

OBRAS DO AUTOR

- A polícia à luz do direito: a polícia civil e o Projeto de Código de Processo Penal. (Obra coletiva, coordenada por Bismarck B. de Moraes.) São Paulo: RT, 1991.
- Constituição de 1988 – regimes e garantias constitucionais do processo.* (Co-autoria de José Rogério Cruz e Tucci.) São Paulo: Saraiva, 1989.
- Curso de direito processual civil.* São Paulo: Saraiva, 1989, vol. II e III.
- Curso de direito processual: processo civil de conhecimento II.* São Paulo: Bushnatsky, 1976.
- Da ação e do processo civil na teoria e na prática.* 2. ed. São Paulo: Saraiva e Rio de Janeiro: Forense, 1978 e 1985.
- Da contumácia no processo civil brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 1964.
- Devção processo legal e tutela jurisdicional.* (co-autoria de José Rogério Cruz e Tucci.) São Paulo: RT, 1992.
- Direito criminal:* Considerações acerca da inadmissibilidade de uma teoria geral do processo. (Obra coletiva, coordenada por José Henrique Pierangeli.) Belo Horizonte: Del Rey, 2001, vol. 3.
- Direito interporal e a nova codificação processual penal.* São Paulo: Bushnatsky, 1975.
- Direito processual civil e direito privado – ensaios e pareceres.* São Paulo: Saraiva, 1989.
- Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 1993.
- Do corpo de delito no direito processual penal brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 1978.
- Do julgamento conforme o estado do processo.* 3. ed. São Paulo: Bushnatsky e Saraiva, 1974, 1982 e 1988.
- Do mandado de segurança contra ato jurisdicional penal.* São Paulo: Saraiva, 1978.
- El proceso penal (Sistema penal y derechos humanos): El proceso penal en Brasil.* (Obra coletiva, coordenada por Eugenio Raúl Zaffaroni.) México: Porrá, 2000.
- “Habeas corpus”, ação e processo penal.* São Paulo: Saraiva, 1978.
- “Habeas data”:* Processo e procedimento da ação de “habeas data”. (Obra coletiva coordenada por Teresa Arruda Alvim Warmbier.) São Paulo: RT, 1998.
- Juizados especiais criminais – Interpretação crítica: Reflexões sobre o art. 1.º da Lei 9.099/95.* (Obra coletiva organizada por Antonio Sérgio A. de Moraes Pitolombo) São Paulo: Malheiros, 1997.
- Jurisdição, ação e processo penal.* Belém: Cejup, 1984.
- Jurisdição, ação e processo penal moderna:* Visão do direito processual penal moderno. (Obra coletiva, coordenada por Jaques de Camargo Pentando.) São Paulo: RT, 2000.
- Justiça Penal – Tortura, crime militar, “habeas corpus”, “Habeas corpus” nos tribunais superiores.* (Obra coletiva, coordenada por Jaques de Camargo Pentando.) São Paulo: RT, 1998.
- Lineamentos do processo penal romano.* São Paulo: Edusp/Bushnatsky, 1976.
- Manual do juizado especial de pequenas causas.* São Paulo: Saraiva, 1985.
- Persecução penal, prisão e liberdade.* São Paulo: Saraiva, 1980.
- Princípio e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro.* (co-autoria de Sérgio Marcos de Moraes Pitolombo e outros.) Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- Procedimentos e outros temas de direito processual civil.* São Paulo: Bushnatsky, 1976.
- Sanção e coisa julgada civil.* Belém: Cejup, 1984.
- Temas e problemas de direito processual.* São Paulo: Saraiva, 1982.
- Teoria e prática do “habeas corpus” e do mandado de segurança.* Belém: Cejup, 1986.
- Tratado da locação predial urbana.* (Co-autoria de Álvaro Villaza Azeredo.) 3. tir. São Paulo: Saraiva, 1980, 1982 e 1988, vol. I e II.
- Tribunal do Juri – Estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira.* (Obra coletiva – co-ordenador.) São Paulo: Saraiva, 1999.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Tucci, Rogério Lauria

Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistematizado) / Rogério Lauria Tucci. – São Paulo : Editora Revisita dos Tribunais, 2002.

Bibliografia

ISBN 85-203-2319-7

1. Processo penal I. Título.

02-3725

Índices para catálogo sistemático: 1. Direito processual penal 343.1

CDU-343.1

ROGÉRIO LAURIA TUCCI

TEORIA DO DIREITO PROCESSUAL PENAL

*Jurisdição, ação e processo penal
(estudo sistemático)*

meta book
19, jan. 08

EDITORA
REVISTA DOS TRIBUNAIS



cia, nas situações referidas, entre outros, por VICENTE GRECO FILHO,¹¹ e a saber: a) naquela em que se faculta a "qualquer cidadão oferecer denúncia perante a Câmara dos Deputados ou perante o Senado Federal por crime de responsabilidade de agentes políticos"; e b) na alusiva à concessão, a "qualquer credor, na falência, promover a ação penal por crime falimentar ainda que o Ministério Público tenha pedido o apensamento do inquérito judicial aos autos da falência, o que equivale ao pedido de arquivamento do inquérito".

Ora, na primeira das indicadas hipóteses, a "denúncia" em referência, na realidade, nada mais é do que uma *notitia criminis*, restando a proposição acusatória, propriamente dita, a cargo do órgão fracionário do Poder Legislativo com atribuição para tanto.

E, no tocante à outra, bem se vê, até mesmo num relance, que se trata de *ação penal de conhecimento de caráter condenatório, de iniciativa privada*, para cuja propositura se confere legitimação ao credor.

Aliás, nessa derradeira situação, excogitável é a asserida derogação da *legitimatio ad causam* pelo art. 129, I, da Carta Magna de 1988; tanto mais quanto expresse o próprio ilustre mestre das Arcadas que, "nesses crimes, somente será admitida a ação penal privada no caso específico de o Ministério Público não intentá-la no prazo legal. Se o Ministério Público agiu, ou seja, pediu o arquivamento, não se aplica o permissivo do art. 5.º, LIX, logo não será possível aos credores apresentar queixa, por força da Constituição".

De qualquer modo, enfim, parece-nos benfazeja a orientação legislativa no sentido de não adotá-la, até porque, como se tem salientado, praticamente nenhuma é a sua utilização, sobretudo "em razão dos incômodos, ódios, represálias e despesas que acarreta o seu exercício"; e por incrementar verdadeiras injustiças, decorrentes de propósitos de vingança, e consequentes acusações levianas, temerárias e, até mesmo, caluniosas.¹²

PARTE TERCEIRA PROCESSO PENAL

PROCESSO

10

SUMÁRIO: 10.1 Dados conceituais – 10.2 Distinção entre processo e ação – 10.3 Natureza jurídica do processo.

10.1 Dados conceituais

Passando, já agora, ao estudo do *processo penal*, devemos cuidar, desde logo, da verificação de alguns dados conceituais genéricos.

Apresenta-se o *processo*, com efeito, como o *instrumento* mediante o qual toda a atividade compreendida na *ação judicial* se desenvolve – um *instrumento, técnico, público, político e ético de distribuição de justiça*.

E, não obstante reclamando, inúmeras vezes, especialmente no processo civil, a iniciativa da parte (*ação do autor*) para começar, tem como característica do seu desenvolvimento o *impulso oficial*.¹

Ademais, como veremos melhor adiante, o *processo* formaliza-se, sempre, num *procedimento*, a que corresponde a sua *esquematisação formal*. Todavia, diferentemente deste, que mostra o movimento dos atos da ação em juízo na sua forma extrínseca, o *processo* é, essencialmente, de índole *finalística*, ou *teleológica*.²

10.2 Distinção entre processo e ação

Por outro lado, e em que pese o proclamado e inafastável relacionamento entre ambos, não há como e por que serem confundidas as acepções de *processo* e de *ação*, quer a *da parte*, quer a *judiciária*.

⁽¹¹⁾ VICENTE GRECO FILHO, *Manual de processo penal*, cit., p. 104-105.

⁽¹²⁾ V., a respeito, uma vez mais, JORGE ALBERTO ROMEIRO, *Da ação penal*, cit., p. 134 e ss.; embora manifestando, em seguida, à p. 136, seu aplauso à consagração, então, da *ação penal popular* pelo nosso ordenamento jurídico.

⁽¹⁾ Expressa, a respeito, o art. 262 do CPC, *verbis*: "O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial".

⁽²⁾ Cf. NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 2. ed., México, Unam, 1970, p. 115-116.

Com efeito, como explica ALFREDO BUZARD, em doutrinação especificada à *ação da parte*, e precedentemente citada,³ esta não se identifica com o processo, aliás antecedendo-o e, outrossim, originando-o. Além do que, ainda que o processo possa extinguir-se, em decorrência de nulidade, ou à falta de uma das condições da ação, esta subsiste, de sorte a poder ser reproposta pelo interessado.

E, do mesmo modo, no tocante à *ação judiciária*, bem é de ver que o processo, como antes ressaltado, se apresenta como instrumento de sua realização, dirigida à aplicação do Direito ao caso submetido à apreciação de órgão jurisdicional.

Efetiva-se ela, com efeito, por meio do processo, que, materializado no procedimento, se delinea como um conjunto de atos, realizados, sucessiva e coordenadamente, pelo agente do Poder Judiciário — juiz ou tribunal, que o dirige —, seus auxiliares, e demais pessoas dele integrantes e participantes, a propósito da definição de uma relação jurídica material tornada litigiosa (*processo extrapenal*, marcadamente o *civil*), ou do solucionamento de um conflito de interesses de alta relevância social (*processo penal*); e, outrossim, quando necessário, de sua realização prática (*execução*), bem como de sua assecuração (*cautela*).

Intuiu-o, com precisão, JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR,⁴ ao expressar que: “*Forma é o que dá realidade ao ser e à operação. Ora, o processo, natural atributo de toda ação em movimento no tempo e no espaço, é a realidade da ação, e, portanto, a sua forma. Quer a ação feita por ato instantâneo, quer a ação feita por atos sucessivos, realiza-se pelo movimento em processo: Actio et passio includuntur in motu, ac solum differunt ratione a motu*” (Aristóteles, *Fis.*, II, 4, 10”).

Daí por que — complementa, ao referir-se, adiante,⁵ especificamente ao processo — é o processo judicial “o movimento dos atos da ação judicial, ou melhor, o movimento dos atos da ação em juízo”.

10.3 Natureza jurídica do processo

Isso, necessariamente, expandido, deve ter-se presente, outrossim, que, afastada de vez, com o decurso do tempo, a noção contratualista do processo — adequada, tão-só, à submissão voluntária e prévia dos interessados

³ ALFREDO BUZARD, *Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*, cit., p. 90; e, também, Do despacho saneador, cit., p. 6-7. V., ainda, item 6.3.4.1, notas 34 e 38, *supra*.

⁴ JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR, *Direito judiciário brasileiro*, cit., p. 100.
⁵ À p. 217.

ao *iudicium*, de cunho eminentemente privatístico, como ocorria no segundo estágio do processo civil romano, qual seja o *formular*, ou *per formulas* —, passaram os processualistas a cultivar a idéia de *relação jurídica processual*, especialmente a partir da edição de acatada e já citada obra de OSKAR VON BULÖW, versando as exceções e os pressupostos processuais, *Die Lehre von den Prozessinreden und die Prozessvoraussetzungen*.⁶

Afirma-se, a propósito, que, destinado à formação de imperativos jurídicos, o processo reclama a colaboração dos interessados com uma ou mais pessoas desinteressadas (agentes do Poder Judiciário — juízes e tribunais). Por esse motivo, ficariam todos sujeitos a uma *nova relação*, distinta da de direito material que o origina, devidamente regulada, e que cria entre essas aludidas pessoas vínculos juridicamente relevantes.

O relacionamento assim determinado, por sua vez, e consequentemente, geraria: a) o dever do órgão jurisdicional de, em nome do Estado, definir a relação jurídica material litigiosa (ou — permitimo-nos aduzir — de solucionar um socialmente relevante conflito de interesses, em âmbito penal), submetido à sua apreciação, e de realizar o direito declarado; e b) o correspondente direito subjetivo do interessado de exigir a prestação, ou providência, dele requestada.

Assim também, o dever das partes de colaborar com o juiz, ou tribunal, na sua obra constante de realização do direito, e de submeterem-se ao resultado atingido na *ação judiciária*; e ao correlato direito subjetivo do Estado de exigir tais colaboração e submissão.

Acontece, todavia, que, segundo incensurável visualização doutrinária, já explicitada e repisada,⁷ essa relação é, também (obviamente — aduzimos), de direito material, ou seja, de *Direito Judiciário Material*, e existe, entre o Estado e o membro da comunidade social, *antes e fora do processo*.

