

O RECONHECIMENTO ANTECIPADO DA PRESCRIÇÃO. O INTERESSE DE AGIR NO PROCESSO PENAL E O MINISTÉRIO PÚBLICO

MAURÍCIO ANTONIO RIBEIRO LOPES

Promotor de Justiça e professor de Direito Penal
e de Direito Processual Penal da UNESP

1. Introdução — 2. Fixação da controvérsia — 3. O interesse de agir como pressuposto para o oferecimento de denúncia — 4. O interesse de agir como condição da ação — 5. O interesse de agir e a ação penal — 6. O interesse de agir e a justa causa — 7. As regras determinantes do interesse de agir — 8. Da amoldação da hipótese às regras determinantes — 9. O princípio da obrigatoriedade e o controle jurisdicional do exercício do direito de ação — 10. O interesse de agir e o mérito — 11. A materialização da falta de interesse de agir — 12. Considerações acerca da fixação da pena como forma de viabilização do interesse de agir — 13. Conclusões.

1. Introdução

Recentemente, em foro desta Comarca de São Paulo, travou-se interessante e oportuno debate entre representantes do Ministério Público e do Poder Judiciário em torno de questão afeta ao reconhecimento antecipado da prescrição da pretensão punitiva, ainda em sede de despacho de recebimento ou rejeição de denúncia, a partir de antevisão da pena privativa de liberdade que poderia ser concretizada na sentença.¹

O caso concreto referia-se a um acidente de trânsito do qual resultara lesão corporal às vítimas EAH e MAS por conduta imprudente de ACO, que foi denunciado por incurso nas sanções previstas pelo art. 129, § 6.º, duas vezes, c/c o art. 70, *caput*, ambos do CP. Entre a data do fato e do despacho que poderia receber a denúncia transcorreram-se mais de 2 (dois) anos, o que levou o magistrado *a quo* a rejeitar a denúncia ofertada reconhecendo antecipadamente a prescrição da pretensão punitiva tendo em

conta a pena que seria imposta no final da causa. Justificou a decisão aduzindo, dentre outros fundamento, os de que:² “... prosseguir-se no feito, embora lamentando o fato e os ferimentos suportados pelas vítimas, seria inútil...” E ainda que: “... eventual condenação não surtiria qualquer efeito prático pois logo após seria declarada extinta a punibilidade do acusado...”

E concluí, firmando a rejeição no texto do art. 43, III do CPP, que: “... falece, em tais circunstâncias, ao Ministério Público, o interesse processual.”

Inconformado com o despacho de rejeição, interpôs o ilustre e culto Promotor de Justiça, Dr. Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, recurso em sentido estrito, fundado no art. 581, I do mesmo estatuto. Levantou inúmeros argumentos objetivando reforma do decisório. Dentre outros fundamentos trouxe o de que: “Ao revés do que afirma a respeitável decisão, a *ratio* para a rejeição da denúncia não há que ser buscada nem no art. 41, do CPP (a

proemial está em ordem), nem, tampouco, no art. 43, do mesmo estatuto (não há vício material). Em outras palavras: o douto magistrado rejeitou a denúncia por clara — embora não dita — razão de conveniência e oportunidade. Houve, pois, frontal ataque ao seu dever de velar pelo princípio da obrigatoriedade da ação penal.”

Reclamou também acerca do reconhecimento da inexistência, no caso concreto, de interesse de agir, contrapondo à argumentação expendida pelo magistrado, em síntese, que:

“O interesse de agir não se confunde com o interesse substancial ou primário. Não são idênticos o interesse em lide e o interesse na composição da lide. Consiste este, em verdade, no Processo Penal, na idoneidade do pedido, consubstanciado na peça inaugural, seja denúncia ou queixa, e nos elementos que lhe servem de suporte fático. Quer dizer, então, que o pedido se diz idôneo quando arrimado em elementos de convicção quanto à prática da infração penal e sua autoria...”

“Tampouco, para sua caracterização, basta que o Estado demonstre, no ato de acusar, que da utilização da via jurisdicional depende a imposição de pena...”

“O Código de Processo Penal não o exigiu de modo expreso. Decorre, todavia, do sistema como um todo. Não se imagine, entretanto, que há unanimidade na doutrina quanto à sua caracterização no processo penal.”

Por ter ensejado a decisão do magistrado análise perfunctória do mérito da causa, objetou também quanto a esse procedimento, refletindo que:

“O Magistrado não examina o mérito como e quando quer, mas, tão apenas, como e quando lhe dita a lei...”

“O momento da análise das condições da ação não se presta para uma avaliação do mérito. Este é conferido no

âmbito do processo e não antes de sua constituição...”

“Ademais, sendo a imputação apenas uma atribuição hipotética, não há como confundi-la com a atribuição feita na sentença condenatória. Para a realização deste é imprescindível a existência daquela...”

Discordando também do sistema empregado pelo magistrado, sobre o controle judicial da peça de acusação, manifestou-se em termos seguintes: “O controle a que se submete a ação proposta pelo *Parquet*, quando de seu recebimento, não pode se transformar em verdadeira análise do mérito.”

Aproveitou a oportunidade o ilustre recorrente para deitar seu profundo saber jurídico discorrendo pormenorizadamente sobre os requisitos formais e materiais da denúncia e as formas de controle derivadas dos arts. 41 e 43 do CPP. Bem adiante, já no terço final das judiciosas ponderações recursais, discorreu sobre o interesse de agir, objetivando demonstrá-lo presente para validade de sua tese. Fê-lo, sinteticamente, em moldes tais:

“A análise do interesse legítimo não pode se transformar em genuína — clara ou disfarçada — apreciação do mérito”

“...”

“O recebimento da denúncia, segundo a nossa tradição jurídica, exige uma avaliação do *fumus boni juris*, ou seja, fumaça do bom direito, no sentido de que basta a plausibilidade da existência do direito invocado, a ser apreciada mediante a cognição superficial de seus pressupostos de fato e de direito...”

“... a análise do *fumus boni juris* não se pode transformar em verdadeiro julgamento do mérito da ação. Tal antecipação — se possível — derrotaria os princípios mais elementares do processo penal, especialmente a garantia do contraditório, qualidade esta inexistente no inquérito policial.”

“...”

“O juiz, no despacho de recebimento, deve produzir um juízo de admissibi-

lidade e não um juízo de mérito (ainda que provisório)..."

Sobre a análise aprofundada do mérito, o que entendemos incorreu na hipótese, objetou ainda o preclaro recorrente em suas razões:

"São incontáveis os julgados que se opõem de modo veemente, qualquer avaliação aprofundada da denúncia que ultrapasse a simples verificação de seus requisitos formais e de suas condições (possibilidade jurídica do pedido, legitimidade e interesse de agir)"

"..."

"A lei... não permite ao juiz, a pretexto de verificação do rigor formal da peça inaugural ou do ato do preenchimento das condições da ação, imiscuir-se em prova que não produziu, que não passou pelo crivo do contraditório e que, por isso mesmo, é provisória e preliminar. "Para corroborar suas idéias fez citação de parecer de lavra do ex-Procurador Geral da Justiça, Dr. João Severino de Oliveira Peres, que por conter o fulcro da argumentação expendida pelo recorrente, ousamos reproduzir, restringindo ainda um pouco mais, a já sintética transcrição, para destacar:

"A rejeição da denúncia é disciplinada na lei processual e não pode comportar maior elastério sob pena de traduzir arbítrio incompatível com o nosso sistema jurídico... a rejeição da denúncia só encontra permissão legal quando seja clara a inexistência do delito, não haja um só indício quanto a autoria, ou paire antinomia entre o fato descrito e a lei penal que não o tipifica. Até mesmo o exame da justa causa, intimamente ligado à preservação do *status libertatis* do cidadão que a *persecutio* potencialmente põe em choque não se pode compadecer com o exame de profundidade dos elementos informativos e instrutores da denúncia... Daí porque o exame de mérito da causa não pode se antecipar sob a forma de preambular análise da

justa causa, nem esta pode ser negada sob o pretexto inverso..."

Finalmente, retorna ao tema da oportunidade e da conveniência avançando que: "Tampouco é lícito ao Juiz rejeitar a denúncia sob o fundamento de que seria pura perda de tempo..."

Sustentando a decisão impugnada, nos termos do art. 589 do Código de Processo Penal, contrapôs o magistrado, aos argumentos trazidos pelo recorrente, os seguintes:

Sobre a dita análise do mérito: "... Não houve qualquer análise de mérito, nem qualquer "absolvição sem processo"... Ao contrário de qualquer absolvição antecipada o despacho expressamente reconhece a existência de lesões e indícios de autoria, meio-caminho para uma decisão de procedência."

Sobre os motivos jurídicos determinantes da rejeição da denúncia: "A denúncia foi rejeitada com base no art. 43, I, III do CPP por faltar, a nosso ver, uma das condições da ação, qual seja, o interesse de agir (não como disse o Promotor, por questões de "oportunidade e conveniência")... Pretende a acusação, ao apresentar a denúncia, ver o réu condenado criminalmente e vê-lo sofrer as consequências disso (pena); não se pode ver sentido maior em um processo que por qualquer motivo servirá apenas para o alto deleite dos participantes uma vez que, presumivelmente e dentro dessa análise qualificada feita pelos Juízes e próprios Promotores a punibilidade do acusado estará extinta sem que se possa dar início a qualquer execução de pena."

