitiba: Juruá, 1989, p. 146-147 e ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de. *Justa causa na ação penal*, São Paulo: RT, 2001, p. 182-183.

<sup>18</sup> Como parece propor GRINOVER. Ada Pellegrini, op. cit., p. 187.

<sup>19</sup> Conforme redação da súmula vinculante 24 do STF.

ilicitude ou de culpabilidade, obviamente, não será possível qualquer juízo positivo de admissibilidade da acusação. Tratando-se de apreciação liminar, ou seja, realizada antes mesmo da integração da relação jurídica processual com a citação do réu, soaria estranha a absolvição, até mesmo porque sequer manifestado o juízo de admissibilidade. Também não se mostra razoável determinar-se a inclusão do réu, com todos os efeitos daí decorrentes, quando já se sabe, de antemão, qual será o resultado processual. A rigor, haveria a rejeição liminar com a declaração da ausência de justa causa (carência da ação). Mas, na verdade, o rótulo terminológico do ato decisório é o que menos importa para a situação, pois, no fundo, trata-se de pronunciamento judicial sobre o mérito que induz a formação de coisa julgada material.

A solução, note-se, não é nova. De fato, há muito o STF vem reconhecendo os efeitos da coisa julgada nas decisões de arquivamento do inquérito policial quando acolhida a manifestação ministerial fundada na atipicidade do fato ou na configuração, desde logo, de causa excludente da ilicitude ou da culpabilidade.<sup>20</sup> A premissa é a mesma. O que distingue as hipóteses são os diferentes momentos da persecução penal. Assim, rejeitada a denúncia ou a queixa pela falta de justa causa, em face da afirmação de excludente de ilicitude ou da culpabilidade, e uma vez transitada em julgado, não será possível renovar-se a acusação. A imutabilidade do ato decisório aqui preserva a garantia do *ne bis in idem*.

## 6. Possibilidade jurídica do pedido

Como mencionado, diante das dificuldades em se transpor para a seara penal a possibilidade jurídica do pedido, alguns autores passaram a tratá-la como uma possibilidade jurídica da causa de pedir que, na proposta aqui desenhada, integra um dos aspectos da justa causa. O pedido no processo penal de natureza condenatória envolve, por óbvio, a condenação e a imposição de sanção penal. É, portanto, o pedido de satisfação do poder-dever punitivo.

Assumindo tal premissa, a possibilidade jurídica do pedido não supõe apenas a formulação de pedido de imposição de sanção contemplada pelo ordenamento jurídico-penal. Mais do que isto, liga-se à própria punibilidade, a qual envolve os pressupostos políticos e jurídicos para a imposição da consequência jurídica. Logo, quando presente alguma causa extintiva da punibilidade, está o Estado impedido de exercer o poder-dever punitivo.<sup>21</sup> Há, portanto, a extinção do *ius puniendi*, o que torna qualquer pedido de punição do agente juridicamente impossível. Haverá, portanto, carência da ação. Mas, a rejeição pela falta desta condição resolve apenas o problema específico do oferecimento da ação penal em particular. Ocorre que o pronunciamento judicial não deve ficar circunscrito à ação penal ajuizada. Impõe-se um pronunciamento para o futuro. Dito de outra forma: exige-se uma declaração judicial que sepulte qualquer nova tentativa de persecução sobre fato alcançado pela causa extintiva da punibilidade. Daí a exigência da declaração da extinção da punibilidade. Enfim, a carência da ação penal resolve o

<sup>20</sup> Nesse sentido: Pet 3943/MG 23-05-2008 (STF); RHC 18099/SC DJ 27.03.2006 e RHC 17389/ SEDJe 07.04.2008 (STJ).

<sup>21</sup> Ver: BITENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de direito penal*, Parte geral 1, 16. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 803; REALE JÚNIOR, Miguel, *Instituições de direito penal*, Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 507-508 e SANTOS, Juarez Cirino, *Direito penal*, Parte geral, 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014, p. 649.



problema imediato. A declaração judicial da extinção da punibilidade visa resolver problemas futuros. As duas convivem no mesmo ato decisório.