Perfeitamente adequada à vetusta e sábia parêntica romana “*ius et obligatio correlata sunt*”, encarta-se na primorosa conceituação de GIORGIO DEL VECCHIO,⁸ assim expressa em nosso vernáculo: (Relação jurídica é) “o vínculo entre pessoas, em virtude do qual uma delas pode pretender qualquer coisa, a que a outra é obrigada”. Ou, como, em igualmente difundida proposição, anota FRANCESCO CARNELUTTI,⁹ é “um conflito de interesses regulado pelo direito”, a

⁶ V., também, sobre a indicada obra, item 3.2.3, nota 16, *supra*.

⁷ V., a respeito, e por todos, JOAQUIM CANTUTO MENDES DE ALMEIDA, *Processo penal, ação e jurisdição*, cit., p. 15.

⁸ GIORGIO DEL VECCHIO, *Lições de filosofia do direito*, trad. portuguesa de Antônio José Brandão, 3. ed. atual. por Anselmo de Castro, Armênia Amado, 1959, vol. II, p. 194.

⁹ FRANCESCO CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, cit., vol. I, p. 25; com a seguinte e livre tradução do típico transcritor: “Enquanto é composto

saber: "In quanto è composto da un comando giuridico, un conflitto di interessi diventa un *rapporto giuridico*. Questo non è altro se non la espressione della composizione di un conflitto mediante il diritto; o, in altri termini, un *conflitto di interessi regolato dal diritto*. Il *conflitto di interessi* è il suo elemento *materiale*; il *comando giuridico* è il suo elemento *formale*".

Compreendendo, sempre, duas situações jurídicas, nela corporificam-se, de um lado, o *direito à jurisdição*, correspondente à *titularidade da situação jurídica ativa (direito subjetivo)*; e, de outro, o *dever de prestação jurisdicional do Estado*, correspondente à *titularidade da situação jurídica passiva (obrigação ou dever)*.

Ou, ainda, em diversificado senso, o *direito do Estado de exigir a colaboração dos interessados*, no desempenho da função jurisdicional; e o *dever de colaboração do membro da comunidade*, inclusive sofrendo todos os efeitos determinados pelo desenvolvimento da *ação judiciária*: como bem explica esse fenômeno DEL VECCHIO,¹⁰ "a relação jurídica é frequentemente dupla e complexa, porque a mesma pessoa que é investida na faculdade ou pretensão é também investida numa obrigação, e vice-versa".

Tudo, inequivocamente, como resultante da complexidade desse relacionamento jurídico, que se projeta, sempre, e em qualquer circunstância, no universo do Direito, como *fenômeno extra e metaprocessual*: vale dizer, repousante em normas jurídicas materiais, antecedentes e determinantes, até, da instauração do processo como única forma em lei prevista para a definição de relação jurídica outra (também material), tornada litigiosa, ou decorrente de infração a preceito do *ius positum* penal.

Bem é de ver, outrossim, que, enquanto as normas jurídicas materiais "são aquelas que definem e regulam as relações e criam direitos, tutelam interesses e compõem seus conflitos", estabelecendo, aprioristicamente, as respectivas soluções,¹¹ as normas jurídicas processuais — *instrumentais*, por natureza e definição — disciplinam a conduta dos órgãos jurisdicionais, seus auxiliares, outros integrantes e participantes, apenas durante o desenrolar do processo, ou seja, desde o ato introdutório, até, com a preclusão dos prazos para recursos, a formação da coisa julgada, ou a satisfação do direito do vencedor.

Aquelas, ademais, têm como destinatários, perene e somente, os sujeitos (*partes*) da relação jurídica material, cuja definição ou realização constitui objeto do processo; estas, a seu turno, têm, além destes, outros destinatários, especialmente o sujeito *imparcial* do processo (*órgão jurisdicional*), regulamentando, com especificidade, a atuação de cada um deles, em dado momento do procedimento no qual ele se materializa.

Por outras, e conclusivas, palavras, o relacionamento jurídico ocorre entre os sujeitos processuais parciais e imparciais, assim como os demais atuantes num processo, é meramente *procedimental*, sem nenhuma possibilidade, portanto, de exigência, de um para com outro, de *qualquer facere*, ou *non facere*.

Conseqüentemente, e afastadas, de resto (na esteira dos ensinamentos de ENRICO TULLIO LIEBMAN¹² e JOSÉ FREDERICO MARQUES¹³), quaisquer outras menos significativas aceções publicísticas do processo como as de JAMES GOLDSCHMIDT (*teoria da situação jurídica*, de KOHLER e outros, especialmente do autor antes citado, asseverando, substancialmente, que os direitos e obrigações das partes, embora estabelecidos por normas jurídicas materiais, transfundem-se, em juízo, no posicionamento expectante de futura sentença, numa *situação jurídica* — assim concebida, mais propriamente, a *res in iudicium deducta*) e de JAIME GUASP e EDUARDO J. COULTURE (*teoria institucional*, segundo a qual o processo seria uma *instituição*, cujo conceito corresponde ao de uma relação jurídica complexa), só se o pode conceber como o meio pelo qual os interessados exercem o *direito à jurisdição (ação)*, e são instados a cumprir o *dever de colaboração para com o órgão jurisdicional competente*; e este efetiva a *ação judiciária*, declarando o direito, satisfazendo o direito declarado, e assegurando o direito a ser declarado ou satisfeito.

Em suma, é o *processo* — complexo de atos, sucessivos e coordenados, "tendentes ao exercício da função jurisdicional", ou, mais simplesmente, da jurisdição¹⁴ —, como já frisado, o *instrumento, técnico, público, político e ético de realização do Direito*, pelos agentes do Poder Judiciário, quais sejam os juízes e tribunais.

Mais simplesmente, ainda, é o *instrumento do exercício da jurisdição*.

por um comando jurídico, um conflito de interesses insere-se numa *relação jurídica*. Esta nada mais é do que a expressão da composição do conflito pelo direito; ou, em outras palavras, um *conflito de interesses regulado pelo direito*. O *conflito de interesses* é o seu elemento *material*; o *comando jurídico* é o seu elemento *formal*".

¹⁰ GIORGIO DEL VECCHIO, *Lições de filosofia do direito*, cit., vol. II, p. 194.

¹¹ Cf. MOACYR AMARAL SANTOS, *Primeiras linhas de direito processual civil*, cit., vol. I, p. 23 e 6.

¹² ENRICO TULLIO LIEBMAN, L'opera scientifica de James Goldschmidt e la teoria del rapporto processuale, *Problemi del processo civile*, Nápoles, Morano, 1962, p. 132 e ss.

¹³ JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Manual de direito processual civil*, cit., vol. I, p. 138 e nota 2.

¹⁴ Cf., uma vez mais, MOACYR AMARAL SANTOS, *Primeiras linhas de direito processual civil*, cit., vol. I, p. 13.

um fato ou acontecimento na descrição de norma legal incriminadora está presente em todos os momentos da *persecutio criminis*, justificando e graduando a *potestas coercendi* e a *potestas cognoscendi* dos diversos órgãos do procedimento penal".

Com efeito, considerada a infração penal como a violação de um bem juridicamente tutelado por legislação específica, que não somente lesa ou ameaça lesar direitos individuais, mas afeta, também, a harmonia e a estabilidade indispensáveis à vivência comunitária, incumbe ao Estado a restauração da ordem jurídica por ela atingida, de sorte a restabelecer, simultaneamente, a paz social, asscuratória da segurança pública.

E isso — aduz MAGALHÃES NORONHA² —, por ser o Estado "um meio e não um fim", tendo como objetivo a realização do bem comum, "o que não conseguiria alcançar se não estivesse investido do *ius puniendi*, do direito de punir o crime, que é o fato mais grave que o empeça na consecução daquela finalidade".

Tenha-se presente, outrossim, que esse poder-dever de punir, nas sociedades civilizadas, é privativo, exclusivo, do Estado, sendo, por isso, inadmissível, em regra, hodiernamente, a vingança de mão própria, até por ter o Direito Penal "uma função pública, achando-se fora de seu âmbito qualquer forma de repressão privada"³.

De outra banda, o *ius puniendi* não se apresenta indiscriminadamente, sofrendo, pelo contrário, limitação ditada pelo denominado *principio da reserva legal*, consubstanciado na parênima *nullum crimen nulla poena sine lege*, em que sobrelevada a inadmissibilidade da punição de pessoa que não tenha praticado ato tido como penalmente relevante.

Faz-se oportuna, a propósito do *regramento da reserva legal*, a relembração de que sua origem, ao contrário do que muitos entendem e propagam, remonta ao segundo período do processo penal romano — o acusatório, das *quaestiones perpetuae* —, quando, dada a exigência de uma repressão mais severa dos fatos anteriormente considerados como simples *delicta*, eles passaram a constituir nova modalidade de

² E. MAGALHÃES NORONHA, *Curso de direito processual penal*, cit., p. 3.

³ Cf., uma vez mais, JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Elementos de direito processual penal*, cit., vol. I, p. 4; acrescentando, a seguir, com FLORIAN, que nem nos casos de legítima defesa, nem nos de ação penal de iniciativa privada (na qual, como visto, há lugar para a *substituição processual*), pode ser vislumbrada exceção a essa regra. E isso ainda mais porque a legislação penal moderna estabelece sanção contra o exercício arbitrário das próprias razões.

11

PROCESSO PENAL

SUMÁRIO: 11.1 Poder-dever de punir — 11.2 Direito de coação indireta — 11.3 Persecução penal e afirmação do *ius libertatis* — 11.4 Fíndole do processo penal — 11.5 Pressuposto do processo penal — 11.6 Características do processo penal: 11.6.1 Inquisitividade dirigida à apuração da verdade material; 11.6.2 Acusatoriedade especificada ao procedimento da segunda fase da persecução penal; 11.6.3 Contraditoriedade real e indispositiva; 11.6.4 Sujeitos parciais do processo penal: 11.6.4.1 Conceituação de parte em sentido material; 11.6.4.2 Partes em sentido processual; 11.6.4.3 Partes no processo penal — 11.7 Pressupostos processuais penais: 11.7.1 Conceituação e espécies; 11.7.2 Pressupostos de existência do processo; 11.7.3 Pressupostos de desenvolvimento válido do processo; 11.7.4 Pressupostos processuais inerentes ao processo penal.

11.1 Poder-dever de punir

Após tecer essas prévias e inafastáveis considerações, devemos de-morar-nos, em imediata seqüência, e particularizando o estudo desenvolvido ao *processo penal*, na análise de algumas noções que lhe são, direta ou indiretamente, inerentes.

Em primeiro lugar, necessariamente também, a de *ius puniendi*, que se traduz no *poder-dever de punir* do Estado como decorrência da prática de um fato tido como penalmente relevante, isto é, *típico, antijurídico e culpável*.

Como bem observa, a esse respeito, JOSÉ FREDERICO MARQUES,¹ sempre que "uma conduta se enquadre em descrição contida em norma penal incriminadora, ela se torna fato típico; e quando este é contra o direito (fato ilícito) e culpável —, existe um fato delituoso."

Dai — entatiza, logo adiante, com expressa referência a obra de JIMÉNES DE ASÚA — a verificação de que "o problema da adequação típica é de grande relevância no processo penal. O enquadramento de

¹ JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Elementos de direito processual penal*, cit., vol. I, p. 140 e 141.

Incriminação, estabelecida por *leges delictoras de crimina* e instituidoras das *quaestiones publicae*, que, com o decorrer do tempo, se tornaram *quaestiones perpetuae*.⁴

A incorrespondência da conduta do agente com qualquer dos modelos legais em voga constitui, na verdade, obstáculo intransponível para a aplicação do mandamento sancionador da norma penal: restringe-se, por certo, a imposição da sanção penal somente às situações em que ela esteja aprioristicamente prescrita em relação a fato tido como criminoso ou contravençional.

Essa restrição encontra-se determinada, em nosso ordenamento jurídico, no disposto no inc. XXXIX do art. 5.º da vigente Carta Magna de nossa República Federativa ("não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal"), e no art. 1.º do CP, com a redação dada pela Lei 7.209, de 11.07.1984, praticamente igual à da transcrita preceituação constitucional ("Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal").

É isso, certamente, com o temperamento estatuído no inc. LV do mesmo art. 5.º da Lei das Leis nacionais, segundo o qual a persecução penal, em toda a sua tramitação, deverá realizar-se com efetividade do contrário e da ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes, assim como com a conscientização de que a observância de lei anterior, relativamente ao cometimento delituoso e ao respectivo sancionamento, deve ser descartada quando agravar a situação do imputado.

É que o *poder-dever de punir* deve ser, sempre, cotejado com *ius libertatis* do indigitado autor de infração penal.

