

Controle Jurisdicional da Denúncia*

*Desembargador Pedro Vergara**

Meus diletos colegas juízes de direito aqui presentes.

Envaidecido pelo convite da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes para participar desta palestra, deparei-me com o tema Controle Jurisdicional da Denúncia, tema este palpitante, principalmente depois da Constituição Cidadã de 1988, garantista dos direitos individuais.

Mas, para iniciar propriamente o tema, é necessário fazer alguns comentários, mesmo que *en passant*, sobre o Direito Penal, porque a ação penal não subsistiria, é claro, sem a existência da infração penal.

Sabemos que a violação à norma ou ao costume remonta aos primórdios da humanidade. Com o homem nasce o Direito Penal, porque, onde há o homem, infelizmente, existe o crime, a infração penal. Nos primórdios, puniam-se tais condutas através da vingança, da vingança privada, em que o próprio ofendido defendia-se contra o seu ofensor. Depois, tal prática deslocou-se para a família do ofendido, que se defendia contra o ofensor.

No entanto, a vingança privada, praticada nesses moldes, muitas vezes, não atendia aos reclamos daquele grupo, evoluindo, então, para a Lei de Talião, isto é, olho por olho, dente por dente.

· Palestra proferida em 08.11.2006, na Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes - Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

* Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Nesse momento, entretanto, já se verifica uma repressão mais condizente com o ataque, uma adequação entre a ação do ofensor e do ofendido.

Nessa época, da vingança privada, encontramos a Lei de Talião, aquele que foi, talvez, o primeiro dos escritos, o Código de Hamurábi, Rei da Babilônia. Esses escritos foram descobertos nas ruínas da acrópole de Susa.

Havia também, nesse período, a autocomposição, ou a *compositio*, em que o ofensor comprava o direito à impunidade, através de preço, de animais ou de objetos.

Posteriormente, surge a fase da vingança divina, em que se objetivava a satisfação da divindade de determinado grupo. Da vingança divina veio a vingança pública e desta surgiu uma fase mais avançada, em que se afasta aquele direito absolutamente repressivo, iniciando-se um período que podemos denominar fase humanitária do direito.

Temos aí a figura de Cesare Bonesana, que nada mais é do que o famoso Beccaria, que lançou as bases propriamente ditas de um direito mais justo, que respeita mais o ofensor. Foi um verdadeiro *notabile dictum*, uma maravilha, como dizem os glosadores.

Escreveu ele *Dei delitti e delle pene* (Dos delitos e das penas), obra que se assentava principalmente no respeito à prova. Já não admitia mais essa doutrina que o indivíduo fosse encarcerado sem prova. Era necessário que houvesse uma prova sobre a imputação que se fazia ao réu.

Mais à frente, temos o que se denominou de fase criminológica, na qual encontramos Cesare Lombroso, que, pela primeira vez, estudou o comportamento humano, escrevendo o famoso livro *L'Uomo delinquente*.

De Cesare Lombroso e Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, podemos dizer que foram os dois Césares do estudo da pena e do delinqüente, estudos estes que lançaram as bases para os estudos modernos sobre a pena.

Através dessa exposição, tentei mostrar a vocês, ouvintes, como evoluiu o Direito Penal desde os primórdios da Humanidade, desde o momento em que o homem, segundo doutrina espiritualista, evoluindo do estado mineral, indo ao estado vegetal e ao animal, tomou consciência dos seus atos, tendo livre arbítrio para escolher entre o certo e o errado. Por isso, passou a ser punido, porque os atos que violavam aquelas regras de comportamento do mais remoto agrupamento humano eram produtos de sua consciência.

Deparamo-nos, naquele período, com a prática de atos que transgrediam as normas sociais, gerando, em consequência, o direito de a sociedade antiga punir aqueles que violavam a lei. Já podemos falar aí em crime, ou conduta.

Podemos visualizar, também, quem é o titular da punibilidade. Vislumbra-se, nesse momento, embora de forma rápida, o surgimento da pretensão punitiva do Estado, ou do grupo.

