



40 anos da
**TEORIA GERAL
DO PROCESSO
NO BRASIL**

passado, presente e futuro

CAMILO ZUFELATO
FLÁVIO LUIZ YARSHELL
organizadores



- PAGNI, Ilaria. *Le Azioni di Impugnativa Negoziale – Contributo allo Studio della Tutela Costitutiva*. Milão, Giuffrè, 1998.
- PARÁ FILHO, Tomás. *Estudo sobre a Sentença Constitutiva*. Dissertação de concurso à cadeira de “Direito Judiciário Civil” da FADUSP. São Paulo, 1973.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Processual Civil*. 23ª ed., vol. 1. Rio de Janeiro, Forense, 2009.
- PEREIRA, Guilherme Setoguti I. *Conteúdo do Provimento e Limites Objetivos e Subjetivos do Provimento e da Coisa Julgada na Impugnação de Deliberações de Assembleias de Sociedades por Ações*. Dissertação de Mestrado defendida em 24.4.2013 perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo/FADUSP (Orientador: professor Flávio Luiz Yarsshell).
- PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado das Ações*. t. I. São Paulo, Ed. RT, 1970.
- _____. *Tratado de Direito Privado*. 4ª ed., t. IV. São Paulo, Ed. RT, 1983.
- PROTO PISANI, Andrea. “Appunti sulla tutela di merito accertamento”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 33. N. 2. Milão, 1979.
- SHONKE, Adolf. *Derecho Procesal Civil*. 5ª ed., trad. de Prieto Castro. Barcelona, Bosch, 1950.
- TARUFFO, Michele, COMOGLIO, Luigi Paolo, e FERRI, Corrado. *Lezioni sul Processo Civile*. 5ª ed., vol. 1. Bolonha, Il Mulino, 2011.
- TERRUSI, Francesco. *L’invalidità delle Delibere Assembleari della SPA*. Milão, Giuffrè, 2007.
- TUHR, Andreas von. *Derecho Civil*. vol. II, trad. de Tito Rava. Madri, Marcial Pons, 2006.
- VELOSO, Zeno. *Invalidade do Negócio Jurídico*. 2ª ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2005.
- VENOSA, Sílvio. *Direito Civil – Parte Geral*. 4ª ed. São Paulo, Atlas, 2004.
- VERDI, Giovanni. *Profilo del Processo Civile*. 4ª ed., vol. 1. Nápoles, Jovene, 1994.
- WOLFF, Martin, ENNECCERUS, Ludwig, e KIPP, Theodor. *Tratado de Derecho Civil*. 39ª ed., t. I, vol. II, trad. de Blas Pérez González e José Alguier. Barcelona, Bosch, 1944.
- YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional*, 2ª ed. São Paulo, DPJ, 2006.
- _____. *Tutela Jurisdicional Específica nas Obrigações de Declaração de Fontade*. São Paulo, Malheiros Editores, 1993.
- _____. “Tutela jurisdicional meramente declaratória”. *RePro* 76. São Paulo, Ed. RT, 1994.
- ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto Processuale Civile*. 6ª ed., vol. I. Milão, Giuffrè, 1964.

AS CONDIÇÕES DA AÇÃO PENAL

GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ

Livre-Docente, Doutor e Mestre em Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Professor Associado do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
– Advogado Criminal e Consultor Jurídico

1. *Introdução*. 2. *Condições da ação penal*. 2.1 *Da possibilidade jurídica do pedido*. 2.2 *Do interesse de agir*. 2.3 *Da legitimidade de partes*. 3. *Justa causa para a ação penal*. 4. *Distinção entre condições da ação e mérito*. 5. *Conclusões*.

1. Introdução

Com grande alegria recebemos o convite para escrever um artigo em homenagem aos 40 anos do livro *Teoria Geral do Processo*, dos professores Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco.

Assim como dezenas de gerações de alunos, estudei no famoso *Teoria Geral do Processo*.

Escolhemos tratar das condições da ação penal. O que se pretende, no âmbito limitado do presente estudo, é verificar a adaptabilidade, ou não, dos conceitos desenvolvidos no âmbito processual civil para a seara processual penal.

O CPC, no art. 267, VI, prevê a extinção do processo, sem julgamento do mérito, “quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual”.

Já, no regime originário do Código de Processo Penal as hipóteses de rejeição em decorrência do que se considerava, com algumas adaptações, carência da ação encontravam-se previstas no revogado art. 43:

“Art. 43. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I – o fato narrado evidentemente não constituir crime; II – já estiver extinta a

1. Além destas, haverá rejeição da denúncia ou queixa, por inépcia, quando não observados os requisitos legais do art. 41 do CPP.

punibilidade, pela prescrição ou outra causa; III – for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal.

“Parágrafo único. Nos casos do n. III, a rejeição da denúncia ou queixa não obstará ao exercício da ação penal, desde que promovida por parte legítima ou satisfeita a condição.”

A Lei 11.719/2008, ao reformar o procedimento comum ordinário, revogou o art. 43 do CPP e, no novo *caput* do art. 395, passou a prever hipóteses de rejeição da denúncia ou queixa: “Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I – for manifestamente inepta; II – faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou III – faltar justa causa para o exercício da ação penal”.

Embora o dispositivo legal se refira às “condições para o exercício da ação penal”, o legislador não definiu ou especificou em que consistem tais condições, deixando a árdua tarefa para a doutrina e a jurisprudência.

Obviamente, além do grande interesse acadêmico pelo tema, a definição do que se entende por “condições da ação” possui inegável reflexo prático, seja no que toca à rejeição da denúncia ou queixa, seja no que diz respeito à formação da coisa julgada e ao grau de estabilidade adquirido por tal decisão.

Procurando contribuir para o debate de tema comum aos diversos ramos do direito processual é que se passa a fazer um confronto entre as condições da ação civil e da ação penal.

2. Condições da ação penal

Diante da precedência cronológica dos estudos sobre as chamadas condições da ação, referida análise será feita a partir de um paralelo e de uma comparação com as condições da ação segundo o posicionamento da doutrina processual civil.² Obviamente, o estudo comparativo não sig-

2. Na transposição dos conceitos civilísticos para o campo penal, de uma maneira geral, a doutrina processual penal procura fazer as devidas adaptações no emprego de tais conceitos quanto às condições da ação. Para José Frederico Marques (*Tratado de Direito Processual Penal*, vol. 2, São Paulo, Saraiva, 1980, p. 69), “para o exercício *hic et nunc* da ação penal também se exigem, como no processo civil, a possibilidade jurídica do pedido e o interesse de agir, no plano objetivo, e a *legitimitas ad causam*, no plano subjetivo”. E acrescenta (ob. cit., p. 71): “As condições de procedibilidade são condições especiais exigidas por lei, além das três condições gerais para o exercício da ação penal”.

nifica a adoção ou a transposição simplista de tais conceitos processuais civis, ignorando as peculiaridades ou especificidades do processo penal.³

2.1 Da possibilidade jurídica do pedido

No campo processual civil a demanda é juridicamente possível sempre que inexistir, no ordenamento jurídico, vedação ao provimento jurisdicional, decorrente de um dos elementos da ação (partes, pedido e causa de pedir).⁴ Os exemplos clássicos são o pedido de divórcio nos

3. Um maior “distanciamento” da doutrina civilista é encontrado, por exemplo, em Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (*A Lide e o Conteúdo do Processo Penal*, Curitiba, Jurua, 1989, p. 148), que identificava as condições da ação como: (a) tipicidade objetiva (CPP, art. 43, I), (b) a punibilidade concreta (CPP, art. 43, II), (c) a legitimidade de parte (CPP, art. 43, III, primeira parte) e (d) a justa causa (CPP, art. 43, III, segunda parte, c/c o art. 18). O mesmo esquema foi adotado por Marco Afonso Nunes da Silveira (*A Tipicidade e o Juízo de Admissibilidade da Acusação*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, pp. 56-57), que apenas substitui a expressão “tipicidade objetiva” por “tipicidade aparente”. De forma semelhante, também para Aury Lopes Jr. (*Direito Processual Penal*, 10ª ed., São Paulo, Saraiva, 2013, p. 367) as condições da ação são: (a) prática de fato aparentemente criminoso – *factus commissi delicti*; (b) punibilidade concreta; (c) legitimidade de parte; e (d) justa causa.

As concepções acima expostas foram, declaradamente, inspiradas no posicionamento de Antônio Acir Breda (“Efeitos da declaração de nulidade no processo penal”, *Revista do Ministério Público do Paraná* 9/177-178, Curitiba, 1980), para quem “um estudo sistemático do art. 43, em confronto com a norma do art. 18 do CPP, indica a presença das seguintes condições (genéricas) da ação: (a) um fato penalmente relevante, isto é, a ocorrência de um tipo penal objetivo (art. 43, I); (b) a punibilidade concreta desse fato (art. 43, II); (c) a legitimidade de partes (art. 43, III) (...) como há uma outra hipótese de arquivamento (art. 18 do CPP), indubitavelmente, faltarà condição para o exercício da ação penal nos casos em que o titular do *ius puniendi* pedir o arquivamento ‘por falta de base para a denúncia’. Estaríamos diante da chamada justa causa para a acusação, isto é a falta de prova do fato e de indícios de autoria, requisitos indispensáveis ao exercício da ação penal”. Curioso observar, ainda, que embora Antônio Acir Breda, em estudo anterior (“Notas sobre o Anteprojeto de Código de Processo Penal”, *Revista de Direito Penal* 11-12/57, Rio de Janeiro, julho-dezembro/1973), tenha asseverado que “as condições da ação, no processo penal, não podem ter o mesmo tratamento do direito processual civil”, posteriormente, no artigo acima citado (“Efeitos da declaração de nulidade no processo penal”, cit., *Revista do Ministério Público do Paraná* 9/178), conclui que, “para fins de compatibilização com a doutrina do processo civil, didaticamente, a tipicidade objetiva e a punibilidade concreta podem ser confundidas com a possibilidade jurídica do pedido, e a idoneidade da pretensão [*justa causa*] com o interesse de agir. O presente trabalho não comporta crítica quanto à validade científica dessa postura”.

4. Enrico Tullio Liebman, em palestra proferida em 1949, intitulada “L’azione nella Teoria del Processo Civile” (in *Scritti Giuridici in Onore di F. Carnelutti*, vol.

Países que não o admitem, ou a cobrança de dívida de jogo, vedada pelo art. 814 do CC.⁵ Aliás, normalmente a impossibilidade é da causa de pedir, e não do pedido.⁶ Os pedidos de uma tutela constitutiva negativa, no caso do divórcio, e condenatória, na hipótese de dívida de jogo, são perfeitamente admissíveis.

Sendo o pedido juridicamente impossível, haverá desnecessidade de o processo prosseguir, ante a absoluta impossibilidade de o juiz emitir provimento final conforme pedido pelo autor.

II, Pádua, CEDAM 1950, p. 448, depois reproduzida em *Problemi del Processo Civile*, Nápoles, Morano, 1962, p. 46), conceituava a possibilidade jurídica do pedido em termos positivos: “è l'ammissibilità in astratto del provvedimento chiesto, secondo le norme vigenti nell'ordine giuridico nazionale”. E em trabalho anterior, publicado em 1945, Liebman (“O despacho saneador e o julgamento do mérito”, originalmente publicado na RF 104/216 e ss., Rio de Janeiro, Forense, posteriormente reproduzido em *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*, São Paulo, Bushatsky, 1976, p. 124) asseverou que “por possibilidade jurídica do pedido entendo a possibilidade para o juiz, na ordem jurídica à qual pertence, de pronunciar a espécie de decisão pedida pelo autor. Por exemplo, um pedido de divórcio carece hoje, no Brasil, de possibilidade jurídica, porque as leis brasileiras não permitem decretar a dissolução do casamento”. Ressalte-se, porém, que posteriormente, em 1973, a partir da 3ª edição de seu *Manuale di Diritto Processuale Civile* (vol. I, Mião, Giuffrè), Liebman deixa de considerar a possibilidade jurídica do pedido como uma das condições da ação, passando a considerá-la hipóteses antes identificáveis com a impossibilidade jurídica do pedido como sendo pertencentes ao interesse de agir.