Como preleciona, agudamente, a esse propósito, ALBERTO DOMENICO TOLOMEI⁵ — ao sobrelevar o equívoco contido no entendimento segundo o qual, expressando regras de conduta para os membros da

⁴ Cf., a respeito, nosso *Lineamentos do processo penal romano*, São Paulo, Edusp/ Bushatsky, 1976, p. 69 e ss.; com lastro, dentre outros, no magistério de UGO BRASIELLO, *Processo penale (diritto romano)*, *Novissimo digesto italiano*, Turim, UTET, 1966, vol. XIII, p. 1.159-1.160. E, ainda, em assemelhado senso, BERNARDO SANTALUCIA, *Diritto e processo nell'antica Roma*, Milão, Giuffrè, 1989, p. 63 e ss.; e ARTHUR PINTO DA ROCHA, *Direito público*, tese XIII, *Dissertações comemorativas do 4.º Centenário do descobrimento do Brasil*, Rio de Janeiro, 1904, vol. II, p. 554.

⁵ ALBERTO DOMENICO TOLOMEI, *I principi fondamentali del processo penale*, cit., p. 80.

comunhão social, o Direito Penal cria, apenas, direitos subjetivos⁶ em favor do Estado, deixando de contemplar os cidadãos com qualquer interesse juridicamente tutelado —, o *ius puniendi* é-lhe conferido somente nos casos e nos modos expressamente estatuídos em normas penais.

Dessa limitação — prosssegue — surge, então, mediante conversão, o direito subjetivo de liberdade das pessoas físicas integrantes da coletividade, que é tutelado, implicitamente, pela mesma norma jurídica penal material⁷ e, explicitamente, por outros preceitos, inclusive de Direito Constitucional, a definirem a intenção,⁸ ou interesse, de liberdade, isto é, de não serem punidas, exceto nos casos expressa e anteriormente previstos em leis editadas pelas autoridades competentes.

11.2 Direito de coação indireta

Na mesma linha de raciocínio — é de ser aduzido —, não se pode deixar de considerar que, cometida a infração penal, mesmo assim não há como impor, nem discricionária, nem (muito menos) autoritariamente, a sanção em lei prescrita para cobrir sua prática.

O mais de que se pode cogitar, então — e com a discricionariedade ínsita à atuação de agente do Poder Judiciário (juiz ou tribunal), na consecução da finalidade do processo penal —, é da realização de algumas providências de natureza cautelar, assecutorárias da aplicação de pena ou de medida de segurança ao autor de prática criminosa ou contravençional.

Vale dizer: imprescindível afigura-se, para tanto, a existência de *processo*,⁹ em que, confrontado o *ius puniendi* do Estado com o *ius libertatis* do cidadão, tenha lugar, afinal, o julgamento (impositivo de sanção apenas quando tido o acusado como, realmente, culpado).

⁶ Como tal, segundo generalizado consenso, o de punir — *direito subjetivo de punir* (cf., por todos, JOSE FREDERICO MARQUES, *Tratado de direito processual penal*, cit., vol. I, p. 4; forte nos ensinamentos de FILIPPO GRISPIGNI e GEORG JELLINECK).

⁷ Delibadora, como visto, de fato tido como *típico, antijurídico e culpável*.

⁸ Empregamos as palavras *interesse*, em lugar de *pretensão*, e *normas penais*, no de *direito objetivo*, dadas a irrelevância e a inadequação dos conceitos de *lide e pretensão*, no processo penal, na forma explicitada no item 1.4 *supra*; e dado, outrossim, o fato de somente se poder cogitar da aplicação de direito positivo, em sede de jurisdição penal.

Do mesmo modo, costumamos substituir o vocábulo *pretensão* por *intenção*, termo que exprime, como de mister em técnico e jurídico rigor, no âmbito da liberdade do ser humano, *desígnio, propósito, anseio* (cf., ainda, nosso e de outros, *Princípio e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro*, cit., p. 81).

⁹ Processo penal de conhecimento de caráter condenatório.

Trata-se, por certo, e na expressão dos doutos, da inafastabilidade da *jurisdicionalização da pena*, que se consubstancia na parêntese *nulla poena sine iudicio*, segundo a qual a sanção penal, *lacio sensu*¹⁰ considerada, somente pode ser imposta jurisdicionalmente, por meio do *processo*.

E a tanto equivale afirmar, por certo, que o *ius puniendi* não é auto-executável, ou, como quer MANZINI,¹¹ é de *coação indireta*: "O direito penal não é um direito de coerção direta, mas, sim, de *coerção indireta* (ou de justiça)".

Em suma — permitimo-nos aditar —, a punição, no caso concreto, deve resultar de um pronunciamento *judicial*, concretizado em *processo* timbrado pelo *due process of law*.

11.3 Persecução penal e afirmação do *ius libertatis*

Ademais, dado esse *caráter indireto da coação penal*, para torná-la efetiva necessita o Estado ostentar a titularidade de outro direito, igual e inequivocamente público e subjetivo — o correntemente denominado *ius perseguendi*, ou *ius persecutionis*.

Este, por sua vez, consiste no poder de promover a persecução do indigitado autor da infração penal até o momento em que lhe seja imposta, definitivamente, com o trânsito em julgado da correspondente sentença condenatória, a sanção em lei prescrita para a prática criminosa ou contravencional cuja coibição é por ela colimada.

E exterioriza-se na *persecução penal* (*persecutio criminis*), consubstanciada numa atuação de agentes estatais destinada à verificação da existência material da infração penal e da culpabilidade de seu autor, para conseqüente aplicação das normas de Direito Penal material ao caso concreto; e dividida no sistema processual penal vigente no Brasil em duas distintas fases, a saber:

a) a primeira, pré-processual — administrativa na forma e na substância, e judiciária no tocante à sua finalidade¹² —, denominada *investigação*

⁽¹⁰⁾ Isto é, tanto no sentido de *pena*, propriamente dita, como *medida de segurança*, igualmente espécie do gênero *sanção penal*.

⁽¹¹⁾ VINCENZO MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, cit., vol. I, p. 83; no original: "Il diritto penale non è un diritto de coercizione diretta, bensì di *coercizione indiretta* (o di giustizia)".

⁽¹²⁾ V., a respeito, o excelente estudo de FERNANDO HENRIQUE MENDES DE ALMEIDA, É sustentável que exista entre nós uma polícia mista?, *Arquivos da Polícia Civil de São Paulo* III/221 e ss., São Paulo, 1942; expressando que, subs-

criminal (informatio delicti), e efetuada, em regra, por órgãos da Administração Pública, especialmente a Polícia Judiciária.

Mencionamos "em regra", dada a possibilidade de realização de investigação, também, por órgão do Poder Judiciário — *Inquérito Judicial* —, nos casos de crime falimentar (cf. arts. 103 e seguintes da Lei de Falências — Decreto-Lei 7.761, de 21.06.1945); e pela CPI — Comissão Parlamentar de Inquérito, quando se trate de *Inquérito parlamentar*, com a explicita finalidade de investigar as situações previstas nos arts. 55, 85 e 86, e respectivos incisos e parágrafos, da CF, a saber: cassação de mandato de membro do Congresso Nacional e impedimento do Presidente da República, além de em Constituições Estaduais e em leis infraconstitucionais.

b) a outra, de *instrução criminal*, e correspondente, propriamente, à *ação penal* — dotada de *inquisitividade*, na sua essência; e *formalmente acusatória*¹³ —, que culmina, como antes ressaltado, com a imposição de sanção (pena ou medida de segurança) ao infrator perseguido e tido como culpado, ou com a absolvição do inocente.

Somente pode efetivar-se por inteiro, destarte, mediante a preponderante e finalizadora atividade dos órgãos do Poder Judiciário, no exercício da jurisdição penal, ou seja, por via da *ação judiciária* dos juizes e tribunais.

Ação judiciária, como temos enfatizado, e reiteramos no item 5.4 supra, consiste na atuação dos agentes do Poder Judiciário — juizes e tribunais —, com a precípuia finalidade de realização do Direito.¹⁴

Distingue-se da *ação das partes* (que, aliás, como também visto, nela se subsume) e instrumentaliza-se no *processo*, que, por sua vez, "materializado no *procedimento*, se apresenta como um conjunto de atos, realizados, sucessiva e coordenadamente, pelo órgão jurisdicional, seus auxiliares e demais pessoas dele integrantes e participantes, a propósito da definição de uma relação jurídica material tornada litigiosa (*processo civil*) ou do solucionamento de um conflito de interesses de alta relevância social (*processo penal*)".¹⁵

Ora, o exercício da jurisdição penal, tal como igualmente versado, dá-se por meio do *processo judiciário*, instrumento técnico, público, político

fancial e formalmente administrativa, a Polícia atua como auxiliar do Poder Judiciário, concorrendo para a "instrução do fato delituoso".

⁽¹³⁾ Cf. nosso Indispensabilidade de contraditório em procedimento recursal, cit., p. 207-209.

⁽¹⁴⁾ V., entre outros, nosso Aspectos modernos do conceito de ação, cit., p. 3 e ss.; e, também, na RT 497/11 e ss., cit., São Paulo, 1977.

⁽¹⁵⁾ Cf., ainda, nosso Curso de direito processual civil, cit., vol. II, p. 6.

e ético de sua realização, cuja meta é a pronúnciação de *juízo* da causa submetida à apreciação do sujeito imparcial que o dirige.

Como anota, a propósito desse focado ponto, JOSÉ FREDERICO MARQUES,¹⁶ havendo “necessidade de decisão prévia para ser imposta a pena, constitui esse julgamento o resultado do exercício, pelo Estado, da jurisdição ou função jurisdicional. E esta somente atua por meio do processo, que é o seu instrumento operacional. Não há jurisdição sem processo, nem processo sem jurisdição, visto que se trata de conceitos inseparáveis e incidíveis. A jurisdição é a força operativa, com que se exerce o *imperium* do Estado para compor um litígio” (ou — permitimo-nos adicionar — solucionar um conflito de interesses de alta relevância social, no campo penal); “e o processo, o instrumento imanente à jurisdição, para que o Estado alcance esse escopo”.

Acrescente-se que a jurisdição penal não é exercida apenas com essa finalidade, obviamente especificada ao processo de conhecimento de caráter condenatório.

Fessalta à evidência, por certo, que estamos nos referindo apenas ao processo de conhecimento, não ao de execução penal — imprescindível *complemento da persecução penal* quando aquele culmina com julgamento condenatório. E conscientizados, outrossim, de que, em formulação largamente difundida, não há como cogitar, em sede penal, da existência de processo cautelar, mas, tão-só, de *medidas cautelares*.¹⁷

Muito pelo contrário, inúmeras vezes os órgãos jurisdicionais são instados à afirmação do *ius libertatis*, num processo de natureza também cognitiva, declaratória ou constitutiva, no qual se desenrola pleito de *habeas corpus* ou de revisão criminal.

Dai poderemos asserir, sem receio de equívoco, que o *processo penal* é instaurado, em regra,¹⁸ pela *ação de uma das partes* (concebidas, sempre,

¹⁶ JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Tratado de direito processual penal*, cit., vol. I, p. 6.

¹⁷ Aduza-se, a respeito do tema versado, a precisa observação de GIUSEPPE BETTOL, Noções sobre o processo penal italiano, trad. portuguesa de José Manoel de Arruda Alvim Netto, *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos Jurídico-Econômico-Sociais* 3/131-132, Bauru, 1967, contemplativa da distinção entre o processo penal e o disciplinar, resultante do mesmo ato ilícito.

¹⁸ Cf., mais detidamente, itens 7.3.4, *supra*, e 14.3.1, *infra*.

¹⁹ O de conhecimento, *sempre*, seja pelo Ministério Público, seja pelo particular ofendido ou seu representante legal; seja, ainda, pelo titular do *ius libertatis*, ou alguém por ele.

e indubitavelmente, em *sentido processual*; ou seja, aquela que exerce, ou aquela em face de quem se exerce, mediante a *ação*, o *direito à jurisdição*¹⁹), visando ao *juízo* da causa levada à cognição judicial.

E isso, com dois escopos, embora distintos, tendentes, convergentemente, à realização do Direito Penal material, e assim determináveis:

a) o de consecução do desiderato de *jurisdicionalização da sanção penal*, e, por via de consequência, da efetivação do *ius puniendi* mediante, exclusivamente, o exercício do *ius persequendi*; e

b) o de afirmação do *ius libertatis*, isto é, da liberdade jurídica de pessoa física, especificada à de locomoção, como autêntico e inarredável fundamento do processo penal, restritivo da coação estatal sempre que excogitado fato penalmente relevante e/ou autoria de crime ou de contravenção.

11.4 Índole do processo penal

Correspondendo, como visto, à instrumentalização do exercício da jurisdição, ou seja, da atuação dos órgãos jurisdicionais consubstanciada na *ação judiciária*, na qual se insere a *ação das partes*, apresenta-se o *processo penal* como um conjunto de atos que se realizam sucessivamente, preordenados à solução de um conflito de interesses de alta relevância social.