No Brasil, na época do Descobrimento, vigia o período silvícola, a respeito do qual não há estudos científicos.

Mais à frente, vivia-se sob a influência das Ordenações Filipinas. Depois, do Código do Império e, se não me falha a memória, do Código Republicano.

Sabemos, assim, que é com a prática da infração penal ou com aquela conduta desconforme à norma, ao *jus positum*, ou ao Direito Positivo, ou mesmo antes, como dizia Bentham, na Teoria dos Círculos Secantes, quando se violava uma norma costumeira, que nasce a pretensão de punir, desde os mais remotos tempos. E aqui podemos verificar, embora de forma rápida, como isso evoluiu.

Até a Idade Média, não tínhamos um acusador sistemático, um acusador estatal.

O acusador estatal nasceu naquela época e, se não me falha a memória, originalmente, não foi criado para tal. A doutrina refere-se àqueles indivíduos que, junto ao rei, escravizavam a sociedade e faziam o que o rei queria. Por isso, o Ministério Público, hoje, é chamado de Magistratura de pé, ao invés de Magistratura propriamente dita, por causa da atividade dinâmica que exercia ao ajudar o rei.

As atividades desempenhadas por esses indivíduos que fiscalizavam o reino evoluíram de tal forma, que passaram a representar o múnus próprio do acusador, surgindo, assim, a figura do acusador oficial. Desse modo, o acusador oficial passou a ser aquele órgão legalmente constituído para defender o rei, para acusar e, depois, para defender o Estado, nascendo daí a ação penal.

Fiz essas considerações, para que possamos entender como nasceu a ação penal. Os doutrinadores não falam isso, nem especificam que a ação penal nasceu na fase assinalada. Quem está afirmando isso sou eu. Isso porque, no momento em que o funcionário do rei tinha essa função específica de fiscalizar, a qual evoluiu para a função de punir aqueles que violavam a lei, nasce o direito, a pretensão concreta, isto é, o direito de punir, o que no Estado Moderno se faz através da ação penal.

Como vimos, nem sempre esse direito de punir cabia somente a uma pessoa. No caso daquelas infrações que o Estado não considerava de grave importância, atribuía-se ao próprio ofendido o direito de punir. Dessa forma, o Estado e o particular passaram a ter o *jus puniendi*. Portanto, com a infração penal, com a violação da norma de conduta, nasce o direito concreto de punir. E esse direito cabe tanto ao Ministério Público, órgão oficial titular da ação penal, como ao particular.

A ação penal nada mais é do que o ato pelo qual o Ministério Público, ou o ofendido, deduz em juízo sua pretensão, a fim de que o Poder Judiciário aplique uma sanção *santio juris*. Daí se conclui que inexistente ação penal sem pretensão. Essa pretensão punitiva nasce com a infração penal, como iremos ver à frente, quando eu falar sobre as condições da ação.

A pretensão, portanto, que era abstrata, contida na norma, passou a ser, com o cometimento da infração penal, uma pretensão concreta, passível de ser deduzida, em juízo, através do pedido condenatório, perante o órgão acusador (*res in judicium deducta*). E, como *nemo iudex sine actore*, não pode o Estado-juiz, que é aquele a quem se atribui o direito de julgar, decidir ou compor uma lide ou, ainda, compor um conflito de interesses sem a iniciativa acusadora. *Jura novit curia*, ou *narra mihi*

factum dabo tibi jus. Como Estado-juiz, o Poder Judiciário somente atua quando provocado.

Como esse direito de ação não pode ser ilimitado, porque senão voltaríamos aos primórdios da vingança privada ou da vingança pública, a lei estabeleceu condições para o exercício da ação penal. E o que é a ação penal? Segundo Fernandes da Costa Tourinho Filho, malgrado várias teorias e discussões sobre o que seja ação, é o direito de invocar a prestação jurisdicional. A ação nasce com a pretensão concreta, e o meio constitucional de o Poder Judiciário aplicar a sanção que pede o titular da ação penal é o processo. Devemos dizer que a ação sempre preexiste ao processo. Não existe processo sem ação.