Ressalte-se que foi Egas Dirceu Moniz de Aragão (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. II, Rio de Janeiro, Forense, 1974, p. 433) quem passou a conceituar a possibilidade jurídica do pedido de forma negativa: “Parece que o verdadeiro conceito de possibilidade jurídica não se constrói apenas mediante a afirmação de que corresponde à prévia existência de um texto que tome o pronunciamento pedido admissível em abstrato, mas, ao contrário, tem de ser examinado mesmo em face da ausência de uma tal disposição, caso em que, portanto, essa forma de conceitualização seria insuficiente. Sendo a ação o direito público subjetivo de obter a prestação jurisdicional, o essencial é que o ordenamento jurídico não contenha uma proibição ao seu exercício; aí, sim, falará a possibilidade jurídica”.

5. No processo penal o exemplo sempre lembrado é o oferecimento de denúncia por fato atípico, o que anteriormente encontrava fundamento no revogado, art. 43, I, do CPP.

6. Em sentido contrário, Ada Pellegrini Grinover (*As Condições da Ação Penal*, São Paulo, Bushatsky, 1977, p. 49) nega que a possibilidade jurídica possa ser dada “em virtude de peculiaridades da *causa petendi*”. Neste caso, a matéria seria “de mérito e não diz respeito ao exercício da ação”. Todavia, em estudo posterior (“As condições da ação penal”, *Revista Brasileira de Ciências Criminas* 69/186, São Paulo, outubro-dezembro/2007) passou a admitir tal situação, dando exatamente o exemplo da dívida de jogo.

No processo penal a possibilidade jurídica do pedido é definida em termos positivos,⁷ isto é, o pedido será juridicamente possível sempre que, em tese, a conduta imputada ao acusado seja típica. Se alguém for denunciado, por exemplo, por furto de uso ou por incesto, a denúncia deve ser rejeitada. Além da atipicidade, o pedido também será juridicamente impossível nos casos em que o fato não constituir crime, como, por exemplo, no ato infracional praticado por menor de 18 anos.⁸

Há, também, posicionamento no sentido de que, se já estiver extinta a punibilidade, o pedido também será juridicamente impossível.⁹

7. Nesse sentido, identificando a possibilidade jurídica do pedido com a imputação de uma conduta definida como crime: José Frederico Marques, *Elementos de Direito Processual Penal*, 2ª ed., vol. I, Rio de Janeiro, Forense, 1965, pp. 318-319; Hélio Tomaghi, *Curso de Processo Penal*, 8ª ed., vol. I, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 42; Jacinto Coutinho, *A Lide e o Conteúdo do Processo Penal*, cit., pp. 146-147; Maria Thereza Rocha de Assis Moura, *Justa Causa na Ação Penal*, São Paulo, Ed. RT, 2001, pp. 182-183.

8. A questão é controvertida, havendo vários autores que, em tal hipótese, enquadram a carência da ação na falta de legitimidade de parte passiva. Nesse sentido, cf.: José Frederico Marques, *Elementos de Direito Processual Penal*, cit., 2ª ed., vol. I, p. 320; Rogério Lauria Tucci, *Teoria do Direito Processual Penal*, São Paulo, Ed. RT, 2002, p. 96.

Diversamente posiciona-se Ada Pellegrini Grinover (*As Condições da Ação Penal*, cit., p. 198), negando que tal hipótese seja caracterizadora da ilegitimidade de parte. E em estudo posterior (“As condições da ação penal”, cit., *Revista Brasileira de Ciências Criminas* 69/198) complementa o raciocínio afirmando, sem maiores esclarecimentos, que “aqui se trata de falta de interesse-adequação ou de possibilidade jurídica”.

Um terceiro posicionamento é defendido por José Barcelos de Souza (*Direito Processual Civil e Penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1995, pp. 18-19): no caso de ação penal contra menor de 18 anos, falta a este a capacidade de ser parte, a configurar a inexistência do processo. Trata-se, pois, a seu ver, de hipótese de falta de pressuposto processual de existência, e não de questão relacionada com as condições da ação.

9. Nesse sentido: José Frederico Marques, *Tratado de Direito Processual Penal*, cit., vol. 2, p. 77; Romeu Pires de Campos Barros, *Direito Processual Penal*, vol. I, Rio de Janeiro, Forense, 1987, p. 276.

Em sentido contrário, considerando que a questão seria de falta de interesse de agir: Fernando N. Bitencourt Fowler, “Anotações em torno da ação penal pública no projeto de reforma”, *Revista do Ministério Público do Paraná* 7/92, Ano 6, Curitiba, 1977.

Por outro lado, Grinover (*As Condições da Ação Penal*, cit., p. 76) nega que se trate de condições da ação: “A sentença que reconhece extinta a punibilidade fará coisa julgada material, não se tratando, em absoluto, de carência da ação”. No mesmo sentido: Maria Thereza R. A. Moura, *Justa Causa na Ação Penal*, cit., p. 256.

Parte da doutrina processual penal considera, ainda, que o pedido é juridicamente impossível quando se pede a condenação do acusado a uma pena não admitida em nosso ordenamento jurídico, como seria o caso de acoite, desterro, degredo, trabalhos forçados etc.¹⁰ Mesmo neste caso, é de se ver que o pedido imediato, isto é, a tutela jurisdicional pleiteada, é juridicamente possível (pedido de condenação). O que será impossível é o pedido mediato, ou seja, o *bonum da vida* que se quer atingir através do processo.

Além disso, no processo penal as chamadas "condições de procedibilidade" se enquadrariam nas condições da ação, como requisitos da possibilidade jurídica do pedido.¹¹ São elas: (1) representação do ofendido na ação penal pública condicionada (CP, art. 100, § 1º, c/c CPP, art. 24); (2) requisição do Ministro da Justiça (CP, art. 100, § 1º, c/c CPP, art. 24); (3) entrada do agente brasileiro em território nacional, nos crimes cometidos no Estrangeiro (CP, art. 7º, § 2º); (4) a sentença civil de anulação do casamento, no crime do art. 236 do CP (art. 236, parágrafo único); (5) exame pericial homologado pelo juiz, nos crimes contra a propriedade imaterial (CPP, art. 529, *caput*); (6) a autorização do Poder Legislativo para processar o Presidente da República, o Vice-Presidente e os governadores, nos crimes comuns ou de responsabilidade. Consequentemente, o pedido seria juridicamente impossível se não estivesse presente uma das condições de procedibilidade.

2.2 Do interesse de agir

Como explica Liebman, o interesse de agir é a relação de utilidade entre a lesão de um direito afirmado e o provimento da tutela jurisdicio-

10. Nesse sentido: Vicente Greco Filho, *Manual de Processo Penal*, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999, pp. 98-99; Afrânio Silva Jardim, *Ação Penal Pública: Princípio da Obrigatoriedade*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1994, p. 39; Rogério Lauria Tucci, *Teoria do Direito Processual Penal*, cit., p. 93.

11. Nesse sentido: José Frederico Marques, *Elementos de Direito Processual Penal*, 2ª ed., vol. II, Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 392. Em sentido contrário, José Barcelos de Souza (*Direito Processual Civil e Penal*, cit., p. 50) entende que as condições de procedibilidade devem ser consideradas "pressuposto processual de validade objetivo, extrínseco à relação processual".

No campo civil, Adroaldo Furtado Fabrício ("Extinção do processo e mérito da ação", *Revista* 58/18, São Paulo, Ed. RT, abril-junho/1990) explica que "nos casos em que a ação processual não é propriamente excluída mas subordinada à satisfação de algum requisito prévio (notificação, exame de via administrativa etc.) parece mais correto identificar-se um pressuposto processual extrínseco negativo que uma condição da ação".

nal pleiteada.¹² O autor tem interesse na demanda quando esta possa lhe trazer alguma utilidade. A utilidade é aferida por meio da necessidade do provimento jurisdicional e de sua adequação.

O interesse de agir decorre, pois, da necessidade mais a adequação. É possível que o provimento seja necessário sem ser adequado, ou seja adequado sem ser necessário. Em ambos os casos não há interesse de agir, sendo desnecessário o prosseguimento do processo, porque o provimento que se pede é inútil, seja por não ser necessário, seja por não ser adequado a eliminar a lesão afirmada.

A prestação jurisdicional é necessária quando não se pode obter a satisfação do direito violado por outro meio que não o Poder Judiciário. Se a parte contrária se negou a satisfazer espontaneamente o direito violado (substitutividade secundária) ou mesmo quando as partes, querendo, não podem atar espontaneamente a vontade da lei (ações constitutivas necessárias, em que há substitutividade primária), haverá necessidade do processo.

A necessidade da ação penal condenatória é pressuposta. Como o *ius puniendi* não pode se aplicar pela atuação espontânea da vontade da lei, sendo o processo penal um processo necessário, não há outro meio de se aplicar a lei penal senão por meio do processo. Em outras palavras, é irrelevante o dissenso das partes para que o processo penal se faça necessário: *nulla poena sine iudicio*. Assim sendo, a ação penal sempre será necessária para imposição de uma pena em face de um fato que se afigura crime.¹³ Consequentemente, o interesse de agir, quanto ao seu aspecto de necessidade, é inerente a toda ação penal, porque o Estado não pode impor a pena senão através das vias jurisdicionais.¹⁴

Somente no regime do Juizado Especial Criminal, diante da possibilidade de transação penal, com a consequente aceitação de uma pena restritiva de direito ou de multa, sem um prévio processo, é que se poderia cogitar da desnecessidade da ação penal. Assim, por exemplo, se o autor do fato preenche os requisitos da transação penal e, sem prévia tentativa de tal ato compositivo, o Ministério Público oferece a denún-

12. Enrico Tullio Liebman, *Manual de Direito Processual Civil*, 3ª ed., vol. I, trad. e "Notas" de Cândido Rangel Dinamarco, São Paulo, Malheiros Editores, 2005, p. 207.

13. Justamente por isso, Grinover (*As Condições da Ação Penal*, cit., p. 100) afirma que no processo penal o interesse-necessidade aparece implícito em toda acusação.

14. Cf. Grinover, *As Condições da Ação Penal*, cit., p. 109.

cia, não haverá necessidade da ação penal, posto que ainda é possível a solução consensual.¹⁵

Por outro lado, a prestação jurisdicional é adequada quando o provimento, pedido for apto a afastar a lesão ou mal invocada pelo autor. É difícil surgir o problema de adequação no que toca à tutela penal condenatória. Sempre que o Ministério Público ou o querelante pleiteiam a aplicação do direito de punir, o fazem por meio de ação penal condenatória. Os exemplos de falta de adequação podem ocorrer em outros campos. Será inadequado ingressar com *habeas corpus* para anular um processo por crime para o qual seja prevista exclusivamente a pena de multa, pois a liberdade de locomoção não estará em jogo. Adequado seria o mandado de segurança. Outro exemplo seria o caso em que o promotor de justiça impetrasse *habeas corpus* para pedir a condenação do acusado quando o adequado seria ação penal condenatória.

2.3 Da legitimidade de partes

Há legitimidade de partes quando o autor afirma ser titular do direito subjetivo material demandado (legitimidade ativa) e pede a tutela em face do titular da obrigação correspondente àquele direito (legitimidade passiva).

Normalmente vigora a regra de *legitimação ordinária*: ninguém pode demandar direito próprio em nome alheio (CPC, art. 6º). Em outras palavras: pede-se em juízo um *direito próprio em nome próprio*. Já, na

15. Em sentido contrário, para Grinover (*As Condições da Ação Penal*, cit., p. 196), “mesmo no caso de transação penal, possibilitada pela Constituição de 1988 e detalhada pelas leis dos Juizados Especiais, a aceitação da sanção penal pelo acusado só pode vir mediante o processo”. Discorda-se da eminente processualista. Na transação penal não há processo. O ato compositivo se dá antes do oferecimento da denúncia, ainda na audiência preliminar. O que se exige é, apenas, a homologação judicial de um acordo de vontades entre os *interessados* – Ministério Público e autor do fato – que tem por conteúdo uma pena não privativa de liberdade. Não há ação em sentido tradicional. Não há partes. Finalmente, não há *substituintividade*, ainda que primária, nem *atuação da vontade concreta da lei pelo juiz*. O que existe é um *negócio* entre as partes, que atuam a vontade concreta da lei, mas para a liberação da eficácia jurídica de tal ato dependem da *integração* da vontade de um órgão estatal – no caso, o juiz –, que verificará a existência dos pressupostos e requisitos de fato e de direito do *negócio*, para, então, possibilitar a produção do efeito desejado pelas partes. Trata-se, pois, de ato de jurisdição voluntária, no processo penal. Para uma distinção entre jurisdição contenciosa necessária e jurisdição voluntária, cf. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, *Omiss da Prova no Processo Penal*, São Paulo, Ed. RT, 2003, pp. 201 e ss.

legitimação extraordinária há uma situação de substituição processual (CPC, art. 6º, parte final): pede-se *direito alheio em nome próprio*. Finalmente, na *representação* pede-se *direito alheio em nome alheio*. Por exemplo, o pai que oferece queixa por crime contra a honra praticado contra seu filho menor de 16 anos de idade.