Outra questão que também toca a possibilidade jurídica do pedido é a menoridade penal. O problema não é de legitimidade passiva como defendido por parte da doutrina.<sup>22</sup> Trata-se de questão mais séria. O menor inimputável não está sujeito ao regime punitivo associado às infrações penais. Sobre ele recai outra política pública, calcada em uma visão movida pelo ideal do resgate de sua formação. É, portanto, outro modelo de enfrentamento que não o penal. Não se pode, assim, pretender ver aplicado o poder-dever punitivo frente àqueles que são considerados pelo próprio regime como absolutamente inimputáveis. O pedido aqui é juridicamente impossível.<sup>23</sup>

## 7. O interesse de agir: necessidade e utilidade

Entre as várias condições da ação construídas, o interesse de agir é, sem dúvida, o que mais reação provocou na doutrina diante das dificuldades geradas pela sua transposição automática para o processo penal.

Pela doutrina tradicional, o interesse processual supõe um conflito de interesses materiais. Neste, a insatisfação do interesse de uma das partes pela resistência ofertada pela outra gera o interesse em movimentar a jurisdição para dela obter a satisfação que não fora alcançada. Assim, pela visão clássica, o interesse processual supõe resistência.<sup>24</sup> Quando esta não existe, o interesse material pode ser satisfeito independentemente da provocação ao Estado-juiz. É a noção do interesse-necessidade.

No entanto, a noção assim construída não encontra grande relevância para o processo penal, já que, na grande maioria dos casos, o processo penal é o único meio admitido para alcançar-se a satisfação do poder-dever punitivo.<sup>25</sup> É a consagração do princípio *nulla poena sine iudicio*, legado do pensamento penal liberal.

O modelo punitivo, todavia, submeteu-se a uma revolução de paradigmas quando da instituição dos mecanismos da Justiça Negociada, os quais foram provocados pela delimitação de um regime punitivo e persecutório específico para a denominada criminalidade de menor potencial ofensivo. De fato, o reconhecimento desta categoria de ilícitos se fez acompanhar de uma reformulação profunda do sistema, que passou a abraçar postulados mais flexíveis. Assim, a instituição de trajetórias alternativas à persecução penal clássica, representadas pela composição civil e pela transação penal, revela uma política criminal que se orienta pela preferência por tais trajetórias como antecedentes

<sup>22</sup> MARQUES, José Frederico, op. cit., v. 1, p. 320; TUCCI, Rogério Lauria, *Teoria do direito processual penal – jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 96.

<sup>23</sup> É a conclusão de GRINOVER, Ada Pellegrini, op. cit., p. 197. Parece ser esta, igualmente, a posição de BADARÓ, Gustavo, op. cit., p. 101.

<sup>24</sup> Como anotava Liebman: “[...] interesse de agir, existe, quando há para o autor utilidade e necessidade de conseguir o recebimento de seu pedido, para obter, por esse meio, a satisfação do interesse (material), que ficou insatisfeito pela atitude de outra pessoa. É, pois, um interesse de segundo grau”. (O despacho saneador e o julgamento de mérito. In: *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 125.)

<sup>25</sup> É, note-se, questão consolidada na doutrina: GRINOVER, Ada Pellegrini, op. cit., p. 195-196; TUCCI, Rogério Lauria, op. cit., p. 93-94; BADARÓ, Gustavo, op. cit., p. 102; MORAES, Maurício Zanoide de, *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 79 e GRECO FILHO, Vicente, *Manual de processo penal*, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 96.

necessários ao oferecimento da ação penal. Dito de outra forma: o interesse processual para a ação penal condenatória da criminalidade de potencial ofensivo diminuto somente se perfaz quando superadas as vias alternativas.<sup>26</sup>

O binômio interesse-adequação, por sua vez, é bastante esvaziado no campo processual penal, já que a única forma de se obter do Estado-juiz a satisfação do poder-dever punitivo é pela própria ação penal de natureza condenatória.<sup>27</sup> Não há aqui, como na seara civil, uma multiplicidade de ações, cada qual desenhada para a obtenção de tutelas específicas.