Considero o processo como o conjunto de atos concatenados mediante o qual o Poder Judiciário compõe a lide ou restaura o conflito de interesses. No processo cível, como disse Humberto Teodoro Júnior, lide é a pretensão resistida. Temos também na ação penal uma pretensão resistida. E como se dá essa resistência à pretensão? Longe de querer imiscuir-me na alçada processual civil, com a contestação, estabelece-se a *litis contestatio*, o ponto a ser examinado.

A pretensão nada mais é do que o pedido de restabelecimento de um direito violado. E quando nasce a pretensão resistida no processo penal? Após o que Enrico Tullio Liebman chama de *actum trium personarum*, quando é chamado a compor o pólo passivo do processo o réu. É com o réu que se resiste a lide, e, no processo penal, isso se dá quando se efetiva a acusação, quando o acusado é citado, quando ele vem defender-se. No cível, eu diria, por exemplo, que, se alguém me cobra cem reais, porque eu não paguei e eu digo que já paguei; pronto, resisti à lide. Nasce, então, a

pretensão resistida. No penal, também: “Não pratiquei o furto”. Ao afirmar isso, surge também, em consequência, a pretensão resistida.

Assim, temos conceitos diversos: ação, processo, lide. Isso tudo para dizer o que é a ação penal.

Embora já tenha falado muito sobre o que seja a ação, é preciso lembrar que nós temos, como *summa divisio*, uma enumeração *numerus clausus*, ou seja, de números fechados, exatamente o que a lei diz, nada mais.

Já sabemos que a ação penal se baseia em uma pretensão do titular do direito violado. Logo, como se materializa no juízo penal essa pretensão?

O art. 24 do Código de Processo Penal leva o exegeta a essa definição quando diz “nos crimes de ação pública”. Só ação pública. Na ação penal pública, estamos diante daqueles crimes em que o titular do direito violado é o Ministério Público. A pretensão, nesse sentido, será deduzida por denúncia do Ministério Público.

Logo, temos aqui a ação penal pública incondicionada, porque não necessita o Ministério Público de nenhum requisito para propor ou deduzir sua pretensão em juízo. Basta que exista, evidentemente, uma infração penal, com um lastro, como dizem os garantistas, ou os modernos processualistas, como Nucci, como Pacelli, um lastro mínimo de prova.

É ainda o art. 24 que diz “mas dependerá”. Se “dependerá”, temos aí uma ação pública dependendo de alguma coisa. Nasce, assim, a ação

pública condicionada. Cabe ao exegeta da lei ler a norma com bastante vagar, fazer uma interpretação primeiramente literal, isto é, da real definição dada na lei, e, se não é o bastante, deve o exegeta socorrer-se do que chamamos de interpretação extensiva.

O que é a interpretação extensiva? É aquela que busca se socorrer de outros dispositivos. Por isso é que a lei é um sistema científico.

É ainda o art. 24 que estabelece: “... mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido...”. Requisição ou representação nada mais é do que a autorização que a parte tem, que o titular do direito violado tem para ir ao Ministério Público sugerir a propositura da ação. Mais adiante, retornaremos ao assunto.

Existem, portanto, a ação penal pública incondicionada, a condicionada e a ação penal privada propriamente dita.

Fernando da Costa Tourinho Filho, no volume 1 do seu *Código de Processo Penal*, apresenta uma definição que só é dele, mas que eu contesto. Para ele, a ação incondicional é a ação pública propriamente dita, e a ação condicional é a ação semipública. Não é semipública não, porque o Estado não abriu mão dos interesses violados no caso, não acometeu ao ofendido ou a outra pessoa a titularidade para o exercício da ação penal.

Há também o art. 30 do Código de Processo Penal, que diz: “Ao ofendido ou a quem tenha qualidade para representá-lo caberá intentar a ação privada”.