Obviamente, tanto o autor quanto o réu devem ser partes legítimas. É possível o autor ser parte legítima e o réu não, ou o réu ser parte legítima sem o autor o ser. No processo penal haverá ilegitimidade da parte ativa se o Ministério Público oferecer denúncia num crime de ação penal privada ou se a vítima oferecer queixa num crime de ação penal pública (salvo, é claro, tratando-se de ação penal privada subsidiária).

No processo penal a legitimidade ativa normalmente é conferida ao Ministério Público, salvo nos casos de ação penal de iniciativa privada, nos quais o legitimado ativo é o ofendido. A legitimidade passiva é sempre de quem praticou o fato criminoso.

No transporte de tais conceitos, entende-se que no caso de ação penal de iniciativa pública o Ministério Público seria o legitimado ordinário, e no caso de ação penal privada haveria uma hipótese de legitimação extraordinária, sendo o querelante um substituto processual, posto que a legitimidade é conferida a quem não é o titular do *ius puniendi*.¹⁶ Discorda-se de tal posicionamento.

No direito processual civil a legitimidade para a ação é extraída da situação de direito material.¹⁷ Em regra, o titular do direito material terá legitimidade para, em juízo, buscar tutela jurisdicional ao tal direito lesado ou ameaçado. Em suma: o conceito de legitimidade ordinária decorre da análise da titularidade da relação material.¹⁸ A pertinência subjetiva da ação é um reflexo da pertinência subjetiva do direito material.

Tal construção não se aplica ao direito processual penal. O Ministério Público não é o titular do direito de punir, que pertence ao Estado. Ao Ministério Público foi conferida apenas a titularidade ou legitimidade

16. Nesse sentido: Grinover, “As condições da ação penal”, cit., *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 69/198.

17. Explica José Roberto dos Santos Bedaque (*Direito e Processo – Influência do Direito Material sobre o Processo*, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2011, p. 117) que “a legitimidade processual nada mais é do que reflexo da própria legitimidade de direito material”.

18. Com explica Donald Armelin (*Legitimidade para Agir no Processo Civil Brasileiro*, São Paulo, Ed. RT, 1979, p. 117), “caracterizam a legitimidade ordinária, no processo, a coincidência entre o titular do direito afirmado em juízo e a figura do autor, bem assim com essa mesma coincidência entre o obrigado e o réu”.

para a propositura da ação penal.¹⁹ Tal poder, porém, decorre simplesmente da lei, independentemente da titularidade do "direito material" debatido em juízo — no caso, o "direito de punir". Assim, somente no sentido de ser o titular da pretensão processual posta em juízo é que se pode considerar o Ministério Público um "legitimado ordinário". Mas nesse conceito, na ação penal de iniciativa privada, em que, excepcionalmente, o poder de perseguir em juízo é conferido à vítima, ela também seria um "legitimado ordinário". E, diante de tal quadro, conclui-se que, se ambos são legitimados ordinários, não existiria situação de "legitimado extraordinário" ou substituto processual, pelo que a distinção entre legitimação ordinária e legitimação extraordinária é destituída de todo e qualquer significado no processo penal.²⁰

No máximo se poderia pensar em *legitimação extraordinária* na hipótese de ação penal privada subsidiária, posto que, neste caso, o *legitimado ordinário* seria o Ministério Público mas, devido à sua inércia, abre-se oportunidade para a vítima ou seu representante legal ofertar queixa. Todavia, do ponto de vista terminológico — e também da tradição do processo penal brasileiro —, melhor denominar tal caso de legitimção *subsidiária* ao invés de legitimção *extraordinária*.

Analisando as situações da legitimção no processo civil, José Carlos Barbosa Moreira distingue as situações de legitimção extraordinária

19. Aury Lopes Jr., partindo da premissa de que o Ministério Público não exerce uma pretensão punitiva, mas uma pretensão acusatória, exigindo que o juiz, que personifica o Estado, exerça o poder punitivo (*Direito Processual Penal*, cit., 10ª ed., p. 158), conclui: "O titular da pretensão acusatória será o Ministério Público ou o particular. Ao acusador (público ou privado) corresponde apenas o poder de invocar (acusação), pois o Estado é o titular do soberano poder de punir, que será exercido no processo penal através do juiz".

Ainda partindo da premissa de que o direito de punir não pertence ao Ministério Público, o transporte dos conceitos de legitimção ordinária e legitimção extraordinária também é negado por Marco Aurélio Nunes da Silveira (*O Interesse de Agir*..., p. 112).

20. Segundo Maria Thereza Rocha de Assis Moura (*Justa Causa na Ação Penal*, cit., p. 192), na ação penal privada subsidiária haveria uma hipótese de legitimção extraordinária no processo penal. Num certo sentido, tal situação realmente difere da ação penal exclusivamente privada. Isso porque o querelante, na ação subsidiária, não seria o legitimado "ordinário", mas, sim, alguém cuja legitimidade decorreria do não exercício da ação penal pelo Ministério Público — legitimado ordinário —, no prazo legal. Todavia, neste caso a distinção entre legitimado ordinário e legitimado extraordinário não se daria nos mesmos moldes em que tais expressões são empregadas no processo civil, em que se levam em conta os reflexos da titularidade da relação jurídica material no campo processual.

autônoma e *exclusiva* (em que a habilitação para agir exclui a posição da parte principal) da legitimção extraordinária autônoma *concorrente* (em que tanto o legitimado para agir quanto a parte principal podem agir por si sós). E, quando a esta última, distinga-se duas situações: "na primeira, qualquer dos legitimados extraordinários tem qualidades para *desde logo* instaurar autonomamente o processo, sem que se lhes imponha esperar, durante certo tempo, pela iniciativa do legitimado ordinário. Na segunda, ao contrário, enquanto não esgotado *in albis* o prazo da lei não se lhes faculta o acesso à via judicial; a rigor, eles somente se legitimam após o termo *ad quem* se a legitimada ordinária permanecer omissa. (...)". Se se quiser assinalar terminologicamente a distinção, poderá dizer-se que, ali, a legitimção extraordinária autônoma é *concorrente e primária*; aqui, é *concorrente e subsidiária*.²¹

Aplicando tais premissas ao processo penal, é de se concluir que na ação penal em que se postula tutela condenatória, em regra, há uma legitimção concorrente, na qual o Ministério Público é o *legitimado primário* e o ofendido o *legitimado subsidiário*. Por outro lado, nos casos de ação penal de iniciativa privada há apenas a legitimção do ofendido pelo crime.

Tal legitimção, porém, decorre da previsão legal em face de cada um dos tipos penais, e não de uma legitimção subjéctiva no plano do direito material. Também aqui, portanto, desnecessário o transporte do conceito processual civil.

3. *Justa causa para a ação penal*

Depois de analisar as condições da ação penal, resta enquadrar em tal estudo a chamada "justa causa para a ação penal", prevista no inciso III do *caput* do art. 395 do CPP.

Nesse ponto se está diante de uma peculiaridade da ação penal em relação à ação civil. No campo privado não se cogia de justa causa para a ação.

Inicialmente a justa causa foi identificada como a necessidade de que a denúncia ou queixa descrevesse, em tese, um fato típico. Isto é: era necessária a tipicidade abstrata da conduta imputada. Nesse sentido, a falta de justa causa poderia ser enquadrável no revogado art. 43, I, do CPP:

21. José Carlos Barbosa Moreira, "Apostamentos para um estudo sistemático da legitimção extraordinária", in *Direito Processual Civil (Ensaios e Parcerias)*, Rio de Janeiro, Borsói, 1971, pp. 61-62.

falaria justa causa para a ação penal, e a denúncia ou queixa deveria ser rejeitada, quando o fato narrado evidentemente não constituisse crime.²²

Todavia, tal conceito se mostrou insuficiente. Devido ao caráter infamante do processo penal em si, em que o simples fato de estar sendo processado já significa grave “pena” imposta ao indivíduo, não se podem admitir denúncias absolutamente temerárias e desconectadas com elementos concretos de investigação que tenham sido colhidos na fase pré-processual. Aliás, uma das finalidades do inquérito policial é, justamente, fornecer ao acusador os elementos probatórios necessários para embasar a denúncia.²³

O conceito de justa causa evoluiu, então, de um conceito abstrato para uma ideia concreta, exigindo a existência de elementos de convicção que demonstrem a viabilidade da ação penal. A justa causa passa a pressupor a existência de um suporte probatório mínimo, tendo por objeto a existência material de um crime e a autoria delitiva. A ausência desse lastro probatório ou da *probable cause* autoriza a rejeição da denúncia, e em caso de seu recebimento falará justa causa para a ação penal, caracterizando constrangimento ilegal apto a ensejar a propositura de *habeas corpus* para o chamado “trancamento da ação penal”.

A finalidade da justa causa é evitar que denúncias ou queixas infundadas ou, mesmo, sem viabilidade aparente possam prosperar. Inegável o caráter infamante do processo penal. É exato que, sob o ponto de vista jurídico, a garantia constitucional da presunção de inocência, enquanto regra de tratamento do acusado, assegura que nenhuma diferenciação

22. Embora não se trate, propriamente, de condição para a ação penal, essa mesma ideia pode ser transplantada, inclusive, para o inquérito policial. Se for instaurado inquérito por fato atípico, haverá falta de justa causa, com a consequente caracterização de constrangimento ilegal. Nesse sentido, com ampla citação jurisprudencial: Maria Theresza Rocha de Assis Moura, *Justa Causa na Ação Penal*, cit., p. 267.

23. Fernando da Costa Tourinho Filho (*Processo Penal*, 34ª ed., vol. 1, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 602) indaga: “Se não fosse assim, para quê serviria o inquérito? Por que a lei somente o dispensa quando o titular da ação penal dispõe de outros elementos de convicção? Do contrário bastaria que o acusador tivesse notícia do fato, ainda que oralmente, e a ação penal poderia ser proposta (...)”.

Como advertiu o Min. Gilmar Mendes, em voto lapidário: “Não é difícil perceber os danos que a mera existência de uma ação penal impõe ao indivíduo — Necessidade de rigor e prudência daqueles que têm o poder de iniciativa nas ações penais e daqueles que podem decidir sobre o seu curso — Ordem deferida, por maioria, para trancar a ação penal” (STF, 2ª Turma, HC n. 84.409-SP, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 14.12.2004, m.v., DJU 19.8.2005).

possa existir entre, de um lado, aquele que é acusado de um delito, sem que haja uma condenação transitada em julgado contra si, e, de outro, qualquer cidadão que nunca foi processado. Mas também é certo que, do ponto de vista moral, social e, mesmo, psicológico, o simples fato de estar sendo processado criminalmente é um pesadíssimo fardo a ser carregado pelo acusado. Ser réu em processo criminal é, portanto, de alguma forma, já estar sendo punido.

Diante do caráter infamante e apenador do simples “estar sendo processado”, seria intolerável agressão à dignidade do cidadão admitir que se pudesse processar alguém, imputando-lhe a prática de um delito, sem que houvesse uma mínima base probatória quanto à existência do crime e à autoria delitiva. Isto é: sem que houvesse elementos, normalmente colhidos no inquérito policial, a indicar que a ação penal não é temerária. Ilusório seria o “Estado de Direito” em que qualquer acusação infundada pudesse prosperar.

Inegavelmente, a justa causa se conecta ao fato criminoso e sua autoria, não bastando a mera tipicidade aparente do fato ou a indicação da autoria do crime. Qual seria, porém, o grau probatório exigível em relação à materialidade e à autoria delitiva?