Por fim, porém não menos relevante, apresenta-se o interesse-utilidade. Tratado pela doutrina processual civil como a constatação de uma vantagem lícita a ser alcançada, o binômio encontra dificuldades em sua aderência ao processo penal que, necessariamente, lida com o interesse público. Afinal, por se tratar de meio necessário e indispensável para a satisfação do poder-dever punitivo, a utilidade seria decorrência lógica da afirmação da necessidade.<sup>28</sup>

Tais ponderações – corretas, diga-se –, não impedem o reconhecimento da validade do critério da utilidade. Há que se aferi-la, contudo, à luz do pedido formulado. Ou seja, a instauração do processo penal é útil para atingir-se o resultado propugnado? Trata-se, portanto, de um juízo de ponderação que deve levar em conta os custos da marcha processual. Não se trata, contudo, de uma análise focada, exclusivamente, nos custos do Estado como gerenciador de atividade processual. Afinal, em face dos postulados liberais do direito penal, há que se avaliar os custos impostos ao próprio acusado, especialmente aqueles provocados pela exposição, sempre estigmatizante, à perseguição.

Aqui é especialmente válida a discussão relativa à falta de interesse de agir quando evidenciada, desde logo, a inutilidade da marcha processual diante da perspectiva de reconhecimento futuro da prescrição. O raciocínio toma por base a aplicação dos cálculos da prescrição retroativa que ainda permanecem para os fatos ocorridos antes da promulgação da Lei 12.234/2010 – *novatio legis in pejus*.

A hipótese não envolve a extinção da punibilidade, até mesmo porque não se cuida de prescrição efetiva. Assim, de todo inaplicável a súmula 438 do STJ cujo teor proíbe a extinção da punibilidade, o que, repita-se, não ocorre quando há rejeição da denúncia ou queixa pela falta do interesse-utilidade.

<sup>26</sup> Ou com pontua Zanoide: “deve-se esgotar todas as formas extraprocessuais de solução do conflito penal para que, somente depois, e acaso aquelas restem infrutíferas ou inaplicáveis, possa o interessado deduzir, validamente, pedido condenatório em face do acusado”. (MORAES, Maurício Zanoide de, op. cit., p. 82). No mesmo sentido: BADARÓ, Gustavo, op. cit., p. 103. Ada Pellegrini Grinover aponta o oferecimento de ação penal contra menor de 18 anos como exemplo de falta de interesse-adequação, já que o provimento invocado não é adequado à aplicação de medida sócio-educativa. Não descarta, contudo, o reconhecimento da impossibilidade jurídica do pedido. (GRINOVER, Ada Pellegrini, op. cit., p. 197). Discorda-se da autoria. De fato, em alguns casos, será possível vislumbrar a inserção das hipóteses em uma ou outra categoria. No entanto, haverá uma prevalente. Para tanto, é indispensável que se delimitem, com exatidão, os conceitos e os campos de abrangência de cada uma das condições a fim de se evitar a sobreposição dos critérios. Em segundo lugar, será importante extrair de cada hipótese o elemento que lhe é determinante, para então, submetê-la a alguma das categorias representativas das condições da ação. No caso específico da ação penal contra menor de 18 anos, o principal problema é de política pública de enfrentamento. Aos menores não se aplica o regime punitivo penal. Eles estão submetidos a outro regime jurídico que, como apontado, não é puramente punitivo. É informado pelo desejo de resgate do indivíduo que ainda está em formação. A resposta, destarte, não é punitiva, o que torna impossível o oferecimento de ação penal contra eles.

<sup>27</sup> Nesse sentido: BADARÓ, Gustavo, op. cit., p. 103.