Nessa hipótese, o Estado atribui ao ofendido o exercício da ação penal, porque, nesses casos, o direito violado repercute mais na vida do ofendido do que na do Estado.

O Estado não pode abrir mão de penalizar aquela ação, porque isso pode desestabilizá-lo. É o que chamamos de ação penal privada propriamente dita.

O art. 29 do Código de Processo Penal, por sua vez, prevê a ação privada subsidiária da pública, reservada àqueles casos em que o Ministério Público não exerce o direito de ação no prazo de 05/15 dias (5 se preso e 15 se solto), podendo, nesse caso, o ofendido assumir a ação.

Os autores modernos não falam, mas existe um *tertium nomen*, uma terceira espécie de ação privada que reputo importante. Esse terceiro tipo é o que chamo de ação privada personalíssima.

Na ação privada propriamente dita, na ausência do titular, a lei estabelece quem assume: ascendente, descendente etc.

Na ação privada subsidiária, a lei também menciona quem assume: primeiro, assume o ofendido, de forma subsidiária.

Na ação personalíssima - classificação que, como já mencionei, os processualistas modernos não consideram -, morto o titular do direito violado, extinta também estará a pretensão punitiva. Há, pois, esse terceiro gênero de ação privada.

Dessa forma, poderiam vocês me perguntar: em quais casos caberia a ação personalíssima?

A doutrina diz que em poucos. Até recentemente, o adultério era crime. Atualmente, não. Restou, assim, o crime sobre os impedimentos do casamento. Este é, pois, um dos crimes de ação privada personalíssima.

Em pinceladas gerais, delineei como nasceu o Direito Penal, como nasceu a pretensão de punir, como nasceu o órgão acometido do direito de punir, a transferência do direito de punir para o ofendido e os tipos de ação penal.

Mas esse exercício da ação penal não é ilimitado, é necessário policiá-lo, a fim de que não se cometam abusos, ou não se volte à época da vindita. Por isso, a lei estabelece as condições de validade da ação penal. Já disse que não há ação penal sem pretensão, e esta pretensão é levada ao promotor através de uma *informatio delicti*, que está no Código, a partir do art. 6º, que trata do inquérito policial.

Essa *informatio delicti* pode vir com documentos que tenham um mínimo de lastro probatório, que indique, sem sombra de dúvida, quem seja o autor da infração.

Gosto de dizer infração penal porque é um conceito mais abstrato, abrangente e amplo, pois a teoria do nosso Código admite a divisão bipartite, isto é, crime e contravenção, a despeito de divisões tripartites, como no Direito francês, no qual há crime, delito e contravenção, na ordem de importância do prejuízo ou dano causado à sociedade.

Portanto é necessário, para que se deduza em juízo uma pretensão, preencher determinados requisitos. Existem requisitos que se referem a todas as ações penais, seja ela pública ou semipública, como entende Fernandes Tourinho Filho, seja ela privada.

Tais requisitos estão contidos no art. 41 do Código do Processo Penal, aplicáveis a todos os gêneros de ação penal. O que estabelece esse artigo 41? “A denúncia ou queixa...”. Dessa expressão é que concluímos que aqui se trata de qualquer ação. A lei não tem palavra sem sentido. Se não fossem requisitos daquele ato privado, da ação privada, a lei não teria dito “queixa”. “A denúncia ou a queixa conterà...” - veja que o verbo está no futuro, de forma impositiva - “a exposição do fato criminoso”.

O que é a exposição do fato criminoso? A exposição é a descrição do fato, é a conduta do agente, positiva ou negativa, omissiva ou comissiva. Exemplificando: “José tirou o *laptop* de João”. Está adequado ao tipo do art. 155 da Norma Penal Incriminadora. Mas não basta isso. É necessário, de acordo com o mencionado artigo, que a denúncia ou a queixa contenha a exposição do fato criminoso, “com todas as suas circunstâncias”. Também, nesse caso, não são palavras ao léu. Os que labutam nas varas criminais sabem muito bem disso.

