

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

GUILHERME NABINGER GOULART

O INTERESSE RECURSAL NO PROCESSO PENAL

Porto Alegre

2010

GUILHERME NABINGER GOULART

O INTERESSE RECURSAL NO PROCESSO PENAL

Trabalho de conclusão do curso de graduação apresentado ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: prof. Danilo Knijnik

**Porto Alegre
2010**

GUILHERME NABINGER GOULART

O INTERESSE RECURSAL NO PROCESSO PENAL

Trabalho de conclusão do curso de graduação apresentado ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Banca Examinadora:

.....

.....

.....

Conceito:.....

Porto Alegre, 06 de dezembro de 2010.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, como não poderia ser diferente, ao Professor Danilo Knijnik, exemplo de profissional a ser seguido, pela confiança em mim depositada. Agradeço pelos conselhos constantes e valiosos, não apenas para a realização do presente trabalho, mas, principalmente, para escolher os caminhos que devem ser trilhados.

Agradeço à minha família, em especial à minha mãe, pela paciência dispensada durante o período de realização do trabalho, mas, fundamentalmente, por todas as lições passadas durante a vida, que certamente foram indispensáveis para que eu pudesse chegar até o momento de conclusão de curso que se avizinha. À Camila pelo companheirismo e auxílio nos momentos difíceis, mas, principalmente, por transportar os inúmeros livros que utilizei neste trabalho da biblioteca da Procuradoria Regional da República da 4ª Região até as minhas mãos. Aos meus amigos, cuja convivência foi diminuída, em parte, durante o período de elaboração do trabalho.

Agradeço, por fim, à Universidade Federal do Rio Grande do Sul, que, a par de todos seus problemas, me enche de orgulho e me faz já, em tom de nostalgia, sentir muita falta dos bancos centenários da Faculdade de Direito.

RESUMO

Este estudo tem como objetivo final a análise do interesse recursal notadamente sob a ótica do acusado, analisando-se se é possível falar-se em interesse de recorrer da sentença absolutória ou que declara extinta a punibilidade. Para tanto, parte-se de uma análise da origem do problema, ou seja, as condições da ação penal, comparativamente às condições da ação civil. Em seguida, far-se-á a projeção destas condições nos requisitos de admissibilidade dos recursos, focando-se no interesse recursal. Com base nessas premissas, será estudada a sentença penal e o recurso de apelação, para, ao final, especificamente verificar o interesse que possui o réu de apelar de uma sentença que o absolva.

Palavras-chave: Direito de ação – condições da ação – requisitos de admissibilidade recursal – interesse recursal – sentença absolutória – interesse do réu em recorrer.

ABSTRACT

This study aims to final appellate review of interest especially from the perspective of the accused, analyzing whether it is possible to speak of interest to appeal the acquittal or finding extinct criminality. To do so, it starts with an analysis of the origin of the problem, it means, the conditions for prosecution, compared to the conditions of civil action. Then far will the projection of these conditions on the requirements for admissibility of actions, focusing on appellate interest. Based on these premises, we will study the criminal sentencing and appeal, for in the end, specifically to verify the interest that has the defendant to appeal a ruling that absolves.

Keywords: Right of action - action conditions - conditions of admissibility appellate - appellate interest - acquittal - interest in the defendant's appeal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
I. CONDIÇÕES DA AÇÃO E SUA PROJEÇÃO NOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL.....	10
1. AS CONDIÇÕES DA AÇÃO.....	10
1.1. AS CONDIÇÕES DA AÇÃO NO PROCESSO CIVIL.....	10
1.1.1. Desenvolvimento histórico do conceito de ação.....	10
1.1.2. Possibilidade jurídica do pedido.....	15
1.1.3. Interesse de agir.....	17
1.1.4. <i>Legitimatío ad causam</i>	19
1.2. AS CONDIÇÕES DA AÇÃO NO PROCESSO PENAL.....	21
1.2.1. Possibilidade jurídica do pedido.....	21
1.2.2. Interesse de agir.....	27
1.2.3. <i>Legitimatío ad causam</i>	32
1.2.4. Justa Causa.....	35
1.2.5. As condições de procedibilidade.....	40
1.2.6. As ditas condições próprias da ação penal.....	43
2. OS REQUISITOS GERAIS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL.....	45
2.1. PRESSUPOSTOS RECURSAIS.....	47
2.1.1. Investidura do Juiz.....	47
2.1.2. Capacidade de quem formula o recurso.....	48
2.1.3. Regularidade formal.....	49
2.1.4. Inexistência de fatos impeditivos ou extintivos.....	50
2.2. CONDIÇÕES DE ADMISSIBILIDADE.....	51
2.2.1. Possibilidade Jurídica.....	51
2.2.2. Legitimação.....	53
2.2.3. Interesse em recorrer.....	55
II. O INTERESSE EM RECORRER NO PROCESSO PENAL E SUAS MANIFESTAÇÕES.....	56
1. CONCEPÇÃO TRADICIONAL.....	57
1.1. O interesse como condição geral de admissibilidade dos recursos.....	57
1.2. A sentença penal absolutória.....	61
1.2.1. Hipóteses de absolvição.....	61
1.2.2. A eficácia extrapenal da sentença penal.....	64

1.3. O recurso de apelação no processo penal.....	67
1.3.1. Definição.....	67
1.3.2. Procedimentos.....	68
1.3.3. Hipóteses de cabimento.....	69
2. CONCEPÇÃO CRÍTICA.....	71
2.1. Sucumbência e interesse.....	71
2.2. O real interesse do réu em recorrer de sentenças, aparentemente, favoráveis.....	74
2.2.1. O interesse em recorrer da sentença absolutória.....	75
2.2.2. O interesse em recorrer da sentença que reconhece a prescrição.....	84
CONCLUSÕES.....	87
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	89

INTRODUÇÃO

Na teoria geral do processo, o tema recursos sempre se incluiu entre os mais instigantes, notadamente no que se refere aos seus requisitos de admissibilidade. Hodiernamente, ganha relevo a discussão acerca da existência de interesse recursal para o réu recorrer de uma sentença que o absolveu. Buscamos demonstrar, no presente trabalho, que efetivamente, embora limitadamente, possui o réu tal interesse.

Com efeito, as mazelas do processo penal, a sua simples existência e as conseqüências advindas do seu término, são razões a justificar a existência de um interesse amplo – sempre analisado à luz do caso concreto – de o acusado insurgir-se contra situações que, a um olhar menos atento, não lhe geram qualquer prejuízo. No entanto, tal exame deve ser feito levando-se em conta o caráter do processo penal, bem como os princípios que o norteiam, assegurados na Constituição Federal.

Para se analisar especificamente a questão de o réu apelar de uma sentença absolutória, mostra-se necessária a análise, ainda que breve, do referido recurso, da decisão judicial recorrida e, fundamentalmente, do requisito de admissibilidade recursal denominado interesse em recorrer.

Para tanto, o estudo foi dividido em duas partes. A primeira analisa, detidamente, as condições da ação penal e sua relação (semelhanças e diferenças) com as condições já consagradas da ação civil. A partir daí, busca-se relacionar tais condições com os requisitos gerais de admissibilidade recursal, divididos em pressupostos recursais e condições de admissibilidade, onde se inclui o interesse recursal.

Na segunda parte, o foco passa para o interesse em recorrer propriamente dito, a partir de uma concepção dita tradicional e de uma concepção por nós considerada crítica. Igualmente, analisa-se especificamente o recurso de apelação, a sentença penal, que constitui seu objeto, e seus efeitos. Com base nisso, verifica-se propriamente o interesse recursal do réu absolvido em recorrer da sentença, para buscar um provimento menos gravoso.

Entende-se, para defender essa possibilidade, que o prejuízo não pode ser visto exclusivamente sob a ótica do processo penal, mas sim considerando-se todo o sistema jurídico, inclusive atribuindo-se importância fundamental às esferas não-penais.

Tentar-se-á, pois, demonstrar, de forma crítica, a real existência desse interesse, a despeito da turbulência que o tema gera, tanto na doutrina, como na jurisprudência, a partir de uma análise dos argumentos mais recorrentes e sua efetiva importância para a resolução da discussão, que, por certo, está distante de ser encerrada.

I. CONDIÇÕES DA AÇÃO E SUA PROJEÇÃO NOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL

1. As condições da ação

1.1. As condições da ação no processo civil

1.1.1. Desenvolvimento histórico do conceito de ação

Antes de se analisar as ditas condições da ação – seja em relação à ação civil, seja em relação à ação penal – importa, ainda que brevemente, mencionar o conceito de ação, seu desenvolvimento histórico bem como as teorias mais consagradas no que se refere ao tema.

Qualquer que seja o conceito que se adote ou as teorias que foram utilizadas ao longo do tempo para explicar a ação, um fato é certo: a ação surgiu em razão da proibição da tutela privada – ou autotutela – para a satisfação dos direitos. Ou seja, ela é o instrumento de que o particular passou a fazer uso diante da eliminação da “justiça de mão própria”.¹

O vocábulo *ação*, conforme pondera Rogério Lauria Tucci, provém de *actio*, do verbo *agere*, que significa ação judicial, embora tenha sido empregado, na linguagem do foro, no sentido de pleitear². Assim, para os Romanos, tal qual CELSO, a “ação nada mais é do que o

¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil, volume 1: Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 157.

² TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 58.

direito de perseguir em juízo aquilo que nos é devido”. Ressalte-se que esse conceito resulta do fato de que o Direito Romano não fazia distinção entre a *actio* e o direito subjetivo.³

Para Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, a ação é o direito ao exercício da atividade jurisdicional (ou o poder de exigir esse exercício). Mediante o exercício da ação provoca-se a jurisdição, que por sua vez se exerce através daquele complexo de atos que é o processo⁴. No entanto, tal definição, já amplamente aceita e reconhecida na doutrina processual, percorreu um longo caminho de evolução até chegar nas palavras acima cunhadas, conforme veremos, sucintamente, a seguir.

A primeira teoria a explicar a ação foi a chamada teoria clássica ou imanentista (ou, no caso da ação civil, civilista), segundo a qual a ação seria uma qualidade do próprio direito, ou até mesmo o próprio direito reagindo a uma violação. É a conceituação de CELSO, antes mencionada, que durante muitos anos reinou soberana. Começou a ser contestada, contudo, quando se observou os sérios problemas que derivavam da sua aplicação, quais sejam, não há direito sem ação, nem ação sem direito. Ou seja, não se consegue explicar, por essa teoria, a ação julgada infundada e a ação declaratória, justamente pelo fato de que não se pode dizer, a toda evidência, que não houve ação quando o pedido nela veiculado é julgado improcedente.⁵

O conceito civilista passou a ser abandonado muito em razão da conhecida polêmica entre os romanistas Bernard Windscheid e Theodor Muther, travada no final do século XIX, na Alemanha. A partir daí, iniciou-se a consagração da idéia que separa o direito processual do direito material, o que, por conseqüência, confere à ação um caráter autônomo em relação do direito material⁶. Segundo Muther, da ação nascem dois direitos, ambos de natureza pública, quais sejam, o direito do ofendido à tutela jurídica por parte do Estado e o direito do Estado à eliminação da lesão, contra aquele que a praticou – o que acabou sendo aceito por Windscheid.⁷

Sendo já amplamente reconhecido o caráter da ação como direito público subjetivo,

³ TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 59.

⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 249.

⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 250.

⁶ LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*, Vol. 1, 3ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 327.

⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 250.

passou-se a discutir a natureza desse direito, se concreto ou abstrato. Ao pensarem sobre a hipótese do autor que movimenta o juízo e obtém uma sentença desfavorável, Plósz e Degenkolb entenderam que o direito de agir não exclui a possibilidade de uma sentença desfavorável, razão por que Plósz qualificou o direito de ação como abstrato, além de autônomo. Seria, assim, o direito de ação autônomo e independente do reconhecimento do direito material discutido⁸. Em sendo assim, para esses autores, o processo pode nascer e desenvolver-se validamente mesmo que o autor não tenha razão, isto é, ainda que a sentença negue o pedido, a ação terá sido exercida, já que sua existência não está vinculada a uma sentença de mérito favorável.⁹

Contrariamente à teoria abstrata do direito de ação, Wach, na Alemanha, desenvolveu a teoria do direito concreto à tutela jurídica. Para ele, a ação é um direito autônomo, já que não pressupõe necessariamente o direito subjetivo material violado, dirige-se contra o Estado e contra o adversário, do qual se exige a sujeição. No entanto, como a existência da tutela jurisdicional só pode ser satisfeita através da proteção concreta, o direito de ação só existiria quando a sentença fosse favorável ao autor¹⁰. Seria a ação, então, o direito a uma sentença favorável.¹¹

Também à teoria concreta filiou-se Giuseppe Chiovenda, formulando, em 1903, a sua formulação da ação como direito potestativo. É dizer, a ação seria um direito autônomo, mas não um direito subjetivo, porque não lhe corresponde a obrigação do Estado, nem de natureza pública. Para ele, trata-se de um direito que se dirige contra o adversário, ou seja, o poder jurídico de dar vida à condição para a atuação da vontade concreta da lei.¹²

Foi, contudo, a teoria de Enrico Tullio Liebman, a que mais gozou de prestígio dentre os processualistas. Para ele, a ação é um direito subjetivo instrumental, sendo, além, um poder ao qual não corresponde a obrigação do Estado, igualmente interessado na distribuição da justiça; poder esse correlato com a sujeição e instrumentalmente conexo a uma pretensão material. Assim, a função jurisdicional só é exercida quando o juiz pronuncia uma sentença

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil, volume 1: Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 163.

⁹ LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*, Vol. 1, 3ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 327.

¹⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 251.

¹¹ LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*, Vol. 1, 3ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 328.

¹² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 251.

sobre o mérito, ou seja, sobre a pretensão material deduzida em juízo, independentemente de ser de procedência ou de improcedência.¹³

Liebman, ao formular sua teoria, levou em consideração a existência de um direito, garantido pela Constituição da República Italiana, que assegura a todos os cidadãos a possibilidade de levarem suas pretensões ao poder judiciário. No entanto, não é sempre que se aciona o Poder Judiciário que haverá ação, pois ela constitui apenas o direito ao julgamento de mérito, sendo satisfeita com uma sentença favorável ou mesmo desfavorável. Importa, tão-somente, para a configuração da ação, a presença das condições da ação, que serão examinadas mais adiante.¹⁴

Deve-se atentar, todavia, que os conceitos e as teorias acima expostas servem com mais facilidade para o processo civil do que para o processo penal, sendo certo que a doutrina especializada¹⁵ vem refutando a aplicação automática de definições próprias – porque concebidas à sua luz – do processo civil para o campo do processo penal¹⁶. É a famosa comparação feita por Francesco Carnelutti com a história infantil da Cinderela, que usa as roupas das irmãs mais bonitas e mais velhas, mas que a ela não servem.¹⁷

É o que sustenta, dentre outros, Aury Lopes Jr., para quem não há como, em relação à ação penal, aceitar-se integralmente uma teoria concreta ou abstrata do direito de ação. Isso porque, diferentemente do processo civil - que se desenvolve por meio de decisões interlocutórias que resolvem questões normalmente de natureza formal, sendo que as questões de mérito ficam reservadas para a sentença -, o processo penal, para que se inicie, já exige que o acusador demonstre a justa causa, ou seja, os elementos probatórios mínimos que

¹³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 253.

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil, volume 1: Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 168.

¹⁵ Doutrina especializada no sentido de que pretende a elaboração de teorias próprias para o processo penal, e não apenas derivadas de uma “teoria geral do processo”. De outro lado, mantendo o conceito de ação também para o processo penal, dentre outros, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco: “O estudo da natureza jurídica da ação, com as conclusões a que chegamos, aplica-se não somente ao processo civil, como também ao processo penal.” (in CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 257).

¹⁶ LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*, Vol. 1, 3ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 321.

¹⁷ CARNELUTTI, 1946. Segundo o autor: “Ciertamente, también la ciencia del derecho procesal penal tiene últimamente recorrido un buen trayecto de camino; pero el progreso, en un noventa por ciento, consiste en la adaptación a sus fenómenos de los conceptos construidos para el estudio del proceso civil.” Continua, mais adiante: “La cienicienta, justamente, se contentaba con los vestidos desechados por sus más afortunadas hermanas.”

demonstrem a fumaça da prática de um delito. Assim, não há a possibilidade de deixar-se a análise da questão do mérito para a sentença¹⁸, pois desde o início o juiz faz juízo provisório de verossimilhança sobre a existência do delito.¹⁹

Daí porque referido autor, na linha já traçada por respeitáveis estudiosos²⁰, sustenta que os conceitos tradicionais de abstração e de direito concreto não satisfazem plenamente as necessidades do processo penal, sendo necessário buscar-se um conceito intermediário entre esses dois extremos. Em suas palavras: “a abstração é admitida (pois não há como negar que a ação existe e foi devidamente exercida ainda que a sentença seja absolutória), bem como a autonomia (pois o direito potestativo de acusar não se confunde com o poder [material] de punir), mas ambas são atenuadas – aproximando-se do conceito de direito concreto – na medida em que se exige que a ação processual penal demonstre uma conexão instrumental em relação ao caso penal”. Conclui, pois, afirmando que a “ação processual penal é um direito potestativo de acusar, público, autônomo, abstrato, mas conexo instrumentalmente ao caso penal”.²¹

Contudo, não por desconsiderar a importância do tema, mas muito antes por uma restrição temática a que ora nos propomos, ficarão em segundo plano as discussões acerca da diversidade de tratamento que deve ser dada (ou não) à ação penal, em comparação à ação civil, mesmo porque a exposição que se segue levará em consideração as condições da ação concebidas por Liebman para, então, abordar o interesse recursal no processo penal. Tal se deve ao fato de ser essa, ainda, a orientação da doutrina majoritária, em que pese a existência de ressonantes vozes em contrário.

Nesse aspecto, como dito anteriormente, Liebman, em sua teoria a respeito da ação, afirma que o que realmente importa para a configuração do direito de ação é a presença das condições da ação, as quais, em princípio, foram por si delineadas como sendo a legitimação para agir, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido.²² No entanto, há de se ressaltar que o próprio Liebman, ao lançar a terceira edição de seu *Manuale*, eliminou a categoria da

¹⁸ Isso certamente em função da forte carga que a simples distribuição da denúncia ou da queixa-crime já representa para o acusado.

¹⁹ LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*, Vol. 1, 3ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 329.

²⁰ Ver, dentre outros, Jacinto Coutinho (*A Lide e o Conteúdo do Processo Penal*, pp. 145 e ss.).

²¹ LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*, Vol. 1, 3ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 330-331.

²² MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil, volume 1: Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 169.

possibilidade jurídica do pedido, subsumindo-a no interesse de agir.²³

1.1.2. Possibilidade jurídica do pedido

Conforme já relatado, essa primeira análise das condições da ação será feita com base naquilo que já é consagrado no campo do processo civil. Assim, inicialmente, mas de maneira breve, serão conceituadas as três famosas condições da ação civil, para que, posteriormente, possamos transpô-las, ou não, para o processo penal. O direito de ação, embora abstrato e até certo ponto genérico, pode ser submetido a condições por parte do legislador para o seu regular exercício. São condições (interesse, legitimidade e possibilidade jurídica do pedido) para que se possa exigir, no caso concreto, o provimento jurisdicional.²⁴

As condições da ação representam, pois, uma das categorias fundamentais da ciência do processo, ao lado dos pressupostos processuais e do mérito. O mérito é aquela parcela da lide que é deduzida, pelo autor, em juízo, através da pretensão, e à qual o réu resiste, através das suas exceções ou da mera insatisfação.²⁵ Com relação aos pressupostos processuais, Ada Pellegrini Grinover entende que eles são os requisitos para a constituição de uma relação processual válida, de modo que, na falta deles, a relação jurídica processual pode até nascer, mas será inválida. Seriam eles: uma correta propositura da ação, feita perante a autoridade jurisdicional, por uma entidade capaz de ser parte em juízo.²⁶

As condições da ação, que veremos adiante, encontram-se entre os pressupostos processuais e o mérito, no processo cognitivo do juiz. É a teoria do trinômio, segundo a qual o fenômeno da carência de ação (inexistir uma que seja das condições da ação) não tem a ver

²³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Condições da Ação Penal: uma tentativa de revisão*. São Paulo: Bushatsky, 1977. p. 38-39.

²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 8ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 75.

²⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Condições da Ação Penal: uma tentativa de revisão*. São Paulo: Bushatsky, 1977. p. 11.

²⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Condições da Ação Penal: uma tentativa de revisão*. São Paulo: Bushatsky, 1977. p. 21-22.

com a existência (ou não) do direito afirmado pelo autor, nem com a possível inexistência dos pressupostos de constituição da relação processual válida.²⁷ A respeito, Kazuo Watanabe, seguindo magistério de Cândido Rangel Dinamarco, assinala que a cognição do juiz tem por objeto um trinômio de questões, incluindo aquelas sobre a regularidade do processo mesmo (como os pressupostos processuais), sobre as condições da ação e sobre o mérito.²⁸ Em sendo assim, considerada a teoria do trinômio, as condições da ação seriam o segundo objeto da cognição do juiz.²⁹

A primeira condição da ação que merece destaque é denominada possibilidade jurídica do pedido, a qual foi concebida por Liebman, enquanto se encontrava no Brasil, sendo que o próprio, posteriormente, veio a abandonar tal requisito, submetendo o exercício do direito de ação apenas à legitimidade e ao interesse de agir.³⁰ Em apertada síntese, costuma-se dizer que a possibilidade jurídica do pedido significa a admissibilidade, em abstrato, do provimento buscado, ou a existência deste dentro do ordenamento jurídico, ou seja, só há possibilidade jurídica se o direito objetivo material admite, em tese, o pedido formulado.³¹

A doutrina costuma exemplificar a falta desta condição da ação quando se intenta a ação de divórcio, nos países em que não é permitida a dissolução do casamento, bem como a pretensão fundada em dívida de jogo. O exemplo da dívida de jogo, no entanto, recebe severas críticas, porquanto, na realidade, o pedido não seria impossível (pois trata-se de pedido de condenação em dinheiro, como em qualquer outro caso), mas sim a causa de pedir que encontra obstáculo no ordenamento jurídico.³²

É por isso que Dinamarco afirma que “existe impossibilidade jurídica quando o Estado, sem levar em conta as características peculiares da situação concreta, nega aprioristicamente o poder de ação ao particular, seja tendo em vista a natureza do pedido ou da *causa petendi*, seja em consideração às prerrogativas de uma das partes”.³³

²⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Condições da Ação Penal: uma tentativa de revisão*. São Paulo: Bushatsky, 1977. p. 29.

²⁸ WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 2ª Ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 72.

²⁹ WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 2ª Ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 76.

³⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Condições da Ação Penal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais n.º 69/2007. p. 185-186.

³¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Condições da Ação Penal: uma tentativa de revisão*. São Paulo: Bushatsky, 1977. p. 40.

³² DINAMARCO, Cândido Rangel *apud* GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Condições da Ação Penal: uma tentativa de revisão*. São Paulo: Bushatsky, 1977. p. 42-43.

³³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 1973, p. 139.

Ada Pellegrini Grinover, seguindo pensamento de Egas Dirceu Moniz de Aragão³⁴, contudo, prefere ver a questão sob outra ótica. Para ela, não se trata de averiguar a possibilidade jurídica do pedido, mas sim a impossibilidade do pedido, ou seja, verificar se o pedido não é, em tese, vedado pelo ordenamento jurídico. Nas suas palavras:

“Estamos convencidos de que a possibilidade jurídica se define, corretamente, em termos negativos, como existente quando o ordenamento jurídico não veda, em tese, o pedido. Mas discordamos da doutrina quanto à negativa pelo Estado, em virtude de peculiaridades da ‘*causa petendi*’ (como é o caso da dívida de jogo). Aqui, a matéria é de mérito e não diz respeito ao exercício da ação.”³⁵

A mesma autora inclui dentre os casos de impossibilidade jurídica aquelas hipóteses em que o autor deixou de praticar algum ato prévio ao ajuizamento da demanda que lhe competia.³⁶

1.1.3. Interesse de agir

O interesse de agir, cuja análise se mostra fundamental no presente estudo, em razão de ser o fundamento de existência do interesse recursal, costuma ser conceituado como sendo um interesse meramente instrumental, ou, nas palavras de Ada Pellegrini Grinover, o interesse de conseguir, pelos órgãos da Justiça, e através de sua atividade, a satisfação do interesse material.³⁷

Por conveniente, transcrevemos a lição de Enrico Tullio Liebman, sobre o interesse de agir, que, para ele é

³⁴ MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao CPC*. Forense, vol. II, 1ª Ed., p. 436.