<sup>28</sup> Nesse sentido, pontua Zanoide: “No processo penal, o prisma positivo do critério da utilidade tem duas premissas: primeira, há uma controvérsia fático-penal (causa do interesse de agir no processo penal) e ela precisa ser resolvida; segunda, como os interesses controversistas são de alta relevância (*ius puniendi e ius libertatis*), o interesse público impõe a existência do processo penal como único meio de pacificação daquele conflito”. (MORAES, Maurício Zanoide de, op. cit., p. 90).

De qualquer modo, o raciocínio funda-se nos prognósticos que se abrem de efetivação do poder-punitivo a se tomar a imputação fática e jurídica dada pela acusação. É esta que se apresenta ao Estado-juiz e é sobre ela que se realiza o juízo de admissibilidade inicial. Assim, se desde logo se evidencia a inutilidade do provimento final diante do decurso do lapso prescricional entre o fato e o eventual recebimento da ação, não haverá razão para se por em movimento a marcha processual. Tampouco seria razoável submeter-se o acusado aos graves estigmas provocados por um juízo de admissibilidade positivo da acusação e pelo desenvolvimento do próprio processo.

Argumenta-se que o raciocínio afronta a presunção de inocência. Não é bem assim. O raciocínio, note-se, enfrenta a proposta de acusação a qual é rejeitada de plano por sua reconhecida imprestabilidade. Há, portanto, uma análise quanto à utilidade do provimento final perseguido pela acusação, qual seja, a condenação. Ora, se o poder-dever punitivo que se persegue já se apresenta, desde logo, inviável, inútil provocar a movimentação da marcha processual. É uma decisão que fulmina a pretensão acusatória *ab initio* e, portanto, a sua mensagem é mais eloquente. Raciocínio inverso importaria um juízo de admissibilidade positivo da acusação, com todos os efeitos danosos à imagem social do acusado daí decorrentes, abrindo-se, então, os caminhos para a marcha processual cujo resultado, como se sabe, jamais estará assegurado. De mais a mais, até a sentença final, estaria o réu sujeito aos riscos a toda sorte de medidas cautelares.

Nem se alegue que o acusado teria um “direito à absolvição”. Ora, neste estágio do processo, sequer há integração da relação processual e, portanto, não seria possível vislumbrar um direito processual por quem ainda não compõe o polo passivo da relação. A bem da verdade, na fase inicial do processo, há apenas um vínculo linear entre o Estado-juiz e o acusador. Cabe, portanto, ao primeiro uma análise criteriosa sobre os fundamentos da acusação, entre os quais a utilidade da pretensão punitiva que se apresenta. Esta filtragem, reitera-se, é produto de um amadurecimento da formatação processual penal que bebeu – a ainda bebe – na fonte do direito penal liberal, o qual, por sua vez, é orientado pela perspectiva de controle do abuso do poder estatal.

## 8. Legitimidade das partes

Há aqui mais um exemplo dos problemas provocados pela importação automática de conceitos construídos à luz da perspectiva processual civil. Isso porque naquela seara a legitimação processual é um reflexo da pertinência subjetiva da relação material.<sup>29</sup> Há, portanto, um jogo de espelhos entre a relação material e processual.

No processo penal, contudo, a dinâmica é diferente. O reflexo – relação material/processual – somente seria pertinente em um processo penal de natureza privada, o que nos remeteria às formas mais antigas de gestão do conflito penal nas quais a vítima e/ou os seus familiares exerciam protagonismo. Mas, naquelas formas, o próprio direito material confundia-se com o direito processual. Aliás, o próprio direito penal confundia-se com o direito civil.

Com o projeto punitivo da modernidade, o Estado chamou para si a responsabilidade exclusiva do exercício da violência punitiva. O Estado é, portanto, o único titular do *ius*

<sup>29</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 81.