"Ainda que se admita, *ad argumentandum*, que o réu fosse condenado, as circunstâncias do acidente não são de molde a acarretar-lhe a pena máxima em relação a qualquer das vítimas; ainda que bastante exacerbada sua pena, se condenado, não chegaria a um ano de detenção e sua punibilidade, pela pena concretizada, estaria fatalmente extinta

sem acarretar-lhe qualquer das consequências de uma condenação criminal (pena, reincidência, etc.)”

Sobre o interesse de agir: “O interesse de agir pressupõe, além dos dois requisitos enumerados pelo recorrente, um terceiro não mencionado; é a utilidade do provimento jurisdicional. A utilidade se faz presente quando a decisão interferirá em algo que possa ter algum relevo para o autor; e tratando-se de ação penal pública incondicionada tal relevo há de ser visto pela ótica da sociedade e do Estado...”

Em superior instância, levado a julgamento, a E. 4.^a Câmara do TACrim. SP, por votação unânime, negou provimento ao recurso aduzindo, dentre outros, os seguintes fundamentos:

“As disposições dos arts. 41 e 43 do estatuto processual penal não limitam, sob exclusividade, o exame da peça introdutória da ação penal.”

“O universo jurídico presente à atividade do Juiz, no momento de verificação da admissibilidade da ação penal, leva o Juiz ao exame de todos os pressupostos processuais e condições de exercício da ação.”

“...
“Conquanto se admita que a utilização da via jurisdicional, no ato de acusar, não leva, inexoravelmente, à imposição de pena, cabe averbar-se que o exercício da ação sob indiscutível tom de falência quanto à aplicação concreta da reprimenda, revelar-se-ia atividade sem qualquer utilidade, eis que o provimento desembocaria na prescrição da pretensão estatal, ante à pena concretizada.”

“No exame do interesse de agir, não se pode arredar a verificação da utilidade do provimento jurisdicional.”

“Se inútil o provimento jurisdicional, ainda que procedente a ação, é de reconhecer-se a ausência do interesse de agir.”

“A máquina estatal, movimentada pelo autor da ação, busca atingir um objetivo concreto, útil, afastada a idéia de seu uso em mera atmosfera abstrata.”

“...”

“A vinculação entre o fato da vida e o mundo do direito, na esfera processual penal, é indicada, desde logo, pelo princípio da consubstanciação, que exige, no oferecimento da denúncia a apuração do fato e a autoria imputada, através de inquérito policial ou de documentos.”

“Mantida a interligação entre os fatos e o mundo jurídico, verifica-se, na temática debatida, que não se pode abstrair o resultado concreto de eventual condenação, no exame do interesse de agir.”

“Não há interesse de agir, se a pena em perspectiva, uma vez concretizada, leva ao reconhecimento da prescrição da ação penal.”

2. Fixação da controvérsia

A discussão que propomos desenvolver doravante centra-se em dois pontos principais: preliminarmente, o de verificação da correção do procedimento adotado pelo magistrado ao rejeitar a denúncia oferecida, relacionando-a com o estudo do interesse de agir por parte do Ministério Público em hipótese semelhante; o segundo, se confirmado aquele lançado inicialmente, relativo ao estudo dos limites de antecipação do raciocínio formulado pelo magistrado ao reconhecer a prescrição da pretensão punitiva pela pena a ser aplicada ao final do processo.

3. O interesse de agir como pressuposto para oferecimento de denúncia

Tratemos inicialmente da verificação do interesse de agir como pressuposto ao oferecimento de denúncia por representante do Ministério Público.

Preliminarmente, parece-nos exagero afirmar-se que o princípio da obrigatoriedade da ação penal cerceie o magistrado a efetivar controle jurisdicional da propositura da ação penal em limites estreitos dos arts. 41 e 43 do CPP. Mas

sobre esse tema específico retornaremos posteriormente.

Nos casos de rejeição de denúncia com fundamento no art. 41 do estatuto processual a questão apresenta-se sob as vestes de controle da regularidade formal da peça acusatória, e aqui o princípio básico não leva o juiz à obrigatoria rejeição da peça, antes, é dever do magistrado prover à regularidade do processo, nos termos do art. 251 da lei adjetiva.

Tal procedimento do magistrado não deixa ser exercício de corolário do princípio da economia processual, manifestando-se a regra decorrente do art. 251, em aplicação indireta do princípio do aproveitamento dos atos processuais. Onde couber reforma evita-se a inutilização completa dos atos praticados, emendando-se-os apenas quanto ao necessário.

Superada a fase do controle formal, estando a denúncia ou queixa em ordem, cumprirá, então, ao Juiz, antes de recebê-la, ver se estão presentes as condições genéricas da ação, bem como as específicas, se houverem.

Rejeitada a denúncia ou queixa, por falta de condição específica da ação, chamada *condição de procedibilidade*, nada obsta possa ela ser renovada, uma vez satisfeita a condição, tal como se constata pelo parágrafo único, última parte, do art. 43 do CPP.

Não há autor que negue a necessidade de controle jurisdicional sobre as condições da ação mesmo em se tratando de processo penal. Antes mesmo, o que se verifica modernamente é o estudo sistemático e integrado dos dispositivos do CPP e o do CPC, funcionando o último como plano piloto para desenvolvimento do primeiro, mas ambos vivendo em harmoniosa simbiose jurídica. Há hoje desenvolvida uma teoria geral do processo, cadeira obrigatória em todos os cursos jurídicos, cuja premissa é a correlação, até mesmo, de inspiração constitucional.

4. O interesse de agir como condição da ação

No plano da teoria geral do processo é assente e irretorquível a afirmação de serem três as condições fundamentais do direito de ação, a saber: possibilidade jurídica do pedido, legitimidade para agir e interesse legítimo (ou interesse de agir).

Cuidaremos, tão-só, da última das condições, justamente a que se procura fixar os limites no exame pelo Poder Judiciário em matéria penal.

Na esteira da definição apresentada por Frederico Marques,³ “existe interesse de agir quando, configurado o litígio, a providência jurisdicional invocada é cabível à situação concreta da lide, de modo que o pedido apresentado ao juiz traduza formulação adequada à satisfação do interesse contrariado, não atendido, ou tornado incerto”.

Sentencia, finalizando que o “interesse de agir significa existência de pretensão objetivamente razoável”.

O magistério de Moacyr Amaral Santos⁴ preleciona ser o interesse de agir o de “reclamar a atividade jurisdicional do Estado, para que este tutele o interesse primário que de outra forma não seria protegido”.

Sobre o interesse de agir, manifestam-se Cintra, Grinover e Dinamarco⁵ que “essa condição da ação assenta-se na premissa de que, tendo embora o Estado o interesse no exercício da jurisdição, não lhe convém acionar o aparato judiciário sem que dessa atividade se possa extrair algum resultado útil. É preciso, pois, sob esse prisma, que, em cada caso concreto, a prestação jurisdicional solicitada seja *necessária e adequada*.”

Fixando-se no critério da *necessidade do uso dos meios jurisdicionais para a tutela de um direito*, retirada do ideário de Calamandrei, leciona Celso Agrícola Barbi,⁶ em termos pragmáticos, no sen-

tido de que “o tempo e o trabalho dos órgãos jurisdicionais não devem ser gastos quando sua atividade não for necessária à proteção de um direito. Deve-se considerar que um dos problemas quase universais é o da morosidade dos serviços judiciais; e essa demora decorre geralmente do grande número de causas. Assim, para atendimento dos que realmente necessitam da proteção judicial, deve-se afastar a pretensão dos que poderiam realizar seu direito sem intervenção daqueles órgãos”.

Adiante, retornando às ponderações de Calamandrei, conclui pela validade do conceito de *necessidade* superando com argumento definitivo a impugnação da Invrea acerca do interesse de agir, sintetizando ao “dizer que há *causa legítima* quando houver *necessidade da sentença* é reconhecer que existe um *quid* além da violação do direito, e esse *quid*, a *necessidade*, é exatamente o característico do interesse”.⁷

Confirmando a tese, Humberto Theodoro Jr.⁸ traz em reforço a afirmação de que “localiza-se o interesse processual não apenas na *utilidade*, mas especificamente na *necessidade* do processo como remédio apto à aplicação do direito objetivo no caso concreto, pois a tutela jurisdicional não é jamais outorgada sem uma *necessidade*... Vale dizer: o processo jamais será utilizável como simples instrumento de indagação ou consulta acadêmica.”

O interesse de agir é ainda, nas assertivas de Greco,⁹ “uma relação de necessidade e uma relação de adequação, porque é inútil a provocação da tutela jurisdicional se ela, em tese, não for apta a produzir a correção da lesão argüida na inicial.”

De todos os argumentos, porém, o mais adequado aos limites cuja investigação iniciamos, provêm dos ensinamentos de Liebman¹⁰ que discorreu longamente sobre o assunto e, talvez, de

forma definitiva esculpindo que “o interesse de agir é o elemento material do direito de ação e consiste no interesse em obter o provimento solicitado”.