A locução *processo penal* é, assim, empregada *stricto sensu*, distinguindo-se, portanto, de seu mais largo significado, qual seja o designativo de Direito Processual Penal como complexo de princípio, regras e leis disciplinadoras da atuação dos agentes do Poder Judiciário e de seus auxiliares, na administração da justiça criminal. E, que, como tal, na expressão de JOÃO MENDES DE ALMEIDA JUNIOR²⁰ — embora genérica, apropriada à especificação ora procedida —, referendada por VICENTE DE PAULO VICENTE DE AZEVEDO,²¹ “abrange princípios, como ciência, e leis, como

¹⁹ Cf., nesse mesmo sentido, nosso Devido processo penal e atuação dos sujeitos parciais, *Devido processo legal e tutela jurisdicional* (co-autoria de JOSÉ ROGERIO CRUZ E TUCCI), São Paulo, RT, 1993, p. 38. Ou, como apropria, generalizadamente, a doutrina processual — na esteira do magistério de GIUSEPPE CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., p. 579; e *Instituições de direito processual chilil*, cit., vol. II, p. 234 —, “aquela que pede, ou aquela em face de quem se pede, a prestação jurisdicional” (no original: “È parte colui che domanda in propri nome (o nel cui nome è demandata) una attuazione di legge, e colui di fronte al quale essa è demandata”).

²⁰ JOÃO MENDES DE ALMEIDA JUNIOR, *Direito judiciário brasileiro*, cit., p. 32.

²¹ VICENTE DE PAULO VICENTE DE AZEVEDO, *Curso de direito judiciário penal*, cit., vol. I, p. 25; devendo acrescentar-se, obviamente, os Regimentos Internos dos tribunais.

legislação; abrange princípios e leis da organização judiciária, princípios e leis sobre as ações, princípios e leis sobre as provas, princípios e leis propriamente do processo”.

A regulamentação de tais atos, integrantes do procedimento em que o processo se materializa, encontra-se estabelecida nas leis processuais penais, aliás com muita propriedade.

Como explica, com a habitual acuidade, HÉLIO TORNAGHI,²² “a lei de processo penal é resultante da composição entre a segurança e a justiça. É preciso manter a ordem a qualquer custo; mas convém que isso ocorra com o máximo respeito pela justiça. A *lei penal* procura abrigar e garantir a paz, ameaçando com penas os atos que ela reputa ilícitos. A *lei processual* protege os que são acusados da prática de infrações penais, impondo normas que devem ser seguidas nos processos contra eles instaurados e impedindo que eles sejam entregues ao arbítrio das autoridades processantes”.

Esse, sem dúvida, é o motivo do destaque dado ao processo penal como instrumento de preservação da liberdade jurídica do acusado em geral;²³ consubstancia-se ele, com efeito, num “preçipuo direito, não do autor, mas do réu, interessado, que este é, em defender sua ‘liberdade jurídica’, mediante a jurisdição, que testa a legalidade” da ação do acusador.²⁴

Por isso que há quem chegue a asseverar, até, que, enquanto o Código Penal é o diploma do delinqüente, o Código de Processo Penal é o estatuto do inocente...²⁵

De qualquer modo, não se pode deixar de ter na devida conta que, estreitamente ligado ao Direito Penal, e atendendo às diretrizes estabelecidas pelo escopo de suas respectivas normas — de *conservação do bem comum* e *correlata pacificação social*,²⁶ assecuratória da segurança pública —, o processo penal objetiva, concomitantemente, dupla finalidade, a saber:

(22) HÉLIO TORNAGHI, *Instituições de processo penal*, cit., vol. 1, p. 75.

(23) Sim, do acusado em geral, isto é, em termos de preclinação constitucional (inc. IV do art. 5.º da vigente Carta Magna nacional), não somente o acusado, propriamente dito, mas, por igual, o envolvido em perseguição ou em execução penal — investigado, indiciado e condenado.

(24) Cf. JOAQUIM CANTUTO MENDES DE ALMEIDA, A “liberdade jurídica” no direito e no processo, cit., p. 296.

(25) Como bem explica o Mestre CANTUTO, no escrito citado na precedente nota 24, às p. 296-297, o processo judiciário, como tal estritamente considerado, é preçipuo direito do acusado, na defesa de sua liberdade jurídica, mediante a efetividade da jurisdição, em que, verificada a legalidade da atuação acusatória, somente resta liberada a coação estatal pela sentença definidora da relação jurídica penal.

(26) Cf., a esse propósito, neste mesmo Capítulo, item 11.1 *supra*.

a) por um lado, a tutela da liberdade jurídica do indivíduo, membro da comunidade; e,

b) de outra banda, o de *garantia da sociedade*, contra a prática de atos penalmente relevantes, pelo ser humano, em detrimento de sua estrutura.

Por via de consequência, tem-se a *inevitabilidade* e, com ela, a *necessidade do processo penal*, quando ocorre a prática de ato tido como típico, antijurídico e culpável: para atingir o efeito jurídico da punição do indigitado autor da infração penal, torna-se inafastável a incoação da *persecutio criminis* e seu ulterior e regular desenvolvimento.²⁷

Na correlata anotação de SÉRGIO MARCOS DE MORAES PTOMBO,²⁸ a ação penal condenatória aflora “como o preço necessário a ser pago pelo *acusador*, público ou privado, para sujeitar, depois, o réu aos efeitos da coisa julgada,²⁹ se tiver razão. O autor, no processo penal, supor-ta, em parte, a tutela jurisdicional de liberdade, como ônus de demandar. A lição de Gaio permanece eterna. *facilis enim reis praetor succurrit, quam actoribus*; o pretor defende os réus de preferência aos autores (G. 4.57)”.

Assim também, noutra angulação, *indispensável* torna-se o processo penal de conhecimento de caráter declaratório, ou constitutivo, para a afirmação do direito de liberdade do indivíduo, quando venha a sofrer ou esteja ameaçado de sofrer, indevida constrição decorrente de ato de autoridade, ou até, em determinadas circunstâncias, de particular.

Faz-se, com efeito, a tutela da liberdade de locomoção do ser humano, no seio da coleividade, obra indelegável de órgão jurisdicional da justiça criminal, instrumentalizada, na forma já explicitada, em processo penal.

11.5 Pressuposto do processo penal

As considerações precedentemente tecidas delineiam-se, por certo, suficientes para a verificação de que se faz pressuposto do processo penal

(27) V., a respeito da aplicação do regramento *nulla poena sine iudicio*, e a consequente e inafastável atuação de órgão jurisdicional, PIERO CALAMANDREI, II conceito di “lite” nel pensiero di Francesco Carnelutti, cit., p. 212-213.

(28) SÉRGIO MARCOS DE MORAES PTOMBO, Processo penal como dever do Estado, *Journal do Advogado* 65/112, São Paulo, OAB/SP, 1979.

(29) *Cosa julgada formal*, à evidência, por isso que de *autoridade relativa*; vale dizer, tutelar de julgamento rescindível, verificadas certas circunstâncias, em qualquer tempo. Somente a sentença absolutória ou declaratória de extinção de punibilidade é que se deixa cobrir, com a preclusão dos prazos para a interposição de recursos, pela coisa julgada material, de *autoridade absoluta*, posto que determinante da imutabilidade do conteúdo do *decisum* (cf. distinção idealizada por SÉRGIO MARCOS DE MORAES PTOMBO, em aula de concurso, e por nós difundida).

a ocorrência de um *conflito de interesses* entre o Estado e pessoa física,³⁰ membro da comunidade, referentemente a ato lido, pela legislação específica em vigor, como penalmente relevante.

E, sendo esses *interesses (punitivo e de liberdade) de alta relevância social*, nunca se deve sacrificar qualquer deles sem a "garantia de um julgamento do Estado", como enfatiza CALAMANDREI,³¹ ao sobrelevar a *não-utilização* do conceito de lide "como elemento distintivo da função jurisdicional", no processo penal.

Devemos reportar-nos, a propósito do magistério desse renomado jurisperito italiano, ao que expusemos no item 1.4 *supra*, acerca de sua correta proposição, assim versada no original, *verbis*: "Il processo penale non ha lo 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 ragione d'essere là dove questo disaccordo sia amichevolmente composto tra i due 'litiganti'; ma ha luogo perché, nel nostro ordinamento giuridico, la punizione del colpevole non può avvenire che attraverso la pronuncia giurisdizionale".

Pontua-se, assim, e, no nosso entendimento, de modo insuperável, a *irrelevância do conceito de lide no processo penal*, até porque, como também já explicitado, no âmbito deste não há como cogitar, sequer cogitar, de "pretensão resistida", ou de "pretensão insatisfeita", implicativas da *necessidade* e da *utilidade* do processo civil para a composição de litígio, ocorrente acerca de determinado bem da vida.³²

Explica-o, com igual precisão, LUCIANO MARQUES LEITE,³³ ao interpretar o pensamento do citado processualista peninsular, observando que, no processo penal, "estão em jogo interesses indisponíveis", não ha-

⁽³⁰⁾ Somente pessoa física, posto que, como já explicitado (no item 6.3.1 *supra*), não obstante tidos como penalmente relevantes, em tese, certos atos praticados por pessoas jurídicas, a ela, ainda que se tenha estes como culpáveis, são impostas, apenas, sanções de natureza administrativa.

⁽³¹⁾ PIERO CALAMANDREI, Il concetto di "lide" nel pensiero de Francesco Carnelutti, cit., p. 211 e ss.

⁽³²⁾ Como é notório (e, por certo, não constituirá demasia sua repriminção), em "carnelutiana" técnica, lide é o "conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro" (cf. FRANCESCO CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, cit., vol. I, p. 40); ou, mais singelamente, já com o acréscimo igualmente referido, o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida (ou insatisfeita).

⁽³³⁾ LUCIANO MARQUES LEITE, O conceito de "lide" no processo penal — Um tema de teoria geral do processo, cit., p. 186.

vendo lugar, portanto, para qualquer solução, que não seja a estabelecida por ato decisório de órgão jurisdicional. Daí — complementa — ter ele, "em qualquer caso, para efeito jurídico da punição do acusado, aquele mesmo caráter de *necessidade (nulla poena sine iudicio)*".

Esse caráter de *indispensabilidade do processo penal* — permitimo-nos aduzir, na esteira, já agora, do exposto na parte final do item 1.1.4 *supra* — faz-se também insito a todas as situações concernentes à afirmação do *ius libertatis*, sempre que comprometido, potencial ou efetivamente, por ato ilegal ou abusivo de quem quer que seja.

Ora, assim sendo, e em decorrência da *impessoalidade* dos interesses contrapostos,³⁴ não há como vislumbrar, em sede penal, a exigência, prévia à incoação do processo, de subordinação de interesse de outrem ao próprio, qualificadora da *pretensão*;³⁵ tal como acontece, em regra, no campo extrapenal. Nem, óbvia e consequentemente, de *resistência* (algo, sem dúvida, necessariamente, *concreto*) a *pretensão* manifestada por um dos interessados em determinado bem jurídico.

Deve-se conceber, isso sim, e como já frisado e repisado, a existência de um *conflito de interesses de alta relevância social*, que somente pode ser solucionado mediante pronunciamento judicial definidor da relação jurídica em que se consubstancia, emanado de órgão competente do Poder Judiciário. Mencionado *conflito de interesses*, como também salientado, não pode ser dirimido, de forma alguma, extrajudicialmente — tornando *inevitável e necessário* o processo penal para o seu solucionamento: é, portanto o *presuposto* deste.

Em epítome, a instauração e o desenvolvimento do processo penal constituem, sempre, a *resultante de um conflito de interesses* gerado pela violação do preceito primário de norma penal material por pessoa física integrante da coletividade.

Da suposta prática de infração penal exsurtem, direta e imediatamente, e conflitantes, o *ius puniendi* do Estado e o *ius libertatis* do agente, reclamando a realização do Direito Penal pelo órgão do Poder Judiciário investido no exercício da jurisdição especificada à Justiça Criminal.

⁽³⁴⁾ Ou justapostos; e certo que essa *impessoalidade* se faz determinante da *inquisitividade* inerente ao processo penal, na sua inteireza, e da *imprescindibilidade*, também, do *contraditório real, indispositivo*, como única forma de atingimento do dado conotativo da sua finalidade, qual seja a *apuração da verdade material*, ou *atingível*.

⁽³⁵⁾ V., a respeito do conceito de *pretensão*, item 1.4 *supra*.

É, de resto, toda a atividade desenvolvida com essa finalidade, na ação *judiciária*, efetiva-se por meio do respectivo instrumento — *processo penal* —, culminando com o *juízo* da causa que o originou.

Acrescente-se que essa concepção³⁶ não é nova, tendo sido precedentemente intuita, entre nós, pelo emérito processualista penal JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA,³⁷ asseverando, com TOLOMEI, a impossibilidade de os funcionários incumbidos do Ministério Público de efetivação do *ius puniendi*, e os imputados, renunciarem ao processo penal; pouco importando, de resto, as considerações subjetivas desses sujeitos parciais que o integram.