³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Condições da Ação Penal: uma tentativa de revisão*. São Paulo: Bushatsky, 1977. p. 48-49.

³⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Condições da Ação Penal: uma tentativa de revisão*. São Paulo: Bushatsky, 1977. p. 59.

³⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Condições da Ação Penal: uma tentativa de revisão*. São Paulo: Bushatsky, 1977. p. 86-87.

“um interesse processual, secundário e instrumental com relação ao interesse substancial primário; 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. Por exemplo, o interesse primário de quem se afirma credor de 100 é obter o pagamento dessa importância; o interesse de agir surgirá se o devedor não pagar no vencimento e terá por objeto a sua condenação e, depois, a execução forçada à custa do seu patrimônio. 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 fosse em si mesmo inadequado ou inidôneo a remover a lesão, ou, finalmente, quando ele não pudesse ser proferido, porque não admitido pela lei (p.ex., a prisão por dívida. (...)) Em conclusão, o interesse de agir é 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.”³⁸

O interesse de agir tem fundamento no princípio da economia processual, pois, embora seja de interesse do Estado o exercício da tutela jurisdicional para a solução dos conflitos sociais, não é conveniente acionar-se todo o aparato judiciário sem que dessa atividade resulte alguma utilidade. Assim, a prestação jurisdicional deve ser necessária e adequada, para que haja interesse de agir.³⁹

O interesse-necessidade significa a necessidade de se socorrer do Poder Judiciário para que se obtenha a satisfação do interesse material buscado. Isso, naturalmente, só deve ser feito quando o próprio direito substancial objetivo, através das suas próprias forças, não se mostrar capaz de extinguir o conflito de interesses existente⁴⁰. É dizer que, enquanto ainda houver maneira garantida pelo direito material de solucionar o conflito, o judiciário não deve ser provocado, mas também que, quando houver tal necessidade, o Judiciário deve ser provocado,

³⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil, volume 1: Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 169-170.

³⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 260.

⁴⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Condições da Ação Penal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais n.º 69/2007. p. 184.

em razão da proibição da autotutela.

Por sua vez, a adequação consiste na exigência de que o provimento requerido seja útil para a satisfação da vontade concreta da lei, bem como que seja justa a sujeição da contraparte aos rigores de cada tipo de processo. Na realidade, em cada caso, analisado concretamente, deve haver uma correlação entre a situação jurídica existente – que se busca solucionar – e a tutela jurisdicional requerida.⁴¹

Importante frisar que a condição da ação denominada interesse de agir possui uma projeção no plano recursal – o que será objeto da segunda parte do presente estudo –, consubstanciada no pressuposto do interesse recursal, segundo o qual não se admite, tanto no processo civil, como no penal, a interposição de recurso quando dele não puder obter qualquer proveito o recorrente, seja pela ausência de sucumbência, seja pela falta de utilidade – aparente – de se buscar a reforma de alguma decisão. De qualquer forma, deixamos a questão para momento posterior, em que se pretenderá demonstrar a possibilidade de haver interesse recursal mesmo quando, à primeira vista, o mesmo mostra-se inexistente.

1.1.4. *Legitimatío ad causam*

Finalmente, a última das três condições da ação tradicionalmente aceitas pela doutrina processual civil é a *legitimatío ad causam*, ou legitimação para agir, isto é, a legitimidade para ser parte, tanto no pólo ativo, quanto no pólo passivo, na lide. Assim a define Liebman:

“Legitimação para agir (*legitimatío ad causam*) é a titularidade (ativa e passiva) da ação. O problema da legitimação consiste em individualizar a pessoa a quem pertence o interesse de agir (e, pois, a ação) e a pessoa com referência à qual [*nei cui confronti*] ele existe (...). Também quanto à ação, prevalece o elementar princípio segundo o qual apenas o seu titular pode exercê-la; e tratando-se de direito a ser exercido necessariamente com referência a uma parte contrária, também esta

⁴¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Condições da Ação Penal: uma tentativa de revisão*. São Paulo: Bushatsky, 1977. p. 95.

deve ser precisamente a pessoa que, para os fins do provimento pedido, aparece como titular de um interesse oposto, ou seja, aquele em cuja esfera jurídica deverá produzir efeitos o provimento pedido. (...) indica, pois, para cada processo, *as justas partes*, as *partes legítimas*, isto é, as pessoas que devem estar presentes para que o juiz possa julgar sobre determinado objeto.”⁴²

A legitimidade é, enfim, a pertinência subjetiva da ação, em relação àquele que a propõe e àquele contra quem a mesma é proposta. São, pois, o autor e o réu, ou seja, as pessoas facultadas a, respectivamente, pedir e contestar a providência que é objeto da demanda.⁴³

No direito brasileiro, o conceito de partes legítimas pode ser extraído da própria dicção do art. 6º do Código de Processo Civil⁴⁴, de modo que é titular da ação – e, portanto, legitimado ativo – aquele que se diz titular do direito subjetivo material discutido, que demandará – legitimado passivo – aquele que é titular da obrigação correspondente.⁴⁵ Referido artigo, em seu final, menciona que há casos excepcionais, onde se poderá pleitear direito alheio. São os casos de legitimação extraordinária, que se contrapõe à regra, que é a legitimação ordinária.

Como vimos, a legitimação ordinária ocorre quando há coincidência entre a legitimação para a causa e a titularidade do direito material que se afirma em juízo.⁴⁶ Por sua vez, há legitimação extraordinária quando o direito confere o direito de ação e de defesa a pessoa que não o titular da pretensão de direito material, gerando o fenômeno da substituição processual.⁴⁷

Por fim, digna de nota a lição de Ada Pellegrini Grinover, para quem todo o asseverado sobre a legitimação – ativa ou passiva – não interfere no conceito de parte em sentido formal, haja vista que a parte pode ser legítima ou ilegítima, não deixando de ser

⁴² LIEBMAN, Enrico Tullio *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil, volume 1: Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 170.

⁴³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Condições da Ação Penal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais n.º 69/2007. p. 183.

⁴⁴ “Art. 6º Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.”

⁴⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 261.

⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel Francisco. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 101.

⁴⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Condições da Ação Penal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais n.º 69/2007. p. 184.

parte.⁴⁸

Assentadas as premissas relativas aos conceitos mais comumente expostos pela doutrina processual civil no que diz respeito às condições da ação, passaremos a uma tentativa de transposição – se é que isso é possível plenamente – de tais conceitos para o processo penal. Trata-se de campo tormentoso, em que daremos enfoque para as concepções tradicionalmente consagradas, sem olvidar das críticas – por vezes pertinentes – daqueles teóricos que buscam conceitos próprios para o processo penal, que não passam necessariamente por aquelas acepções já forjadas para o processo civil.

1.2. As condições da ação no processo penal

1.2.1. Possibilidade jurídica do pedido

Em geral, a doutrina a doutrina processual penal transposta a possibilidade jurídica do pedido como condição também da ação penal. Diz-se, então, que a possibilidade jurídica do pedido estaria diretamente relacionada com a previsão no ordenamento jurídico da providência que se quer ver atendida com a ação penal.⁴⁹

Há, então, possibilidade jurídica do pedido quando a pretensão do autor se referir a uma providência admissível pelo direito objetivo, de modo que ele só será titular do direito subjetivo público de ação se o direito subjetivo material admitir, em tese, o pedido.⁵⁰

⁴⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Condições da Ação Penal: uma tentativa de revisão*. São Paulo: Bushatsky, 1977. p. 143.

⁴⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de.; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 776.

⁵⁰ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, Vol. 1, 3ª edição, Campinas: Millennium Editora, 2009. p. 272.

Na mesma linha, Fernando da Costa Tourinho Filho conceitua a possibilidade jurídica do pedido na ação penal:

“Como o próprio nome está a indicar, deve o autor, ao promover a ação, solicitar ao juiz uma providência que tenha existência no nosso ordenamento jurídico, isto é, o autor deve pedir algo abstratamente admissível segundo as normas vigentes no ordenamento jurídico nacional. Assim, não pode o Promotor mover uma ação penal em relação a alguém imputando-lhe o crime de incesto, posto que não previsto no nosso ordenamento jurídico. O pedido de condenação seria juridicamente impossível.”^{51 52}

Afirmam, com efeito, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho que, ao contrário do processo civil em que a possibilidade jurídica se define em termos negativos⁵³, no processo penal somente é viável o provimento que seja expressamente previsto e permitido. Consideram, pois, casos de possibilidade jurídica do pedido a tipicidade e a não-extinção da punibilidade.⁵⁴

Assumindo essa conceituação, a doutrina passa a afirmar que, como há possibilidade jurídica do pedido quando esse é admitido ou não vedado, em tese, pelo ordenamento jurídico, se o fato descrito na acusação (denúncia ou queixa-crime) não for típico⁵⁵, o pedido será juridicamente impossível.⁵⁶

Contudo, essa simplificação de relacionar diretamente a possibilidade jurídica do pedido com a tipicidade do fato imputado na denúncia encontra alguns entraves. Isso porque,

⁵¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 187.

⁵² Há quem sustente, todavia, que, mesmo diante de um pedido absolutamente impossível, não haveria que se falar em carência de ação, em determinados casos: “é que, mesmo formulando pedido absolutamente descabido, como o requerimento de condenação do denunciado à pena de morte (absolutamente repelida pelo ordenamento no que pertine ao processo criminal), entendemos não haver nenhum óbice ao regular desenvolvimento da ação penal só em face dessa circunstância, pois deverá o juízo competente adequar a providência sancionatória de acordo com a legislação vigente e não de acordo com o pedido formulado (*emendatio libelli* – art. 383, CPP).” (in OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de.; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 776.).

⁵³ Isto é, fala-se em impossibilidade jurídica do pedido para afirmar que o ordenamento jurídico não veda, em tese, o pedido.

⁵⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 8ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 78.

⁵⁵ Julio Fabbrini Mirabete assim define o fato típico: “fato típico é o comportamento humano (positivo ou negativo) que provoca, em regra, um resultado, e é previsto como infração penal. Assim, se A mata B em comportamento voluntário, pratica o fato típico descrito no art. 121 do CP (matar alguém) e, em princípio, um crime de homicídio.” (in MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal, volume 1: parte geral, art.s 1º a 120 do CP*. 24ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 84.).

⁵⁶ TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 92.

para alguns, a tipicidade é matéria de mérito, não podendo estar inserida no plano das condições da ação. Veja-se, por oportuna, a lição de Ada Pellegrini Grinover, em sua célebre obra *As Condições da Ação Penal*, publicada em 1977:

“Mas esta posição não nos parece aceitável. A tipicidade é evidentemente matéria de mérito: representa, para o processo penal, a ‘*causa petendi*’”, e se lhe aplicam as observações que já fizemos, genericamente, quanto à necessidade de desvincular uma pretensa condição da ação da existência do direito subjetivo afirmado pelo autor. O aspecto da *causa petendi* assume, no processo penal, colorido próprio e mais intenso, porque, em matéria criminal, a identificação da lide se faz exatamente com base na *causa petendi*. O pedido, na ação penal condenatória, é sempre o mesmo: a aplicação de uma penal. Resta, no plano objetivo, a *causa petendi*, para que se demarque a área de incidência da coisa julgada, para individualizar a ação, a acusação, a *res in indicium deducta*. A própria lei brasileira se incumbe de rotular a atipicidade como matéria de mérito, e não como possibilidade jurídica: se reconhecida afinal, a sentença que declare não constituir o fato infração penal, será inquestionavelmente sentença absolutória, de mérito, revestindo-se da autoridade da coisa julgada material (art. 386, item III, CPP). E se reconhecida preambularmente, a situação será a mesma: não acolhemos a teoria da *prospettazione*. Assim, ainda que declarada por ocasião da apresentação da denúncia ou da queixa, ocasionando a sua rejeição (art. 43, I, CPP), a falta de tipicidade não deixará de configurar sentença de mérito.”⁵⁷

Concluiu, portanto, que a falta de tipicidade do fato narrado na peça acusatória não levaria a uma decisão de carência de ação, mas sim a uma decisão, definitiva, de mérito, que absolve o acusado, por não ser o fato narrado crime. Não poderia, assim, tratar-se de condição da ação. O mesmo entendeu com relação à extinção da punibilidade, de modo que restou à possibilidade jurídica do pedido aqueles casos em que o ordenamento nega ao autor o exercício do direito de ação, porque não satisfaz determinado requisito.⁵⁸

Tal posição não resistiu aos argumentos da própria autora, que mudou de opinião, passando a aceitar a *Teoria da Prospettazione*⁵⁹, o que a fez entender também a atipicidade como caso de impossibilidade jurídica do pedido.⁶⁰ A respeito da *Teoria da Prospettazione*,

⁵⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Condições da Ação Penal*: uma tentativa de revisão. São Paulo: Bushatsky, 1977. p. 69-70.