*puniendi*. Assim, no processo penal, o Estado concede a determinados órgãos ou a determinadas pessoas o poder de deflagrar a ação penal, o que não se confunde com a concessão do *ius puniendi*. Ou seja, o Estado indica os agentes habilitados – legitimados – a exercerem a pretensão acusatória, estabelecendo, para tanto, as circunstâncias e as condições para o exercício de tal poder.<sup>30</sup> A legitimidade de agir (ativa) no processo penal tem, portanto, uma dimensão política que a associa ao exercício do poder acusatório.<sup>31</sup>

O titular deste poder é pré-estabelecido pelo legislador que distingue as situações em que a iniciativa para o oferecimento da ação penal ficará nas mãos de um órgão público ou, então, do particular. As opções traduzem políticas criminais. Por vezes, é o interesse público que sobressai. Em outras, o sistema reconhece a proeminência dos interesses privados, deixando nas mãos do particular a escolha entre deflagrar ou não a ação penal. A questão não suscita dúvidas quando as hipóteses são claramente definidas, como é o caso da ação penal de iniciativa pública incondicionada, exclusivamente privada ou personalíssima. Aliás, em se tratando de ação penal privada exclusiva, a morte do ofendido suscita novos problemas de legitimação decorrentes da observância da linha sucessória.<sup>32</sup>

No caso de ação penal privada subsidiária, note-se, a legitimação somente se aperfeiçoa quando verificada a inatividade do órgão público persecutório. Assim, enquanto não verificada a desídia, nem o particular, nem o sucessor terão legitimidade ativa.

Mas, e na hipótese de ação penal de iniciativa pública condicionada? Aqui, como se sabe, o exercício da ação fica dependente de prévias manifestações – requisição do Ministro da Justiça ou representação do ofendido ou de seu sucessor. A legitimação é do órgão público. No entanto, o exercício efetivo da pretensão acusatória fica em suspenso, aguardando a superação das condições que impedem o exercício da ação penal. A problemática suscita muitas dúvidas. Alguns levam a questão para o terreno da possibilidade jurídica do pedido.<sup>33</sup> Outros fazem referência às condições de procedibilidade.<sup>34</sup> Aqui importantes são as premissas.

Na verdade, as exigências estabelecidas para a ação penal de iniciativa pública condicionada fixam limites para o exercício da atribuição do poder de praticar atos processuais, que, no caso em particular, conectam-se com o oferecimento da ação penal por parte do órgão acusador público. Não afetam a legitimidade, porquanto esta é pré-existente, resultante da atribuição constitucional e legal, conectada com a imputação jurídico-penal deduzida. Legítimo é o órgão acusador público. A bem da verdade, a exigência de representação ou de requisição obsta o exercício de qualquer atividade persecutória e não apenas o oferecimento da ação penal. Assim, mostram-se mais próximas da possibilidade jurídica do pedido, já que não será possível deduzir-se o pleito acusatório enquanto não superadas aquelas exigências.

A legitimidade passiva, por seu turno, revela uma dimensão de identidade, ou na clássica referência de Buzaid<sup>35</sup> a pertinência subjetiva para figurar no polo passivo da relação processual de natureza condenatória. Ou seja, deve figurar nesse polo a pessoa

<sup>30</sup> É por isso que se questiona a validade da distinção entre legitimidade ordinária e extraordinária. Ver, para tanto: BADARÓ, Gustavo, op. cit., p. 104.

<sup>31</sup> Por isso, alguns autores preferem o uso da expressão legitimação já que esta indica a atribuição de poder para a realização de atos jurídicos processuais. Nesse sentido: MORAES, Maurício Zanoide de, op. cit., p. 197-205.

<sup>32</sup> Conforme art. 31 do CPP.

<sup>33</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini, op. cit., p. 192-193; BADARÓ, Gustavo, op. cit., p. 102.

<sup>34</sup> GRECO FILHO, Vicente, op. cit., p. 130.