Perfiaram-na, também, em memórias polémicas com CARNELUTTI, os acatados juristas peninsulares GIULIO PAOLI³⁸ e FRANCESCO INVREA.³⁹ E, do mesmo modo, em outras sedes e oportunidades, os também renomados ALBERTO DOMENICO TOLOMEI⁴⁰ e EUGENIO FLORIAN.⁴¹

É de ser destacado, de todos esses magistrados, pela sua agudeza, o de GIULIO PAOLI, às p. 65-66 da citada obra,⁴² a saber: "(...) Espirito,

(36) Versada, em dias mais próximos, em nosso *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, cit., p. 25 e ss.

(37) JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA, *Princípios fundamentais do processo penal*, cit., p. 106.

(38) GIULIO PAOLI, La nozione di lite nel processo penale, *Rivista di Diritto Processuale Civile* 1/63 e ss., Pádua, Cedam, 1930.

(39) FRANCESCO INVREA, La servitù del giudicato, *Rivista di Diritto Processuale Civile* 1/23 e ss., cit., 1930: "... quindi di questi processi non è presupposto la lite, e la sentenza no compone lite alcuna tra l'imputato e la parte lesa" (p. 226, e em livre tradução: "... assim, desse processo a lite não é pressuposto, e a sentença não compõe nenhuma lite entre o acusado e a vítima". Il torto e l'azione, *Rivista di Diritto Commerciale* 1/155 e ss., Milão, Vallardi, 1930; e La sentenza e le azioni nel processo penale, *Rivista Penale*, 1931/63 e ss., Roma, Libreria del Littorio.

(40) ALBERTO DOMENICO TOLOMEI, *I principi fondamentali del processo penale*, cit., p. 93 e ss.

(41) EUGENIO FLORIAN, *Diritto processuale penale*, 3. ed., Turim, Torinese, 1939, p. 14.

(42) Na nota 38, e assim, livremente, traduzido o tópicio transcrito no texto: "... Expresso, assim, claramente, que o conceito de lite não se presta para caracterizar a função jurisdicional penal... E, destarte, formulo estas três proposições: 1.ª se fosse possível, no processo penal, adequar-se o conceito de lite como elemento essencial e característico da função jurisdicional, ela somente poderia ter lugar entre o Ministério Público e o imputado; 2.ª todavia, nesse sentido, a lite não existe entre o Ministério Público e o imputado; 3.ª e, muito menos, ela existiria entre o imputado e a vítima". V., no mesmo sentido, GIUSEPPE BETTOL, *Noções so-*

comunque, nettamente, avviso che il criterio di lite non serva a caratterizzare la funzione giurisdizionale penale... E allora pongo queste tre proposizioni: 1.º se nel processo penale potesse rincontrarsi il criterio di lite, come elemento essenziale e caratteristico alla funzione giurisdizionale, questa non potrebbe esse che tra p. m. e imputato; 2.º ma lite, nel senso suddetto, non v'è tra p. m. e imputato; 3.º molto meno v'è tra imputato e parte lesa".

Mais recentemente, e até com maior ênfase, FERNANDO LUSO SOARES,⁴³ na sua já aludida concepção do processo penal como de jurisdição voluntária, e conseqüentes afirmações de não haver nele "pretensão alguma", assim como de que o *contrasite* admissível, entre o Ministério Público e o imputado, "corresponde ao mero conceito de *contravérsia*".⁴⁴

Bem é de ver, enfim, que esse entendimento ganha adeptos de prol, a cada dia, inclusive em nosso país, onde despontam talentos como os de processualistas penais da nova geração, JACINTO NÉLSON DE MIRANDA COUTINHO e JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, respectivamente com as monografias intituladas *A lite e o conteúdo do processo penal*⁴⁵ e *A lite como categoria comum do processo*,⁴⁶ nas quais sobrepõem a inaceitabilidade e a inadequação do conceito "carnelutiano" de lite ao processo penal;⁴⁷ e o último referendando, outrossim, nosso posicionamento, bem como os correlatos de FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO⁴⁸ e CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO.⁴⁹

bre o processo penal italiano, cit., p. 124-131, enfatizando, à p. 125, que o "conflito entre o *ius puniendi* e o *ius libertatis* não pode ser concebido no âmbito de uma lite privada onde se discute sobre um bem econômico".

(43) FERNANDO LUSO SOARES, *O processo penal como jurisdição voluntária*, cit., p. 57 e 59.

(44) Tido esse vocábulo — *contravérsia* —, certamente, não no sentido (por muitos equivocadamente imaginado) de contenda, de disputa, mas de debate, de discussão acerca de determinados fatos e respectivas teses jurídicas.

(45) Editada pela Jurú, Curitiba, em 1989.

(46) Edição da Lelur, Porto Alegre, em 1991.

(47) V. suas conclusões, respectivamente às p. 149 e 118.

(48) FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO, *Processo penal. O direito de defesa: repercussão, amplitude e limites*, 2. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1994, p. 35 e ss.

(49) CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Fundamentos do processo civil moderno*, São Paulo, RT, 1986, p. 44; e *Instrumentalidade do processo*, 5. ed., São Paulo, Malheiros, 1996, p. 62, nota 11.

V., ainda, no mesmo sentido, ARRUDA ALVIM, *Tratado de direito processual civil*, 2. ed., São Paulo, RT, 1990, vol. I, p. 290, asserindo que, "(...) modernamente, é inaceitável a categoria de lite, como integrante do Processo Penal, tal como o fez Carnelutti. Não mais se pode, hodiernamente, pretender ver no Processo Pe-

Enfim, até mesmo o nosso legislador constituinte houve por bem sufragá-la, ao expressar, no inc. LV do art. 5.º da Carta Magna nacional vigente, a distinção entre "litigantes", nos processos extrapenais ("judicial ou administrativo"), e os "acusados em geral", nos processos penais.

Como, na esteira desse correto posicionamento doutrinário e legislativo⁵⁰ (embora criticando a "falta de técnica", em relação ao processo penal, ao processo civil e ao processo administrativo, do aludido dispositivo constitucional), anota JOSÉ CRETELLA JÚNIOR,⁵¹ o "vocábulo 'litigantes' é da terminologia técnica do processo civil, em que A litiga com B, sendo um autor, o outro réu, ou demandante ou demandado, recorrente e recorrido, apelante e apelado".

E, após afirmar que, no processo penal, existe "réu, acusado, indiciado", completa com transcrição da obra supracitada, de JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA,⁵² e da qual deve ser destacada a parte final, *verbis*: "... O delinqüente resolveu o conflito de interesses em que era parte, fazendo a sua utilidade, o seu bem, à custa do sacrifício do interesse alheio. Não surge disso uma pretensão do Estado à pena, mas uma pretensão do Estado à justiça penal, que tanto pode estar na condenação do criminoso, se realmente o tiver sido, como na declaração da legitimidade de seu ato, se não tiver sido criminoso. O poder público não litiga com o indiciado".⁵³

11.6 Características do processo penal

11.6.1 Inquisitividade dirigida à apuração da verdade material

Parece-nos facilmente perceptível, ante o expandido, que o processo penal ostenta *inquisitividade* em ambas as espécies — de *conhecimento* e

nal, como constitutivo de sua essência, um conflito entre a vítima e o criminoso"; e, também, alhures, JULIO B. J. MAIER, *La investigación preparatoria del Ministerio Público*, cit., p. 17 e 22, nota 14.

(50) E também, consequencialmente, jurisdiccional, como pode ser verificado nos julgamentos e pioneiros acórdãos do Superior Tribunal de Justiça (no Recurso Especial 13.375-SP, sendo relator o Ministro Luiz Vicente Cerniccharo) e do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo (nas Apelações 680.235/7 e 681.577/7, sendo relatores, respectivamente, os então Juizes Jo Tansumi e Sérgio Marcos de Moraes Pitombo).

(51) JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Comentários à Constituição brasileira de 1988*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990, vol. I, p. 531.

(52) JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA, *Princípios fundamentais do processo penal*, cit., p. 117-118.

(53) Com os derradeiros destaques, em itálico, não constantes do original.

de *execução*. E, outrossim, notadamente, que ela se faz insita à persecução penal, na sua totalidade.

Com efeito, não obstante respeitáveis opiniões de consagrados juristas, como JOSÉ FREDERICO MARQUES,⁵⁴ no sentido de que o "único *modus procedendi* compatível com o verdadeiro processo penal" seria o denominado *procedimento acusatório*, este, na realidade, apresenta-se, tão só, e concretamente, como o esquema *formal* apropriado à segunda fase da *persecutio criminis*, qual seja a da *ação penal*.

Aliás, esse entendimento do saudoso juriconsulto paulista tem sido repetido, como que automaticamente, pela maioria dos processualistas penais brasileiros, geralmente atrelados às instituições do processo civil.

E pecca, a nosso ver, por afirmar a existência de "litígio penal" e, em complemento, sugerir a subordinação da atividade dos sujeitos processuais "a uma forma procedimental em que não se ponha em risco a imparcialidade do órgão jurisdiccional e onde o *ius puniendi* do Estado e o direito de liberdade do réu sejam, amplamente, focalizados e debatidos", como se tal não fosse possível na tramitação de um processo, embora formalmente acusatório, *inquisitivo* na sua essencialidade e, sobretudo, contemplativo do *due process of law*, elevado, como direito fundamental, à eminença constitucional em nossa vigente Carta Magna (art. 5.º, LIV, *verbis*: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal").

Constituindo a *apuração da verdade material*, ou *atingível*, como visto, o dado mais relevante do precípuo escopo do processo penal — cujo fundamento é a liberdade jurídica de pessoa física integrante da comunidade —, torna-se inequívoco que essa finalidade somente pode ser atingida mediante a atribuição de *inquisitividade* à atuação dos agentes estatais da persecução penal e ao poder de direção conferido ao órgão jurisdiccional na instrução criminal, subsequente à *informatio delicti*.

Por outras palavras, a verdade deve ser inquirida, incessantemente, também em todo o desenrolar da persecução penal, de sorte a preservar-se a liberdade do inocente e impor-se a sanção adequada à infração penal constatada, isto é, a punição que o culpado faz por merecer.⁵⁵

(54) JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Elementos de direito processual penal*, cit., vol. I, p. 10.

(55) V., a respeito, uma vez mais, JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Elementos de direito processual penal*, cit., vol. I, p. 137-138, assim se expressando: "Em sentido amplo, a persecução penal consiste, segundo BELLING, na 'atividade estatal de proteção penal'. O Estado, como explica BERNER, tem o 'direito de persecução penal', com que procura tomar efetivo o *ius puniendi* resultante do crime para impor, assim, ao delinqüente, a sanção penal adequada".

Particularmente no tocante à *ação judiciária*, concretizada processualmente na mencionada fase da *instrução criminal*, é de ter-se presente que, possuindo a atuação dos juízes e tribunais, por destinação, a proteção da liberdade do ser humano envolvido na *persecutio criminis*, esta somente pode ser concretizada com a *descoberta da verdade material*, ou *atingível*, em que se traduz "um interesse impessoal, de todos os membros da comunidade social. A ação penal é pública, o interesse é estatal e público por consequência. A verdade material é um *munus público*. O interesse é geral".⁵⁶

Bem é de ver, entretanto, que a afirmada *inquisitorialidade* de toda a persecução penal, especialmente o *poder inquisitivo* conferido ao órgão jurisdicional para a devida formação de seu convencimento, não deve ser confundida com o processo penal inquisitório, originário do Direito Penal romano e desenvolvido segundo o modelo canônico, de triste memória.⁵⁷

Como precisa, também a esse respeito, JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA,⁵⁸ diferem, expressivamente, o procedimento *ex officio*, em que se consubstancia o processo penal inquisitório, e a *inquisitorialidade* insita à *persecutio criminis*, tendo "a doutrina e a jurisprudência pátrias confundido, freqüentemente, o poder inquisitivo com o poder de procedimento *ex officio*, entendendo que o cancelamento deste exprime o desaparecimento daquele".

E, procurando afastar essa apontada dificuldade de entendimento, complementa com veemência, *verbis*: "Nosso juízo criminal é inquisitório

⁵⁶ Cf. ANA MARIA BABETTE BAJER FERNANDES e outros, *Prevalência da jurisdição no processo penal. Princípio da verdade material*, trabalho apresentado na disciplina Direito Processual Penal do Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 1978, p. 8-9.

⁵⁷ V., a respeito desse sistema processual, GIOVANNI LEONE, *Tratato di diritto processuale penale*, cit., vol. I, p. 21 e ss.; LADISLAV THOT, *El cuerpo del delito en el homicidio, Jurisprudencia argentina XV/13 e ss.*, Buenos Aires, 1925; e La tortura, *Jurisprudencia Argentina II/85 e ss.*, 1929; HELIO TORNAAGHI, *Instituciones de proceso penal*, cit., vol. 2, p. 7 e ss.; e nosso *Lineamentos do processo penal romano*, cit., p. 79 e ss. e 165 e ss.