⁵⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Condições da Ação Penal*: uma tentativa de revisão. São Paulo: Bushatsky, 1977. p. 194-195.

⁵⁹ Apresentação, em italiano.

⁶⁰ “Assim, em minha obra *As condições da ação penal*, escrita em 1977, por não adotar, à época, a teoria da apresentação, cheguei a alguns resultados diversos dos que serão expostos a seguir.” (in GRINOVER, Ada

escreveu Kazuo Watanabe:

“O ponto nodal da problemática está em saber se as condições da ação (*rectius*: ‘condições para o julgamento do mérito’) devem ser aferidas segundo a afirmativa feita pelo autor na petição inicial (*in statu assertionis*) quanto às condições da ação (com a apresentação, evidentemente, das provas necessárias desde o início da ação), para se evitar o prosseguimento inútil do processo, (...), ou conforme *seu elo efetivo* com a ‘situação de fato contrária ao direito’, ou seja, com o objeto litigioso do processo, que vier a ser evidenciado pelas provas produzidas pelas partes. Somente se afigura compatível com a teoria abstratista a primeira opção. O exame das condições da ação deve ser feito ‘com abstração das possibilidades que, *no juízo de mérito*, vão deparar-se ao julgador: a de proclamar existente ou a de declarar inexistente a relação jurídica que constitui a *res in iudicium deducta*’, vale dizer, o órgão julgador, ao apreciá-las, ‘considera tal relação jurídica *in statu assertionis*, ou seja, *à vista do que se afirmou*’, raciocinando ele, ao estabelecer a cognição, ‘como que admite, por hipótese e em caráter provisório, a veracidade da narrativa, deixando para a ocasião própria (o juízo de mérito) a respectiva apuração, ante os elementos de convicção ministrados pela atividade instrutória (...).”⁶¹

Segundo Ada, a *Teoria da Prospettazione* é vitoriosa, conquanto existam vozes em contrário, sendo a melhor que serve para extremar as condições da ação do mérito da causa.⁶² Isso colocado, inclusive a problemática que envolveu a mudança de entendimento da autora, Ada Pellegrini Grinover parte da dicção do hoje revogado art. 43⁶³ do CPP – que estabelecia os casos de rejeição da denúncia ou da queixa-crime – para formar o seu conceito de possibilidade jurídica do pedido. Assim, afirma que o inciso I (o fato narrado evidentemente não constituir crime) refere-se a uma hipótese de impossibilidade jurídica (ou seja, de forma negativa), porque o ordenamento só permite a acusação se esta se propõe a demonstrar a existência de um fato delituoso. Ressalta, contudo, que se o fato narrado não for típico, haverá, sim, impossibilidade jurídica, mas da causa de pedir, e não do pedido, pois o pedido em si – a condenação – é possível.⁶⁴

Pellegrini. *As Condições da Ação Penal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais n.º 69/2007. p. 182.).

⁶¹ WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 2ª Ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 80.

⁶² GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Condições da Ação Penal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais n.º 69/2007. p. 182-183.

⁶³ “Art. 43. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

I - o fato narrado evidentemente não constituir crime;

II - já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa;

III - for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal.

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

⁶⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Condições da Ação Penal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais n.º

No tocante ao inciso II (já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa), por seu turno, menciona que não seria caso de impossibilidade jurídica do pedido, porquanto, se a extinção da punibilidade já estiver sido declarada, será a existência de coisa julgada que irá impedir a apresentação de nova demanda. Caso não declarada, o juiz, nos termos do art. 62⁶⁵ do Código de Processo Penal, simplesmente a declarará.⁶⁶

Ada Grinover considera, ainda, a falta de justa causa como caso de impossibilidade jurídica do pedido. Nas suas palavras:

“Também atribuímos à *impossibilidade jurídica* (negativa) a ausência de justa causa, verdadeira pedra angular do processo penal. A denúncia ou queixa deve ser rejeitada, nos termos do art. 43, III, do CPP⁶⁷, quando falte condição exigida pela lei para o exercício da ação penal. E, como a coação se considera ilegal quando sem justa causa (art. 648, I, do CPP⁶⁸), a justa causa constitui condição da ação penal condenatória. Entende-se por justa causa a plausibilidade da acusação, a aparência do direito material invocado. (...) A exigência de demonstração da justa causa justifica-se em face da própria natureza do processo penal que leva à necessidade de demonstrar a plausibilidade da existência do direito material, para evitar a conduta temerária da acusação. O processo criminal representa, por si só, um dos maiores dramas para a pessoa humana: exige um sacrifício ingente dos direitos da personalidade, espoliando o indivíduo da intimidade e, freqüentemente, da dignidade mesma. Por isso é que um mínimo de ‘fumaça do bom direito’ há de exigir-se, para que a acusação seja recebida e se dê prosseguimento ao processo.”⁶⁹

Não ignora-se, contudo, que há divergências com relação ao tema, seja porque há quem enquadre a justa causa no interesse de agir⁷⁰, seja porque há quem a considere condição da ação autônoma. De qualquer forma, em razão da complexidade do tema, dedicaremos capítulo específico para o trato da justa causa.

69/2007. p. 188.

⁶⁵ “Art. 62. No caso de morte do acusado, o juiz somente à vista da certidão de óbito, e depois de ouvido o Ministério Público, declarará extinta a punibilidade.”

⁶⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Condições da Ação Penal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais n.º 69/2007. p. 188.

⁶⁷ “Art. 43. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:
(...)

III - for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal.”

⁶⁸ “Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal:
I - quando não houver justa causa;”

⁶⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Condições da Ação Penal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais n.º 69/2007. p. 189.

⁷⁰ Dentre outros, por exemplo, Rogério Lauria Tucci (in TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 95.

Por fim, a Ada Pellegrini Grinover ainda considera como impossibilidade jurídica do pedido aquelas hipóteses que parte da doutrina considera como sendo condições de procedibilidade, e que seriam específicas do processo penal, tais como i) a representação do ofendido e a requisição do Ministro da Justiça nos casos de ação penal condicionada; ii) a entrada do agente no território nacional, no caso de crimes cometidos no exterior; iii) a admissão, pela Câmara dos Deputados, da acusação contra o Presidente da República por crimes comuns; iv) trânsito em julgado da sentença que, por motivo de erro ou impedimento, anule o casamento; v) decisão definitiva no processo administrativo de lançamento para o exercício da ação penal nos crimes tributários.⁷¹

Também em razão das divergências doutrinárias, dedicar-se-á um capítulo próprio para esses casos.

À guisa de conclusão, lembra-se, por relevantes e respeitáveis, as conclusões daqueles autores que não aceitam a transposição das condições da ação do processo civil para o processo penal, como é o caso de Aury Lopes Jr.:

“Quanto à possibilidade jurídica do pedido, cumpre destacar que o próprio LIEBMAN, na terceira edição do *Manuale di Diritto Processuale Civile*, aglutina possibilidade jurídica do pedido com o interesse de agir, reconhecendo a fragilidade da separação. Como conceber que um pedido é juridicamente impossível de ser exercido e, ao mesmo tempo, proveniente de uma parte legítima e que tenha um interesse juridicamente tutelável? Ou ainda, como poderá uma parte legítima ter um interesse juridicamente tutelável, mas que não possa ser postulado? São questões que só podem ser respondidas de forma positiva através de mirabolantes exemplos que jamais extrapolam o campo teórico onírico de alguns. Assim, frágil a categorização, mesmo no processo civil e, principalmente, no processo penal. Superada essa advertência inicial, o pedido da ação penal, no processo penal de conhecimento, será sempre de condenação, exigindo um tratamento completamente diverso daquele dado pelo processo civil, pois não possui a mesma complexidade. Logo, não satisfaz o conceito civilista de que o pedido deve estar autorizado pelo ordenamento, até porque, no processo penal, não se pede usucapião do Pão-de-Açúcar... (típico exemplo dos manuais de processo civil).”⁷²

Como dito anteriormente, essa argumentação ainda não ganhou eco significativo na

⁷¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Condições da Ação Penal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais n.º 69/2007. p. 192-195.

⁷² LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*, Vol. 1, 3ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 335.

doutrina, razão por que mencionamos apenas para que não passe despercebida.

1.2.2. Interesse de agir

Inicialmente, em sua obra *As Condições da Ação Penal*, publicada em 1977, partindo da premissa de que a configuração do interesse de agir deve obedecer a um só critério, tanto no processo civil, como no processo penal⁷³, Ada Pellegrini Grinover acabou por entender não ser o interesse de agir condição da ação penal.

Inicialmente, destaca que o poder de punir do Estado permanece em abstrato até que a lei penal seja violada, momento a partir do qual esse direito de punir parte do plano abstrato para o concreto. Dessa violação, nascerá a lide, que se caracteriza pela pretensão punitiva do Estado e pela resistência do infrator, que apresenta uma pretensão à liberdade.⁷⁴ Prossegue, afirmando:

“Mas tal lide só pode ser solucionada através do processo: O Estado de direito impede que o poder repressivo seja exercido de forma arbitrária. Assim como os indivíduos não podem fazer justiça com as próprias mãos, o Estado não pode também exercer seu poder de punir, senão quando autorizado pelo órgão jurisdicional, através de um processo regular. Surge, desse modo, o princípio ‘*nulla poena sine iudicio*’, elevado à categoria de dogma constitucional: nenhuma pena poderá ser imposta, sem apreciação do Poder Judiciário. (...) Assim como a proibição da autodefesa criou o direito de ação para os particulares, a proibição da autoexecutoriedade do direito de punir, fez nascer o direito de agir para o Estado. (...) Mas a necessária utilização das vias processuais, para a solução da lide penal, faz com que ao processo criminal não se possa aplicar o critério da exigibilidade, suficiente para configurar o interesse-necessidade na ação condenatória civil: exigibilidade que é, como vimos, ausência de impedimentos jurídicos para a

⁷³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Condições da Ação Penal: uma tentativa de revisão*. São Paulo: Bushatsky, 1977. p. 103.

⁷⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Condições da Ação Penal: uma tentativa de revisão*. São Paulo: Bushatsky, 1977. p. 104-105.

voluntária satisfação da pretensão. É por isso que o interesse para promover a ação penal condenatória é inerente ao próprio direito de ação. O interesse de agir está implícito em toda acusação, porquanto o Estado não pode impor a pena senão através das vias jurisdicionais.⁷⁵

Assim, para a autora, não haveria que se falar no interesse-necessidade, uma vez que o processo penal será sempre necessário para a aplicação das penas. Por outro lado, prossegue discordando da doutrina que construiu a noção de interesse de agir com base no *fumus boni iuris*. Tal doutrina, assevera, entende que o interesse de agir descansa na idoneidade do pedido, ou seja, na justa causa.^{76 77}

Ada, em 1977, afastou a idéia de ligar interesse de agir com justa causa. Isso porque, o interesse de agir é algo diverso do direito subjetivo que se pretende valer, de modo que o princípio do interesse de agir não poderia dizer respeito nem à existência, nem à aparência do direito alegado. Concluiu, pois, diversamente de outras vozes da época, que o interesse de agir não seria condição da ação penal, pois estaria implícito em toda a acusação. Com relação à justa causa e à antijuridicidade, afirmou dizerem elas respeito a condições de procedência, e não de admissibilidade do pedido.⁷⁸

Conforme já mencionado, a autora modificou, em parte, seu entendimento, muito em função da aceitação da *Teoria da Prospettazione*, o que fez com que passasse a entender a atipicidade como impossibilidade jurídica do pedido e, agora, passasse a aceitar o interesse de agir como condição da ação penal. Com efeito, manteve o entendimento no sentido de que o interesse necessidade está sempre ínsito em toda a ação penal, com base no princípio da *nulla poena sine iudicio*.⁷⁹

É, agora, no entanto, categórica ao afirmar que entender como sempre estando presente o interesse-necessidade, em toda a ação penal, não significa inexistir o interesse de agir como condição da ação penal. Isso porque, existe ainda o interesse-utilidade, sem o qual

⁷⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Condições da Ação Penal: uma tentativa de revisão*. São Paulo: Bushatsky, 1977. p. 106-109.