Dele a fonte do tão citado interesse secundário e instrumental em que se consubstancia o interesse de agir em relação ao interesse substancial primário. Aquele “tem por objeto o provimento que se pede ao juiz como meio para obter a satisfação de um interesse primário lesado pelo comportamento da parte contrária, ou, mais genericamente, pela situação de fato objetivamente existente”.¹¹

Prossegue ao dispor que “o interesse de agir decorre da necessidade de obter através do processo a proteção do interesse substancial; pressupõe, por isso, a assertiva de lesão desse interesse e a aptidão do provimento pedido a protegê-lo e satisfazê-lo. Seria uma inutilidade proceder ao exame do pedido para conceder (ou negar) o provimento postulado, quando na situação de fato apresentada não se encontrasse afirmada uma lesão ao direito ou interesse que se ostenta perante a parte contrária, ou quando os efeitos jurídicos que se esperam do provimento já tivessem sido obtidos, ou ainda quando o provimento pedido em si mesmo inadequado ou inidôneo a remover a lesão, ou, finalmente, quando ele não pudesse ser proferido, porque não admitido pela lei”.¹²

Apresenta em conclusão ser “o interesse de agir representado pela relação entre a situação antijurídica denunciada e o provimento que se pede para debelá-la mediante a aplicação do direito; deve essa relação consistir na utilidade do provimento, como meio para proporcionar ao interesse lesado a proteção concedida pelo direito”.¹³

O interesse de agir é, em resumo, a relação de utilidade entre a afirmada lesão de um direito e o provimento de tutela jurisdicional pedido.¹⁴

5. O interesse de agir e a ação penal

No estudo do processo penal, de riqueza menos abundante entre nós pelo número de autores contemporâneos, nem por isso o tema passou despercebido. Todos eles, às suas peculiaridades, são unânimes ao relatar que as condições da ação, tal como postas pela doutrina processual-civilística, têm integral aplicação no espectro do direito processual penal, apenas acrescentando que, às condições gerais, devem ser somadas as condições especiais, notadamente as de procedibilidade.

Afirma Tourinho que, em princípio, as condições da ação de que trata o processo civil são extensivas ao processo penal, anotando-se o acréscimo referido.¹⁵

Concorda também Frederico Marques,¹⁶ eclético jurista, pregador da teoria unitária do processo, ao reafirmar a unidade do processo como “instrumento da atividade jurisdicional do Estado, o processo não sofre mutações substanciais quando passa do campo da justiça civil para aquele da justiça penal”. E adiante, “entre processo civil e processo penal, a diferença é apenas de grau e não de natureza. Se razões de ordem prática aconselham a divisão do direito processual em *civil e penal*, certo é que ambos os ramos do processo apresentam um fundo comum.”

Também Tornaghi¹⁷ aduz, perfunctivamente, ao interesse de agir como condição para o exercício da ação penal. Igualmente Gama Malcher¹⁸ reconhece dentre as condições da ação penal o interesse de agir. Consta também em *Nogueira*¹⁹ a afirmação da condicionante. O tema, ainda, é analisado por Barcelos de Souza.²⁰

6. O interesse de agir e a justa causa

No processo penal, talvez mais do que o próprio interesse de agir, tal como

concebido classicamente na doutrina civilista, embora seja lógica e conseqüente sua extensão às fronteiras do processo penal, ganha relevância a noção de justa causa, entendida esta como o “conjunto de elementos e circunstâncias que tornem viável a pretensão punitiva”²¹ e que se confundem entre si.

Trata-se de uma base de razoabilidade para instauração da instância penal; elementos que sirvam de apoio à sustentação de uma acusação formal.

O CPP em seu art. 648, I, ao tratar do *habeas corpus* dispôs que a coação provinda de algum instrumento de perseguição penal, seja investigatório ou instrutório, considerar-se-á ilegal quando não houver justa causa.

Assim, o interesse legítimo, ou interesse de agir, descansa na idoneidade do pedido. No processo civil o interesse legítimo pode repousar na simples afirmação da existência de uma lesão. Para a propositura da ação penal, contudo, que visa, preferentemente, à irrogação de uma pena, estando, de conseqüente, em jogo a liberdade individual, procurou o legislador evitar acusações temerárias sem qualquer fundamento, obrigando o réu a sofrer um verdadeiro constrangimento ilegal. Assim, não basta a simples afirmação de que houve um crime e de que fulano ou sicrano foi seu autor. É preciso, para que o pedido da acusação, consubstanciado na denúncia ou queixa, seja apreciado, que no limiar da ação veja o magistrado se o que se pede traz a nota da idoneidade.²²

Dessa noção desenvolvida às últimas conseqüências surge a confirmação das palavras de Frederico Marques, citadas há pouco, no sentido de traduzir o interesse de agir uma formulação adequada à satisfação do interesse. A inidoneidade do provimento jurisdicional, à qual se equipara sua inutilidade, impede que a pretensão deduzida possa ser reputada objetivamente razoável.

Manifesta-se a justa causa na figura do *fumus boni juris*, condição *sine qua non* para o exercício do direito de ação, e que se subsume no interesse processual.

A justa causa confunde-se com o legítimo interesse do órgão acusatório. Ela não é apenas a *justa causa legal*, como querem alguns, pois do contrário seria tautológico o texto que considera a falta de justa causa como coação ilegal, que legitima pedido de *habeas corpus*. Justa causa é a *causa secundum jus*. Ela tem de ser examinada, portanto em face de toda a ordem jurídica, cabendo a invocação da analogia e os suplementos dos princípios gerais do direito para demonstrar-se a falta de justa causa.²³

Muito embora discorde quanto ao mérito, em suas conclusões, Ada Pellegrini Grinover,²⁴ anota, acerca do *fumus boni juris* em suas relações com o interesse de agir, que se manifesta a doutrina processual brasileira, a fim de que houvesse interesse de agir, ser necessário que o autor formulasse uma pretensão adequada à situação concreta deduzida na acusação. O interesse de agir, seria, assim, a relação entre a situação antijurídica denunciada e a tutela jurisdicional requerida.

7. As regras determinantes do interesse de agir

Para fixação dos pontos basilares da sustentação das teses que levantaremos adiante faz-se indispensável a extração dos seguintes corolários da noção de interesse de agir, todos retirados das definições e amplitudes conferidas pelos mais respeitados autores citados, os quais chamaremos como as *regras determinantes do interesse de agir*.

Podem ser inferidos, de tudo o que foi lançado em tema de interesse processual, três expressões reveladoras da identidade

do instituto condicionante do direito de ação, em relação ao provimento jurisdicional invocado, estes, a saber: adequação, necessidade e utilidade.

Diz-se que o provimento tem de ser *adequado* pela relação formal e material que há de ser mantida entre o escopo e o resultado teórico da demanda. Trata-se do cabimento da providência jurisdicional invocada à situação concreta da lide e dos poderes legais conferidos à decisão de corresponder às expectativas do autor. Se, *prima facie*, não se vislumbrar a adequação da hipotética decisão de mérito, a ser proferida ao final da causa, à situação fática que a originou, queda, de forma incontestada, toda a aparência de bom direito que poderia justificar a demanda.

O requisito da adequação significa que o Estado condiciona ainda o exercício da atividade jurisdicional, em cada caso, à utilidade que o provimento desejado possa trazer ao escopo de atuação da vontade concreta da lei, bem como à justiça da sujeição da parte contrária aos rigores de cada tipo de processo. Caso por caso, exige-se uma correlação entre a situação antijurídica denunciada e a tutela jurisdicional requerida.²⁵

Considera-se *necessário* o provimento jurisdicional quando for o processo o meio de se obter a proteção do interesse substancial. Trata-se de uma causa determinante de caráter eminentemente formal e abstrato, cujo parâmetro de aferição coloca-se na direta intermediação entre as determinantes da adequação e da utilidade.

O interesse de agir é uma imposição do princípio da economia processual, desdobrando-se em necessidade e adequação, o que significa, na prática, que o Estado se nega a desempenhar sua atividade jurisdicional até final, quando o processo, no caso concreto não é necessário e quando o provimento pedido não é adequado para atingir o escopo de

atuação da vontade da lei, no caso concreto, mediante a solução da lide.²⁶

Lembramos ainda os ensinamentos da Calamandrei, citado por Barbi, e Theodoro Jr., já expostos, no sentido de que existe um *quid* além da violação do direito, e esse *quid* é justamente a necessidade da sentença, ou mesmo na necessidade do processo como instrumento apto à aplicação do direito objetivo no caso concreto.

Por fim, refere-se à *utilidade* o resultado materialmente capaz de, em tese, servir de satisfação à propositura inaugural. Diz-se útil o resultado possível de ser extraído da atividade persecutória, a tutela jurisdicional, em tese, apta a produzir a correção da lesão argüida na inicial, segundo Greco, ou o meio para proporcionar ao interesse lesado a proteção concedida pelo direito, de acordo com Liebman.

Conclusão forçosa que advém da sistematização do exposto é a de que o valor e o significado do princípio do interesse de agir devem ser os mesmos, qualquer que seja o processo, sem possíveis renúncias à sua unidade; a configuração do interesse de agir há de obedecer a um só critério, no processo civil e no processo penal.²⁷

8. Da amoldação da hipótese às regras determinantes

Vimos que o caso em debate prende-se à discussão da eventual possibilidade jurídica (não a condição da ação) do reconhecimento antecipado da prescrição da pretensão punitiva pela pena aplicada na sentença, mas em sede de exame de justa causa para propositura da ação penal, ou juízo valorativo do magistrado quando do despacho de recebimento ou rejeição da inicial acusatória. (art. 43 do CPP).

No caso em tela vê-se que o magistrado não ousou rejeitar a denúncia oferecida reconhecendo, na verdade, an-

tecipadamente, a prescrição da pretensão punitiva pela pena fixada em hipotética decisão, pois que, de resto, não estava ainda extinta a punibilidade do agente pela prescrição, nos termos do inc. II, do art. 43 do estatuto processual, mas limitou-se a verificar, nos moldes do inciso subsequente, apenas as condições legais exigidas pela lei para o exercício da ação penal.

Não se argumente aqui que a legislação processual penal não estabeleceu textualmente as condições da ação penal e que o termo, colocado em sua flexão singular no citado dispositivo, tem caráter de mera referência à condição de precedibilidade da ação penal.