O que são circunstâncias? São todos os elementos que circundam o crime: dia, hora, local, modo, meio, instrumentos. Por que isso? Como eu disse, a lei não coloca palavras sem sentido. Isso tem grave repercussão na fixação da pena. Recordando o art. 59 do Código Penal: “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima (...)”, fixará a pena-base. Por isso o fabuloso

processualista João Mendes afirmava que “a denúncia é uma peça narrativa, devendo apontar os fatos e seu autor (...)”, evidentemente, porque não existe ação penal sem que haja alguém, um autor. Portanto, a denúncia deve indicar *quis, quid, quibus auxilii, cur, quomodo, ubi e quando*, para que possa ser exercida uma das garantias constitucionais de maior valia no Estado Democrático, que são os princípios da ampla defesa e do contraditório. Como o réu vai se defender se ele não sabe do que está sendo acusado? O Ministério Público não pode dizer: “acusado João pelos fatos que se encontram no inquérito policial”. Não pode, é inepta. Esse é o primeiro requisito tanto da queixa, quanto da denúncia.

“A qualificação do acusado (...)”. Isso é óbvio, toda ação é contra alguém. O Ministério Público vai dizer “contra João da Silva, brasileiro, casado etc.” E se houver o concurso de crimes, ou o concurso de autores, tanto no primeiro requisito, que é a exposição do fato, quanto no segundo, a qualificação do acusado, deverá o Ministério Público agir da mesma forma, qualificar todos os autores e explicitar todos os fatos.

É muito comum na Vara Criminal o crime continuado de furto ou de roubo. Já me deparei com sentença com cinco, seis, oito, dez réus; leva-se um dia inteiro para oferecer uma denúncia. Tem que estar especificada qualquer circunstância que identifique o acusado. Se eu não sei o nome do acusado porque este não foi apurado, não posso dizer “contra João de Tal”, ou contra o cidadão branco, magro, alto e barrigudo, porque quantos homens altos, brancos, magros e barrigudos existem? Então é inepta, não pode, sob pena de se processar um inocente. Nesse caso, o Ministério Público não deve oferecer a denúncia; deve aguardar a possibilidade de surgirem novas provas.

Vamos agora para a “classificação do crime”. Não pode o Ministério Público dar o *nomen juris*, ou seja, dizer que “José praticou um furto”, ou que “José praticou um crime de calúnia”. Por quê? A lei fala justamente que se deve classificar o crime, e classificar o crime é dizer o artigo no qual está incurso o agente. Isso se exige porque há vários crimes com o mesmo nome e naturezas diversas. Por exemplo, usualmente se diz “Fulano cometeu calúnia contra João”. Recordo-me agora da calúnia, porquanto está prevista tanto no art. 139 do Código Penal quanto na Lei de Imprensa. Estão vendo a confusão? Como é que eu vou saber? Escolhe-se a esmo? Não pode.

O erro de técnica que ocorre no artigo 41 é o seguinte: “A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso”. Qual a interpretação? A denúncia é peça inicial apenas para a ação penal que instala o processo contra crime? Não. E o processo da contravenção? Não se abre com a denúncia? Melhor teria dito o Código se falasse da classificação da infração penal.

Por fim, essa classificação do crime é um problema; tem a ver com o excesso de capitulação de que a doutrina moderna fala. É o que essa doutrina chama de excesso de capitulação, ou de capitulação equivocada.

Narra mihi factum, dabo tibi jus. O promotor de justiça oferece a denúncia, mas, às vezes, não obedece ao princípio da correlação, que é um princípio moderno de processualística. O Ministério Público não pode fugir da prova apurada; porém, algumas vezes, como dito, ele narra o fato na denúncia e capitula errado. Não há, no caso, excesso de capitulação, mas sim um equívoco.