⁷⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Condições da Ação Penal: uma tentativa de revisão*. São Paulo: Bushatsky, 1977. p. 112.

⁷⁷ Como, vimos, posteriormente, Ada Grinover passou a entender que a falta de justa causa configura impossibilidade jurídica do pedido, e não falta de interesse de agir.

⁷⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Condições da Ação Penal: uma tentativa de revisão*. São Paulo: Bushatsky, 1977. p. 133.

⁷⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Condições da Ação Penal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais n.º 69/2007. p. 196.

não poderá ser aforada a demanda, nos casos, por exemplo, de iminência da consumação de prescrição, e o interesse-adequação, cuja falta ocorre, por exemplo, na ação penal condenatória proposta contra o menor de dezoito anos⁸⁰, porquanto o provimento invocado não se mostra adequado para a aplicação de medidas sócio-educativas.⁸¹

Como se observa, o tema é tormentoso, encontrando algumas divisões doutrinárias. Para Rogério Lauria Tucci, o interesse de agir, que é o interesse processual, consiste no interesse de atuação do Estado, através do órgão jurisdicional, na sua obra máxima de realização de justiça, o que, naturalmente, decorre da inafastabilidade do acesso à justiça criminal. Inclui, todavia, no conceito de interesse de agir, a necessidade de formulação de pedido adequado e idôneo, ou seja, na justa causa.⁸²

José Frederico Marques, por sua vez, afirma ser o interesse de agir a relação entre a situação antijurídica denunciada e a tutela jurisdicional requerida, de tal sorte que só há interesse quando se pede um provimento jurisdicional adequado à situação concreta que será decidida. Assim, é necessário que se examine em que termos é formulada a exigência que se contém na pretensão, para que se verifique se há, no caso concreto, interesse de agir.⁸³

Também ele vincula interesse de agir à justa causa, ao referir que estando ausente o interesse de agir, faltarão justa causa para a propositura da ação penal.⁸⁴

Na mesma linha, Fernando da Costa Tourinho Filho, que parece sintetizar esse pensamento:

“Sob esse aspecto, no Processo Penal haverá sempre interesse processual, uma vez que o Estado não consegue impor a pena senão através do processo. Todavia o interesse processual penal é algo mais. A nosso ver ele representa a

⁸⁰ Conquanto reconheça que o caso possa ser enquadrado, também, como impossibilidade jurídica do pedido, tendo em vista que a condenação penal do menor de dezoito anos é vedada pelo ordenamento jurídico. Anota, outrossim, o equívoco existente na doutrina, que costuma ver no caso falta de legitimidade passiva. (in GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Condições da Ação Penal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais n.º 69/2007. p. 197).

⁸¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Condições da Ação Penal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais n.º 69/2007. p. 196-197.

⁸² Para o autor, um exemplo de ausência de interesse de agir seria a “proposição acusatória com inteira abstração dos elementos informativos colhidos na investigação criminal, de sorte a apresentar-se totalmente divorciada deles, e, por isso, *tecnicamente inepta*, evidenciando falta de interesse de agir”. (in TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 94-95).

⁸³ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, Vol. 1, 3ª edição, Campinas: Millennium Editora, 2009. p. 273.

⁸⁴ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, Vol. 1, 3ª edição, Campinas: Millennium Editora, 2009. p. 274.

plausibilidade do pedido. Daí porque o art. 12 do CPP dispõe que o inquérito acompanhará a denúncia ou queixa sempre que servir de base a uma ou a outra. E quando não servirá? Se o titular da ação penal tiver em mãos outras peças que possam substituí-lo. Sem estas ou aquele, não se admite a propositura da ação penal. É preciso haja respaldo probatório para que o MP ou ofendido possa exercer o direito de ação. Então, o ‘interesse legítimo’ ou ‘interesse de agir’ descansa na idoneidade do pedido, ou, como em síntese diz Liebman, a pretensão deve ser apresentada como digna de ser julgada. O titular da ação deve formular um pedido idôneo, arrimado em elementos que convençam o Magistrado da seriedade do que se pede, caso contrário, o acusado poderá impetrar ordem de habeas corpus, com fundamento no art. 648, I, do CPP, por falta de ‘justa causa’, isto é ante a ausência do interesse processual, que repousa na plausibilidade do pedido. É o pedido é plausível quando arrimado em provas mais ou menos idôneas.”⁸⁵

Desse asseverado, conclui-se, inegavelmente, que a ação penal é sempre necessária, de modo que o interesse-necessidade sempre estará presente, já que para a satisfação da pretensão buscada com a acusação (imposição de uma pena, pelo Estado), é necessário se socorrer de um órgão jurisdicional. Entretanto, outra conclusão parecer ser inegável: a de que a ação penal, com o movimento do aparato judicial deve ser útil e adequada à pretensão que se busca. Assim, o processo penal, pela ótica da efetividade, deve mostrar-se, desde a sua instauração, apto a realizar, em tese, os diversos escopos da jurisdição.⁸⁶

Seria o caso, por exemplo, da prescrição em perspectiva. Nesses casos, quando, de modo certo, evidente, incontroverso, com base nos elementos que já estiverem presentes nos autos, quando do oferecimento da peça acusatória, a pena concretizada redundará, no futuro, em prescrição retroativa (art. 110, § 1º, do Código Penal⁸⁷), não haverá qualquer utilidade na utilização do processo penal, impondo-se o reconhecimento da falta de interesse de agir.⁸⁸ De se sublinhar, contudo, que o Superior Tribunal de Justiça, por meio da Súmula 438, publicada

⁸⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 189.

⁸⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de.; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 773-774.

⁸⁷ “Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.

§ 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa.”

⁸⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de.; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 774.

em 13.05.2010, já decidiu pela inaplicabilidade da prescrição em perspectiva.⁸⁹

A doutrina italiana também aborda o tema do interesse *interesse a impugnare*, como o faz Francesco Nuzzo:

“Il requisito dell’interesse costituisce un limite al diritto di impugnare, e la sua funzione pratica obbedisce al duplice intento di evitare che gli strumenti processuali *de quibus* siano diretti a ottenere mere affermazioni dottrinarie o divengano fonte di attività superflue e inutilmente ripetitive, o addirittura contrarie alla stesso soggetto cui competono, nonché di impedire a coloro che non abbiano risentito effetti pregiudizievoli dall’emanazione della sentenza, l’impiego delle impugnazione per finalità non tutelate dall’ordinamento.”⁹⁰

Ainda, voltando à doutrina nacional, menciona-se a posição de Aury Lopes Jr., para quem o interesse de agir é categoria própria do processo civil que resulta inaplicável ao processo penal, já que o processo penal caracteriza-se pela necessidade, algo que o processo civil desconhece:

“Então ele (o interesse) é inerente a toda ação processual penal, não cabendo discussão em torno do interesse. Tanto o Ministério Público - nos crimes de ação penal de sua iniciativa (pública) – como nos crimes de iniciativa privada, o interesse é inerente a quem tiver legitimidade para propor a ação, pois não há outra forma de obter e efetivar a punição. Então, o que faz a doutrina processual penal para aproveitar essa condição da ação processual civil? Malabarismo lingüístico. A intenção é boa, e isso não se coloca em dúvida, mas o resultado final se afasta muito do conceito primevo. Nessa linha, costumam tratar como interesse questões que dizem respeito à ‘punibilidade concreta’, tal como a inexistência de prescrição, ou mesmo de ‘justa causa’, como o princípio da insignificância.”⁹¹

Nota-se a grande dúvida que envolve a aceção de justa causa, pois já vimos que há autores que a incluem no conceito de possibilidade jurídica do pedido, sendo, contudo, corrente sua inserção no campo do interesse de agir. Assim, reforça-se, vez mais, que, a despeito de tais divergências, a justa causa será analisada em espaço próprio.

Por fim, ainda que existam divergências fortes sobre os reais contornos do interesse de agir no processo penal, mesmo aqueles que o negam (ou, ao menos, negaram), entendem que

⁸⁹ “É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal.”

⁹⁰ NUZZO, Francesco. *L’appello nel processo penale*. Milano: Giuffré Editore, 2006. p. 82-83.

⁹¹ LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*, Vol. 1, 3ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 334.

disso não resulta a inexistência do interesse recursal, desdobramento do interesse no campo dos recursos, que será objeto de análise na segunda parte deste estudo.⁹²

1.2.3. *Legitimatio ad causam*

Com relação à condição da ação denominada *legitimatio ad causam*, ao contrário das demais, menos dúvidas surgem com relação à sua aplicabilidade no campo do processo penal. Deve-se frisar, de início, que essa análise deve ser feita tanto no que diz respeito a problemas de legitimidade passiva, como a problemas de legitimidade ativa.⁹³ Ada Grinover menciona vezes em contrário, defendendo que, no processo penal, a questão limitar-se-ia à legitimidade passiva, pois ao Ministério Público sempre caberia a acusação. Ressalta, no entanto, que essa posição de parte da doutrina italiana – menciona-se, por exemplo, Cordero – deriva da circunstância de no direito italiano inexistir o instituto da ação penal privada.⁹⁴

Tirante tal observação – que não parece possuir espaço na doutrina brasileira -, a *legitimatio ad causam* refere-se à titularidade passiva ou ativa da relação jurídica controvertida, e que se constitui objeto do processo. Trata-se, conforme lição corrente de Alfredo Buzaid, da pertinência subjetiva da ação.⁹⁵ Ou, nas palavras de Liebman, “leggitimati attivo e passivo sono coloro que devono essere parti in giudizio como attore e convenuto, affinché Il giudice possa provvedere sopra um certo oggetto.”⁹⁶

José Frederico Marques sintetiza ao afirmar que ação somente pode ser proposta por aquele que é titular do interesse que se afirma prevalecer na pretensão, e contra aquele cujo

⁹² GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Condições da Ação Penal: uma tentativa de revisão*. São Paulo: Bushatsky, 1977. p. 134.

⁹³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Condições da Ação Penal: uma tentativa de revisão*. São Paulo: Bushatsky, 1977. p. 146.

⁹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Condições da Ação Penal: uma tentativa de revisão*. São Paulo: Bushatsky, 1977. p. 146-147.

⁹⁵ TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 95-96.

⁹⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio *apud* TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 96.

direito de liberdade possa ser subordinado, no caso em foco, ao interesse punitivo do Estado. Prossegue, em exemplos, mencionando que o Ministério Público seria parte ilegítima se propusesse ação em crimes cuja ação é privativa do ofendido (ação penal privada) e que haveria ilegitimidade passiva no caso de denúncia (ou queixa-crime) aforada contra menor de dezoito anos.⁹⁷ No mesmo sentido, posiciona-se Rogério Lauria Tucci.⁹⁸

São, pois, as partes que têm interesse no conflito, quais sejam, aquela que pode promover a ação e aquela em relação a quem a acusação será proposta.⁹⁹

No que diz respeito ao aspecto teórico, a doutrina parece ser concorde. Há, divergência, contudo, justamente quando passa a dar exemplos. Já se mencionou, no capítulo anterior, que Ada Pellegrini Grinover, por exemplo, considera, ao contrário de Frederico Marques, que a ação intentada contra menor de dezoito anos não pode prosperar por falta de interesse de agir, ou por impossibilidade jurídica do pedido, mas não por ilegitimidade passiva.¹⁰⁰

Em relação à legitimidade ativa, inicialmente, algumas considerações são essenciais. Com efeito, ao Estado cabe, exclusivamente, o exercício do direito de punir os cidadãos que transgridem a lei penal. Direito de punir esse que é buscado por um dos seus órgãos, qual seja, o Ministério Público, que promoverá a ação penal, sem a qual não será possível qualquer condenação. Disso não decorre, contudo, que será sempre esse órgão a promover a ação penal.¹⁰¹

Isso porque, por razões de política criminal, o Estado, por vezes, concede ao ofendido, isto é, à vítima imediata do crime, o direito de acusar, de querer acusar. São os crimes de ação penal privativa do ofendido.¹⁰² Nesses casos, não poderá o Ministério Público intentar a ação

⁹⁷ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, Vol. 1, 3ª edição, Campinas: Millennium Editora, 2009. p. 275.