A resposta exige que sejam fixadas algumas premissas.

Lembra-se, com Carnelutti, que o oposto da certeza é um gênero em que se podem distinguir um *juízo de possibilidade* ou um *juízo de probabilidade*, cuja diferença é apenas estatística. Há *possibilidade* no lugar da *probabilidade* quando as razões favoráveis e contrárias da hipótese são equivalentes. No *juízo de possibilidade* não há predominância de qualquer das razões positivas sobre as negativas, ou vice-versa.²⁴ Por outro lado, podemos continuar o raciocínio: no *juízo de probabilidade* há um predomínio das razões positivas sobre as negativas, ou vice-versa.²⁵ E, mais: na medida em que o predomínio aumenta, maior a probabilidade. Quando o predomínio das razões positivas vai decrescendo, tendendo a se igualar às razões negativas, a probabilidade diminui. Isso até o ponto em que os juízos entre razões positivas e negativas se igualam, pois aí se volta ao campo do juízo de possibilidade.²⁶

24. Francesco Carnelutti, *Lecciones sobre el Proceso Penal*, vol. II, trad. de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, EIEA, 1950, p. 181.

25. Para usarmos um raciocínio matemático, a intensidade de probabilidade varia de 51% a 99%.

26. Ou seja: há situação em que as razões positivas são de 50% e as razões negativas também de 50%.

Para a condenação exige-se, além de qualquer dúvida razoável, prova da existência do crime e de ter sido o acusado o seu autor ou partícipe. Ou seja: *certeza*. Obviamente, não teria sentido exigir no limiar da ação penal o mesmo *quantum* probatório necessário para a sentença final. Isso não significa, porém, que o grau probatório que se exige para os dois elementos caracterizadores da justa causa — a *autoria* e a *materialidade* (ou a existência do crime) — seja o mesmo.

A própria denominação utilizada, ainda que não haja uniformidade de linguagem, indica essa diferença. Quanto à autoria, normalmente se exige a existência de “indícios de autoria” ou “indícios suficientes de autoria”.²⁷ Por outro lado, no que toca ao crime, há referências como “prova da existência do crime” ou “prova da materialidade delitiva”.²⁸

Quanto à autoria delitiva não se exige a certeza para a caracterização da justa causa, bastando que os elementos de informação colhidos na fase de investigação preliminar permitam um juízo de *probabilidade* de que o acusado seja o autor do delito.²⁹

27. Comparando ambas as expressões, embora à luz dos requisitos da prisão preventiva, e não da justa causa para a ação penal, Antônio Magalhães Gomes Filho (*A Motivação das Decisões Penais*, São Paulo, Ed. RT, 2001, pp. 222-223) explica: “Trata-se de um juízo provisório sobre os fatos, feito com base nas eventuais provas já existentes ao tempo da decisão sobre a medida cautelar. Segundo a lei, nessa apreciação deve o juiz chegar à conclusão de estar *provada* (há uma *certeza*, portanto) a existência do fato delituoso, podendo contentar-se, quanto à autoria, com a simples constatação de indício suficiente. A motivação do provimento cautelar deve atender, assim, no que se refere à conduta criminoso, à necessidade de justificar, com base em elementos de convicção indubitados, não somente a real ocorrência do fato (se deixou vestígios, com o exame de corpo de delito exigido pelo art. 158 do CPP), mas, igualmente, com razões de direito, a tipificação desse mesmo fato na lei penal. Como anotou Basileu Garcia, a demonstração de que existe um fato delituoso, perfeitamente enquadrável na lei penal, é indeclinável. Quanto à autoria, como se disse, a lei não exige que o juiz chegue a um semelhante juízo de certeza, admitindo que a prisão cautelar seja determinada à vista da *probabilidade* de uma futura condenação do sujeito, com base na valorização de pelo menos um *indício suficiente*.”

28. Para Afrânio Silva Jardim (*Ação Penal Pública: Princípio da Obrigatoriedade*, cit., 2ª ed., p. 42) a justa causa exige “indícios de autoria” e “existência material de uma conduta típica e alguma prova de sua antijuridicidade e culpabilidade”. Maria Thereza Rocha de Assis Moura (*Justa Causa na Ação Penal*, cit., p. 243) refere-se à “existência material de um fato” típico e ilícito e “indícios suficientes de autoria”. Hélio Tomaghi (*Curso de Processo Penal*, cit., 8ª ed., vol. 1, p. 42), embora sem se referir à justa causa, entende que somente poderá haver denúncia “havendo prova do fato e suspeita de autoria”.

29. Questão muito mais delicada seria tentar definir o grau de probabilidade exigido. A probabilidade, no sentido de ser mais crível ou viável a ocorrência de alguma coisa, sobre a hipótese contrária de sua incoerência, admite graus. Pode-se

Já, com relação à existência do crime a questão se mostra mais complicada. Para que haja justa causa, e seja recebida a denúncia ou queixa, o juiz deve ter certeza da existência do crime, ou bastaria uma *probabilidade elevada* de que tenha ocorrido um delito?

Quando se tem notícia de um fato que se afigura crime, sem ter a certeza de tanto, deve-se investigar. Basta a *notitia criminis*, ou, melhor, a notícia de um possível crime, para que se instaura a investigação. Assim, por exemplo, encontrado um cadáver, havendo elementos a indicar que possa se tratar de um homicídio, deve-se instaurar inquérito policial. Mas, persistindo a dúvida sobre se o fato é crime ou não, mesmo que haja maior probabilidade de se tratar de delito, já se justificaria uma denúncia? Para continuarmos no mesmo exemplo: se os elementos do inquérito indicarem ser mais provável ter se tratado de um homicídio do que simples suicídio, já se poderia denunciar alguém, sem a certeza de que existiu um crime?³⁰ Não há justa causa para a ação penal se não se

ir de uma probabilidade elevada, que se avizinha da certeza, até uma probabilidade pequena ou tênue, que seja pouco mais que uma mera possibilidade. Tentando traduzir para expressões matemáticas, pode-se imaginar uma probabilidade elevada, de 90 ou 95%, ou uma pequena probabilidade de 55%. Como explica Pascoale Saraceno (*La Decisione sul Fatto Incerto nel Processo Penale*, Pádua, CEDAM, 1940, p. 106), a complexidade do juízo sobre o fato não admite uma “graduação numérica d'elle probabilità, ma una grossolana graduazione (più che aritmetica, grammaticale) che si può esprimere o al superlativo (certezza) o al comparativo (probabilità maggiore)”. De qualquer forma, a probabilidade é sempre mais que a mera *possibilidade*.

Maria Thereza Rocha de Assis Moura (*Justa Causa na Ação Penal*, cit., p. 222, nota 11) afirma que para a justa causa é necessário que “haja, no mínimo, probabilidade (e não mera possibilidade) de que o sujeito incriminado seja seu autor”. E, explica, ainda, que “o juízo do possível conduz à suspeita, e é inaproveitável para uma acusação. Para que uma pessoa seja acusada da prática de infração penal deve despontar não como *possível*, mas como *provável* autor do delito”.

Também Antônio Scarance Fernandes (*A Reação Defensiva à Imputação*, São Paulo, Ed. RT, 2002, p. 152) se refere a “elementos sérios que convissem para determinada pessoa, apontando-a como a *provável* autora de um crime”. Em sentido contrário, para Carnelutti (*Lecciones sobre el Proceso Penal*, cit., vol. II, p. 182) “un juicio de *probabilidad* basta para la imputación”.

30. Aliás, basta lembrar que em relação à prisão preventiva há expressa previsão legal do requisito caracterizador do *junius commissi delicti*, no caso, a “prova da existência do crime e indício suficiente de autoria” (CPP, art. 312). Trata-se, portanto, da justa causa para a prisão, à qual se deve agregar alguma situação caracterizadora do *periculum libertatis*. De qualquer forma — e neste ponto o paralelo tem inteira valia —, a “prova da existência do crime” deve ser entendida como *certeza* do crime, e não mera *probabilidade* de que tenha existido um delito. Seria uma agressão abominável à liberdade do cidadão prendê-lo para acautelar o processo por um crime que sequer se tem certeza de ter existido.

tem certeza da ocorrência de um crime.³¹ Sem a certeza do crime a ação penal seria injusta e desnecessária.³²

No sentido de que a prisão preventiva exige a certeza da existência da infração: Basileu Garcia, *Comentários ao Código de Processo Penal*, vol. III, Rio de Janeiro, Forense, 1945, p. 152. No mesmo sentido posiciona-se Rogério Lauria Tucci (Do Corpo de Delito no Direito Processual Penal Brasileiro, São Paulo, Saraiva, 1978, p. 268), lembrando, ainda, que Farniacius já destacava a "necessidade da prova do *corpus delicti*, precedentemente à inquirição, à prisão e à tortura: "*Corpus delicti debet probari ante quam iudex procedat ad inquisitionem, captivum, seu torturam*".

31. Analisando a justa causa, para a autora identificável com o interesse de agir, Paula Baier F. M da Costa (*Ação Penal Condenatória*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1998, p. 94) explica que "o interesse de agir, outra das condições da ação, existe diante da materialidade do fato e de indícios suficientes de autoria. A verificação da existência do fato tido como crime é que vai dar a medida do interesse".

Segundo Tourinho Filho (*Processo Penal*, cit., 34ª ed., vol. 1, p. 601): "Para que seja possível o exercício do direito de ação penal, é indispensável que haja, nos autos do inquérito, ou nas peças de informação, ou na representação, elementos sérios, idôneos, a mostrar que houve uma infração penal, e indícios, mais ou menos razoáveis, de que o seu autor foi a pessoa apontada no procedimento informativo ou elementos de convicção". E acrescenta (ob. cit., vol. 1, p. 527): "Se não há elemento idôneo de que houve uma infração penal, é como se não existisse o direito material, e, não existindo o direito, não há o que tutelar".

Mais enfática, Maria Thereza Rocha de Assis Moura (*Justa Causa na Ação Penal*, cit., p. 241) entende que "prova indubitosa da ocorrência de um fato delitoso, na hipótese, e prova ou indícios de autoria, apurados no inquérito policial ou nas peças de informação", são indispensáveis para que exista justa causa. Em outra passagem (ob. cit., p. 245), porém, de forma contraditória, a autora parece atenuar o grau de convencimento apto a caracterizar a justa causa, quando assevera "a prova que se exige para a incoação do processo é aquela em grau necessário para submeter alguém a julgamento. Relaciona-se, pois, a justa causa com o juízo de probabilidade mínima de condenação. Não se exige, de pronto, a certeza moral quanto à ocorrência do fato, da autoria e da culpabilidade".

Aliás, João Mendes de Almeida Jr. (*O Processo Criminal Brasileiro*, 4ª ed., vol. 2, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1959, p. 170) já pontificava que, "quando o juiz não tenha pleno conhecimento do delito ou indícios veementes de quem seja o delinqüente, declarará nos autos que não julga procedente a queixa ou denúncia".

32. Há, contudo, respeitável posição em contrário, considerando que também quanto à materialidade delitiva bastaria a probabilidade — e não a certeza — da existência do crime. Para Antônio Scaranze Fernandes (*A Reação Defensiva à Imputação*, cit., p. 33) "não basta a descrição típica, devendo a imputação estar lastreada em prova razoável da existência de crime e em suficientes indícios de autoria". No mesmo sentido, José Frederico Marques (*Elementos de Direito Processual Penal*, cit., 2ª ed., vol. 1, p. 133) afirma que, enquanto para a início da investigação basta a notícia *criminiis*, para que a acusação tenha fundamento é suficiente a opinião *delicti* do representante do Ministério Público, isto é, "possibilidade de existência de

Há, ainda, quem exija mais no que toca ao conteúdo da justa causa. Para Affânio Silva Jardim a ação só é viável quando a acusação não é temerária, por estar baseada em um mínimo de prova: "Este suporte probatório mínimo se relaciona com os indícios de autoria, existência material de uma conduta típica e alguma prova de sua *antijuricidade* e *culpabilidade*. Somente diante de todo esse conjunto probatório é que, a nosso ver, se coloca o princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal".³³

De qualquer forma, ainda que não haja consenso sobre o que se entende por justa causa para a ação penal, parece predominar o entendimento de que para o início da ação penal é necessário que haja prova da materialidade delitiva. Isto é: a certeza da ocorrência de um fato da natureza que se subsuma a determinado tipo penal. Nem poderia ser diferente: se não se tem certeza nem mesmo de que existiu o crime, como imputar a alguém a prática de algo fruto da mera imaginação ou fantasia?