A alegação é falaciosa sob tríplice bateria. Inicialmente, a disposição à procedibilidade está inferida na primeira parte do inc. III, do art. 43, como faz demonstração o parágrafo único do mesmo texto. Em segunda via cabe ressaltar que, embora careça de sistematização, a legislação processual deixou vagar por suas letras regras orientadoras e indicativas das condições da ação, tal como propostas pela doutrina civilista, como se vê, p. ex., no também mencionado art. 648, inc. I, da lei adjetiva, ao erigir a justa causa para propositura da ação penal. Por último, não pode ser olvidado o disposto no art. 3.º do CPP ao admitir, de forma expressa aplicação analógica, podendo, pois, socorrer-se da legislação processual civil.

Repelidas as demais alegações, firmamos nosso entendimento à correção do decisório, aduzindo, além daquelas ponderações já lançadas pelo r. despacho de rejeição e as razões de manutenção do mesmo, outros argumentos a seguir desenvolvidos.

Não se poderia chamar de adequada a providência jurisdicional que impusesse ao condenado uma pena, fosse privativa de liberdade, restritiva de direitos ou pecuniária, e esta não pudesse vir a

ser executada, restando como mero símbolo de reprovação judicial sem efetividade e sem corresponder, minimamente que fosse, às expectativas do autor e da sociedade.

Outrossim, também não se verifica presente o requisito da utilidade do provimento jurisdicional, sendo inapta, em termos absolutos, a pretendida tutela jurisdicional a corresponder, no plano ficto e também no real, à correção da lesão verificada no comportamento típico. Ademais, na esteira do magistério de *Liebman*, não seria o decisório passível de reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva meio para proporcionar ao interesse lesado a proteção concedida pelo direito.

A jurisprudência tem emprestado colaboração no desenvolvimento do ideário. Cita-se acórdão do egrégio TACrim em razão de seu ineditismo, de filosofal importância, cuja conclusão aponta para:

“Denúncia. Rejeição por falta de justa causa. Admissibilidade: O controle exercido pelo juiz na denúncia, sem implicar necessariamente em aprofundado exame de prova pré-constituída, e tampouco em prejulgamento de mérito, compreende a análise sobre razoável adequação a que se deve conter, face aos elementos informativos do inquérito policial, ou de outra natureza, podendo já no despacho liminar cortar cerce a nascente ação penal, se verificar — sob insuperável certeza — estar a mesma destituída de mínima possibilidade jurídico-material de prosperar” (Rec. Sent. Est. n. 338.387, de 24.02.86, Rel. Gonçalves Nogueira).

Ausentes as regras determinantes do interesse de agir, carece a ação de justa causa. Sem que o *fumus boni juris* ampare a imputação, dando-lhe contornos de imputação razoável, pela existência de justa causa, ou pretensão viável, a denúncia ou queixa não pode ser admitida ou recebida.²⁸

9. O princípio da obrigatoriedade e o controle jurisdicional do exercício do direito de ação

Figura como intróito das razões de recurso em sentido estrito apresentada pelo culto Promotor de Justiça a seguinte ementa: “O controle exercido pelo Juiz no ato do recebimento da peça de acusação não pode espelhar razões de conveniência e oportunidade; busca somente a avaliação superficial da existência de inépcia formal ou material. O Promotor de Justiça denuncia não porque o queira mas porque assim determina a lei. O juiz é o fiscal deste princípio da obrigatoriedade da ação penal e não pode, pela via transversa, movida por motivos outros que não aqueles elencados nos arts. 41 e 43, do CPP, negá-lo. O recebimento da denúncia, sendo simples ato de chamamento do réu a juízo e não decisão definitiva sobre sua responsabilidade, não exige provas rigorosas como aquelas para a pronúncia ou para a condenação. Não se trata de um juízo de procedência ou improcedência da acusação, mas tão apenas, de sua adequação ou inadequação às formalidades legais. Não julga o conteúdo da *opinio delicti* e sim as suas formalidades intrínsecas e extrínsecas. Presente os requisitos formais e as condições da ação, o Juiz deve receber a denúncia ou queixa.”

De todas as afirmações lançadas no proêmio, a única ainda não abordada refere-se ao princípio da obrigatoriedade da ação penal e o controle exercido pelo juiz no ato de recebimento da peça de acusação. Todas as demais já foram convenientemente abordadas anteriormente.

Já nos manifestamos em momento anterior acerca do exagero ao supor-se que “o princípio da obrigatoriedade da ação penal cerceie o magistrado a efetivar controle jurisdicional da propositura da ação penal em limites estreitos

dos arts. 41 e 43 do CPP". Resta, doravante, estabelecer os exatos contornos do princípio da obrigatoriedade e de seu controle judicial.

De forma indistinta, a doutrina que trata do princípio em questão usa duas expressões, como sinônimas, para designar o dever de o Ministério Público propor a ação penal condenatória. Fala-se em princípio da legalidade ou em princípio da obrigatoriedade. Preferimos usar a expressão princípio da obrigatoriedade, a fim de tornar mais claro que o dever legal de o Ministério Público exercitar a ação penal é, na verdade, uma decorrência do próprio princípio da legalidade.²⁹

Como bem asseverou Herman Benjamin no bojo de suas razões de recurso apresentadas "O Ministério Público, embora *dominus litis*, não exerce sua prerrogativa de modo aleatório. Sua atuação, assim como a do Juiz, sofre limitações."

Conquanto esteja em pleno vigor o princípio da obrigatoriedade da ação penal, não se pode olvidar que o dever de exercitar a ação penal pública somente surge diante de determinada situação fática, diante da presença de determinadas condições previstas pelo próprio legislador. A ação penal, como direito constitucional de invocar a tutela jurisdicional do estado em face de uma pretensão especificada, como qualquer outro direito que se pretenda ver exercido, está condicionada pelo ordenamento jurídico. Quer dizer, para que o exercício da ação penal se apresente regular se faz necessário preencher aquelas condições mínimas previstas no sistema processual.

A legalidade da ação penal sobrepõe-se à legalidade constitucional geral que informa o sistema material e processual.

A questão da existência ou não, entre nós, de um sistema onde o princípio da obrigatoriedade seja mitigado diante do problema concreto ora enfrentado, pode

ser posta como meramente acadêmica, razão pela qual não a enfrentaremos, embora reconheçamos-a e ainda com dobramentos mais amplos que o usual.

Todo o problema suscitado nas razões de recurso tem sua solução no plano das condições da ação. Se falta uma condição para o regular exercício da ação ou se a lei cria outro obstáculo intransponível, não há obrigatoriedade no sentido de o Ministério Público manifestar a pretensão punitiva, muito pelo contrário, deve requerer o arquivamento. Não surgindo o dever de agir, não se coloca a questão da obrigatoriedade da ação penal.³⁰

É enganoso imaginar-se que no caso ora debatido o magistrado de primeira instância, ao rejeitar a denúncia ofertada, tenha excedido os limites do art. 43 do CPP. Ao contrário disso, expressou-se textualmente que assim o fazia por não vislumbrar o interesse de agir, condição da ação e de verificação determinada pelo inc, III do aludido dispositivo legal.

A afirmação de que o "juiz é o fiscal deste princípio da obrigatoriedade da ação penal" não pode robotizá-lo, limitando sua atuação ao de protocolo de recebimento de acusação. O juiz é fiscal do princípio da obrigatoriedade na medida em que discordando de pedido de arquivamento de inquérito policial, remete-o ao Procurador Geral de Justiça para que o reaprecie, nos termos do art. 28 do estatuto processual. Mas é também, e antes disso, fiscal das condições da ação e dos pressupostos processuais. Fiscal do desenvolvimento válido da pretensão acusatória desde seu nascedouro.

É de todo aconselhável e vantajoso, diz José Alberto dos Reis, citado por Frederico Marques, "que o magistrado disponha da faculdade de julgar à nascença pleitos absolutamente inviáveis. E Torquato Castro, afinando pelo mesmo diapasão, mostra que nada justifica ul-

terior movimentação processual, quando o juiz, liminarmente, em face da inépcia do pedido, possa desde logo reconhecer a absoluta carência do direito de ação.³¹

Para avaliação dessas situações fáticas e jurídicas o magistrado não dispõe de princípios e regras orientadoras diferentes daquelas de que são dotadas os representantes do Ministério Público. O Juiz, ao discordar do pedido de arquivamento de inquérito policial oferecido pelo Promotor de Justiça, nada mais faz ao externar a convicção, que bem poderia ser do Promotor de Justiça, de que existem elementos capazes de permitir a instauração da instância penal. Ao contrário, ao rejeitar a denúncia oferecida, inclina-se pela convicção contrária, e que também poderia ser a do Promotor de Justiça, desde que o faça nos termos do art. 43 do estatuto formal. Existem, em ambos os casos apontados, apenas divergências subjetivas quanto ao valor de circunstâncias formadoras de convicções.

Igualmente, em ambas há emanção de juízo de legalidade pelo magistrado em termos formais idênticos àquele formulado pelo Promotor de Justiça.

O princípio da legalidade não subtrai do Ministério Público, como notou Vassali, o poder de apreciar os pressupostos técnicos do exercício da ação penal. E nessa operação não pode deixar de entrar certa dose de fator subjetivo.³² Sempre restará ao órgão estatal alguma margem para valorar os elementos fáticos que se encontram no inquérito ou nas peças de informação. Seria ir de encontro à natureza das coisas procurar sustentar que ao Ministério Público não resta qualquer dose de subjetividade na apreciação da presença ou não das condições para o regular exercício do direito de ação.³³

Se toda a questão, insista-se, está relacionada ao exame das condições da ação, e estas, por sua vez, subsumem-se no inc. III do art. 43 do CPP, deve-

se ter por paradoxal o intrólito do recurso interposto, desconexioná-lo do exame aprofundado do fulcro emblemático da lide e confirmar, na esteira das ponderações do despacho de rejeição, não ter havido qualquer ventilação de critério de conveniência ou oportunidade naquele ato.