⁹⁸ Afirma o autor: “igualmente, se o fato tido como típico e antijurídico for praticado por menor de dezoito anos, a ação penal condenatória não poderá prosperar, visto não poder ele ser acionado, dada a incapacidade penal; ou se o acusado é, manifesta e unicamente, outra pessoa, ou testemunha, e não autor da infração penal.” (in TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 96).

⁹⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 187.

¹⁰⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Condições da Ação Penal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminas n.º 69/2007. p. 197.

¹⁰¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 188.

¹⁰² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 188.

penal, da mesma forma que também não poderá propô-la nos casos que, mesmo sendo pública, o exercício da ação condiciona-se à representação do ofendido ou à requisição do Ministro da Justiça.

A questão resolve-se com o instituto da substituição processual, a gerar a legitimação extraordinária, ao lado daquela dita ordinária. Nos dizeres de Ada Pellegrini Grinover:

“Assim sendo, legitimado ativo à ação penal condenatória, no Brasil, é o Ministério Público, na ação penal pública (legitimação ordinária) e o ofendido (legitimação extraordinária), na ação penal privada. Na queixa-crime o que se dá é o fenômeno da substituição processual, pois a lei legitima o ofendido (que não é o titular do *ius puniendi*), extraordinariamente, ao exercício da ação, deduzindo a pretensão punitiva.”¹⁰³

Verifica-se, portanto, que o Ministério Público é sempre titular da ação penal, mas no caso da ação penal privada, opera-se a o fenômeno da substituição processual, em que o ofendido passa a ser, extraordinariamente, legitimado ao exercício da ação penal. Importante, ainda, mencionar a existência da ação penal privada subsidiária da pública, que ocorre nos casos de inércia do Ministério Público, que não promove a ação penal no prazo legal. Nesses casos, reserva-se a determinadas pessoas a possibilidade de atuar em substituição ao Estado.¹⁰⁴

No que se refere à legitimidade passiva, já se comentou a divergência de exemplos dados pela doutrina. Ada Grinover considera inexistir legitimidade passiva quando, por exemplo, a denúncia é equivocadamente oferecida contra pessoa que não o indiciado e que não teve participação na infração criminal, bem como no caso em que o suspeito se identifica mediante cédula de identidade que não é a sua.¹⁰⁵

Por fim, com relação à legitimidade, Aury Lopes Jr. considera que se trata de uma condição da ação que pode ser transposta para o processo penal, conquanto discorde do tratamento de substituição processual dado ao caso de ação penal privada (para ele, de iniciativa privada):

¹⁰³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Condições da Ação Penal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais n.º 69/2007. p. 198.

¹⁰⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de.; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 775.

¹⁰⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Condições da Ação Penal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais n.º 69/2007. p. 198.

“**Legitimidade:** esse é um conceito que pode ser aproveitado, pois se trata de existir uma vinculação subjetiva, pertinência subjetiva, para o exercício da ação processual penal. Apenas, como explicaremos a continuação, não há que se falar em ‘substituição processual, no caso de ação penal de iniciativa privada e tampouco é de boa técnica (em que pese a consagração legislativa e dogmática) a divisão em ação penal pública e privada. Como visto, toda ação é pública, por essência. Não existe ação processual penal (ou processual civil) privada. Trata-se de um direito público. O problema costuma ser contornado através da inserção ‘de iniciativa’ pública ou privada.”¹⁰⁶

Mais uma vez, em que pese a importância do debate, não cabe aqui uma análise crítica com relação aos exemplos dados, já que a proposta, nesse momento, é apenas expor o posicionamento da doutrina, que, como visto, é por vezes dissonante.

1.2.4. Justa Causa

Como visto anteriormente, há grandes controvérsias acerca da justa causa na ação penal. Uns a colocam sua ausência como caso de impossibilidade jurídica do pedido, enquanto que outros a inserem no contexto do interesse de agir. Na difícil tentativa de definir o sentido da expressão *justa causa*, Maria Thereza de Assis Moura assim se pronuncia:

“Os dicionaristas e os enciclopedistas costumam conceituá-la como o motivo lícito, conforme o Direito; a causa lícita, conforme ao Direito, para a fundamentação de uma situação jurídica ou de negócio jurídico determinado; o motivo fundamentado em lei, contrato, convenção, regulamento, ordem pública, bons costumes, princípios gerais de Direito, equidade, justiça; toda razão que possa ser invocada, para que se justifique qualquer coisa, mostrando-se sua legitimidade ou sua procedência; o motivo que pode ser alegado, ou porque está amparado em lei, ou porque procede de fato justo; o justo impedimento, a impossibilidade comprovada, a razão jurídica, a imposição legal, a premência provada, enfim, tudo o que possa

¹⁰⁶ LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*, Vol. 1, 3ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 333.

justamente servir de motivo ou dar origem a um fato.”¹⁰⁷

O Código de Processo Penal atual refere-se à expressão *justa causa* ao menos em cinco oportunidades: i) não-comparecimento, sem justa causa, do perito nomeado pelo juízo (arts. 277, § único e 278¹⁰⁸); ii) rejeição da denúncia quando sem justa causa (art. 395, III¹⁰⁹); iii) não-comparecimento da testemunha (art. 458¹¹⁰); iv) coação ilegal (art. 648, I¹¹¹); v) dilação de prazo para cumprimento de carta rogatória (art. 786¹¹²).

Referida expressão, nesses casos, aparece em mais de uma acepção. Inicialmente, em um sentido não processual, que indica um motivo relevante ou justo, para fundamentar-se um comportamento, seja no sentido de excluir-se uma responsabilidade, seja para dar razão idônea a determinado ato.¹¹³

Assim, tem-se que nos casos de não-comparecimento do perito nomeado pelo juízo e da testemunha, a expressão *justa causa* é utilizada para excluir a responsabilidade das pessoas ausentes, de modo que, havendo justa causa, não ocorrerá a consequência prevista nos artigos antes mencionados. Por outro lado, a existência de justa causa serve para autorizar a prorrogação do prazo de cumprimento da carta rogatória.¹¹⁴

Por outro lado, assevera Maria Thereza de Assis Moura que essas concepções não processuais não guardam qualquer relação com o sentido processual penal presente no caso

¹⁰⁷ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal – Doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 98.

¹⁰⁸ “Art. 277. O perito nomeado pela autoridade será obrigado a aceitar o encargo, sob pena de multa de cem a quinhentos mil-réis, salvo escusa atendível.

Parágrafo único. Incorrerá na mesma multa o perito que, sem justa causa, provada imediatamente:

a) deixar de acudir à intimação ou ao chamado da autoridade;
b) não comparecer no dia e local designados para o exame;
c) não der o laudo, ou concorrer para que a perícia não seja feita, nos prazos estabelecidos.

Art. 278. No caso de não-comparecimento do perito, sem justa causa, a autoridade poderá determinar a sua condução.”

¹⁰⁹ “Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

(...)

II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou

III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.”

¹¹⁰ “Art. 458. Se a testemunha, sem justa causa, deixar de comparecer, o juiz presidente, sem prejuízo da ação penal pela desobediência, aplicar-lhe-á a multa prevista no § 2º do art. 436 deste Código.”

¹¹¹ “Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal:

I - quando não houver justa causa;”

¹¹² “Art. 786. O despacho que conceder o *exequatur* marcará, para o cumprimento da diligência, prazo razoável, que poderá ser excedido, havendo justa causa, ficando esta consignada em ofício dirigido ao presidente do Supremo Tribunal Federal, juntamente com a carta rogatória.”

¹¹³ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal – Doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 122.

¹¹⁴ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal – Doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 122.

do art. 648, I, do Código de Processo Penal, o qual dispõe que a coação será considerada ilegal se não houver justa causa. Para ela, o significado da expressão, nesse caso, é de causa *secundum ius*, que legitima a coação; e, por exegese da norma ali contida, tem servido de suporte à concessão de *habeas corpus* objetivando o trancamento da ação penal.¹¹⁵

Parece-nos que nessa última acepção deve-se incluir também o caso do art. 395, I, que estabelece hipótese de rejeição da denúncia ou da queixa quando faltar justa causa para o exercício da ação penal. Com efeito, tal dispositivo foi incluído no Código de Processo Penal pela Lei n.º 11.719, de 20 de junho de 2008, o que levou, em muito, à ampliação da discussão sobre a justa causa no contexto das condições da ação penal.

Na tentativa de especificar a justa causa no campo do processo penal, Maria Thereza Rocha de Assis Moura aponta, de forma ampla, a justa causa como sendo a causa conforme a ordenação jurídica, ou a causa *secundum ius*, que é abrangente de todas as situações que tornam lícita a coerção. Assevera, por fim, que a doutrina identifica a justa causa ora com a possibilidade jurídica do pedido, ora com o interesse de agir, havendo quem, inclusive, sustente ser ela condição autônoma da ação penal.¹¹⁶

Já vimos, por exemplo, que Ada Pellegrini Grinover entende a justa causa como inserta no contexto da possibilidade jurídica, de modo que, se a denúncia não estiver calcada em justa causa, juridicamente impossível será o pedido condenatório formulado na denúncia.¹¹⁷ Em entendimento oposto, Rogério Lauria Tucci¹¹⁸, José Frederico Marques¹¹⁹ e Fernando da Costa Tourinho Filho¹²⁰ relacionam o conceito de justa causa com o de interesse de agir. Por fim, Afrânio Silva Jardim, por exemplo, entende que a justa causa funciona como verdadeira condição para o regular exercício da ação penal condenatória.¹²¹

Participando da polêmica, Maria Thereza de Assis Moura inicialmente assenta a

¹¹⁵ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal – Doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 122.

¹¹⁶ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal – Doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 176.

¹¹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Condições da Ação Penal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais n.º 69/2007. p. 189.

¹¹⁸ TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 94-95.

¹¹⁹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, Vol. 1, 3ª edição, Campinas: Millennium Editora, 2009. p. 273.

¹²⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 189.

¹²¹ JARDIM, Afrânio Silva *apud* MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal – Doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 218.

impossibilidade de transferir o entendimento existente no Direito Processual Civil sobre as condições da ação para o Direito Processual Penal, o que considera desaconselhável e impróprio tecnicamente.¹²² Após expor a posição de respeitáveis processualistas, marca a sua posição:

“Reafirmamos nós que a justa causa não constitui condição da ação, mas a falta de qualquer uma das apontadas condições implica *falta de justa causa*: se o fato narrado na acusação não se enquadrar no tipo legal; se a acusação não tiver sido formulada por quem tenha legitimidade para fazê-lo e em face de quem deva o pedido ser feito; e, finalmente, se inexistir o interesse de agir, faltar a justa causa para a ação penal. (...) Tal ocorre, conforme já dissemos, porque a *justa causa* para a ação penal corresponde, no plano jurídico, à *legalidade da acusação*. E, no plano axiológico, à *legitimidade da acusação*. (...) Em síntese: a análise da *justa causa*, vale dizer, da justa razão ou da razão suficiente para a instauração da ação penal, não se faz apenas de maneira abstrata (vale dizer, em tese), mas também, e principalmente, calcada na conjugação dos elementos acima mencionados (isto é, em hipótese) que demonstrem a existência de fundamento de fato e de Direito, a partir do caso concreto. Diz respeito, portanto, e de forma prevalecte, ao mérito. Daí afirmarmos não constituir ela *condição da ação penal*, nem de procedibilidade.”¹²³

De se ressaltar que o Código de Processo Penal modificou o tratamento dado à justa causa com o advento da Lei n.º 11.719, de 20 de junho de 2008, que incluiu expressamente a possibilidade de rejeição da denúncia ou queixa quando ausente a justa causa, que inexistia na redação do revogado art. 43¹²⁴ do mesmo diploma processual:

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.

¹²² MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal – Doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 215.

¹²³ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal – Doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 221-223.

¹²⁴ “Art. 43. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:
I - o fato narrado evidentemente não constituir crime;
II - já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa;
III - for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal.
Parágrafo único. Nos casos do nº III, a rejeição da denúncia ou queixa não obstará ao exercício da ação penal, desde que promovida por parte legítima ou satisfeita a condição.”

Parágrafo único. (Revogado).

Da análise da criação legislativa, percebe-se que o legislador ordinário preferiu não incluir expressamente a justa causa como condição da ação penal, pois, do contrário, não a teria incluído em inciso apartado daquele que se refere aos pressupostos processuais e às condições da ação penal. No entanto, tem-se como meramente acadêmica a discussão, pois, na prática, a consequência é a mesma, tanto quanto faltar justa causa, como quando faltar outra condição da ação, ou seja, a rejeição da denúncia ou da queixa. Em qualquer caso, não poderá haver prosseguimento da ação, sendo inviável a análise do mérito da causa.