No caso de crimes que deixam vestígios não seria o caso de se exigir que tal prova se desse pelo exame de corpo de delito, nos termos do art. 159 do CPP, pois somente serão imprescindíveis no momento da sentença. Assim, a comprovação da materialidade delitiva, para fins de caracterização da justa causa para a ação penal, poderia ocorrer por crime". Por sua vez, o *corpus delicti* ou *corpus criminis*, com a "adequação típica comprovada", somente seria exigível para a prisão em flagrante delicto, para a prisão preventiva e para a pronúncia. Em obra posterior José Frederico Marques (*Tratado de Direito Processual Penal*, cit., vol. 2, p. 74) afirma que a justa causa se identifica com a imputação razoável, que "é auferida em razão da provável existência do crime e respectiva autoria". Todavia, em outra passagem (ob. cit., vol. 2, p. 75) entende que para o juízo de recebimento da denúncia "será suficiente uma *convicção provisória* sobre a existência do crime e indícios de autoria". As assertivas são contraditórias. Ora, ainda que qualificada como provisória, se há convicção sobre a existência do crime é porque o juiz está convencido que o delito existiu. Não se trata de *probabilidade*, mas de certeza de que o crime existiu, ainda que uma certeza provisória, segundo os elementos de informação colhidos no inquérito. Obviamente, depois da instrução a conclusão poderá se alterar, posto que o recebimento da denúncia é uma decisão segundo o estado do processo".

33. Affânio Silva Jardim, *Ação Penal Pública: Princípio da Obrigatoriedade*, cit., 2ª ed., p. 42. No mesmo sentido: Maria Thereza Rocha de Assis Moura, *Justa Causa na Ação Penal*, cit., p. 243.

É discutível na jurisprudência a necessidade de elementos mínimos de prova quanto à antijuridicidade. Nesse sentido, admitindo o trancamento da ação por falta de prova da justa causa: STJ, 5ª Turma, RHC 4.146-3-SP, rel. Min. Flaquet Scartez-zini, j. 15.3.1995, m.v., RT 716/502.

qualquer outro meio de prova válido que desse ao julgador a certeza da ocorrência de um crime.³⁴ Por exemplo, o depoimento do médico que atendeu à vítima de um crime de lesão corporal grave.³⁵

Por fim, é de se ressaltar que não há consenso doutrinário sobre o enquadramento da justa causa entre as condições da ação. Uns a consideram integrante do interesse de agir;³⁶ outros, da possibilidade jurídica

34. Em determinados casos a própria natureza do delito exige que se tenha uma prova segura da ocorrência do crime, razão pela qual o legislador expressamente determina o meio de prova pelo qual se poderá comprovar a materialidade delitiva já no momento inicial do processo. Nos crimes contra a propriedade imaterial exigem-se a apreensão dos produtos contrafeitos e a elaboração de um laudo pericial, que deverá ser homologado judicialmente, comprovando a violação do direito de propriedade (CPP, art. 525). Nos crimes de drogas, para a caracterização da justa causa, no que diz respeito à prova da materialidade delitiva, haverá o chamado "laudo de constatação" (Lei 11.343/2006, art. 50, § 1º). Finalmente, a Lei de Imprensa – que o STF, na ADPF 130-7-DF, declarou não recepcionada pela Constituição de 1988 – exige que nos crimes contra a honra a denúncia ou a queixa estivessem instruídas com o exemplar do jornal, caso o crime tivesse ocorrido por meio de jornal, ou com a notificação feita à empresa de rádio ou agência de notícia, para que fossem destruídos os textos ou gravações do programa em que cometeu a infração penal (Lei 5.250/1967, art. 43, *caput*). Ora, não haveria nenhuma razão lógica ou jurídica para uma distinção no sentido de que somente para estes crimes – contra propriedade imaterial, drogas e de imprensa – se exigisse a *certeza* da existência do crime, mediante prova cabal da materialidade delitiva, enquanto para os demais delitos bastaria que a denúncia estivesse instruída com elementos de informação que indicassem haver apenas a *probabilidade* da existência de um crime. Não há diferença quantitativa quanto ao grau de convencimento exigido. Em relação a qualquer delito deve haver prova da materialidade delitiva. As regras especiais acima lembradas apenas decorrem do fato de que para certos crimes, devido a peculiaridades em seu cometimento, a demonstração da materialidade delitiva exige um especial meio de prova, para conferir maior segurança de que se está, efetivamente, diante de denúncia ou queixa por um fato que, efetivamente, caracteriza um crime, e não um indício penal.

35. Embora não se tratasse especificamente de exame de corpo de delito, o STF decidiu: "A prova pericial deverá servir de base à sentença, o que não se aplica ao recebimento da denúncia" (2ª Turma, HC 84.301-SP, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 9.11.2004, v.u.).

36. Para José Frederico Marques (*Elementos de Direito Processual Penal*, cit., 2ª ed., vol. II, p. 167) a justa causa se identifica com o *fumus boni iuris*, que caracteriza o "legítimo interesse" para a denúncia. Há, pois, identificação da justa causa com o interesse de agir.

No mesmo sentido: Tourinho Filho, *Processo Penal*, cit., 34ª ed., vol. 1, pp. 604-605; Rogério Lauria Tucci, *Teoria do Direito Processual Penal*, cit., p. 95; Paula Bayer F. M. da Costa, *Ação Penal Condenatória*, cit., 2ª ed., p. 97.

Em sentido contrário, Grinover (*As Condições da Ação Penal*, cit., p. 119) nega tal posição, considerando que "identificar o interesse de agir com o *fumus boni iuris*

do pedido.³⁷ Há também aqueles que a definem como uma condição da ação autônoma.³⁸ Não faltam também aqueles que negam a utilidade da transposição para o campo penal do conceito processual civilístico de condições da ação.³⁹

A redação do art. 395 do CPP dada pela Lei 11.719/2008, ao distinguir, no inciso II, as "condições para o exercício da ação penal" e, no inciso III, a "justa causa para o exercício da ação penal", parece tê-la considerado como elemento distinto das condições da ação penal, que não se enquadraria no interesse de agir nem seria uma "quarta" condição da ação penal.

De qualquer forma, para os fins restritos do presente trabalho, e nos termos do disposto no art. 395, III, do CPP, basta concluir que, se não houver indícios suficientes de autoria e prova da materialidade delitiva, a ação penal não será viável, e a denúncia ou queixa deverá ser rejeitada.

Assim sendo, a denúncia ou queixa deverá ser liminarmente rejeitada se faltar uma das condições para a ação penal (CPP, art. 395, II, segunda parte) ou se esta for destituída de justa causa (CPP, art. 395, III). Procurando definir tais conceitos, a denúncia ou queixa deverá ser rejeitada se: (1) não descrever um fato *aparentemente típico*, (2) ou se já estiver *extinta a punibilidade*, (3) ou se quem a ofertar *não tiver legitimidade* para tanto, ou (4) não houver *prova da existência do crime* imputado e *indícios de autoria* da prática delitiva.

4. *Distinção entre condições da ação e mérito*

Na doutrina nacional predomina o entendimento de que os temas tratados pelo juiz ao longo do processo podem ser enquadrados em três grandes categorias: pressupostos processuais, condições da ação e mérito.

significa, em última análise, que o juiz deveria avaliar a possibilidade de que exista o direito subjetivo que o autor alegou", o que configuraria matéria atinentemente ao mérito.

37. Grinover, "As condições da ação penal", cit., *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 69/189.

38. Para Afrânio Silva Jardim (*Ação Penal Pública. Princípio da Obrigatoriedade*, cit., 2ª ed., p. 41) a justa causa é uma condição da ação autônoma, isto é, uma quarta condição da ação, distinta da possibilidade jurídica, do interesse de agir e da legitimidade das partes.

39. Nesse sentido, Maria Theresza Rocha de Assis Moura (*Justa Causa na Ação Penal*, cit., p. 215) nega a utilidade de transferir para o processo penal o conceito de condições da ação da doutrina processual civil, preferindo resolver a viabilidade da ação penal por meio do conceito próprio de justa causa.

Todas estas teorias, porém, têm grande dificuldade de distinguir, do ponto de vista abstrato, as *condições da ação* do *mérito*. Isso porque é inegável que há, no mínimo, estreita relação entre ambos.

Numa linha oposta estariam aqueles que defendem a existência de um *binômio processual*: basicamente, haveria os requisitos necessários para o julgamento do mérito e o próprio mérito. Para tal teoria, no que importa ao presente estudo, não haveria distinção nítida entre condições da ação e mérito.

Nessa segunda linha, na tentativa de distinguir as condições da ação do mérito, um caminho seguro é traçado pelos adeptos da teoria da asserção ou teoria da *prospettazione*,⁴⁰ pela qual o exame das condições da ação deve ser feito *in statu assertivis*,⁴¹ tendo-se por verdadeiras

40. De se destacar que a teoria da *prospettazione* foi negada por Liebman (*Manual de Direito Processual Civil*, cit., 3ª ed., vol. I, pp. 203-204), para quem “a ausência de apenas uma daquelas [condições da ação] já induz carência da ação, podendo ser declarada, mesmo de ofício, em qualquer grau do processo. Por outro lado, é suficiente que as condições da ação, eventualmente inexistentes no momento da propositura desta, sobrevenham no curso do processo e estejam presentes no momento em que a causa é decidida”.

Atualmente, um veemente “reputido à teoria da asserção” é formulado por Cândido Rangel Dinamarco (*Instituições de Direito Processual Civil*, 6ª ed., vol. II, São Paulo, Malheiros Editores, 2009, p. 323): “Não basta que o demandante descreva formalmente uma situação em que estejam presentes as condições da ação. É preciso que elas existam realmente. Uma condição da ação é sempre uma mérito, quer o autor já descreva uma em que ela falte, quer dissimule a situação e só ou no julgamento conforme o estado do processo (arts. 329-331) ou em qualquer outro momento intermediário do procedimento — ou mesmo a final, no momento de proferir sentença —, o juiz é proibido de julgar o mérito quando se convence de que a condição falta”. Consequência disso é que: “As partes só poderão ter o direito ao julgamento do mérito quando, no momento em que este esteja para ser pronunciado, mas ainda assim o processo não veio a ser extinto, o juiz a terá por satisfeita e julgará a demanda pelo mérito sempre que a condição antes falante houver sobrevindo no curso do processo. Inversamente, se a condição existia de início e já não existe agora, o autor carece de ação e o mérito não será julgado. Na experiência processual do dia a dia são muito mais frequentes os casos de condições que ficam excluídas (*pedido prejudicado*)” (idem, p. 325).

41. Nesse sentido, na doutrina nacional: Luiz Machado Guimarães, “Carência da ação”, in *Estudos de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro, Jurídica e Universitária, 1969, pp. 103 e ss.; José Carlos Barbosa Moreira, “Legitimidade para agir: Indeferimento de petição inicial”, in *Temas de Direito Processual — Primeira Série*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1980, pp. 200-201; Hélio Bastos Tomaghi, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, São Paulo, Ed. RT, 1976, p. 99; Kazuo Watanabe,

as afirmações feitas na petição inicial. Justamente para distinguir as questões que constituem as condições da ação daquelas relativas ao mérito, defendem que o exame das condições da ação deve ser realizado segundo o afirmado na petição inicial.⁴² Isto é: o juiz deve, por hipótese,

Da Cognição no Processo Civil, 3ª ed., São Paulo, DPJ, 2005, pp. 97 e ss.; Donald Armelin, *Legitimidade para Agir no Direito Processual Civil Brasileiro*, cit., p. 83; Bedque, *Direito e Processo — Influência do Direito Material sobre o Processo*, cit., 6ª ed., p. 110. A teoria da asserção também encontra significativa acolhida na doutrina estrangeira: Ary de Almeida Elias da Costa, *A Legitimidade das Partes na Doutrina e na Jurisprudência*, Coimbra, Livraria Almedina, 1965, pp. 32-34; Giovanni Verde, *Profil del Processo Civile — Parte Generale*, Nápoles, Jovene, 1978, p. 130; Crisanto Mandrioli, *Corso di Diritto Processuale Civile*, 2ª ed., vol. I, Turim, Giappichelli, 1978, p. 55; Elio Fazzolari, *Istituzioni di Diritto Processuale*, Pádua, CEDAM, 1975, p. 135, e *Note in Tema di Diritto e Processo*, Milão, Giuffrè, 1957, p. 160; Andrea Proto Pisani, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, 2ª ed., Nápoles, Jovene, 1996, p. 219.