⁵⁸ JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA, *Proceso penal, acción e jurisdicción*, cit., p. 193-194.

V., ainda, acerca da atuação inquisitiva do juiz no processo penal, SÉRGIO MARCOS DE MORAES PITOMBO, *O juiz penal e a pesquisa da verdade material, Processo penal e Constituição Federal* (obra coletiva, coordenada por Hernânio Alberto Marques Porto e Marco Antônio Marques da Silva), São Paulo, Acadêmica, 1993, p. 72-77; acentuando, ao final, "ser indispensável romper com a burocracia processual. Depois, que está o magistrado, como sempre, em guarda, na manutenção e preservação dos direitos individuais e suas garantias".

até nas ações exclusivamente privadas. Podemos ainda afirmar que, então, mais benéfica é a inquisitorialidade, talvez mais necessária do que nos casos de ação pública, porque, ao invés de obra imparcial do promotor público, o magistrado nelas vigia e tutela a verdade objetiva contra os interesses secundários do particular ofendido".

11.6.2 Acusatorialidade especificada ao procedimento da segunda fase da persecução penal

Não se pode desconhecer, portanto, essa distinção, implicativa da asserção feita no sentido de que o *processo penal* ostenta, na integralidade da *persecutio criminis*, caráter *inquisitório*.

Isso não obsta, todavia, a que a segunda fase desta, da *ação penal*, se realize proceduralmente sob forma *acusatória*, assemelhando-se a um *processo de partes*.⁵⁹

Aliás, mesmo cotejando-se as atribuições dos membros do Ministério Público e dos órgãos jurisdicionais na ação penal dita *pública*,⁶⁰ a conclusão é idêntica, consoante o indicado magistério de JULIO B. J. MAIER, que endossamos sem qualquer restrição.

Com efeito, esses agentes estatais, no desenvolvimento de suas respectivas atuações, integradas na *ação judiciária*, empenham-se em descobrir a *verdade material* para que, sobre o fato apurado, venha a incidir a norma penal material apropriada.

E assim conjugadas, e, até, identificadas, distinguem-se elas, na realidade, apenas no tocante ao *modus procedendi*; vale dizer, no aspecto puramente formal — um (o órgão ministerial) *requerendo*, e outro (o órgão jurisdicional) *decidindo*.⁶¹

Bem explica, a esse propósito, o citado autor germânico, radicado na Argentina, que: "Estas dos tareas, sin embargo, son especies formales de una única función del Estado: la de administrar justicia en materia penal. Y su unidad surge del cumplimiento de los mismos fines: tanto Ministerio Público como juez, en el desarrollo de su actividad, apuntan sus armas al descubrimiento de la verdad para, sobre esa base, actuar justamente la ley

⁵⁹ Cf. JULIO B. J. MAIER, *La investigación penal preparatoria del Ministerio Público*, cit., p. 13 e ss.

⁶⁰ Até porque, como visto, todas as ações penais de conhecimento, assim como as de execução, *públicas* são.

⁶¹ Cf., ainda, JULIO B. J. MAIER, *La investigación penal preparatoria del Ministerio Público*, cit., p. 15, nota 4.

penal substantiva, pero sus actos, en el desarrollo de esa realización, tienen distinto valor formal: los del primero *requerientes*, los del segundo *decisivos*, por exigencia del principio acusatorio en lo puramente formal".

Como, outrossim, nessa mesma linha orientativa, precisa FRANCESCO CARNELUTTI,⁶² o "Ministério Público es un juez que se hace parte". Por isso que sua atuação — na esteira, já agora, de aguda observação de PIERO CALAMANDREI⁶³ —, paradoxalmente que seja, deve ser temperada pela conjugação das posições de parte e de magistrado.

Esse, enfim, o motivo — permitimo-nos complementar — pelo qual lhe é conferida a possibilidade de desvincular-se da acusação, por amor à *descoberta da verdade material*, zelando pela observância do *devido processo legal* como, também, pela assecuração da liberdade jurídica, especialmente a física, do acusado,⁶⁴ pleiteando sua absolvição, apelando de sentença condenatória ou interpondo outro recurso em seu favor, e até impetrando *habeas corpus* ou mandado de segurança, visando à tutela de direito líquido e certo, afrontado por ato ilegal ou abuso de poder.

Daí a verificação, já aventada, de que o moderno processo penal delinea-se *inquisitório, substancialmente*, na sua essencialidade; e, *formalmente*, no tocante ao procedimento na segunda fase da persecução penal, *acusatório*.

Ademais, no derradeiro enfoque, postos os integrantes do processo penal de conhecimento de caráter condenatório, em sua exteriorização procedimental, sob *forma acusatória*, nem por isso há que cogitar de litígio, senão hipoteticamente, para que o procedimento tenha seu curso direcionado à solução de conflito de interesses emergente da apurada infingência de norma do *ius positum* penal.

11.6.3 *Contraditoriedade real e indispositiva*

É de ter-se presente, ainda, que, apesar da inexistência de *contenciosidade*, que resulta do *contraste de vontades* gerador da *lide*, torna-se imprescindível, no procedimento de conotação *acusatória*, a *contraditoriedade*, à qual aquela, irreversivelmente, cede lugar.

Realmente, como também anota MANOEL DE CAVALLEIRO FERREIRA,⁶⁵ relativamente à primeira das asserções contidas no prece-

⁽⁶²⁾ FRANCESCO CARNELUTTI, Poner en su puesto al Ministerio Público, *Cuestiones sobre el proceso penal*, cit., p. 213.

⁽⁶³⁾ PIERO CALAMANDREI, *Él es os juzes, vistos por nós, advogados*, trad. portuguesa de Ary dos Santos, 3. ed., Lisboa, Clássica, 1960, p. 59.

⁽⁶⁴⁾ Tanto quanto, obviamente, do indiciado e do condenado.

⁽⁶⁵⁾ MANOEL DE CAVALLEIRO FERREIRA, *Curso de processo penal*, Lisboa, Damhio, 1955, vol. I, p. 28-29 (grifos nossos).

dente parágrafo, o processo penal ostenta, tão-só, um "conflito de interesses entendido objetivamente, e não *contraposição subjetiva de duas pretensões*".

Assim, aliás, é que, conseqüente e obviamente, deve ser compreendida a existência de *partes*, no processo penal de conhecimento, ou seja, apenas em *sentido processual*.

Quanto à outra, entretanto, por certo que não se satisfaz a jurisdição penal, como ocorre, *e.g.*, no âmbito da civil, com a simples possibilidade de contraditório, ou seja, com o chamamento do réu a juízo, para, *se de seu desejo*, responder aos termos do pedido formulado pelo autor e acompanhar a tramitação do procedimento até final, ao ensejo da formação da coisa julgada.

Bem ao reverso, reclama o processo penal de conhecimento de caráter condenatório, especialmente na segunda fase da *persecutio criminis*⁶⁶ — da *instrução criminal*, ou da *ação penal* —, o *contratário efetivo, real*, a fim de que perquirida, com absoluto rigor, a verdade material, reste devidamente assegurada a liberdade jurídica do acusado.

Além do que, o direito deste à *contraditoriedade real* assume a natureza de *indisponível*, dada, precipuamente, a *impassabilidade dos interesses em conflito*, sendo, portanto, *indispositivo*.

É só assim, indubitavelmente, apresenta-se a *contraditoriedade (real e indispositiva)* — repita-se) como autêntica expressão de sua liberdade jurídica (sobretudo, de locomoção), tal como, em outra oportunidade, procuramos deixar assentado, aduzindo a indispensabilidade, também, da *plenitude de defesa*, com todos os meios e recursos a ela inerentes, a fim de resguardar-se devidamente, e como de mister, o *ius libertatis*.⁶⁷

Essa, de resto, é a orientação de nosso ordenamento jurídico, tendo a atual Constituição Federal amalgamado, no supramencionado inc. LV do art. 5.º, as precedentes preceituações alusivas à *ampla defesa* e ao *contraditório*,⁶⁸ soando: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e

⁽⁶⁶⁾ Por certo que tanto quanto na primeira, da investigação criminal, em face do disposto no transcritto inc. LV do art. 5.º da Carta Magna de nossa República Federativa: "v., a respeito, também, item 13.4 *infra*."

⁽⁶⁷⁾ Cf. nosso Defesa do acusado e julgamento prévio em nosso novo processo penal, cit., p. 160.

⁽⁶⁸⁾ Constantes, mais recentemente, dos §§ 15 e 16 do art. 153 da Emenda Constitucional I, de 17.10.1969; e isso, aliás, até com o aplauso de abalizados analistas da Carta Magna de 1988, como CELSO RIBEIRO BASTOS, *Comentários à Consti-*

aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes⁶⁷.

Ademais, complementando-a, expressa o Código de Processo Penal, no art. 261, a *indispensabilidade de defesa técnica*, a saber: "Nem um acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor⁶⁸".

E ambos os dispositivos transcritos, de modo inequívoco, induzem à crença de que a preocupação do legislador nacional, nesse particular, diz, principalmente, com a *assecuração da liberdade jurídica do indivíduo* pelo instrumento, técnico, público, político e ético do exercício da jurisdição criminal, que é o *processo*: somente por meio deste, como frisado e repisado, pode ser imposta sanção penal ao indigitado autor de crime ou de contravenção.

11.6.4 Sujeitos parciais do processo penal

11.6.4.1 Conceituação de parte em sentido material

Essas derradeiras considerações reclamam a seguinte verificação do conceito e posicionamento das *partes* no processo penal, especialmente no de conhecimento de caráter condenatório.

É isso, tendo-se na devida conta que a observância do *due process of law*, a par da abrangência do *substantive due process of law* (elaboração regular e correta da lei, bem como razoabilidade, senso de justiça e enquadramento nas preceituações constitucionais) e do *judicial process* (instrumento hábil à interpretação e realização das normas jurídicas por meio do *processo*, desenvolvido em procedimento regular, formalmente demarcado em lei), impõe a assecuração, neste, de *paridade de armas*, visando à igualdade substancial.⁶⁹ vale dizer, de *igualdade de situação e de tratamento das partes*, ou sujeitos parciais, no processo penal, conferindo-lhes, outrossim, a possibilidade de atuação sem quaisquer restrições, mediante ações e recursos preconizados na legislação específica.

juízo do Brasil (em co-autoria com Ives Gandra Martins), São Paulo, Saraiva, 1989, vol. 2, p. 256, *verbis*: "O presente dispositivo confere aos acusados em geral a proteção da ampla defesa e do contraditório. No direito anterior, ambos estavam separados em preceitos diferentes. A união que ora se faz parece de boa técnica, dada a ínfima imbricação existente entre eles".

⁶⁹ Cf., a respeito, de JOSÉ ROGERIO CRUZ E TUCCI e nosso, *Constituição de 1988 e processo. Regrimentos e garantias constitucionais do processo*, cit., p. 15-16.

Daí a importância do estabelecimento do conceito de *parte*, quer em senso material, quer no processual.

Efetivando-o, cumpre-nos relembrar que da incidência de norma jurídica sobre um fato emana *relação jurídica*, ou seja, na já indicada proposição de CARNELUTTI,⁷⁰ um "conflito de interesses regulado pelo direito".

Trata-se, indubitavelmente, e sempre, de *relação jurídica material*, em que se compreendem, normalmente contrapostas ("ius et obligatio correlata sunt"), duas *situações jurídicas*, a saber: uma *subordinante*, correspondente à titularidade do direito subjetivo, e, portanto, protegida pela norma — a *ativa*; e outra *subordinada*, correspondente à titularidade da obrigação ou dever — a *passiva*.

Como, na esteira do magistério do citado mestre peninsular, precisa MOACYR AMARAL SANTOS,⁷¹ regulando o Direito conflito de interesses, efetiva-o "de modo a distinguir o interesse que deva prevalecer, donde distinguem-se duas faces no conflito de interesses: a do interesse subordinante, ou protegido, e a de interesse subordinado. Em face do respectivo interesse, os sujeitos do conflito se encontram, pois, na situação de titulares de um interesse subordinante ou de um interesse subordinado. Na posição do sujeito diante do próprio interesse, conforme seja subordinante ou subordinado, se configura uma situação jurídica. Ou, por outras palavras, o interesse juridicamente protegido ou juridicamente subordinado constitui o que se chama situação jurídica. A combinação de ambas as situações jurídicas no mesmo fenómeno forma o que se chama relação jurídica".

Por via de consequência, a *relação jurídica* pressupõe, sempre, dois sujeitos, quais sejam, respectivamente, o do *interesse protegido* (titular do direito subjetivo) e do *interesse subordinado* (titular da obrigação ou do dever). E cada um deles é denominado *parte*, dada a posição em que se deixa ficar, isto é, fazendo *parte de um todo*, que é a *relação jurídica*.⁷²

Essa, portanto, é a concepção de *parte em sentido material*, serviente à Teoria Geral do Direito, e que se projeta também, à evidência, no campo do Direito Processual, neste assumindo, todavia, conotação específica.