Douglas Fischer e Eugênio Pacelli de Oliveira, por outro lado, a defendem como sendo uma condição própria da ação penal:

“Sempre entendemos que a *justa causa* como sendo uma condição da ação, inserta no contexto da demonstração do interesse de agir, inclusive quanto à necessidade da existência de lastro probatório mínimo a comprovar a imputação. De outro lado, e aí a racionalidade da novel inserção, tanto a doutrina e a jurisprudência já vinham admitindo a justa causa também como condição da ação exatamente em face do disposto no inciso I do art. 648 do CPP, que prevê a hipótese de trancamento de ação penal instaurada por coação ilegal quando não houvesse *justa causa* para o feito criminal, tanto para solução de questões processuais (e.g. falta de prova mínima para embasar a acusação, inépcia da inicial etc.) quanto para aquelas pertinentes ao próprio *mérito* da ação criminal. É de se ver que a inclusão expressa da justa causa como condição da ação no inciso III do art. 395 do CPP não revogou o inciso I do art. 648 do CPP, com o que também questões de mérito – particularmente a atipicidade e as causas extintivas da punibilidade – poderão continuar sendo veiculadas em sede de *habeas corpus* para postular o eventual trancamento de ação penal instaurada.”¹²⁵

Da mesma forma, Aury Lopes Jr., que também inclui a justa causa como sendo importante condição da ação penal. Sua posição, contudo, será mais detalhadamente explicitada mais adiante, quando tratarmos das posições críticas daqueles que não aplicam automaticamente as condições da ação penal pensadas para o processo civil ao processo penal.¹²⁶

¹²⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de.; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 786.

¹²⁶ LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*, Vol. 1, 3ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 342.

1.2.5. As condições de procedibilidade

As condições de procedibilidade, para aquelas que as defendem consistem em atos prévios ao ajuizamento da ação penal. Resta, contudo, a discussão se tais condições são condições autônomas da ação penal ou se elas já se incluem em alguma das outras condições já antes analisadas, ou, ainda, se as condições da ação penal, enquanto espécies, não se incluiriam dentro do gênero condições de procedibilidade.¹²⁷

Seja como for, a doutrina considera como sendo exemplos de condições de procedibilidade os seguintes casos: i) representação do ofendido em crimes de ação penal pública condicionada à representação (art. 24, do CPP¹²⁸); ii) requisição do Ministro da Justiça em crimes de ação penal pública condicionada à requisição do Ministro da Justiça (art. 24, CPP); iii) entrada do agente no território nacional nos crimes cometidos no estrangeiro (art. 7º, § 2º, “a”, do Código Penal¹²⁹); iv) admissão, pela Câmara dos Deputados, da acusação contra o Presidente da República por crimes comuns (art. 86, da Constituição da República¹³⁰); v) trânsito em julgado da sentença que, por motivo de erro ou impedimento, anule o casamento (art. 236, § único, do Código Penal¹³¹); vi) decisão definitiva no processo

¹²⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Condições da Ação Penal*: uma tentativa de revisão. São Paulo: Bushatsky, 1977. p. 159-160.

¹²⁸ “Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.”

¹²⁹ “Art. 7º - Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro:
(...)

§ 2º - Nos casos do inciso II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições:

a) entrar o agente no território nacional;”

¹³⁰ “Art. 86. Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade.”

¹³¹ “Art. 236 - Contrair casamento, induzindo em erro essencial o outro contraente, ou ocultando-lhe impedimento que não seja casamento anterior:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

Parágrafo único - A ação penal depende de queixa do contraente enganado e não pode ser intentada senão depois de transitar em julgado a sentença que, por motivo de erro ou impedimento, anule o casamento.”

administrativo de lançamento nos crimes tributários (art. 83, da Lei n.º 9.430/1996¹³²).

A ação penal é, geralmente e em regra, incondicionada, de iniciativa pública, ou seja, cabe ao Ministério Público o exercício do direito de ação, sem a necessidade de qualquer ato prévio. Excepcionalmente, em alguns delitos expressamente ressalvados, poderá ser ela de iniciativa privada do ofendido ou, ainda, de iniciativa pública, mas condicionada, ou à representação do ofendido, ou à requisição do Ministro da Justiça.¹³³

Quando ela é pública e incondicionada, o Ministério Público só pode exercer o direito de ação se existir a condição prevista, vale dizer, representação ou requisição. Ressalte-se, por oportuno, que apesar de depender dessa prévia condição, a legitimidade para a propositura da ação penal permanece sendo do Ministério Público, não havendo que se falar em substituição processual.¹³⁴

Sobre o tema, destaca Ada Pellegrini Grinover que a representação do ofendido não é uma forma de exercício privado de uma função pública – como ocorre na ação penal privada, onde a vítima é legitimada de forma extraordinária –, mas sim o direito de exigir o exercício da acusação pública. Assim, e como consequência, o interesse do ofendido limita-se à instauração do processo, de modo que não possui ele o poder de requerer a punição, que cabe somente ao órgão do Ministério Público.¹³⁵

Em arremate, esclarece a autora que o que falta, nesses casos de ausência de representação do ofendido ou requisição do Ministro da Justiça (cuja disciplina é idêntica ao caso de representação da vítima), não seria mais uma condição para o exercício da ação, mas sim possibilidade jurídica do pedido, eis que, nesses casos, o ordenamento jurídico veda o exercício do direito de ação, impedindo o provimento jurisdicional condenatório requerido pelo MP, porque não se observou um requisito prévio, exigido pela lei para que se obtenha o

¹³² “Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e aos crimes contra a Previdência Social, previstos nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, será encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente.”

¹³³ LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*, Vol. 1, 3ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 348.

¹³⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Condições da Ação Penal: uma tentativa de revisão*. São Paulo: Bushatsky, 1977. p. 170-171.

¹³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Condições da Ação Penal: uma tentativa de revisão*. São Paulo: Bushatsky, 1977. p. 174-175.

pronunciamento jurisdicional.¹³⁶

O mesmo irá ocorrer nos crimes praticados no exterior, que sejam punidos pelas leis brasileiras, porquanto a ação penal somente poderá ser intentada a partir do momento que o agente ingressar no território nacional. Mais uma vez, o ordenamento jurídico veda o exercício do direito de ação, sendo o pedido de condenação, em abstrato, impossível, pelo que, também nesses casos, deve-se falar em impossibilidade jurídica do pedido.¹³⁷

É sabido que o Presidente da República possui foro privilegiado no Supremo Tribunal Federal, para ser processados por crimes comuns¹³⁸. No entanto, o mesmo somente ocorrerá após prévia licença da Câmara dos Deputados, com aprovação de dois terços dos seus membros. Sem esse juízo prévio dos parlamentares, não poderá ser exercido o direito de ação. De igual maneira, não é necessário falar-se em condição de procedibilidade, pois o caso é de impossibilidade jurídica do pedido, sendo vedado o pedido de condenação.¹³⁹

No que pertine ao crime de induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento para casamento, o parágrafo único do art. 236 do Código Penal deixa claro que a ação penal depende da queixa do contraente enganado, sendo que não pode ser intentada antes do trânsito em julgado da sentença que anule o casamento, por motivo de erro ou impedimento. Da mesma forma, não há porque falar-se em condição de procedibilidade, já que se trata de caso de impossibilidade jurídica do pedido¹⁴⁰, conquanto Ada Pellegrini Grinover, em tempos outros, já tenha defendido ser referido trânsito em julgado condição de punibilidade, e não condição da ação.¹⁴¹

Por fim, a existência de decisão definitiva, em processo administrativo de lançamento, também é requisito para o exercício da ação penal nos crimes tributários, sendo, igualmente, caso de impossibilidade jurídica do pedido, para Ada Grinover.¹⁴² De se ressaltar, porém, que

¹³⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Condições da Ação Penal: uma tentativa de revisão*. São Paulo: Bushatsky, 1977. p. 176-177.

¹³⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Condições da Ação Penal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais n.º 69/2007. p. 194.

¹³⁸ Em se tratando de crime de responsabilidade, o julgamento caberá ao Senado Federal, com a formação de um Tribunal Político.

¹³⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Condições da Ação Penal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais n.º 69/2007. p. 194.

¹⁴⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Condições da Ação Penal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais n.º 69/2007. p. 194.

¹⁴¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Condições da Ação Penal: uma tentativa de revisão*. São Paulo: Bushatsky, 1977. p. 190.

¹⁴² GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Condições da Ação Penal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais n.º 69/2007. p. 195.

esta questão encontra discussão, havendo quem trate o caso como sendo de condição objetiva de punibilidade.¹⁴³

No entanto, é de se sublinhar que pouca importância prática têm tais discussões, pois, em verdade, inexistente dúvida que devem ser respeitadas também essas condições para o exercício da ação penal nos casos acima mencionados. Saber se são condições à parte ou se fazem parte de outras condições da ação está apenas em um plano teórico, pois inegável que na falta delas não poderá ser exercido o direito de ação.

1.2.6. As ditas condições próprias da ação penal

Já mencionamos anteriormente que há defensores fortes e bem intencionados na tentativa de forjar condições próprias e pensadas exclusivamente sob a ótica do direito processual penal, sem qualquer ingerência de uma teoria geral do processo, que na verdade seria exclusiva do processo civil. Ressaltamos, contudo, que referidas posições ainda pendem de uma maior aceitação da doutrina dominante, pelo que pautamos o estudo, até o presente momento, pelas classificações que julgamos as mais consagradas. Inobstante, algumas considerações merecem ser feitas, para que não passem despercebidas as críticas à doutrina importada do processo civil.

Para aqueles que condenam a aplicação automática das condições da ação concebidas para o processo civil ao processo penal, a sua matriz conceitual é distinta e limitada diante dos rumos que toma o processo penal contemporâneo. Essa é a intenção de Jacinto Coutinho, ao dizer que as condições da ação no processo penal devem ser repensadas, ainda que utilizando os conceitos advindos do processo civil, com o objetivo de acabar com o que chama de “malabarismo linguístico” ou “contorcionismos para uma adaptação impossível.”¹⁴⁴

¹⁴³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de.; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 778.

¹⁴⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A Lide e o Conteúdo do Processo Penal*. Curitiba: Juruá, 1998. 3. tir. p. 145.

Aury Lopes Jr. parte de uma interpretação, a contrário senso, do revogado art. 43 do CPP, que dispunha:

Art. 43. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

I - o fato narrado evidentemente não constituir crime;

II - já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa;

III - for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal.

Parágrafo único. Nos casos do nº III, a rejeição da denúncia ou queixa não obstará ao exercício da ação penal, desde que promovida por parte legítima ou satisfeita a condição.

Para ele, as condições da ação penal devem ser extraídas do próprio processo penal, de modo que teríamos a i) prática de fato aparentemente criminoso (*fumus commissi delicti*); ii) punibilidade concreta; iii) legitimidade de parte; iv) justa causa.¹⁴⁵

Primeiramente, seria condição para ação penal que a acusação demonstre a tipicidade aparente da conduta, pois, conforme o artigo 397, III, do CPP¹⁴⁶, se o fato “evidentemente” não constituir crime, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado. No entanto, nos dizeres do autor, o conceito de crime não se resume à tipicidade, e, portanto, devem ser analisados os demais elementos caracterizadores da conduta criminoso, a fim de detectar se há ou não condição para o exercício da ação penal: culpabilidade e ilicitude.¹⁴⁷ A acusação deve, portanto, demonstrar a verossimilhança da tipicidade, ilicitude e culpabilidade.

No que se refere à punibilidade concreta, há necessidade da presença da possibilidade concreta de punição do acusado para que haja o prosseguimento do processo penal. Ou seja: se, após o recebimento da denúncia e da resposta à acusação, o juiz verificar que foi operada a favor do réu qualquer causa extintiva da punibilidade (como a prescrição, decadência,

¹⁴⁵ LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*, Vol. 1, 3ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 336.

¹⁴⁶ “Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar:
(...)