Na doutrina processual penal brasileira a teoria da asserção encontra acolhida em: Tomaghi, *Relação Processual Penal*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1987, p. 251; Weber Martins Batista, “O saneamento no processo penal”, in *Direito Penal e Direito Processual Penal*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1996, p. 119. Também Afânio Silva Jardim (*Ação Penal Pública: Princípio da Obrigatoriedade*, cit., 2ª ed., pp. 37-40) adota expressamente a teoria da asserção, embora acrescentando às três condições clássicas da ação uma quarta condição, a justa causa.

Destaque-se a posição de Ada Pellegrini Grinover, que em um primeiro posicionamento reputava expressamente tal teoria — “Não acolhemos a teoria da *prospettazione*: as condições da ação não resultam da simples alegação do autor, mas da verdadeira situação trazida a julgamento” (*As Condições da Ação Penal*, cit., p. 126) —, mas recentemente, mudando de ponto de vista, passou a acolhê-la, expressamente: “Hoje, a teoria da apresentação é francamente vitoriosa (...) os discípulos diretos de Liebman abandonaram a lição do Mestre, para aderirem à *prospettazione* (Tarzia, Ricci). E realmente a teoria da apresentação é a que melhor serve para estrear as condições da ação do mérito da causa” (“As condições da ação penal”, cit., *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 69/182-183).

Por sua vez, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scaranec Fernandes (*Recursos no Processo Penal*, 7ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2011, p. 246) adotam a teoria da asserção pelo menos em relação à revisão criminal. No processo penal a teoria da *prospettazione* é expressamente negada por Maria Thereza Rocha de Assis Moura (*Justa Causa na Ação Penal*, cit., p. 257, nota 79).

42. José Carlos Barbosa Moreira (“A legitimidade para agir: Indeferimento de petição inicial”, cit., in *Temas de Direito Processual — Primeira Série*, 2ª ed., p. 200) explica: “O exame da legitimidade, pois — como o de qualquer das ‘condições da ação’ —, tem de ser feito com abstração das possibilidades que, no juízo de mérito, vai deparar-se o julgador: a de proclamar existente ou a de declarar inexistente a relação jurídica que constitui a *res in iudicium deducta*. Significa isso que o órgão julgador, ao apreciar a legitimidade das partes, considera tal relação jurídica *in statu assertivis*, ou seja, à vista do que se afirmou. Tem ele de raciocinar como quem admitta, por hipótese, e em caráter provisório, a verdade da narrativa, deixando para

tomar como verdadeiros os fatos narrados na denúncia ou queixa, para apreciar a *viabilidade* da ação, e impedir que processos inúteis e inviáveis se desenvolvam.⁴³ As condições da ação têm, portanto, clara função de *filtro processual*.⁴⁴

Segundo a teoria da asserção, a análise das condições da ação é feita a partir de uma cognição superficial de elementos narrados na petição inicial e que, posteriormente, constituirão o mérito do processo. Iniciada a fase probatória, diante da descoberta de que tais fatos afirmados (que fizeram com que o juiz entendesse que as condições da ação estavam presentes, determinando o prosseguimento do processo) não se verificaram, o juiz deve julgar o mérito, com a impropriedade do pedido, pois neste caso já se realizou uma análise profunda do mérito. Esse “método”, que permite distinguir as condições da ação e o mérito, pode, com alguma adaptação, ser transposto para o processo penal.

De se observar, desde já, que, no que toca ao interesse de agir, diante da regra geral da obrigatoriedade da ação penal, a necessidade de distinção entre condições da ação e mérito se mostra destituída de maior interesse, sendo raríssimas – para não se dizer inexistentes – as situações de potencial confusão. De forma semelhante, no que toca à legitimidade ativa o problema será resolvido segundo regras expressas que conferem a legitimação ao Ministério Público ou à vítima, sendo improvável ou, quiçá, impossível qualquer confusão.

a ocasião própria (o juízo de mérito) a respectiva apuração, ante os elementos de convicção ministrados pela atividade instrutória”. No mesmo sentido posiciona-se José Roberto dos Santos Bedaque (“Pressupostos processuais e condições da ação”, *Justitia* 156, outubro-dezembro/1991): “É possível que o juiz examine determinados elementos da relação substancial apresentada pelo autor, sem se aprofundar na cognição. *A análise dessas elementos deve ser feita à vista do afirmado na inicial*, pois permitirá ao magistrado, desde logo, impedir o desenvolvimento de um processo inútil. Trata-se, aqui, das condições da ação. Devem as condições da ação ser analisadas em tese, isto é, sem adentrar o exame do mérito, sem que a cognição do juiz se aprofunde na situação de direito substancial. Esse exame, feito no condicional, ocorre normalmente em face da petição inicial, *in statu assertivonis*”.

43. Analisando as condições da ação, Bedaque (*Efektividade do Processo e Técnica Processual*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2010, p. 245) explica que, “para evitar o desenvolvimento de processo inútil, o juiz deve ir à relação jurídica afirmada pelo autor e examiná-la, macroscopicamente – ou seja, em tese. (...)”.

44. Bedaque (*Efektividade do Processo e Técnica Processual*, cit., 3ª ed., p. 264) observa que “a compreensão da técnica representada pelas condições da ação possibilita que, verificada a ausência de uma delas, o processo seja extinto o quanto antes – o que atende ao princípio da economia processual. Se a sentença de mérito é inadmissível, melhor impedir o desenvolvimento inútil da atividade jurisdicional”.

Em suma: o problema das condições da ação penal se restringe à questão da *tipicidade* e da *legitimidade passiva*. Por outro lado, para ambos os temas há que se acrescer outra diferença específica do processo penal: a exigência de justa causa para a ação penal. Ou seja: a “condição da ação” relativa à tipicidade em abstrato da conduta guarda relação com a exigência de que haja *prova da materialidade delitiva*. Por outro lado, a condição referente à *legitimatio ad causam* passiva diz respeito, diretamente, aos *indícios suficientes de autoria*.

Em outras palavras: ainda que se procure analisar tipicidade e autoria delitiva, na ótica exclusiva das condições da ação, com base apenas no que foi asserido na denúncia ou queixa e, portanto, aplicando a *teoria da asserção* em sua pureza doutrinária, mesmo assim o recebimento da acusação dependerá também da análise da existência de um *suppote probatorio minimo* sobre os fatos afirmados na peça acusatória.

Nesse caso, para aqueles que consideram que a justa causa para a ação penal se distingue das condições da ação penal seria possível, como que numa experiência de laboratório, separar e isolar, *in vitro*, a possibilidade jurídica do pedido (no que toca à tipicidade aparente) e a legitimidade de parte passiva, analisando-as apenas *in statu assertivonis*. Porém, para o ato de recebimento da denúncia deveria haver a análise não apenas das condições da ação, tendo por base os fatos tais quais afirmados, mas também dos elementos de informação colhidos no inquérito policial que permitam concluir pela ocorrência da justa causa para a ação penal.

Diante de tais dificuldades, como resolver, então, o problema da tipicidade no que toca ao seu enquadramento como condição da ação ou como mérito? A resposta está, segundo a teoria da asserção, no *grau da cognição* realizada pelo juiz.⁴⁵ Segundo a profundidade da cognição, a tipicidade pode dizer respeito às condições da ação (tipicidade aparente, segundo o afirmado na denúncia ou queixa) ou ao mérito (comprova-

45. Como explica Bedaque (*Efektividade do Processo e Técnica Processual*, cit., 6ª ed., p. 258) “para não confundir condições da ação com o mérito, *carência com impropriedade*, propõe a doutorina critério fundado na profundidade da cognição, que, como veremos, não é suficiente para solucionar todos os problemas relacionados ao tema, mas auxilia sobremaneira o intérprete a evitar confusões entre planos considerados diversos pelo legislador brasileiro”.

No processo penal referida teoria também não pode ser considerada critério infalível ou indefectível de distinção entre condições da ação e mérito, tendo em vista a necessidade de, no limiar da ação penal, se fazer uma análise “probatória”, em algum grau, diante da exigência de justa causa para a ação penal. Todavia, assim como no processo civil, trata-se de um critério, se não absoluto, ao menos bastante seguro para tais distinções.

ção, após a instrução, dos fatos constitutivos do tipo penal). A distinção torna-se ainda mais clara ao se comparar o revogado art. 43 do CPP, que tratava da rejeição da denúncia, com os casos de absolvição do art. 386 do CPP. O inciso I do art. 43 previa que a denúncia ou queixa deveria ser rejeitada quando “o fato narrado *evidentemente* não constituir crime” (grifamos). Já, o art. 386, III, prevê que o acusado deverá ser absolvido quando “não constituir o fato infração penal”. Como se percebe facilmente, a atipicidade *prima facie*, apenas com base no que foi afirmado na denúncia, leva à carência da ação, com a consequente rejeição da denúncia. Já, a análise aprofundada da tipicidade, depois da fase instrutória, é questão de mérito, que acarreta a absolvição.⁴⁶

Ou seja: a mesma matéria – no caso, a tipicidade (ou, melhor, a atipicidade) – poderia levar a juízos e consequências distintas: apreciada em cognição superficial, logo após o oferecimento da denúncia, leva à sua rejeição, por carência da ação (CPP, art. 395, II); se depois da resposta, mediante cognição profunda, provada documentalmete, implicará julgamento do mérito, com a absolvição sumária do acusado (CPP, art. 397, III).⁴⁷ A cognição na análise das condições da ação é superficial, com base no que foi afirmado na peça inicial, e no exame do mérito é aprofundada, com base nos elementos probatórios colhidos ao longo da instrução.⁴⁸

46. Em sentido contrário posicionava-se Grinover (*As Condições da Ação penal*, cit., p. 69): “A tipicidade é evidentemente matéria de mérito: representa, para o processo penal, a *causa petendi*” – pelo que estaria desvinculada da matéria relativa ao processo (condições da ação). Porém, em estudo mais recente (“As condições da ação penal”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 69/188) altera seu posicionamento: “A hipótese do inciso I do art. 43 do CPP – não constituir o fato narrado, evidentemente, crime –, realmente, não dá margem a dúvidas, em face da teoria da apresentação: mas o caso é de impossibilidade jurídica (negativa), pois o ordenamento só permite a acusação se esta se propõe a demonstrar a existência de um fato delituoso. Sem a evidente presença da tipicidade do fato narrado haverá impossibilidade jurídica – mas aqui, mais uma vez, não do pedido, mas da causa de pedir”.

Embora não se declare adepto da teoria da asserção, parece que o mesmo fundamento é que leva Jacinto Coutinho (*A Lide e o Conteúdo do Processo Penal*, cit., p. 150) a distinguir a *tipicidade aparente*, como condição da ação, e a *tipicidade* (efetivamente comprovada) como mérito: “Uma coisa, portanto, é o autor demonstrar que os fatos narrados na imputação têm, na aparência, credibilidade suficiente para serem considerados típicos, algo tão somente comprovável no curso do processo; outra é a comprovação efetiva”.

47. Por óbvio, se somente após a audiência de instrução ficasse demonstrada a atipicidade, haveria também sentença de mérito absolutória (CPP, art. 386, III).

48. Seja toda a prova produzida, ao longo da instrução, no caso de uma sentença ao final do processo, sejam os elementos de informação produzidos no inquérito policial e as provas juntadas com a resposta escrita, no caso da absolvição sumária.

A questão, contudo, não é tão simples. Mesmo no âmbito processual civil há quem negue que a impossibilidade jurídica do pedido seja distinta do julgamento do mérito de improcedência. Ou seja: o juiz, ainda que no limiar da ação, e mesmo que com base em uma cognição superficial, ao julgar o pedido juridicamente impossível estaria, em verdade, julgando o *mérito* improcedente,⁴⁹ ainda que *prima facie* ou de forma “macroscópica”.