<sup>35</sup> BUZUID, Alfredo. *Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1956. p. 89.

que foi revelada pelas provas e pelos elementos informativos colhidos como a provável autora. Assim, se se apurar a diversidade de identidades, instalado está o problema da ilegitimidade passiva. Aqui é importante uma observação. A legitimidade passiva não se confunde com o substrato mínimo probatório, vale dizer os indícios de autoria. Esta é uma questão que envolve a justa causa. O problema é de identidade entre a pessoa revelada pelos indícios e aquela contra quem é dirigida a ação penal de natureza condenatória.<sup>36</sup> Exemplo ocorre quando o provável autor fez uso de documentos falsos quando de sua identificação, maculando, deste modo, a pertinência subjetiva passiva da ação penal condenatória.<sup>37</sup>

Assim, a problemática do menor de dezoito anos não perpassa pela ilegitimidade. Se há uma conexão entre o fato imputado e o menor, ao menos em tese, haveria pertinência subjetiva passiva, entendida como vinculação provável autor/fato. A bem da verdade, o menor não pode figurar como acusado por impedimentos logicamente anteriores os quais envolvem a possibilidade jurídica do pedido que, por sua vez, relaciona-se com a possibilidade de procedência da ação com a imposição de sanção penal.

## 9. Conclusões

1. O pensamento liberal clássico, fundado na limitação do poder punitivo e no controle dos excessos, reforça a importância do juízo de admissibilidade da acusação, o qual envolve uma filtragem das acusações manifestamente infundadas ou mesmo daquelas desprovidas de utilidade.

2. As condições da ação que não se confundem com os requisitos formais da peça acusatória constituem importante mecanismo para o exercício do controle judicial da atividade acusatória.

3. A transposição automática, para o processo penal, de conceitos construídos para operatividade no processo civil não é a adequada e não se mostra funcional. No núcleo do processo penal, repousa a instrumentalização do poder estatal revelado pela imposição de sanções penais. Assim, o conflito que se expressa pelo processo penal envolve o choque de interesses públicos da mais alta dimensão: poder-dever punitivo e liberdade. Assim, ainda que admissível uma base comum para as diferentes atividades processuais – civil, penal e trabalhista –, as condições da ação penal condenatória exigem um olhar específico que transcenda uma visão generalizante.

4. São condições da ação penal: a justa causa, a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade das partes, nesta ordem.

5. É pela justa causa que se inicia a trajetória de análise das condições da ação penal condenatória. A sua compreensão passa pelo exame da imputação. Esta, por sua vez, envolve a imputação fática (narração) e imputação jurídica (classificação jurídico-penal). A justa causa é um selo de plausibilidade frente à narrativa fática e de viabilidade da imputação jurídica.

<sup>36</sup> Por isso que não se concorda, integralmente, com a lição de LOPES JÚNIOR, Aury, (Re)pensando as condições da ação processual penal desde as categorias jurídicas próprias do processo penal, in: FAYET JÚNIOR, Ney; MAYA, André Machado (Org.), *Ciências penais e sociedade complexa*, Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008, p. 92-93, quando faz uma vinculação entre legitimidade passiva e probabilidade de autoria. Estudo mais aprofundado do autor sobre o tema é encontrado em: *Fundamentos do processo penal – introdução crítica*, São Paulo: Saraiva, 2015, p. 211-254.

<sup>37</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini, op. cit., p. 199.

6. A plausibilidade supõe aderência da narrativa à realidade. Supõe, assim, a demonstração da materialidade (ocorrência do fato material) e indícios de autoria (probabilidade de vinculação com os fatos). É, em linhas gerais, o quadro probatório mínimo para sustentação da pretensão acusatória.

7. A viabilidade jurídica conecta-se com os procedimentos de adequação penal típica e os desvalores da ilicitude e da culpabilidade. A narrativa deve preencher os elementos que compõem o conceito formal de crime. Deve encontrar adequação a um modelo tipológico. A tipicidade, ainda que provisória, é indutora da ilicitude e da culpabilidade.