Entendo, particularmente, a despeito de algumas orientações garantistas em sentido contrário, que esse não seria um caso de rejeição de denúncia, por uma razão muito simples: se o magistrado pode julgar o fato pelo fato, não precisa rejeitar a denúncia. *Jura novit curia*. Mesmo porque essas distorções da denúncia - capitulação equivocada, não excesso - podem ser enfrentadas com base no art. 383 do Código de Processo Penal, que trata da *emendatio libelli*.

Há doutrinadores modernos, dos quais, como salientei, eu discordo, que acham que a denúncia deve ser rejeitada porque fere o princípio da ampla defesa.

Pergunto aos senhores: quem é o *dominus litis*? Eu posso emendar a denúncia, imiscuindo-me em uma função que não é minha, naquele momento? Não.

Outra questão é o excesso de capitulação, isto é, a classificação do crime não condiz com o fato apurado. Dizem os doutrinadores que o juiz pode emendar. Não pode, pela mesma razão. Ele tem que rejeitar a denúncia. Há doutrinadores que dizem que isso prejudica a ampla defesa, que isso prejudica o contraditório. Não penso assim; penso que isso é excesso de formalismo. Por quê? Porque o acusado se defende do fato. Só se for uma *aberratio* do tipo o indivíduo roubou e o Ministério Público disse que ele estuprou; nesse caso, a denúncia deve ser rejeitada. Nos outros casos, deve haver prosseguimento da ação. E, no momento de prolatar a sentença, com base no art. 383, surge a oportunidade de uma *emendatio*. No entanto, são os mesmos processualistas modernos que dizem: “não, isso é uma violência ao direito da ampla defesa, porque o juiz,

manu militari, dá outra definição do crime sem ouvir a defesa”. Eu não penso que seja assim.

O acusado se defende do fato, e não da capitulação. Por isso, não há nenhuma ofensa ao princípio da ampla defesa. O que pode ocorrer, não se discute aqui, é a *mutatio libelli*.

Em face do exposto, faço duas distinções: havendo erro de capitulação, deve-se receber a denúncia; porém, no caso de excesso de capitulação, o juiz deve proceder de forma diferente, deve rejeitar a denúncia, porque, rejeitando-a, está mantendo íntegro o *status libertatis* e o *status dignitatis* do acusado.

Pode-se, entretanto, entender que a questão fica submetida ao juízo do magistrado, podendo ele entender que, mesmo no caso de excesso de capitulação, deva receber a denúncia. Quando era promotor de justiça, sempre tive a preocupação de nunca acusar o agente “do mais”. Se o inquérito policial está meio duvidoso, se é isso ou se é aquilo, eu vou denunciá-lo no mais, num crime mais grave? Hoje isso tem uma repercussão gravíssima e pode inviabilizar a pretensão da soltura do indivíduo, pode inviabilizar sua liberdade provisória, prejudicando-o.

Penso que, para não prejudicar o réu, aqueles que entendem pela não-rejeição da denúncia, devem utilizar de critério e soltar o acusado, deixando que seja julgado em liberdade, embora o certo seja rejeitar a denúncia.

Aqui estão delineados, portanto, os requisitos de todas as ações penais.

O art. 43 do Código de Processo Penal estabelece as condições da ação penal. A doutrina costuma dividi-las em condições genéricas e específicas, apesar de os doutrinadores - como Frederico Marques - autor de um esboço de Anteprojeto, denominarem essas condições da ação de condições de procedibilidade.

Discorrendo de forma mais ligeira sobre o tema, deparamo-nos com o art. 43, que prescreve que “a denúncia ou queixa será rejeitada quando o fato narrado evidentemente não constituir crime”. Aqui temos um fato atípico, um fato não previsto na lei; é a conduta que não se ajusta à norma penal incriminadora, representando, dessa feita, um indiferente penal: “Denuncio João da Silva porque estava na festa de posse de um desembargador do Tribunal de Justiça usando uma gravata amarela”. O fato é atípico.