De se reproduzir, ainda que resumidamente, o pensamento de José Roberto dos Santos Bedaque sobre o tema. O autor parte de premissa de que “há determinadas regras de direito material, mesmo no âmbito civil, que contêm a descrição de certos elementos cuja verificação em concreto é essencial à ocorrência do efeito estabelecido pela norma”. Nestes casos está-se diante de “verdadeiros tipos legais” em que “a subsunção do fato à norma depende da verificação concreta de todos os elementos nela descritos abstratamente”.

Nessas situações, diz Bedaque, “extrai-se a vedação legal pela ausência de tipicidade do fato. A consequência só é admitida se preenchidos determinados requisitos previstos na norma. Se a própria descrição feita na inicial não se apresenta em conformidade com o modelo, a impossibilidade do efeito pretendido é detectada de plano, sem necessidade de qualquer outra atividade processual”.⁵⁰

Não há por que negar a aplicação de tais ideias ao processo penal.⁵¹ No caso em que se constata a atipicidade dos fatos narrados na denúncia

49. Antes mesmo do Código de Processo Civil de 1973, Galeno Lacerda (*Despacho Sancionador*, Porto Alegre, Sulina, 1953, p. 85) já afirmava que, “se o autor pede divórcio a vínculo, ou pagamento de dívida de jogo, terá o seu pedido rejeitado por impossibilidade jurídica. O juiz, inequivocamente, julga o mérito do pedido”.

50. Bedaque, *Efetividade do Processo e Técnica Processual*, cit., 3ª ed., p. 267.

51. Interessante notar que há tempo a mesma posição é defendida por Grinover (*As Condições da Ação Penal*, cit., pp. 70-71): “Ainda que declarada por ocasião da denúncia ou queixa, ocasionando a sua rejeição (art. 43, I, do CPP), a falta de tipicidade não deixará de configurar sentença de mérito: aliás, o parágrafo único do art. 43 possibilita novo exercício do direito de ação única e exclusivamente na hipótese do inciso III do mesmo dispositivo. Não se refere o parágrafo único, ao item I do artigo, demonstrando que a rejeição da denúncia ou queixa, por atipicidade dos fatos narrados, *preclui a via judicial* e impossibilita novo exercício do direito de ação, porque a lide já foi *solucionada pelo mérito*” (grifos nossos).

No mesmo sentido posiciona-se Marco Aurélio Nunes da Silveira (*O Interesse de Agir* ..., p. 124): “Em verdade, a decisão tomada nos termos do art. 43, I, do CPP, ainda que ocorra por ocasião do juízo de admissibilidade da acusação, pode, ainda que nem sempre, equivar a uma decisão de mérito. (...) Quando o juiz conclui que o fato narrado evidentemente não é crime – seja pela falta de conduta, tipicidade,

ou queixa, considerando-os, ainda que por hipótese, como verdadeiros, haverá verdadeiro julgamento de mérito, por atipicidade dos fatos imputados.⁵² Pouco importa que o juiz o reconheça logo no início, ao rejeitar a denúncia, por “impossibilidade jurídica do pedido” (CPP, art. 395, II, segunda parte), ou o faça depois da resposta do acusado, com as provas documentais por este apresentadas, absolvendo-o sumariamente (CPP, art. 397, III). O mesmo se diga se tal decisão decorre de concessão de *habeas corpus* para “trancar a ação penal”. Em todos estes casos o que menos importa é o momento procedimental em que se constatou a atipicidade.⁵³ Sempre haverá julgamento de mérito, seja *prima facie* (CPP, art. 395), seja antecipadamente (CPP, art. 397), seja ao final do processo ilicitude ou censurabilidade –, tem-se uma decisão de mérito, que versa sobre a própria inexistência do crime.”

Com alguma variação, embora tratando do ato de arquivamento do inquérito policial, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (“A natureza cautelar da decisão de arquivamento do inquérito policial”, *RePro* 70/56, São Paulo, Ed. RT, abril-junho/1993) defende que, “quando o ato referido reconhecer que, sem dúvida razoável, o fato não é típico, ou que o fato é inexistente (a questão acaba sendo sempre tratada em razão do art. 43, I, do CPP), ou que está extinta a punibilidade, não estaremos diante de uma verdadeira decisão de arquivamento, mas sim de uma decisão de mérito, que passa em julgada materialmente, impedindo o desarquivamento, seja como conclusão de processo acatelar (quando o Ministério Público requer o arquivamento), seja como julgamento antecipado de processo de conhecimento, se oferecida a denúncia ou queixa” (grifos nossos).

Também há muito Antônio Acir Breda (“Notas sobre o Anteprojeto de Código de Processo Penal”, cit., *Revista de Direito Penal* 11-12/57) afirma que “no processo penal, com muito maior razão, a possibilidade jurídica do pedido tem íntima relação com o mérito. Assim, se o juiz rejeita a denúncia, porque o fato narrado não constitui crime, decide o mérito”.

Embora negando que se trate de questão ligada à possibilidade jurídica do pedido, substancialmente, o mesmo ponto de vista é defendido por Maria Thereza Rocha de Assis Moura (*Justa Causa na Ação Penal*, cit., p. 257): “O ato decisório que recusa a denúncia ou queixa porque o fato não existiu ou porque, evidentemente, não constitui crime (art. 43, I, CPP) é, em sua essência, de mérito, porquanto, ainda que verdadeira a imputação, o fato será indiferente ao direito penal. Se recebida, patente estará a falta de justa causa, possibilitando o trancamento da ação penal. (...) Há hipótese de verdadeira antecipação do julgamento do mérito (...). E, como tal, tem força de coisa julgada formal e material, adquirindo autoridade absoluta” (grifos nossos).

52. Do ponto de vista da profundidade da cognição, mesmo tratando-se de um exame superficial, o reconhecimento da “atipicidade” no início do processo pode ser considerado verdadeiro julgamento do mérito, por não haver controvérsia fática.

53. Nesse sentido, no processo civil, considerando irrelevante o momento procedimental em que é proferida a sentença, posto que ao reconhecer a “impossibilidade jurídica do pedido” estará julgando o mérito imprecudente, cf.: Adroaldo Furtado

(CPP, art. 386). Em todas elas haverá coisa julgada material, impedido a repropositura de ação penal idêntica, posto que o tema restara definitivamente decidido pelo Poder Judiciário.⁵⁴

Com as devidas adaptações, o mesmo raciocínio vale para a *punibilidade*, que pode ser apreciada como “condição da ação” e como “mérito”. Antes, porém, é necessário um esclarecimento sobre a consideração da extinção da punibilidade como “mérito”. No processo penal, ao lado das sentenças terminativas e das sentenças de mérito, no caso, que condenam ou absolvem o acusado (sentença definitiva em sentido estrito), existem também as sentenças definitivas em sentido lato, isto é, sentenças que decidem sobre o direito de punir estatal debatido em juízo, embora sem absolver ou condenar o acusado. A sentença que julga extinta a punibilidade declara a inexistência do direito de punir, sendo uma sentença de mérito, ou seja, definitiva, mas não em sentido estrito, posto que não julga a imputação, absolvendo ou condenando o acusado.⁵⁵ Somente neste último sentido se cogita da consideração da “extinção da punibilidade” com “decisão quanto ao mérito”.

Se, pela leitura da denúncia ou queixa, se observa, de plano, que já ocorreu a extinção da punibilidade (por exemplo: denúncia oferecida 30 anos após a prática do fato, ou queixa oferecida 1 ano após a vítima saber quem é o autor do delito ou, ainda, tendo por objeto delito em relação

Fabricio, “Extinção do processo e mérito da ação”, cit., *RePro* 58/17, Bedaque, *Efektividade do Processo e Técnica Processual*, cit., 3ª ed., p. 270, nota 68.

54. Nesse sentido, para o processo civil, reconhecendo que a sentença que reconhece a impossibilidade jurídica do pedido se sujeita a coisa julgada material, cf.: Adroaldo Furtado Fabricio, “Extinção do processo e mérito da ação”, cit., *RePro* 58/26; Bedaque, *Efektividade do Processo e Técnica Processual*, cit., 3ª ed., p. 284.

55. Nesse sentido: Grinover, Gomes Filho e Fernandes, *Recursos no Processo Penal*, cit., 5ª ed., p. 54. Parte da doutrina denomina a sentença que declara a extinção da punibilidade de “sentença terminativa de mérito” (cf.: José Frederico Marques, *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. III, Rio de Janeiro, Forense, 1962, p. 42; Touminho Filho, *Processo Penal*, cit., 34ª ed., vol. 4, São Paulo, Saraiva, 2012, pp. 339-340; Júlio Fabbrini Mirabete, *Processo Penal*, 15ª ed., São Paulo, Atlas, 2003, p. 423).

Tal definição, contudo, representa uma *contradictio in terminis*. As sentenças que julgam o mérito, por definirem a relação de direito material posta em juízo, são denominadas *sentenças definitivas*. Já, as sentenças que, em decorrência da falta de uma das condições da ação ou de algum pressuposto processual, extinguem o processo sem julgamento do mérito são chamadas *sentenças terminativas*. Portanto, uma sentença não pode ser *terminativa de mérito*: ou a sentença julga o mérito – e, portanto, é definitiva –, ou a sentença não julga o mérito – sendo uma sentença apenas *terminativa*.

ao qual ocorreu a *abolitio criminis*), o juiz, de plano, rejeita a denúncia. Por outro lado, pode ocorrer que somente diante da produção de provas juntadas com a resposta se verifique a ocorrência da causa extintiva da punibilidade.⁵⁶ Assim, por exemplo, se somente com a defesa o acusado junta aos autos certidão de nascimento comprovando que, à época do fato, era menor de 21 anos e, diante da redução do prazo prescricional pela metade (CP, art. 115), está extinta a punibilidade, o juiz deverá, a teor do art. 397, IV, “absolver sumariamente” o acusado.⁵⁷ Finalmente, pode ser que a causa extintiva da punibilidade somente ocorra ao final do processo. Assim, por exemplo, somente ao final da audiência de instrução e julgamento, nos debates orais, o querelante deixa de formular pedido condenatório, operando-se a perempção (CPP, art. 60, III).

Ou seja: a extinção da punibilidade poderá ser constatada de plano, *in statu assertionis*, ou poderá depender de análise probatória.⁵⁸ No primeiro caso, leva à rejeição da denúncia; no segundo, a uma decisão de “absolvição sumária” ou de extinção da punibilidade, que caracteriza uma sentença de mérito *lato sensu*.

56. Substancialmente coincidente parece ser o raciocínio de Aury Lopes Jr. (*Direito Processual Penal*, cit., 10ª ed., p. 369), que, a despeito da revogação do art. 43, II, do CPP e da inclusão da extinção da punibilidade como causa de absolvição sumária (CPP, art. 397, IV), reconhece: “Isso não significa que tenha deixado de ser uma condição da ação processual penal ou que somente possa ser reconhecida pela via da absolvição sumária (...) a denúncia ou queixa deverá ser rejeitada ou o reu absolvido sumariamente, conforme o momento em que seja reconhecida”.

57. Para uma crítica do enquadramento da “extinção da punibilidade” como causa de absolvição sumária, cf. *supra*.

58. Acredita-se, inclusive, que tal ponto de vista não é incompatível com a posição daqueles que consideram como condição da ação a *punibilidade concreta* da conduta, a teor do revogado inciso II do art. 43 do CPP. Nesse sentido: Breda, “Efeitos da declaração de nulidade no processo penal”, cit., *Revista do Ministério Público do Paraná* 9/177; Coutinho, *A Lide e o Conteúdo do Processo Penal*, cit., p. 148; Marco Afonso Nunes da Silveira, *A Tipicidade e o Juízo de Admissibilidade da Acusação*, cit., pp. 56-57; Aury Lopes Jr., *Direito Processual Penal*, cit., 10ª ed., p. 351. Como explica Marco Aurélio Nunes da Silveira (*O Interesse de Agir* ..., cit., p. 126): “Aqui, o adjetivo ‘concreta’ marca a distinção em relação à chamada *punibilidade abstrata*, que decorre simplesmente da previsão legal de uma sanção à prática de um fato-tipo previsto como crime, em abstrato. À efetiva realização de tal fato-tipo, nasce ao Estado a possibilidade de punir o agente, isto é, em relação ao fato-tipo concreto apresenta-se a *punibilidade concreta*”.