⁷⁰ FRANCESCO CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, cit., vol. I, p. 25; aduzindo, como já referido, que o "conflito de interesses é o seu elemento material; o comando jurídico é o seu elemento formal".

⁷¹ MOACYR AMARAL SANTOS, *Primeiras linhas de direito processual civil*, cit., vol. 1, p. 6.

⁷² Cf., ainda, e em inafastável repristinção, FRANCESCO CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, cit., vol. I, p. 29 e 342.

11.6.4.2 Partes em sentido processual

Com efeito, apesar de, em regra, apresentarem-se, no processo, como autor e réu as mesmas partes integrantes da relação jurídica material submetida à definição judicial, nele são como tal considerados os sujeitos processuais parciais, ou seja, *aquela que exerce, ou aquele em face de quem se exerce, mediante a ação, o direito à jurisdição.*

Nesse mesmo senso, e generalizadamente, como visto (no item 11.3, nota 19, *supra*) apregoa a doutrina processual, seguindo o colacionado ensinamento de CHOIVENDA,⁷⁴ que parte, no processo, é *aquela que pede, ou aquele em face de quem se pede, a prestação jurisdicional.*

Pontua, a respeito, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR,⁷⁵ ser possível “distinguir dois conceitos de parte: como sujeito da lide,⁷⁵ tem-se a parte em sentido material, e como sujeito do processo, a parte em sentido processual. Como nem sempre o sujeito da lide se identifica com o que promove o processo, como se dá, por exemplo, nos casos de substituição processual, pode-se definir a parte para o direito processual como a pessoa que pede ou perante a qual se pede, em nome próprio, a tutela jurisdicional. A que invoca a tutela jurídica do Estado e toma a posição ativa de instaurar a relação processual recebe a denominação de autor. A que fica na posição passiva e se sujeita à relação processual instaurada pelo autor, chama-se réu ou demandado”.

Acrescente-se que esse posicionamento processual não significa, nem pode significar, que o autor seja, necessariamente, o titular do direito subjetivo, e o réu o da obrigação ou do dever: em muitos casos submetidos à apreciação judicial a realidade é bem outra, verificando-se, com a declaração da improcedência do pedido formulado na petição inicial, exatamente o reverso.

Dai a inafastável conclusão de que o conceito de parte em sentido processual não se atrela, necessariamente, ao de parte em sentido material; e, ainda, de que ele ostenta inescandível autonomia, correlata ao posicionamento assumido no processo pelos seus sujeitos parciais.

⁷³ GIUSEPPE CHOIVENDA, *Instituições de direito processual civil*, cit., vol. II, p. 234.

⁷⁴ HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Curso de direito processual civil*, cit., vol. I, p. 76, em tópico ao qual apomos nossa conhecida restrição à (equivocadamente) propalada existência de “relação jurídica processual”.

⁷⁵ Mais corretamente abrangente (tanto do processo extrapenal como do penal), a nosso ver, seria o emprego, em vez do vocábulo *lide*, o das locuções *conflito de interesses* ou *relação jurídica material*.

11.6.4.3 Partes no processo penal

Bem é de ver, outrossim, na continuidade da exposição ora cuidada, que as idéias logo acima ventiladas pelos ilustres processualistas citados, versadas de modo tranqüilo em âmbito extrapenal, reclamam, por certo, mais devida ponderação na esfera do Direito Processual Penal.

Realmente, a relação jurídica penal concreta objetivada na *persecutio criminis*, ou em qualquer outra atuação processual ou procedimental correlativa, compreende, sempre, duas situações jurídicas justapostas, correspondendo uma à titularidade do *ius puniendi*, e outra à do *ius libertatis*.

E, à evidência, para que uma delas prevaleça sobre a outra, torna-se inevitável e inafastável o processo penal, que existe, não somente “para tornar efetiva a aplicação das normas de direito material no sentido de perseguição, da punição e da inflicção do correlato sofrimento ao criminoso ou contraventor”; mas, “também, e precipuamente, para impedir-las todas, referentemente a quem não tenha praticado a infração penal que se lhe quer imputar”.⁷⁶

Por isso que se acentua, a par de seu caráter publicístico (dada, especialmente, a alta relevância dos interesses nele em conflito — *punitivo* e *de liberdade*) a *instrumentalidade* da atuação dos agentes do Poder Judiciário, no exercício da jurisdição penal: “O processo penal é elemento realizador do direito substancial. Enquanto a lei penal procura garantir a paz, estabelecendo determinadas condutas como infrações e impondo-lhes sanções respectivas, a lei processual penal protege os que são acusados da prática de infrações penais, regulando as normas a serem seguidas nos processos onde sejam incursos”.⁷⁷

Do mesmo modo, como também visto, a necessidade de que, *inquisitivo* na essência (como o é toda a persecução penal), assumida, na segunda fase desta, correspondente à da *instrução criminal*, ou, mais especificamente, da *ação penal*, a *forma acusatória*, assemelhando-se a um *processo de partes*,⁷⁸ marcado pela efetividade de *contraditório indisponível*, determinante da perquirição da *verdade material*, ou *atingível*.

⁷⁶ V., de nossa autoria e de outros, *Princípio e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro*, cit., p. 45.

⁷⁷ Cf. VITÓRIA BRASÍLIA DE SOUZA LIMA e outros, *O princípio publicístico e o processo penal*, trabalho apresentado no Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito das USP, na disciplina Direito Processual Penal — III, São Paulo, 1978, p. 2; certamente com lastro no magistério de HELIO TORRNAGHI, *Instituições de processo penal*, cit., vol. 1, p. 75.

⁷⁸ Cf., uma vez mais, já indicada ensinância de JULIO B. J. MAIER, *La investigación penal preparatoria del Ministerio Público*, cit., p. 13 e ss.

Precisa, a tal propósito, FIGUEIREDO DIAS,⁷⁹ ser a *bilateralidade da audiência*, ou, como ele prefire, o *direito de audiência*, a "expressão necessária do direito do cidadão à concessão de justiça, das exigências comunitárias inscritas no Estado-de-direito, da essência do direito como tarefa do homem e, finalmente, do espírito do processo como 'comparticipação' de todos os interessados na criação da decisão".

Sobreleva-se, no derradeiro enfoque, a posição do Ministério Público, "instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis" (cf. art. 127 da vigente CF); e tendo como uma de suas funções institucionais a de "promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei" (cf. art. 129, I, da mesma Carta Magna de nossa República Federativa).

Ora, isso significa, indubitavelmente, que, na ação penal de conhecimento de caráter condenatório, o Ministério Público é uma das partes, *parte em sentido processual*.⁸⁰

Como bem explica HÉLIO TORNAGHI,⁸¹ enfatizando que o interesse dele "em que se faça justiça não o induz a proceder da mesma forma que o juiz, pois então haveria uma inútil duplicação", o Ministério Público "é parte como órgão (e não representante) do Estado. O aspecto ritual do processo a tanto leva, porque, além de o Ministério Público ser fiscal de aplicação da lei, ele exerce a função de acusar. Essa última é sua atribuição precípua, uma vez que o processo está organizado em forma contraditória. Pode acontecer que durante o processo o Ministério Público se convença da inocência do acusado e peça para ele a absolvição. Mas o contraste inicial, nascido com a denúncia, permanece, uma vez que a lei não dispensa o juiz de apurar a verdade acerca da acusação e de condenar, se entender que o réu é culpado".

Só mesmo excepcionalmente — permitimo-nos aduzir —, no caso de ação penal de conhecimento de caráter condenatório, de iniciativa privada, cede lugar ao particular, ofendido ou seu representante legal.

A outra *parte em sentido processual*, obviamente também, é o acusado, ao qual devem ser assegurados, em sua latitude, o *devido processo penal*,

com todos os seus corolários, especialmente o "contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes", a realização de quaisquer provas, desde que obtidas ou produzidas licitamente, a publicidade dos atos processuais, a assistência jurídica integral e gratuita, e a motivação dos atos decisórios.⁸²

De resto, nas outras espécies de ação penal — de conhecimento, declaratória (como a de *habeas corpus* preventivo), ou constitutiva (e.g., revisão criminal); e de execução — é, por igual, *parte em sentido processual*, o indiciado, o acusado, ou o condenado.

O Ministério Público, por sua vez, nelas atua, preponderantemente, como órgão *opinante*, isto é, como *custos legis*: todavia, com a mesma incumbência de "defesa da ordem jurídica" e dos *interesses social e individual (indisponível) do paciente, petionário ou executado*, e a possibilidade, ainda, de assumir a qualificação de *parte em sentido processual*.⁸³

Posição *sui generis*, de instituição que exerce função considerada essencial à justiça, explica-se, sobretudo, pela determinação de zelo "pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia".⁸⁴

Acrescente-se que, nas ações penais de conhecimento de caráter condenatório, cuja promoção incumbe ao Ministério Público, é concedido ao ofendido, ou seu representante legal, e a outrem, *assisti-lo*, em determinadas circunstâncias.

Expressa, com efeito, o art. 268 do CPP, *verbis*: "Em todos os termos da ação pública, poderá intervir, como assistente do Ministério Público, o ofendido ou seu representante legal, ou, na falta, qualquer das pessoas mencionadas no art. 31" (cônjuge, ascendente, descendente, ou irmão).

Para tanto, torna-se indispensável que já tenha sido recebida a denúncia e ainda não ocorrido o trânsito em julgado da sentença proferida no processo em curso (cf. subsequente art. 269, com a adição de que o assistente "receberá a causa no estado em que se achar"); o requerente não seja co-acusado no mesmo processo (art. 270) e o Ministério Público não discorde, fundamentadamente, do pedido de intervenção (arts. 272 e 273).⁸⁵

⁽⁸²⁾ Cf. arts. 5.º, LIV, LV, LVI, LX e LXXIV, e 93, IX, da CF.

⁽⁸³⁾ Cf. ainda, art. 127 da CF, e, também, arts. 67 e 68 da Lei de Execução Penal (n. 7.210, de 11.07.1984).

⁽⁸⁴⁾ Cf., uma vez mais, vigente Constituição de nossa República Federativa, art. 129, II, V, também, especialmente quanto ao ponto por último focado, E. MAGALHÃES

⁽⁷⁹⁾ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal*, cit., vol. 1, p. 158.

⁽⁸⁰⁾ V., também, a respeito, RENATO DANTAS DE HOLANDA CAVALLACANTI, Ministério Público: órgão acusador?, RT 67/5/331-334, São Paulo, 1992.

⁽⁸¹⁾ HÉLIO TORNAGHI, *Curso de processo penal*, 6. ed., São Paulo, Saraiva, 1989, vol. 1, n. 483-484.

Tido como "parte contingente",⁸⁶ "parte adjunta", "mero auxiliar",⁸⁷ ou, propriamente, *assistente*,⁸⁸ sua intervenção, no processo penal, efetiva-se, na realidade, apenas *ad adiuvandum tantum*; vale dizer, *simplesmente*.

E, a exemplo do que ocorre no processo civil, a *assistência simples*, no penal, decorre da existência de interesse do *assistente* do Ministério Público na pronúncia de sentença condenatória do acusado, muitas vezes colimada para obtenção de benefício de outra ordem, relacionado com o fato penalmente relevante que constitui seu objeto (v.g., a reparação do dano causado pelo crime).

Deve ser lembrado, a propósito desse derradeiro ponto, que, inequivocamente, tanto quanto o Ministério Público, o seu assistente encontra-se comprometido com a apuração da verdade dos fatos retratados no processo penal.

Realmente, não obstante deste decorram efeitos extrapenais, com notória repercussão na esfera patrimonial da vítima da atuação delituosa do imputado, inafastável delinea-se a prevalência do interesse público e social na verificação da prática de infração penal e de sua autoria sobre o interesse particular do ofendido (até mesmo na punição do autor de fato tido como típico, antijurídico e culpável).

Por isso que, ao assumir a "posição acusatória auxiliar",⁸⁹ e por parâdoxal que possa parecer, ao assistente do Ministério Público não é dada a sobreposição do seu ao interesse punitivo do Estado, na perene preocupação dicotômica penal da punição do culpado e da absolvição do inocente.

Bem é de ver, a esse respeito, que não se confundem, nem podem ser confundidas, as finalidades do processo penal e do processo civil reparatório do dano sofrido pela vítima; laborando em manifesto equívoco os autores⁹⁰ que asseveram residir "na influência decisiva que a sentença da sede penal exerce na sede civil" a razão "de se permitir a ingerência do ofendido em todos os termos da ação penal pública, ao lado do Ministério Público".

(86) Cf. FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, *Processo penal*, cit., vol. 2, p. 495 e 498.