10. O interesse de agir e o mérito

Parece tornar-se inevitável, sob certo sentido, a idealização de uma previsão do mérito, ainda que incipiente, e de seus desdobramentos desde o momento em que fulgura o sustentáculo da ação consubstanciada no interesse de agir. De todas as condições da ação, extensiva a interpretação aos limites da lide penal, a que permite maior projeção futura da legitimidade do processo, mormente em se tratando de causas de natureza pública, alheias ao campo do interesse meramente privado e, portanto, em regra, disponível, é o interesse de agir.

Não em outro sentido a doutrina sempre majestosa de Liebman³⁴ ao dispor ser a existência do interesse de agir uma condição do exame do mérito, o qual seria evidentemente inútil se a providência pretendida fosse por si mesma inadequada a proteger o interesse lesado ou ameaçado, ou então, quando se demonstra que a lesão ou a ameaça, que é denunciada, na realidade não existe ou não se verificou ainda. É claro que reconhecer a subsistência do interesse de agir não significa, ainda, que o autor tenha razão quanto ao mérito; isto tão só quer dizer que pode tê-la e que sua pretensão se apresenta como digna de ser julgada.

Na hipótese específica do processo penal vislumbra-se, necessariamente, desde o oferecimento da denúncia, uma relativa antecipação do julgamento do mérito da ação. Tal antecipação, no dizer exato de Liebman, não significa que o autor, o Promotor de Justiça ou o querelante nas ações privadas, tenha

razão, mas que pode tê-la. Ocorre que o poder tê-la é relativizado na esfera do processo penal pelo caráter publicístico deste e pela concreta ameaça ao direito de liberdade individual que nele é ínsito.

A demanda mal sucedida no processo civil pode ser recomposta, ainda que parcialmente, pelo sucumbimento nas verbas honorárias advocatícias, mas no processo penal semelhante tratamento não se contém, até mesmo porque o valor menor em disputa é o *quantum*, mas a simples ameaça à liberdade que paira sobre o acusado ante o mero recebimento da denúncia, talvez até mesmo antes, com o simples indiciamento na fase investigatória.

Assim, se o mérito não se apresenta mais do que formalmente viável, materialmente auferível no pronunciamento jurisdicional ao final da causa; não traga uma antecipada previsão da receita penal a ser, em tese, aplicada; não ostente, anda que de forma flexível, mas inquebrantável, a aparência de bom direito, o *fumus boni juris*, mas não apenas aquele sob roupagem formal, abstrata, mas externável concretamente aos olhos da comunidade jurídica; se não for assim, por conseguinte praticar-se-á algum esporte penal, mas jamais se permitirá, em consciência sadia e tranqüila, fazer justiça em termos materiais. Eventual resultado condenatório poderia, diante de tais desobediências, representar esforço retórico do autor, tendências mais rigorosas do magistrado, complacência dos Tribunais, inépcia da defesa, ou outra sorte de circunstâncias aleatórias que só aprimoram a desmoralização do aparelho judiciário e a ira contra seus agentes.

A frase, ouvida à abundância nos corredores dos fóruns, indicadora de estado de dúvida do titular da persecução penal, mas que inobstante redige a inicial acusatória inspirado no falso princípio, mero aforismo, brocardo dos preguiçosos, proclamador do *in dubio pro*

societate, em nada tem contribuído à melhor distribuição da justiça. Antes, repousa sob uma falsa idéia de que a sociedade democrática (e só se o for) tolera a ameaça à liberdade individual de um de seus membros diante da dúvida do representante da Justiça Pública.

É intolerável que a perêmia do *in dubio pro reo* tenha vigência apenas no último instante do processo penal, mormente quando o acusado pode permanecer durante a instrução, e até mesmo na investigação preliminar, recluso à disposição do Poder Público enquanto aguarda seu julgamento. Inaceitável restringir-se, num Estado Democrático de Direito, o *fumus boni juris* à verificação de requisitos formais para instauração da ação penal, que o Promotor de Justiça, sem vislumbrar com razoável discernimento o desfecho da persecução, inicie-a.

O pedido pode firmar-se em fato típico e, portanto em providência do texto legal que o torne possível, mas não ser adequado à situação concreta que é deduzida na acusação. Nesse caso, faltarão legítimo interesse para a propositura da ação penal. Para que haja interesse de agir é necessário que o autor formule uma pretensão adequada, ou seja, um pedido idôneo a provocar a atuação jurisdicional. A jurisdição não é função que possa ser movimentada sem um motivo que justifique o pedido de tutela judiciária; e como não este se faz através da ação, a regra é a de que onde não há interesse não existe ação.³⁵

O interesse de agir é a relação entre a situação antijurídica denunciada e a tutela jurisdicional requerida. Disso resulta que somente há interesse quando se pede uma providência jurisdicional adequada à situação concreta a ser decidida. É preciso que se examine em que termos é formulada a exigência que se contém na pretensão para que se verifique da existência do interesse de agir. Daí a extração do corolário da

antecipação do mérito que o interesse de agir contém.

Assim, somos levados a ampliar os contornos da definição de justa causa e a correlação com o interesse de agir. É insuficiente a noção de que o interesse, no processo penal, consiste na idoneidade do pedido trazido na denúncia ou na queixa, e nos elementos que lhe servem de suporte fático. Não nos parece bastante o arrimo do pedido, para que seja idôneo, em elementos de convicção quanto à prática da infração e sua autoria.

Ousamos, pois, discordar da noção de que a identificação do interesse de agir com o *fumus boni juris* significa, em última análise, que o juiz deveria avaliar a possibilidade de que exista o direito subjetivo que o autor alegou, de forma a não poder, o interesse de agir, dizer respeito à existência do direito alegado, nem à sua aparência, para que subsista, ao lado da existência ou da afirmação da existência do direito subjetivo material.³⁶ Trata-se de polêmica já superada e em nada pretendemos interferir nas correntes processuais que se ocupam do estudo da natureza jurídica do direito de agir.

Processualista de escol, nem por isso Frederico Marques descurou-se da visualização das implicações materiais de sua contemporaneidade aos valores formais de molde a prelecionar que a ausência de legítimo interesse obriga a que se examine, em alguns casos, a situação concreta que motivou a acusação. É certo que o *processus justus* nada tem a ver, como diz Belling, com a existência do direito de punir: este pode inexistir e o processo instaurar-se devidamente. Mas, em algumas hipóteses excepcionais, admite-se a deliberação sobre a matéria de fato, a fim de que se verifique da existência do *fumus boni juris* na acusação apresentada.

Quando a acusação é manifestamente infundada falta justa causa para o pro-

cesso penal. Embora tenha de examinar o juiz, as condições de procedibilidade que se situam mui próximas do *meritum causae*, dando como hipoteticamente certos os fatos imputados (*ut si vera sint exposita*), permitido lhe é declarar inadmissível a acusação quando manifesta a nenhuma prática de ato delituoso, *id est*, quando manifesta a improcedência da imputação.³⁷

Acrescentamos aos elementos tradicionais a convicção de que a consequência advinda ao reconhecimento da infração e sua autoria possa, materialmente, corresponder à necessidade objetiva de prevenção e repressão do crime, de resto finalidade da pena, segundo os cânones do art. 59 do CP.

Também em virtude dessa premissa firmamos a certeza de que o interesse de agir exige antecipação, ainda que perfunctória, de análise do mérito. Não se trata, como será visto mais adiante, de proposição apta a revogar os princípios da oficialidade e da obrigatoriedade da ação penal (tese à qual, contudo, somos críticos), mas de demonstração de que mesmo dentro das regras do sistema vigente, sem afrontá-lo sequer superficialmente, é possível a ilação das conclusões apresentadas.

Quanto a este tema, por ser um dos objetos centrais do estudo, faremos seu desenvolvimento combinando os aspectos fáticos da hipótese com os pressupostos teóricos embaixadores nos itens seguintes que tratam da materialização da falta do interesse de agir e das considerações acerca da pena como forma de viabilização do interesse de agir.

11. A materialização da falta de interesse de agir

No caso em foco há materialização da falta de interesse de agir, segundo exposição contida no acórdão vazada em termos seguintes:

“Não há interesse de agir, se a pena em perspectiva, uma vez concretizada, leva ao reconhecimento da prescrição da ação penal.

O denunciado é primário, trata-se de concurso formal em crime de lesões corporais culposas.

Revela-se indiscutível, no plano *id quod plerunque accidit*, que a reprimenda não chegará ao limite máximo de um ano.

Situando-se em *quantum* inferior a um ano, a pena em perspectiva, a prescrição da retenção punitiva já se definiu...”

A única viabilidade para a não incidência da regra prescricional disposta no art. 110, § 1.º, com o adendo de seu parágrafo superveniente, dispositivos do CP, seria a condenação do agente à pena máxima, única, nos termos dos incs. do art. 109 do mesmo *Codex*, apta a transmutar a situação. Isso porque o Tribunal teve a cautela de solicitar, em diligência, folha de antecedentes do acusado, para fins de certificação de inexistência de causa majorante do prazo prescricional descrita no art. 110, *caput*, última figura do CP.