8. A possibilidade jurídica do pedido – e não da causa de pedir – supõe a dedução de pretensão que esteja amparada pelo ordenamento jurídico. Assim, quando o *ius puniendi* é extinto por algum fator, o pedido será juridicamente impossível. Mas, para além da carência da ação, impõe-se a declaração judicial da extinção da punibilidade, justamente para se evitar a reiteração futura de acusações ou de qualquer atividade persecutória fundada nos mesmos fatos;

9. A ação penal condenatória ajuizada contra menor de 18 (dezoito) anos também escancara o problema da possibilidade jurídica do pedido. Os menores infratores não estão sujeitos ao poder punitivo que é alimentado pelo direito penal. Daí a impossibilidade de formulação de pedido que envolva a aplicação do *ius puniendi*.

10. A perspectiva da necessidade inserida no campo do interesse de agir tem pouca aplicabilidade no processo penal em face da imperatividade da jurisdição penal. Não há possibilidade de se aplicar a sanção penal senão pela via processual, o que torna o processo, a princípio, sempre necessário. No entanto, em se tratando de crimes de menor potencial ofensivo, o recurso à ação penal e às vias tradicionais de persecução somente será necessário quando superados os mecanismos alternativos de solução do conflito penal.

11. O interesse-utilidade também encontra aderência no processo penal, mesmo em regimes estruturados pela perspectiva da obrigatoriedade da ação penal como o nosso. O exemplo mais evidente é dado pelo reconhecimento da inutilidade do provimento final, diante das perspectivas que são dadas pelos termos da imputação apresentada. Nesse caso, a avaliação do interesse toma por base os fatos delineados pela acusação. Afinal, é esta a narrativa que justifica a movimentação da máquina processual e é sobre ela que recai o juízo de admissibilidade.

12. A noção de adequação é esvaziada no processo penal que não contém em seu desenho a multiplicidade de ações que são encontradas no processo civil.

13. Quanto à legitimidade, a condição encontra especial importância em sua dimensão ativa diante dos diferentes regimes abraçados pelo legislador na regulamentação das iniciativas acusatórias. Quanto à legitimidade passiva, não se pode confundir com o juízo de probabilidade de autoria, o qual se prende à justa causa. Trata-se, em realidade, da identidade entre o provável autor e aquele que ocupará o polo passivo da relação processual.

## Referências

- ALMEIDA, Joaquim Canuto de. *A contrariedade na instrução criminal*. São Paulo: Saraiva, 1937.
- ÁLVARIZ, Alejandro E. El control de la acusación. *Revista Latinoamericana de Política Criminal, Ministerio Público: Pena y Estado*, Buenos Aires, v. 2, n. 2, p. 15-33, 1997.
- BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal. Parte geral 1*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BUZUID, Alfredo. *Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1956.
- CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penale*. Tradução de Santiago Sentís Melendo: Buenos Aires: Bosch, 1953. v. 2.
- CHIOVENDA. Giussepe. L'azione nel sistema dei diritti. In: CHIOVENDA. Giussepe. *Saggi di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1993.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989.
- FAUSTIN, Hélié. *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*. 2. ed. Paris: Henri Plon, 1866.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. As condições da ação penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 69, p. 179-199, nov./dez. 2007.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. v. 1.
- \_\_\_\_\_. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1976.
- \_\_\_\_\_. L'azione nella teoria del processo civile. In: *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*. Padova: Cedam, 1950. v. 2.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Fundamentos do processo penal – introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- \_\_\_\_\_. (Re)pensando as condições da ação processual penal desde as categorias jurídicas próprias do processo penal. In: FAYET JÚNIOR, Ney; MAYA, André Machado (Org.). *Ciências penais e sociedade complexa*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008. p. 79-100.
- \_\_\_\_\_. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965. v. 1.
- MORAES, Maurício Zanoide de. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa na ação penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal – parte geral*. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014.

TORNAGHI, Helio. *Curso de processo penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal – jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. *Lineamentos do processo penal romano*. São Paulo: EDUSP, 1976.