Como eu disse, a lei não tem palavras ao léu, ao vento. Ela dispõe aqui que é “o fato narrado”, é o fato exposto, é a conduta praticada, é a conduta do acusado que deve se adequar à norma. É o que no processo cível equivale à *causa petendi*. O fato narrado é a pretensão. No processo cível, a *causa petendi* está forçosamente dirigida a um pedido, enquanto, no penal, o fato narrado é a *causa petendi* : “José da Silva furtou João, então quero que ele seja condenado a...”. Isso ocorre porque o Ministério Público sempre deduz em juízo, partindo do princípio de que o indivíduo fez. Ele deduz em juízo uma pretensão concreta condenatória.

É um absurdo quando o inciso II, do art. 43, dispõe que será rejeitada a denúncia ou a queixa quando “já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa”. Isso porque, se a ação é inepta quando estiver

extinta a punibilidade, porque falar em “prescrição ou outra causa”. Se a prescrição ou a outra causa se legitimam pela extinção da punibilidade, é um erro de técnica. Bastaria dizer o seguinte: “a denúncia ou queixa será rejeitada quando já estiver extinta a punibilidade”. É a mesma coisa, mas é mais técnico.

Essas condições do art. 43 são as genéricas. Continua o dispositivo, em seu inciso III, apresentando a outra situação em que a denúncia ou queixa será rejeitada: “for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal”. Há outro erro de técnica aqui. Quais são as condições da ação segundo Enrico Tullio Liebman? A *legitimitio ad causam*, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido. Se a *legitimitio* da parte é condição, por que falar em outra “condição exigida pela lei”? Bastaria dizer: “faltar qualquer condição exigida pela lei”. Se a lei menciona a “ilegitimidade da parte”; que é a *ilegitimitio ad causam*, ao exegeta cabe a obrigação de considerar tanto a *legitimitio* ativa como a passiva, uma vez que a lei estabelece as condições no geral. A *legitimitio ad causam* ativa refere-se ao Ministério Público ou ao ofendido, enquanto a passiva refere-se ao autor da infração.

Legitimitio ad causam, segundo Alfredo Buzaid, nada mais é que a pertinência subjetiva da ação. É aquele que detém o direito subjetivo de ingressar com a pretensão, para ver restaurado o direito violado, no caso, a norma penal reguladora.

No caso, cabe ainda um esclarecimento. Quem detém a *legitimitio ad causam* ativa é o Ministério Público. Mas em determinadas circunstâncias o Estado comete ao particular o direito de exercício de uma ação penal. Dessa forma, costumamos dizer - pois isso não está nos livros -

que foi atribuída ao ofendido uma *legitimatío ad causam* extraordinária. É um substituto processual? Não. Não há que se falar em substituto processual. Não se está substituindo ninguém na relação processual. Ao ofendido foi atribuído um direito. Logo, não é substituto processual.

No entanto, não se pode esquecer do interesse de agir, porquanto a lei estabelece que será rejeitada a denúncia ou a queixa quando “for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei”.

E o que é o interesse de agir? Segundo Pontes de Miranda, no *Tratado de direito privado*: O interesse de agir é interesse do processo, o interesse processual. Não tem nada a ver com direito material. Interesse de agir nada mais é do que a necessidade de se invocar a prestação jurisdicional do Estado.

Se fosse possível retornar aos idos de 1960, provavelmente na Alemanha, e pudéssemos conversar com o fundador do princípio da bagatela, Claus Roxin, acabaríamos achando que não há crime. Entendo que não há, em nenhuma situação, crime de bagatela, ou princípio da insignificância, se houve uma violação à norma. Primeiro, porque, como Magistrado, não posso legislar, e a lei não prevê o crime de bagatela. Com maior razão, vejamos o § 2º do art. 155 do Código Penal, que já prevê os casos em que o objeto material é de pouca monta. Dispõe esse parágrafo: “Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa”. Assim, já existe previsão legal para objetos materiais de pequena monta.