Não se trata, portanto, de uma punibilidade *concretamente acertada* e verificada, após atividade instrutória. A condição da ação exige que não seja possível, de plano, constatar que a punibilidade *concreta* está extinta. Então, neste caso, para fazer um paralelo com a tipicidade, trata-se, sob este outro enfoque, de uma *punibilidade concreta “aparente”*.

De qualquer forma, semelhante ao que ocorre com o reconhecimento da “impossibilidade jurídica do pedido” por atipicidade, em tese, da conduta narrada na denúncia ou queixa, o reconhecimento da extinção da punibilidade, ainda que liminar, no momento de rejeição da denúncia ou queixa implica julgamento do mérito, ainda que em sentido lato, e, mesmo que realizado *prima facie*, se encontra acobertado pela coisa julgada material.⁵⁹

5. Conclusões

Cabe sumarizar os pontos do presente estudo:

5.1 A denúncia ou queixa deverá ser liminarmente rejeitada se faltar uma das condições para a ação penal (CPP, art. 395, II, segunda parte) ou se esta for destituída de justa causa, (CPP, art. 395, III).

5.2 Procurando definir tais conceitos, a denúncia ou queixa deverá ser rejeitada se: (1) não descrever um fato *aparentemente típico*, (2) ou se já estiver *extinta a punibilidade*, (3) ou se quem a ofertar *não tiver legitimidade* para tanto, ou (4) não houver *prova da existência do crime imputado e indícios de autoria* da prática delitiva.

5.3 A inocorrência de crime, por tipicidade, quando constatada de plano, deve levar à rejeição da denúncia, nos termos do inciso II, parte final, do art. 395 do CPP, por impossibilidade jurídica do pedido.

5.4 Se a denúncia narrar um fato atípico, ainda que tal hipótese costume ser considerada como falta de condição da ação penal, haverá julgamento de mérito, mesmo que *prima facie*, e a decisão fará coisa julgada material, ante a declaração judicial de inexistência do crime.

5.5 Após o oferecimento da resposta escrita pela defesa, se houver prova plena de que o fato imputado é atípico, o acusado deve ser absolvido sumariamente, nos termos do art. 397 do CPP. Trata-se de julgamento antecipado o mérito, que fará coisa julgada material, impedido a repositura do feito.

Bibliografia

ALMEIDA JR., João Mendes de. *O Processo Criminal Brasileiro*. 4ª ed., vol. 2. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1959.

59. No sentido de que a sentença de extinção da punibilidade faz coisa julgada material, cf.: Greco Filho, *Manual de Processo Penal*, cit., 6ª ed., p. 343; Maria Thereza Rocha de Assis Moura, *Justa Causa na Ação Penal*, cit., p. 256-257.

- ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. II. Rio de Janeiro, Forense, 1974.
- ARMELIN, Donald. *Legitimidade para Agir no Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo, Ed. RT, 1979.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivalby. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo, Ed. RT, 2003.
- _____. *Processo Penal*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2012.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "Apostamentos para um estudo sistemático da legitimidade extraordinária". In: *Direito Processual Civil (Ensaços e Pareceres)*. Rio de Janeiro, Borsói, 1971.
- _____. "Legitimidade para agir: Indeferimento de petição inicial". In: *Temas de Direito Processual – Primeira Série*. 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 1980.
- _____. "Sobre pressupostos processuais". In: *Temas de Direito Processual – Quarta Série*. São Paulo, Saraiva, 1989.
- BARROS, Romeu Pires de Campos. *Direito Processual Penal*. vol. I. Rio de Janeiro, Forense, 1987.
- BATISTA, Weber Martins. "O saneamento no processo penal". In: *Direito Penal e Direito Processual Penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1996.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo – Influência do Direito Material sobre o Processo*. 6ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2001.
- _____. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 3ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2010.
- _____. "Pressupostos processuais e condições da ação". *Justitia* 156. Outubro-dezembro/1991.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 5ª ed., trad. de Maria Celeste Cordelero Leite dos Santos. Brasília, EUB, 1994.
- BREDA, Antônio Acir. "Efeitos da declaração de nulidade no processo penal". *Revista do Ministério Público do Paraná* 9. Curitiba, 1980.
- _____. "Notas sobre o Anteprojeto de Código de Processo Penal". *Revista de Direito Penal* 11-12. Rio de Janeiro, julho-dezembro/1973.
- BÜLOW, Oskar Von. *La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*. Trad. de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires, EIEA, 1964.
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. III. Rio de Janeiro, Forense, s/d.
- CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el Proceso Penal*. vol. II, trad. de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires, EIEA, 1950.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel, e GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 29ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2013.
- COSTA, Ary de Almeida Elias da. *A Legitimidade das Partes na Doutrina e na Jurisprudência*. Coimbra, Livraria Almedina, 1965.
- COSTA, Paula Bajier F. M. da. *Ação Penal Condacionatória*. 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 1998.

- COU TINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A Lide e o Conteúdo do Processo Penal*. Curitiba, Jurná, 1989.
- _____. "A natureza cautelar da decisão de arquivamento do inquérito policial". *RePro* 70. São Paulo, Ed. RT, abril-junho/1993.
- CUNHA, Rogério Sanches, GOMES, Luiz Flávio, e PINTO, Ronaldo Batista. *Comentários às Reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito*. São Paulo, Ed. RT, 2008.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6ª ed., vol. II. São Paulo, Malheiros Editores, 2009.
- DINAMARCO, Cândido Rangel, CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, e GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 29ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2013.
- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. Vol. IV. Rio de Janeiro, Borsói 1965.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "Extingção do processo e mérito da ação". *RePro* 58/7-32. São Paulo, Ed. RT, abril-junho/1990.
- FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. Pádua, CEDAM, 1975.
- _____. *Note in Tema di Diritto e Processo*. Milão, Giuffrè, 1957.
- FERNANDES, Antônio Scaranec. *A Reação Defensiva à Imputação*. São Paulo, Ed. RT, 2002.
- _____. *Processo Penal Constitucional*. 5ª ed. São Paulo, Ed. RT, 2007.
- _____. *Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal*. São Paulo, Ed. RT, 2005.
- FERNANDES, Antônio Scaranec, e LOPEZ, Mariângela. "O recebimento da denúncia no novo procedimento". *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais* 190. Setembro/2008.
- FERNANDES, Antônio Scaranec, GOMES FILHO, Antônio Magalhães, e GRINOVER, Ada Pellegrini. *Recursos no Processo Penal*. 5ª ed. São Paulo, RT, 2008.
- FOWLER, Fernando N. Bittencourt. "Anotações em torno da ação penal pública no projeto de reforma". *Revista do Ministério Público do Paraná* 7. Ano 6. Curitiba, 1977.
- GARCIA, Basileu. *Comentários ao Código de Processo Penal*. vol. III. Rio de Janeiro, Forense, 1945.
- GIACOMOLLI, Neru. *Reformas(?) do Processo Penal. Considerações Críticas*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.
- GOMES, Luiz Flávio, CUNHA, Rogério Sanches, e PINTO, Ronaldo Batista. *Comentários às Reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito*. São Paulo, Ed. RT, 2008.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A Motivação das Decisões Penais*. São Paulo, Ed. RT, 2001.
- _____. FERNANDES, Antônio Scaranec, e GRINOVER, Ada Pellegrini. *Recursos no Processo Penal*. 5ª ed. São Paulo, Ed. RT, 2008.

- GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 11ª ed., vol. 2. São Paulo, Saraiva, 1996.
- _____. *Manual de Processo Penal*. 6ª ed. São Paulo, Saraiva, 1999.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. "As condições da ação penal". *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 69. São Paulo, outubro-dezembro/2007.
- _____. *As Condições da Ação Penal*. São Paulo, Bushatsky, 1977.
- _____. *O Processo Constitucional em Marcha*. São Paulo, Max Limonad, 1985.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 29ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2013.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antônio Scaranee, e GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Recursos no Processo Penal*. 5ª ed. São Paulo, Ed. RT, 2008.
- GUIMARÃES, Luiz Machado. "Carência da ação". In: *Estudos de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro, Jurídica e Universitária, 1969.
- JARDIM, Afânio Silva. *Atção Penal Pública: Princípio da Obrigatoriedade*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1994.
- LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*. Porto Alegre, Sulina, 1953.
- LIEBMAN, Enrico Tulio. "L'azione nella Teoria del Processo Civile". In: *Problemi del Processo Civile*. Nápoles, Morano, 1962, e *Scritti Giuridici in Onore di F. Carnelutti*, vol. II. Pádua, CEDAM, 1950.
- _____. *Manual de Direito Processual Civil*. 3ª ed., vol. I, trad. e "Notas" de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo, Malheiros Editores, 2005.
- _____. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. 3ª ed., vol. I. Milão, Giuffrè, 1973.
- _____. "O despacho saneador e o julgamento do mérito". *RF* 104. Rio de Janeiro, Forense, 1945, e in *Estudos de sobre o Processo Civil Brasileiro*. São Paulo, Bushatsky, 1976.
- LOPES, Mariângela, e FERNANDES, Antônio Scaranee. "O recebimento da denúncia no novo procedimento". *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais* 190. Setembro/2008.
- LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10ª ed. São Paulo, Saraiva, 2013.
- MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di Diritto Processuale Civile*. 2ª ed., vol. I. Turim, Giappichelli, 1978.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2ª ed., vol. I. Rio de Janeiro, Forense, 1965; 2ª ed., vol. II. Rio de Janeiro, Forense, 1961; vol. III. Rio de Janeiro, Forense, 1962; vol. IV. Rio de Janeiro, Forense, 1965.
- _____. *Manual de Direito Processual Civil*. 10ª ed., vol. 2. São Paulo, Saraiva, 1989.
- _____. *Tratado de Direito Processual Penal*. vol. 2. São Paulo, Saraiva, 1980.

- MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova Reforma do Código de Processo Penal: Comentada Artigo por Artigo*. São Paulo, Método, 2008.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 15ª ed. São Paulo, Atlas, 2003.
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa Causa na Ação Penal*. São Paulo, Ed. RT, 2001.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 8ª ed. São Paulo, Ed. RT, 2008.
- _____. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. São Paulo, Ed. RT, 2006.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Jurs, 2008.
- PINTO, Ronaldo Batista, CUNHA, Rogério Sanchees, e GOMES, Luiz Flávio. *Comentários as Reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito*. São Paulo, Ed. RT, 2008.
- PRADO, Geraldo. "Sobre procedimentos e antinomias". *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais* 190. Setembro/2008.
- PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. 2ª ed. Nápoles, Jovene, 1996.
- ROSEMBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Vol. II, trad. de Ângela Romera Vera. Buenos Aires, EJEA, 1955.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 19ª ed., vol. 1. São Paulo, Saraiva, 1997.
- SARACENO, Pascale. *La Decisione sul Fatto Incerto nel Processo Penale*. Pádua, CEDAM, 1940.
- SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. *A Tipicidade e o Juízo de Admissibilidade da Acusação*. Rio de Janeiro, Lumen Jurs, 2005.
- SOUZA, José Barcelos de. *Direito Processual Civil e Penal*. Rio de Janeiro, Forense, 1995.
- TORNAGHI, Hélio Bastos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. I. São Paulo, Ed. RT, 1976.
- _____. *Curso de Processo Penal*. 8ª ed., vols. 1 e 2. São Paulo, Saraiva, 1991 e 1992.
- _____. *Relação Processual Penal*. 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 1987.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 34ª ed., vols. 1 e 4. São Paulo, Saraiva, 2012.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Do Corpo de Delito no Direito Processual Penal Brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 1978.
- _____. *Teoria do Direito Processual Penal*. São Paulo, Ed. RT, 2002.
- VERDE, Giovanni. *Profilii del Processo Civile - Parte Generale*. Nápoles, Jovene, 1978.
- VIDIGAL, Luis Eulálio de Bueno. *Da Ação Rescisória dos Julgados*. São Paulo, Saraiva, 1948.
- WAITANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo, DPJ, 2005.