O procedimento do magistrado consistiu, então, numa antecipação de juízo de reprovabilidade norteado pelas regras do art. 59 do estatuto repressivo e das margens penais estabelecidas pela sanção cominada no dispositivo incriminador. E, segundo suas expressões empregadas na sustentação da decisão impugnada, consta que:

“A denúncia foi rejeitada com base no art. 43, III, do CPP por faltar, a nosso ver, uma das condições da ação, qual seja, o interesse de agir... Pretende a acusação, ao apresentar a denúncia, ver o réu condenado criminalmente e vê-lo sofrer as consequências disso (pena); não se pode ver sentido maior em um processo que, por qualquer motivo, servirá apenas para o alto deleite dos participantes, uma vez que, presumivelmente e dentro dessa análise qualificada

feita pelos Juízes e pelos próprios Promotores, a punibilidade do acusado estará extinta sem que se possa dar início a qualquer execução de pena.

Ainda que se admita, *ad arguendum*, que o réu fosse condenado, as circunstâncias do acidente não são de molde a acarretar-lhe a pena máxima em relação a qualquer das vítimas; ainda que bastante exacerbada sua pena, se condenado, não chegaria a um ano de detenção e sua punibilidade, pela pena concretizada, estaria fatalmente extinta sem acarretar-lhe qualquer das consequências de uma condenação criminal (pena, reincidência, etc.)”

Poderia o magistrado, validamente, agir dessa maneira? Os mais formalistas, por certo, objetariam o procedimento sob alegação de que, embora hipotética, a pena máxima é de possível aplicação num caso concreto e que apenas no momento da sentença, finda a instrução e sopesados os argumentos e os valores determinantes da individualização judicial da pena, poder-se-ia cogitar do *quantum* de reprimenda.

Ousamos discordar de tal entendimento. Chega às raíais da hipocrisia a previsão de uma pena máxima nos dispositivos penais brasileiros. Trata-se de uma quimera aos olhos do Poder Judiciário. Assemelha-se o seu desuso, e a falta de perspectiva de sua aplicação, à imagem de uma idosa, obesa e malcheirosa virgem desprovida, ademais, de outros encantos e patrimônio que seduza pretendente. Associa-se ao cotidiano daqueles Estados tribais, úteis apenas na prospecção antropológica, mas sem nenhuma relevância às ciências *de resultado* (para usar uma expressão em voga). É objeto de curiosidade dos juristas, mas nunca o foi de aplicação dos magistrados. Basta folhear os repertórios de jurisprudência, ou pesquisar nos Tribunais, ou, principalmente, em julgados da primeira instância, a média

das penas aplicadas a cada delito perpetrado. Os que militam diariamente no território do processo penal já conhecem o hábito da mínima reprimenda aplicável como regra inexorável das sentenças condenatórias. O que em si, em hipótese alguma, deve ser considerado um mal, até mesmo porque Beccaria propugnou por tal procedimento em seu célebre opúsculo.

“Para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser de modo essencial, ... a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias...”³⁸

O Pretório Excelso, em tema de aplicação da pena no grau máximo já se manifestou afirmando em aresto que: “Pena básica fixada na quantidade máxima prevista na lei. É critério que não se harmoniza com a doutrina individualizadora da pena. Deve o juiz qualificá-la de acordo com a ponderada consideração de cada um dos fatos a que se reporta sobredita regra, evitando, assim, o arbítrio” (SFT, RHC, Rel. Min. Djaci Falcão, *DJU* 25.4.77, p. 2.573).

Outro decisório fixa a oportunidade para imposição máxima, estabelecendo que: “A pena máxima prevista para determinado crime deve ser reservada aos criminosos natos, dotados de personalidade já completamente deformada, portadores de alta periculosidade” (TAMG, Rel. Abel Machado, *RT*, 624/361).

Na esteira de tal entendimento, surge lapidar decisão que tem servido de base já sedimentada quanto à aplicação da pena: “Desde que reconhecidos a primariedade e bons antecedentes do agente, ainda que maior a intensidade do dolo ou culpa, não se justifica a condenação em índice de pena tão elevado, que se aproxime ou ultrapasse aquele reservado, no antigo sistema, aos reincidentes específicos” (TJSC, Rel. Gaspar Rubick, *RT* 629/358).

Na verdade a questão no caso concreto foi colocada em molde bastante sim-

plificado, isto face à peculiaridade das margens penais em disputa no crime de lesão corporal culposa. A pena prevista pelo art. 129 § 6.º do CP oscila entre o mínimo de 2 (dois) meses e o máximo de 1 (um) ano de detenção. Assim, adequando-a à tábua de prazos prescricionais determinada pelo art. 109 e seus incs. do mesmo estatuto repressivo, tem-se que apenas dois prazos extintivos da punibilidade seriam pertinentes ao delito. Qualquer pena imposta, contanto que não fosse a máxima, prescreveria no prazo de 2 (dois) anos, segundo o inc. VI do aludido preceito penal. Se máxima a pena aplicada o prazo seria, então, de 4 (quatro) anos para decurso prescricional.

Ante essa singularidade, era fácil de ver ao magistrado que a verificação do prazo prescricional estaria condicionado, tão-somente, a possibilidade ou não de aplicação da pena privativa de liberdade em seu grau máximo.

Afiançou em seu despacho de sustentação que as circunstâncias do acidente não eram de molde a acarretar ao arguido a pena máxima. Omitiu a explicação, mas é óbvio que tal juízo baseou-se nas disposições do art. 59 do CP. a lei não fixou critérios rígidos (nem deveria fazê-lo) para cálculo da quantidade de pena. Estabeleceu parâmetros e determinantes que formam espécie de receituário oferecido ao magistrado. O juiz estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima.

Claro que nem todos os fatores são encontrados simultaneamente em qualquer delito, tampouco têm o mesmo valor entre si. Claro que num delito culposos não haverá se falar em motivo,

como elemento aferível de juízo de reprovação. Tampouco o comportamento da vítima haverá de ser sopesado, expondo-a publicamente, diante de infrações cuja subjetividade passiva é irrelevante. Ademais, há série de delitos cuja vítima é representada por um conceito jurídico e não por uma pessoa natural ou ficta. Em virtude disso, fácil notar que cada categoria delitiva conta com seus próprios mecanismos de identificação da reprovabilidade. Não está dito na lei, mas extrai-se de sua interpretação pela unanimidade dos Tribunais, que a aplicação da pena privativa de liberdade no grau máximo estabelecido exige, necessariamente, completa conjugação dos fatores expostos pelo art. 59, todos eles em situação desfavorável ao acusado.

A culpabilidade, como critério básico e principal na fixação da pena, vem mencionada em primeiro lugar. A culpabilidade é entendida em termos de culpabilidade normativa, ou seja, importando tanto no exame da reprovabilidade do ato como na do seu autor. O agente é tanto mais culpado quanto tenha proporcionado pelo modo de vida, pelos padrões de comportamento, pela formação de sua personalidade (na medida em que se sujeita à sua livre opção) a facilitação à prática do delito. São, portanto, especificações do termo genérico "culpabilidade", as indicações dos critérios: antecedentes, conduta social, personalidade e motivos. O agente será merecedor da maior reprovação se o fato praticado revelar-se consequência esperada de seus antecedentes, da sua conduta social bem como de seu particular modo de ser, da sua escolha de valores e das tendências que preferiu desenvolver em detrimento de outras potencialidades positivas.³⁹

Ora, se a culpabilidade do agente, entendida nesse sentido amplo, não estiver a indicar situação de absoluto desfavor, contando o autor com bene-

fícios objetivos como a primariedade, os bons antecedentes sociais, familiares e laborativos, a marca do homem médio (sem virtudes excepcionais, mas sem vícios abjetos) poder-se-ia, concretamente, suspeitar-se da aplicação da pena máxima? Por outro lado, seriam esses fatores enumerados apenas passíveis de exame após a instrução criminal? Não poderiam ser pinçados de um procedimento investigatório que não se limitasse exclusivamente à apuração do fato e de sua autoria, mas que já oferecesse um esboço da personalidade do agente? Por fim, no sistema do inquérito policial em funcionamento, será que não é possível retirar das peças que o formam elementos ensejadores desse juízo? E o Promotor de Justiça, quando oferece uma denúncia, já não tem formada em seu íntimo, pela análise de aspectos subjetivos e objetivos contidos nos autos, uma idéia bastante próxima da quantidade e da qualidade de sanção que seria, nos termos do art. 59, necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime?

Concluimos, em casos que tais, quando apenas a sanção máxima interferir no estabelecimento de um novo prazo prescricional, é lícito aos envolvidos na lide, Promotor de Justiça e Juiz de Direito, debruçarem-se sobre os autos em busca dos elementos erigidos pelo art. 59 como razões determinantes da escolha da quantidade de pena, para antecipação do juízo quantitativo, amoldação desse valor à tábua do art. 109, e a consequente verificação concreta da existência de interesse de agir do Ministério Público.

12. Considerações acerca da fixação da pena como forma de viabilização do interesse de agir

Ainda há pouco afirmamos que a efetivação do interesse de agir exige, pelo menos perfunctoriamente, análise

de antecipação do mérito da causa. Conquanto a premissa possa ser objectada por significativa parcela dos processualistas pátrios, ainda assim começam a frutificar correntes de pensamento mais liberais que buscam direccionar o processo penal conduzindo-o a alguma distância das concepções mais formalistas. Por detrás do direito de ação que move o processo penal oculta-se um dos mais valiosos direitos constitucionais, o de liberdade individual. Não se pode conceber o exercício do direito de ação penal como mero exercício ficcional, concretando apenas, não obstante, em suspenso sobre o acusado, durante todo o desenrolar da ação, a aflitiva ameaça e as limitações à liberdade que o processo naturalmente impõe.