(87) Cf. MARIANO DE SIQUEIRA FILHO, *Curso básico de processo penal*, São Paulo, Saraiva, 1980, p. 56; EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, *Código de Processo Penal brasileiro anotado*, 3. ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1955, vol. III, p. 285.

(88) Cf. JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Elementos de direito processual penal*, cit., vol. II, p. 78; *Tratado de direito processual penal*, cit., vol. 2, p. 305; HÉLIO TORNAGHI, *Curso de processo penal*, cit., vol. 1, p. 498; E. MAGALHAES NORONHA, *Curso de direito processual penal*, cit., p. 145.

(89) Nas palavras de EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, *Código de Processo Penal Brasileiro anotado*, cit., vol. III, p. 269.

(90) V., e.g., FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, *Processo penal*, cit., vol. 2, p. 499.

Se assim fosse, o litígio extrapenal teria maior relevância do que o conflito de interesses públicos (punitivo e de liberdade) objeto do processo penal — o que, com o máximo respeito àqueles que pensam de modo contrário, constituiria nominado absurdo!⁹¹

Tanto isso é certo que a ele é dado propor meios de prova, atuar nas audiências, participando das inquirições de testemunhas e do debate oral, oferecer alegações finais por escrito, e arrazoar os recursos interpostos pelo Ministério Público, pelo acusado, e por ele próprio (cf. arts. 271, 500, II, 584, § 1.º, 598 e 600, § 1.º, do CPP; Súmula 210 da Jurisprudência predominante no Supremo Tribunal Federal — esta autorizando-o a recorrer extraordinariamente; vale dizer, alvitrando, também, a viabilidade de interposição de recurso especial).

E, indubitavelmente também, até mesmo, às vezes, com "uma ingerência mais energética do que a parte acusatória principal, pois, em todo o processo criminal, o objetivo preponderante é o esclarecimento da verdade, que o juiz pode considerar alcançável com as diligências pleteadas pela parte privada, embora tenham sido esquecidas, desprezadas ou hostilizadas pelo Órgão da Justiça pública".⁹²

(91) Oportuna faz-se, aqui e agora, no sentido do texto, a reprodução de tópicos de excelente voto proferido pelo Ministro Luiz Vicente Cerniccharo, no julgamento do Recurso Especial 13.375-RJ, e a saber: (No processo penal) "Não há partes, pedido, nem lide, nos termos empregados no processo civil. Ao contrário, juridicamente, o sujeito ativo (Estado) e o sujeito passivo (réu) não se colocam em posições opostas. Na verdade, no plano referido, Ministério Público (e mesmo querelante) e réu conjugam esforços para esclarecimento da verdade. Tanto assim, o Magistrado não resta vinculado se a acusação sugerir a condenação ou a absolvição. As partes, assim, têm a mesma e única preocupação — definir o fato narrado na imputação. Em termos mais simples: o processo penal visa a esclarecer os termos da acusação. Busca-se a verdade real. Aqui reside outra distinção com o processo civil, que se contenta, como regra geral, com a verdade formal. O assistente da acusação, interessado no processo, consequentemente na verdade substancial, juridicamente, insista-se, não está contra o réu. Comparece para definir a verdade real..."; e "O processo penal visa à verdade real. Evidencia-se o interesse público, sobrepontando ao interesse individual. A finalidade é a sentença justa. Tanto o Ministério Público como o assistente podem esgotar os recursos para alcançá-la. Não se esqueça, a admissão do assistente se justifica também para, trazendo elementos de convicção, colaborar para realizar o desideratum" (grifos nossos, à exceção do último).

(92) Cf., uma vez mais, EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, *Código de Processo Penal brasileiro anotado*, cit., vol. III, p. 285-286.

11.7 Pressupostos processuais penais

11.7.1 Conceituação e espécies

Tidos como imprescindíveis à constituição e ao desenvolvimento válido do processo, consubstanciam-se os *pressupostos processuais* em todos os elementos de natureza estritamente formal, indispensáveis ao julgamento do *mérito*: ao juiz é vedado pronunciar-se sobre o *meritum causae* sem, previamente, verificar a regularidade do processo, desde a sua incoação, e relativamente a todos os atos processuais que se sucedem, uns aos outros, e no procedimento se coordenam.

Por isso que, aliás, duas são as suas espécies, a saber: as de *existência* e as de *validade*, ou *validez*,⁹³ do processo.

As de *existência* devem coexistir para que este (o processo) validamente se constitua, e, portanto, exista. E as de *validez* tornam-se, igualmente, imprescindíveis para que, a par de bem formado, o processo possa desenvolver-se regularmente até o momento da entrega da prestação ou da realização de providência jurisdicional invocada, por órgão competente do Poder Judiciário.⁹⁴

11.7.2 Pressupostos de existência do processo

Especificando-os, são três os *pressupostos de constituição válida do processo*: a) propositura ou incoação de ação; b) órgão dotado de jurisdição; e c) partes, que se apresentem como sujeitos de direito.

Vem a pélo, a respeito da especificação feita, a formulação do saudoso Prof. LUIS EULALIO DE BUENOVIDIGAL, emérito mestre da Academia do Largo de São Francisco, divulgada em 1962, no então denominado Curso de Especialização (em nível de Pós-Graduação *stricto sensu*), no sentido de que os *pressupostos processuais* dizem com a existência de uma entidade capaz de pleitear provimento jurisdicional (pessoa física, pessoa jur-

⁹³ Vocabulo preferido por HEÍLIO TORNAGHI, *A relação processual penal*, cit., p. 73; e *Curso de processo penal*, cit., vol. 2, p. 490. V., também, no mesmo sentido, JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Elementos de direito processual penal*, cit., vol. II, p. 465; e nosso *Do julgamento conforme o estado do processo*, cit., p. 91.

⁹⁴ Cf., também, EGAS DIRCEU MONIZ DE ARAÇÃO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 4. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1983, vol. II, p. 496; e, em parte, o próprio Código em referência, ao expressar, no art. 267, IV, *verbis*: "Extingue-se o processo sem julgamento do mérito: (...) IV - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo" (grifos nossos).

Invertida a ordem da enunciação, apresentam-se eles, outrossim, sob duas modalidades, sendo uns *subjetivos*, outros *objetivos*.

Os *pressupostos processuais subjetivos* respeitam, obviamente, aos sujeitos do processo, isto é, ao juiz, que, órgão estatal investido de jurisdição, deve ser *competente e imparcial*; e às *partes (sujeitos parciais)*, que devem ser capazes e estar em juízo representadas por advogado legalmente habilitado.⁹⁵

Como anota, mais detalhadamente, MOACYR AMARAL SANTOS,⁹⁶ no plano *subjetivo*, "são pressupostos processuais: I - referentes ao juiz: a) que se trate de órgão estatal investido de *jurisdição*; b) que o juiz tenha *competência* originária ou adquirida; c) que o juiz seja *imparcial*; II - referentes às partes: a) que tenham *capacidade de ser parte*; b) que tenham *capacidade processual*; c) que tenham *capacidade de postular em juízo*".

Por sua vez, os *pressupostos processuais objetivos* ou são *extrínsecos* ao processo, dizendo com a *inexistência de fatos impeditivos à sua formação*, ou lhe são *intrínsecos*, porque concernentes à *subordinação do procedimento às normas legais*.

11.7.3 Pressupostos de desenvolvimento válido do processo

Já os *pressupostos de desenvolvimento válido* do processo dizem com a *inexistência de quaisquer nulidades* prescritas na legislação em vigor, quer sejam relativas aos atos processuais, quer ao procedimento em que eles se materializam.⁹⁷

⁹⁵ Exceto, é claro, na hipótese prevista no art. 36, *in fine*, do Código de Processo Civil (atuação, pelo próprio advogado, em causa própria); ou no caso de impetração de *habeas corpus* (cf. § 1.º do art. 1.º do Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB -, Lei 8.906, de 04.07.1994; cujo inc. I inclui, entre as atividades privativas da advocacia, "a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais").

⁹⁶ MOACYR AMARAL SANTOS, *Primeiras linhas de direito processual civil*, cit., vol. 1, p. 320.

⁹⁷ V., a respeito do sistema de nulidades em nosso ordenamento jurídico, GALILEO LACERDA, *Despacho saneador*, cit., p. 68 e ss.; EGAS DIRCEU MONIZ DE ARAÇÃO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., vol. II, p. 333 e ss.;

Nesse particular, bem é de ver que, em qualquer caso, não obstante iniciado regularmente o processo, sempre que resultar infrutífera a tentativa de sanar falha, ulteriormente ocorrida, ou de repetir ato inquinado de nulidade, a falta de *pressuposto processual*, tido como necessário à regularidade da tramitação do feito em direção ao julgamento de mérito, implica a determinação de óbice irremovível, de sorte a obstaculizar o proferimento de sentença definitiva.

E isso, apesar de que, na aguda observação de PONTES DE MIRANDA,⁹⁸ o legislador, ao cuidar das *nullidades*, mais se preocupa com as regras jurídicas a elas contrárias, do que com a sua declaração, manifestando, explicitamente, "o seu propósito político de salvar os processos".

Com efeito, e, já agora, como prelecionam ADA PELLEGRINI GRINOVER e outros,⁹⁹ deve ser considerada, *in genere*, a distinção entre *nullidade absoluta* e *nullidade relativa*: no tocante àquela, "a gravidade do ato viciado é flagrante e manifesto o prejuízo que sua permanência acarretaria para a efetividade do contraditório ou para a justiça da decisão; a irregularidade atinge o próprio interesse público de correta aplicação do direito; por isso, percebida a irregularidade, o próprio juiz, de ofício, deve decretar a invalidade"; e, no tocante à *nullidade relativa*, "o legislador deixa à parte julgada a faculdade de pedir ou não a invalidação do ato irregularmente praticado, subordinando também o reconhecimento do vício à efetiva demonstração do prejuízo sofrido".

11.7.4 *Pressupostos processuais inerentes ao processo penal*

Feita essa necessária digressão, devem ser pontuados, em inafastável complemento, os *pressupostos processuais insílios ao processo penal*.

Guardada a ordem da enunciação contida nos precedentes números, e segundo o magistério de EUGENIO FLORIAN, referendado, entre nós,

ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO e ANTONIO SCARANÇE FERNANDES, *As nulidades no processo penal*, São Paulo, Malheiros, 1992, p. 15 e ss.

⁹⁸ PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1979, t. III, p. 449.

⁹⁹ ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO e ANTONIO SCARANÇE FERNANDES, *As nulidades no processo penal*, cit., p. 17-18.

por JOSÉ FREDERICO MARQUES,¹⁰⁰ os *pressupostos processuais penais subjetivos* atinentes à *existência do processo* são: "a) um órgão jurisdicional penal legitimamente constituído, isto é, um juiz que possua a jurisdição penal *in genere*; b) uma relação concreta de direito penal deduzida como objeto principal do processo, isto é, uma causa penal; c) a presença de um órgão regular da acusação e a intervenção da defesa".

Ademais, no tocante ao agente do Poder Judiciário, é indispensável que sua atuação se dê com observância das preceituções constitucionais e infraconstitucionais (normas processuais e de organização judiciária), determinantes de sua *competência e imparcialidade*.

Assim também, faz-se imprescindível a *efetividade de uma causa penal*, em que abrangidos o *ius puniendi* do Estado e o *ius libertatis* do membro da comunidade (integrantes, portanto, de uma relação jurídica penal concreta), a ser definida ou concretizada por órgão investido da jurisdição penal.

E, por derradeiro, sendo o penal, como visto, um *processo de partes*, sem que o integrem, concomitantemente, ambos os titulares dos interesses conflitantes, não há como se dar pela sua existência.

De outra banda, quanto aos *pressupostos processuais penais objetivos*, tem-se, em primeiro lugar, em relação aos *extrínsecos*:

a) existência de *causa penal pendente* (dita, correntemente, *litispendência*): inadmissível, em matéria penal, o *bis in idem*, a precedente existência de processo para apuração dos mesmos fatos, ou fato, inibe, indubitavelmente, a formação de outro, novo; e

b) ocorrência de *coisa julgada de autoridade absoluta*, formada em processo anteriormente desenvolvido, também objetivando os mesmos fatos, ou fato: até com maior vigor resta obstada a incoação de outro, mediante a repositura da ação.

De resto, no que respeita aos *intrínsecos*, são *pressupostos processuais penais de validade do desenvolvimento do processo* os concernentes à regularidade do *iter procedimental*, observado, com exação, o *due process of law*; vale dizer, os determinantes de procedimento escorreito, *livre de quaisquer nulidades estatuídas no ius positum* em vigor.

¹⁰⁰ JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Elementos de direito processual penal*, cit., vol. II, p. 466. V., também, EUGENIO FLORIAN, *Elementos de direito processual penal*, cit., p. 86, asserindo, em complemento, que, "com o concurso desses elementos, se poderá formar um processo penal genericamente válido".