Se alguém furta um saco de balas, para alguns doutrinadores não há crime. Está certo? Não. Claro que há crime: furto, subtração. Contudo, para esses doutrinadores, se o mesmo indivíduo furtar esse saco de balas e for reincidente, há crime. Esse entendimento significa que há dois pesos e duas medidas.

Essa observação é para dizer que, mesmo nesses casos considerados crimes de bagatela, há interesse de agir, porque houve, em tese, a prática de uma infração penal.

O art. 43 do Código de Processo Penal, em seus incisos I, II e na primeira parte do III, estabelece as condições genéricas. Essa segunda parte do inciso III trata das condições específicas. Porque esse ponto vai ser examinado em algumas ações, e não em todas. E quais são essas condições para o exercício da ação? Representação e requisição. É para todo crime isso? Não. Então, é especial, como também é específica a entrada do indivíduo em território brasileiro, na aplicação da teoria da extraterritorialidade, em crime contra o Presidente da República etc.

Encerrando, a lei não fala nos pressupostos processuais. Onde estão as condições de validade da ação penal? O juiz também tem de examiná-las quando avalia, ao receber a denúncia ou ao analisar a queixa, o juízo de admissibilidade. Ele tem de verificar se o juiz é competente, se há litispendência, se ocorreu a prescrição, a preempção etc. A capacidade postulatória, a capacidade de estar em juízo, tudo isso se refere ao processo. Logo, essas são as condições genéricas e específicas, e, conforme o art. 41, os pressupostos e os requisitos.

Finalizando, tratarei da justa causa, que deixei por último, porque não está previsto especificamente como condição da ação. Mas é uma condição da ação, visto que, antes da Constituição Cidadã, da Constituição garantista de 1988, bastava, para se exercer o direito da ação penal, que houvesse uma infração penal e um autor.

Porém, com a Constituição de 1988, estabeleceu-se uma norma concreta garantindo os direitos do cidadão, a justa causa, que já havia no Código. Pacelli costuma dizer que a justa causa é a quarta condição da ação. O Código não define a justa causa.

Veamos o art. 648 do Código de Processo Penal, no tópico sobre o *Habeas Corpus*, Capítulo X: “A coação considerar-se-á ilegal: I - quando não houver justa causa”. No entanto, só surgiu a preocupação com essa expressão depois da Constituição de 1988.

Como já mencionei, a lei não define justa causa, pois não cabe à norma definir esse instituto. Cabe à jurisprudência, à doutrina. Para os que militam na área penal, é muito fácil saber o que é justa causa. Justa causa é a presença de uma infração penal e de prova de quem seja seu autor. É o que doutrinariamente esclarece Humberto Theodoro Júnior, dentre outros, quando explica, no processo cautelar, o *fumus boni juris*.

Portanto, para que haja justa causa, para que se possa exercer o direito de ação, é necessário que se façam presentes todos aqueles requisitos e, sobretudo, que se delinieie a justa causa.

Imaginemos que durante a denúncia alguém diga: “João da Silva praticou homicídio contra Maria”. Se, ao se examinar a peça da *informatio*

delicti, que é o inquérito policial, que se inicia com a coerção imediata, coerção mediata ou com a coerção propriamente dita, constatarmos que realmente há uma infração penal, há um homicídio, porém não há nenhuma ligação, nenhuma prova que mostre que foi João da Silva o autor do homicídio. Então, não há justa causa. É preciso haver um mínimo de prova, sob pena de você violar o *status dignitatis* ou *libertatis* do indivíduo.

Pelo exposto, analisamos o controle jurisdicional da denúncia, que é um juízo de admissibilidade que visa tão-somente a manter íntegros o princípio da ampla defesa, o princípio do contraditório, o *status libertatis* e o *status dignitatis* do indivíduo.

Concluindo, tem-se que o *jus postulandi*, o *jus puniendi*, o *jus perseguendi* e o *jus accusationis* não podem ser exercidos de forma ilimitada, justamente para garantir os princípios do Estado de Direito.

Muito obrigado!