Diante disso, não nos parece que no processo penal, quando faltem elementos de convicção quanto à existência do crime ou sua autoria, não será o interesse processual, mas sim o interesse substancial à realização do direito que não se caracterizará.⁴⁰ Tampouco a própria natureza do processo penal que leva à necessidade de demonstrar a plausibilidade do direito invocado para evitar a lide temerária.⁴¹

Se é unívoca a teoria geral do processo e se as condições da ação geram uma situação jurídica de admissibilidade genérica do pedido, exteriorização do exercício do direito de ação, como se falar, nesta fase, de condições particulares do processo penal para reduzir a incidência do interesse de agir? Não haveria nisto uma relativa concessão a aspectos meta-jurídicos, porquanto ideológico, a justificar o abrandamento do rigor em se tratando de discussão de direito material punitivo?

Quando se conceitua o interesse de agir como necessidade de se valer do órgão jurisdicional sob pena de se sofrer um prejuízo, está claro que se supõe

existente um estado de fato antijurídico, porque, se não houver tal situação de fato contrário ao direito, ninguém pode exercer o direito de ação que é instrumentalmente conexo a um caso concreto. Só existe o direito de ação como realidade processual quando houver um interesse emergente de um estado de fato contrário ao direito e interesse que se possa fazer valer por meio da via jurisdicional.⁴²

Mas o interesse de agir está ligado à idoneidade do pedido levado ao juiz pela demanda: o pedido pode se firmar em um fato típico, mas se mostrar inadequado à situação concreta manifestada na acusação. Há necessidade, assim, de adequação entre o pedido manifestado na demanda e o pedido que nele se manifesta: só há interesse de agir quando se pode, concretamente, obter o que se pretende com a decisão.⁴³

Assim não há mais como esconder que existe clara relação entre o interesse de agir e o interesse material que se busca revelar através do provimento ao pedido formulado. O que não está claro são os limites que podem estar contidos na análise preliminar do mérito para verificação da justa causa. Os indícios de autoria e materialidade, enfim, meios de demonstração de existência do crime e sua conexidade ao suposto autor estão, sem dúvida alguma, contidos nesses limites. Mas pretendemos suscitar um outro mais, qual seja, o de uma análise, igualmente perfunctória, da sanção a ser eventualmente imposta, se condenado o agente, para fins de cálculo objetivando reconhecimento antecipado da prescrição da pretensão punitiva através da pena aplicada concretamente na sentença, nos moldes do art. 110 do CP.

A premissa tomada funda-se na previsão antecipada da quantidade de pena a ser imposta ao arguido, se condenado. Superada a questão concretamente apresentada, cabe agora examinar as possi-

bilidades de alargamento da tese para compreensão de outras situações.

Há delitos cujas margens penais podem ser fracionadas em diversos períodos prescritivos. Tomemos, p. ex., o crime de estelionato (art. 171, *caput*, do CP). O legislador estabeleceu para o delito pena variável entre o mínimo de 1 e o máximo de 5 anos de reclusão. Assim, a prescrição da pretensão punitiva pela pena concretizada na sentença condenatória (art. 110), pode ser, em princípio, repartida em três períodos distintos, a saber: se a pena for aplicada em seu grau mínimo (um ano de reclusão) a prescrição será regulada pelo prazo de 4 anos; se a pena aplicada estiver compreendida entre 1 ano e 1 dia e 4 anos de prescrição ocorrerá após transcurso de 8 anos; finalmente, se a pena for aplicada acima de 4 anos, até o limite máximo de 5 anos de reclusão, a prescrição será reconhecida após o decurso de 12 anos.

Surge a indagação: diante de um caso assim seria possível aplicar-se extensivamente o raciocínio que reconhecemos como legítimo no caso anterior? Qualquer resposta liminar seria precipitada. Neste caso apresentado é forçoso reconhecer que a margem permitida para o reconhecimento antecipado da prescrição no menor prazo é por demais estreito. Apenas a aplicação da pena no grau mínimo permitiria o reconhecimento. No outro, ao contrário, apenas a fixação da pena no grau máximo impediria o reconhecimento do benefício. Antes o maior espectro de pena situava-se dentro do prazo de menor prescrição, agora esse mesmo maior espectro encontra-se num prazo intermédio.

Seria irresponsável admitir que mesmo diante desta nova hipótese o reconhecimento antecipado da prescrição poderia fazer-se com base na pena a ser aplicada futuramente. Ao fazê-lo assim não estaríamos a nos libertar daquilo que Reale Jr. chamou de “o fetichismo

da pena mínima”⁴⁴. Mas o problema pode ser relativizado. O mesmo raciocínio que foi invocado para a impossibilidade do reconhecimento antecipado ante a unidade penal que o permitiria pode, facilmente, ser aplicado à situação inversa ao se considerar também mui distante e estreita a margem de ocorrência da prescrição no prazo máximo.

Em linguagem mais corrente, a mesma dificuldade que se tem para afirmar-se, liminarmente, que a pena a ser aplicada será a de 1 ano de reclusão é que se tem, por outra via, para se afirmar que a pena a ser aplicada poderá estar compreendida entre mais de 4 anos até o limite de 5 anos de reclusão.

Assim, cremos perfeitamente factível, por simples dedução da regra anterior, que o prazo prescricional intermédio de 8 anos pode ser tomado como baliza para antecipação do reconhecimento da causa extinta da punibilidade como via de demonstração do interesse de agir.

Mas há situações mais difíceis de serem contornadas. Veja-se, p. ex., o furto qualificado, cuja pena pode oscilar de 2 a 8 anos de reclusão. Neste caso, se a pena fosse fixada no mínimo legal a prescrição seria reconhecida transcorrido o prazo de 4 anos. Se a pena, contudo, oscilasse entre 2 anos e 1 dia até o limite de 4 anos, a prescrição seria regulada pelo prazo de 8 anos. No entanto, a fração maior de pena, acima de 4 e até o limite máximo de 8 anos, estaria regulada pelo prazo prescricional de 12 anos. Indaga-se, neste caso teria aplicação aquela mesma regra inferida para o delito de estelionato?

A questão alcança, talvez, o máximo de sua complexidade, teórica pelos números apresentados e prática pela significativa ocorrência do delito. A exemplo do estelionato, não cremos possível a antecipação do reconhecimento prescricional a partir de presunção da pena mínima a ser imposta. Por outra banda, não parece possível abstrair-se,

desde logo, a possibilidade de vir a pena a ser aplicada, não em grau máximo, mas dentro das margens de máximo prazo prescricional, até mesmo porque, insista-se, nestas margens reside a maior fração potencial de pena a ser imposta.

Apesar de delicada situação enfrenta-nem por isso abdicamos das conclusões anteriores. Se é possível, mais ainda, recomendável, e até mesmo imperioso, uma perfunctória antecipação do mérito para aferição da justa causa, em síntese, do interesse de agir, não nos parece insuperável que nessa análise do mérito detenha-se o intérprete na busca dos elementos do art. 59 do CP. Se localizados em situação de extremo favorecimento ao arguido não há nada que os faça repelir a idéia de que a prazo intermediário para a verificação prescricional, de resto decorrente também da pena intermédia, possa ser utilizado. Conquanto seja fração menor, convém não olvidar que nessa margem penal erigida está contida a pena mínima elevada até seu dobro, o que, para os conhecedores da jurisprudência, já se mostra com gravidade excepcional para possuidor de condições subjetiva e objetivamente favoráveis no exame do art. 59.

Não nos ocuparemos da análise daqueles delitos, cujas penas mesmo em seu grau mínimo já o estão fixadas em patamar de tal grandeza, que a oportunidade de aplicar semelhante técnica seria reduzida aos atos de elocubração cerebrina.

Ressalvamos, inobstante, que as causas gerais e especiais de diminuição de pena operam efeitos quanto ao prazo prescricional e não podem ser ignoradas pelo intérprete.

Queremos dispensar particular atenção à tentativa que pode reduzir a pena cominada ao delito consumado entre os limites de um a dois terços. Retornando, assim, às hipóteses de estelionato ou furto qualificado, delitos que admitem o

conatus, é preciso verificar, através de nova antecipação do mérito, se a redução da pena pela tentativa o será (ou deverá ser) efetuada no grau máximo, mínimo ou intermediário. Para isso deverão ser observadas as regras próprias para a fixação da pena nos delitos tentados e, após encontrada a conclusão, fazer as devidas multiplicações fracionárias das penas previstas para recálculo do prazo prescricional.

Apenas para ilustrar, tomemos o mesmo estelionato referido, mas desta feita, sob forma tentada. A pena mínima, qualquer seja o fator de redução, estará no menor patamar possível de prescrição. A pena máxima, igualmente, ainda que minimamente diminuída, terá seu patamar prescricional também reduzido. Situação complexa estará cometida àquela pena intermediária que oscilava entre mais de 1 e 4 anos. Aqui, uma boa parte da margem penal, que poderá oscilar entre 4 meses e 1 dia, com a redução máxima da menor pena compreendida na margem, e 2 anos e 8 meses, com a mínima redução da maior pena, estará compreendida, agora, naquele degrau inferior do prazo prescricional, devendo, pois, por este ser regulado o antecipado reconhecimento.

13. Conclusões

I — O controle jurisdicional sobre as condições da ação é exercido mesmo em se tratando de processo penal. O princípio da obrigatoriedade da ação penal não cerceia o magistrado no exercício dessa atividade quando proposta da ação penal nos limites estreitos dos arts. 41 e 43 do CPP.

II — A clássica noção de interesse de agir, como condição da ação no processo civil, e que decorre da necessidade de obter através do processo a proteção do interesse substancial e pressupõe, por isso, a assertiva de lesão desse interesse e a aptidão do provimento pedido a

protegê-lo e satisfazê-lo, é extensível ao processo penal, pois como instrumento da atividade jurisdicional do Estado, o processo não sofre mutações substanciais quando passa do campo da justiça civil para aquele da justiça penal. A diferença entre eles é apenas de grau e não de natureza. Se razões de ordem prática aconselham a divisão do direito processual em *civil* e *penal*, certo é que ambos os ramos do processo apresentam um fundo comum.

III — A justa causa manifesta-se na figura do *fumus boni juris*, condição *sine qua non* para o exercício do direito de ação, e que se subsume no interesse processual, confunde-se com o legítimo interesse do órgão acusatório. A inidoneidade do provimento jurisdicional, à qual se equipara sua inutilidade, impede que a pretensão deduzida possa ser reputada objetivamente razoável e, portanto faz desaparecer a justa causa.

IV — As regras determinantes do interesse de agir estarão presentes na ação penal quando o provimento jurisdicional invocado estiver perfeitamente identificado com as noções de *adequação*, *necessidade* e *utilidade*. Ausentes as regras determinantes do interesse de agir, carece a ação de justa causa. Sem que o *fumus boni juris* ampare a imputação, dando-lhe contornos de imputação razoável a denúncia ou queixa não pode ser admitida ou recebida.

V — Não é adequada a providência jurisdicional que impõe ao condenado pena, quer privativa de liberdade, quer restritiva de direitos ou pecuniária que não possa ser executada, restando como mero símbolo de reprovação judicial sem efetividade e sem corresponder, minimamente, às expectativas do autor e da sociedade.

VI — O dever de exercitar a ação penal pública somente surge diante de determinada situação fática e da presença de condições previstas pelo próprio legislador. A ação penal está condicio-

nada pelo ordenamento jurídico. Para avaliação dessas situações fáticas e jurídicas o magistrado não dispõe de princípios e regras orientadoras diferentes daquelas de que são dotadas os representantes do Ministério Público. O juiz é fiscal do princípio da obrigatoriedade da ação penal na medida em que discordando de pedido de arquivamento de inquérito policial remete-o ao Procurador Geral de Justiça para que o reaprecie, nos termos do art. 28 do estatuto processual. Mas é também, e antes disso, fiscal das condições da ação e dos pressupostos processuais.

VII — O princípio da legalidade não subtrai do Ministério Público o poder de apreciar os pressupostos técnicos do exercício da ação penal. E nessa operação não pode deixar de entrar certa dose de fator subjetivo. Sempre restará ao órgão estatal alguma margem para valorar os elementos fáticos que se encontram no inquérito ou nas peças de informação. Seria ir de encontro à natureza das coisas procurar sustentar que ao Ministério Público não resta qualquer dose de subjetividade na apreciação da presença ou não das condições para o regular exercício do direito de ação.

VIII — Sendo o interesse de agir a relação entre a situação antijurídica denunciada e a tutela jurisdicional requerida, disso resulta que somente há interesse quando se pede uma providência jurisdicional adequada à situação concreta a ser decidida. Assim, é preciso que se examine em que termos é formulada a exigência que se contém na pretensão para que se verifique da existência do interesse de agir. Como consequência, o interesse de agir exige antecipação, ainda que perfunctória, de análise do mérito.

IX — Quando apenas sanção máxima interferir no estabelecimento de um novo prazo prescricional, que é lícito aos envolvidos na lide, Promotor de Justiça e Juiz de Direito, debruçaram-se sobre

os autos em busca dos elementos erigidos pelo art. 59 como razões determinantes da escolha da quantidade de pena, para antecipação do juízo quantitativo, amoldação desse valor à tábua do art. 109, e a conseqüente verificação concreta da existência de interesse de agir do Ministério Público.

X — Nos delitos cujas margens penais possam ser decompostas em diversos períodos prescricionais, é perfeitamente factível, por simples dedução da regra anterior, que o prazo prescricional intermédio ou aquele dentro do qual se situa a maior fração da pena decomposta possam ser tomados como baliza para antecipação do reconhecimento da causa extinta da punibilidade como via de demonstração do interesse de agir, desde que a análise perfunctória do mérito do art. 59 do CP se mostrasse favorável ao argüido.

NOTAS

1. Acórdão exarado no Recurso em Sentido Estrito n. 589.413/0, da Comarca de São Paulo, julgamento realizado em 12.3.1990, sendo Relator o Exmo. Sr. Juiz Dr. Walter Theodósio, tendo participado do julgamento, ainda, os Srs. Juízes Oliveira Ribeiro e Barreto Fonseca.

2. Os trechos citados encontram-se nas pp. 44/44-v, 48/94, 95/96 e 100/102 dos autos da Ap. n. 680/88, da 2.a Vara Criminal Regional de Santo Amaro. O despacho e rejeição da denúncia e a decisão de manutenção são de lavra do eminente magistrado, Dr. Ricardo Cintra Torres de Carvalho. As razões de Recurso em Sentido Estrito foram subscritas pelo íncito Promotor de Justiça, Dr. Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin, e o parecer da Procuradoria de Justiça provém do culto Procurador, o Dr. Cláudio Eugênio Reis Bressane.

3. José Frederico Marques *Manual e Direito Processual Civil*, v. 1, 9.a ed., Saraiva, S. Paulo, 1982, p. 177.

4. Moacyr Amaral Santos *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, v. 1, 9.a ed., Saraiva, S. Paulo, 1981, p. 172.

5. Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco

Teoria Geral do Processo, 5.a ed., ed. RT, S. Paulo, 1985, pp. 222/223.

6. Celso Agrícola Barbi *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. I, 3.a ed., Forense, Rio de Janeiro, 1983, p. 37.

7. op. cit., p. 39.

8. Humberto Theodoro Jr. *Direito Processual Civil*, Saraiva, S. Paulo, 1978, p. 14.

9. Vicente Greco F.º, *Direito Processual Civil Brasileiro*, v. 1, Saraiva, S. Paulo, 1981, p. 75.

10. Enrico Tullio Liebman *Manual de Direito Processual Civil*, v. I, trad. Cândido Rangel Dinamarco, Forense, Rio de Janeiro, 1984, p. 154.

11. op. cit., p. 155.

12. idem.

13. idem.

14. op. cit., p. 156.

15. Fernando da Costa Tourinho F.º, *Processo Penal*, v. 1, 6.a ed., Saraiva, S. Paulo, 1982, p. 432.

16. José Frederico Marques *Tratado de Direito Processual Penal*, v. 1, Saraiva, S. Paulo, 1980, p. 36.

17. Hélio Tornaghi *Curso de Processo Penal*, v. 1, 4.a ed., Saraiva, S. Paulo, 1987, pp. 55-56.

18. José Lisboa da Gama Malcher *Manual de Processo Penal Brasileiro*, v. 1, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1980, p. 306.

19. Paulo Lúcio Nogueira *Curso Completo de Processo Penal*, Saraiva, S. Paulo, 1985, p. 32.

20. José Barcelos Souza *Teoria e Prática da Ação Penal*, Saraiva, S. Paulo, 1979, p. 136.

21. José Frederico Marques *Tratado de Direito Processual Penal*, v. II, Saraiva, S. Paulo, 1980, p. 73.

22. Fernando da Costa Tourinho F.º, op. cit., p. 442.

23. José Frederico Marques *Elementos de Direito Processual Penal*, v. II, Forense, Rio de Janeiro, 1961, p. 393.

24. Ana Pellegrini Grinover *As Condições da Ação Penal*, José Bushatsky Editor, S. Paulo, 1977, pp. 110-111.

25. Ada Pellegrini Grinover op. cit., p. 95.

26. Ada Pellegrini Grinover op. cit., pp. 88-89.

27. Ada Pellegrini Grinover op. cit., p. 103.

28. José Frederico Marques *Tratado de Direito Processual Penal*, v. II, Saraiva, S. Paulo, 1980, p. 74.
29. Afranio Silva Jardim *Ação Penal Pública — princípio da obrigatoriedade*, Forense, Rio de Janeiro, 1988, p. 43.
30. Afranio Silva Jardim op. cit., p. 48.
31. José Frederico Marques *Elementos de Direito Processual Penal*, v. II, Forense, Rio de Janeiro, 1961, p. 163.
32. José Frederico Marques *Elementos de Direito Processual Penal*, v. I, Forense, Rio de Janeiro, 1961, p. 338.
33. Afranio Silva Jardim op. cit., p. 49.
34. Enrico Tullio Liebman *Corso di Diritto Processuale Civile*, Giuffrè, Milano, 1952, p. 49.
35. José Frederico Marques *Elementos de Direito Processual Penal*, v. I, Forense, Rio de Janeiro, 1961, pp. 318-319.
36. Ada Pellegrini Grinover op. cit., pp. 117-119.
37. José Frederico Marques *Elementos de Direito Processual Penal*, v. II, Forense, Rio de Janeiro, 1961, p. 393.
38. Beccaria *Dos Delitos e das Penas*, Hemus, S. Paulo, 1983, p. 97.
39. Miguel Reale Jr. et alli, *Penas e Medidas de Segurança no Novo Código*, Forense, Rio de Janeiro, 1985, pp. 160-161.
40. Ada Pellegrini Grinover op. cit., p. 123.
41. Ada Pellegrini Grinover op. cit., 127.
42. Fernando da Costa Tourinho F.º, op. cit., p. 441.
43. José Lisboa da Gama Malcher op. cit., p. 306.
44. Reale Jr. op. cit., p. 164.