III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou”
¹⁴⁷ LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*, Vol. 1, 3ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 337.

renúncia), deve absolvê-lo sumariamente, conforme o artigo 397, IV, do CPP.¹⁴⁸

Com relação à legitimidade de parte, já mencionamos a posição do autor, que admite essa condição da ação importada do processo civil, com a ressalva, todavia, que não se deve falar em substituição processual na ação penal de iniciativa privada.¹⁴⁹ Por fim, no que se refere à justa causa, admite sua inclusão como condição própria da ação penal, definindo-a como sendo a existência de uma causa jurídica e fática que legitime e justifique a acusação.¹⁵⁰

2. Os requisitos gerais de admissibilidade recursal

Fato é que a fase recursal não inaugura uma nova situação jurídica¹⁵¹, mas tão-somente uma nova fase do próprio processo já existente, sendo uma continuidade do exercício da pretensão acusatória.¹⁵² No entanto, também é certo que, assim como para o exercício do direito de ação é necessário o atendimento das suas condições, para que seja examinado o mérito dos recursos é preciso que se cumpram suas condições. Isso porque, o direito à fase impugnativa, como desdobramento do próprio direito de ação, também se sujeita a condições de admissibilidade.¹⁵³

Conforme acentua Eugênio Pacelli de Oliveira, no campo dos recursos também se exerce a iniciativa penal, provocando-se a jurisdição, no caso, a de segundo grau, de modo que são estabelecidos alguns requisitos mínimos para o conhecimento do recurso pelo tribunal

¹⁴⁸ LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*, Vol. 1, 3ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 339.

¹⁴⁹ LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*, Vol. 1, 3ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 340.

¹⁵⁰ LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*, Vol. 1, 3ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 343.

¹⁵¹ Ou relação jurídica, para os seguidores de Oskar Von Bülow.

¹⁵² LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*, Vol. II, 3ª Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 491-492.

¹⁵³ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 4ª Ed. Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 73.

ad quem.¹⁵⁴ Por Outro lado, Aury Lopes Jr. acentua que não há sentido para se pretender relacionar condições da ação e pressupostos processuais com os requisitos de admissibilidade dos recurso, porquanto não existe uma nova ação.¹⁵⁵

De qualquer forma, é certo que, para que tenha o seu mérito analisado, também o recurso deve ser submetido a uma fase cognitiva inferior, que se situa no plano dos seus requisitos de admissibilidade. Há grande discussão doutrinária acerca da melhor classificação e do tratamento mais adequado que devem receber esses recursos, mas preferimos aceitar a tese daqueles que defendem que referidos requisitos são consequência direta das condições da ação e dos pressupostos processuais, que se manifestam nesta fase do processo. Tanto é assim que Helio Tornaghi refere-se expressamente a “condições da ação de recurso”.¹⁵⁶

Sendo assim, em vez de simplesmente dividirmos os pressupostos entre subjetivos e objetivos, como o faz grande parte da doutrina¹⁵⁷, vamos com Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes, para quem:

“Dada a natureza do direito de recorrer, pode-se estabelecer um paralelo entre as condições da ação e as condições dos recursos. Assim como para o exercício do direito de ação é necessário atendimento de condições, sem as quais não se pode exigir o provimento jurisdicional, também para o exame do mérito do recurso é preciso que se cumpram as condições de exercício do direito recursal. O recurso, é certo, não instaura nova relação processual, tratando-se apenas de outra fase da mesma relação aberta com a demanda. Mas o direito à fase impugnativa, como desdobramento do próprio direito de ação, também se sujeita a condições de admissibilidade. (...) Além disso, como ocorre para o processo em geral (entendido como relação processual mais procedimento), o procedimento recursal também se subordina a requisitos para a constituição de uma fase procedimental válida (ou seja, com viabilidade para desenvolver-se regularmente). Trata-se dos *pressupostos recursais*, correspondendo aos *pressupostos processuais*.”¹⁵⁸

¹⁵⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 705.

¹⁵⁵ LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*, Vol. II, 3ª Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 492.

¹⁵⁶ TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*, Vol. 2, 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 311.

¹⁵⁷ Dentre outros, José Frederico Marques (*in* MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, Vol. IV. Campinas: Bookseller, 1997. p. 194), Fernando da Costa Tourinho Filho (*in* TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, Vol. 4, 30ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 324-334), Vicente Greco Filho (*in* GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 331) e Aury Lopes Jr. (*in* LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*, Vol. II, 3ª Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 494).

¹⁵⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 4ª Ed. Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 73.

Assim, adotaremos a classificação que transporta os pressupostos processuais para os pressupostos recursais e as condições da ação para as condições de admissibilidade dos recursos. Em suma, temos como condições de admissibilidade dos recursos a possibilidade jurídica (previsão no ordenamento), a legitimação e o interesse em recorrer (utilidade mais adequação) e como pressupostos recursais a investidura de um juiz, a capacidade de quem formula o recurso, a regularidade formal e a inexistência de fatos impeditivos ou extintivos.¹⁵⁹

160

2.1. Pressupostos Recursais

2.1.1. Investidura do Juiz

Tal qual, no plano dos pressupostos processuais, que exigem a propositura da ação dirigida a um juiz investido de plena jurisdição, para a constituição e desenvolvimento válido do processo, também na fase recursal a impugnação deve ser dirigida a uma autoridade judicial. No caso dos recursos, a investidura de um juiz é pressuposto de existência da relação procedimental da fase recursal, de modo que, não havendo juiz natural, a relação recursal será, mais do que nula, inexistente.¹⁶¹

Conforme salientam Ada Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes, todavia, tal pressuposto recursal não assume grande relevância prática,

¹⁵⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 4ª Ed. Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 74-75.

¹⁶⁰ Em geral, aqueles que dividem os pressupostos recursais em objetivos e subjetivos assim o fazem: i) pressupostos objetivos: cabimento e adequação, tempestividade, regularidade procedimental e ausência de fatos impeditivos ou extintivos; ii) pressupostos subjetivos: legitimidade e interesse (sucumbência).

¹⁶¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 4ª Ed. Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 91.

porquanto, estando a fase recursal inserta em um processo já instaurado, se houver vício por ausência de investidura, em regra este já terá ocorrido quando do ajuizamento da demanda.¹⁶²

Um exemplo de ausência do pressuposto ocorre quando, a despeito de ação ter sido promovida perante juiz investido de jurisdição, o recurso interposto for direcionado a tribunal constitucionalmente incompetente. Nesse caso, a relação procedimental do recurso terá sido, não só inválida, como inexistente.¹⁶³

2.1.2. Capacidade de quem formula o recurso

Mais uma vez, decorre do pressuposto processual que exige a capacidade processual, a qual, por sua vez, distingue-se em capacidade de ser parte, capacidade de estar em juízo e capacidade postulatória. Capacidade de ser parte equivale à capacidade jurídica, regulada pela lei civil. Capacidade de estar em juízo diz respeito à aquisição e perda da capacidade pela pessoa. Por fim, possui capacidade postulatória aquele que possui direito de agir e falar em nome das partes, que é, em geral, o advogado regulamente habilitado perante a Ordem dos Advogados do Brasil.¹⁶⁴

No que se refere exclusivamente aos recursos criminais, entende-se que pode possuir capacidade para ser parte algumas entidades que, conquanto destituídas de personalidade jurídica, a lei assegura a possibilidade de defesa de interesses dos cidadãos. Essas entidades podem propor a ação penal privada subsidiária da pública e, conseqüentemente, podem interpor recursos nesses processos. De se ver, outrossim, que o Código de Processo Penal refere-se, por diversas vezes, a *ofendido*, que é o sujeito passivo da infração penal, a quem atribui-se a possibilidade de ser assistente da acusação e, em sendo o caso, recorrer. Possui,

¹⁶² GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 4ª Ed. Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 91.

¹⁶³ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 4ª Ed. Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 92.

¹⁶⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 4ª Ed. Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 93-94.

ainda, o Ministério Público capacidade para ser parte e recorrer.¹⁶⁵

A capacidade de estar em juízo, e também de recorrer, no processo penal, em relação ao menor de dezoito anos, depende de representação dos pais ou de tutor. Quanto às pessoas jurídicas, elas são representadas por quem os respectivos contratos sociais ou estatutos designarem ou, no silêncio, pelos diretores ou sócios-gerentes.¹⁶⁶

Sabe-se que o *ius postulandi* é exercido, via de regra, por advogado, que terá capacidade postulatória de recorrer. Entretanto, no que tange especificamente aos recursos penais, é de se notar que o art. 557 do CPP¹⁶⁷ atribui legitimação concorrente e autônoma aos recursos, podendo, ele próprio, interpor recurso, por meio de qualquer manifestação de vontade.¹⁶⁸

2.1.3. Regularidade formal

Os recursos também devem obedecer a algumas formalidades, sob pena de não serem conhecidos e terem seu mérito sequer apreciado. Todavia, não se pode olvidar que o processo é um instrumento para a satisfação do direito material, de modo que o princípio da instrumentalidade das formas impõe que a regularidade formal seja analisada de forma branda, razoável e sem rigores excessivos.¹⁶⁹

Basicamente, o CPP dispõe que o recurso deve ser interposto por meio de petição ou

¹⁶⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 4ª Ed. Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 93.

¹⁶⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 4ª Ed. Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 94.

¹⁶⁷ “Art. 577. O recurso poderá ser interposto pelo Ministério Público, ou pelo querelante, ou pelo réu, seu procurador ou seu defensor.
Parágrafo único. Não se admitirá, entretanto, recurso da parte que não tiver interesse na reforma ou modificação da decisão.”

¹⁶⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 4ª Ed. Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 95.

¹⁶⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 4ª Ed. Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 96.

termo nos autos, assinado pelo recorrente ou por seu representante. O art. 578 do CPP¹⁷⁰ prevê que se o recorrente não puder ou não souber assinar, o termo será assinado a rogo, na presença de duas testemunhas. Todavia, em razão mesmo do princípio da instrumentalidade das formas, a jurisprudência vem admitindo o conhecimento do recurso se for manifesta a intenção de recorrer.¹⁷¹

O processo penal possui uma peculiaridade, pois, embora a interposição do recurso se dê no juízo *a quo*, é possível que o recurso suba sem razões, ou que elas sejam apresentadas na superior instância. Em segundo grau, porém, as razões são indispensáveis, devendo o recurso sempre ser interposto por petição nos autos.¹⁷²

Ainda, constitui regularidade formal que o recurso seja interposto de forma tempestiva, isto é, dentro do prazo demarcado em lei.¹⁷³ Por fim, tem-se o preparo também como regularidade formal, no caso dos recursos interpostos nas ações de iniciativa privada.¹⁷⁴

2.1.4. Inexistência de fatos impeditivos ou extintivos

Segundo Ada Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Scarance Fernandes, existem fatos que, ocorrendo, podem impedir ou extinguir o exercício das vias recursais, o que leva ao não-conhecimento do recurso, tendo em vista a ausência de um pressuposto recursal. Basicamente, são fatos impeditivos a preclusão e a renúncia, ao passo que

¹⁷⁰ “Art. 578. O recurso será interposto por petição ou por termo nos autos, assinado pelo recorrente ou por seu representante.

§ 1º Não sabendo ou não podendo o réu assinar o nome, o termo será assinado por alguém, a seu rogo, na presença de duas testemunhas.

§ 2º A petição de interposição de recurso, com o despacho do juiz, será, até o dia seguinte ao último do prazo, entregue ao escrivão, que certificará no termo da juntada a data da entrega.”

¹⁷¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 4ª Ed. Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 97.

¹⁷² GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 4ª Ed. Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 97.

¹⁷³ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 4ª Ed. Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 98.

¹⁷⁴ LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*, Vol. II, 3ª Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 494.

constituem fatos extintivos do direito de recorrer a desistência e a deserção.¹⁷⁵

A preclusão¹⁷⁶ é um fato impeditivo que se destina a garantir o avanço progressivo da relação processual e a obstar o seu recuo para fases anteriores do procedimento. Representa, no aspecto subjetivo, a perda de uma faculdade ou direito processual.¹⁷⁷ A renúncia é a manifestação de vontade de não recorrer. Desistência, por seu turno, é a manifestação de vontade de retirar o recurso interposto. Já a deserção ocorre ou por falta de pagamento das custas ou por fuga, nos termos do art. 595 do CPP¹⁷⁸, no caso de réu já condenado.¹⁷⁹

2.2. Condições de admissibilidade

2.2.1. Possibilidade Jurídica

Já vimos a definição da condição da ação denominada possibilidade jurídica do pedido, que se constitui, em síntese, pela previsão do pedido por parte do ordenamento jurídico. O mesmo ocorre com relação aos recursos, de modo que a possibilidade jurídica identifica-se como o seu cabimento.¹⁸⁰ Como já ressaltado, o cabimento inclui-se na

¹⁷⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 4ª Ed. Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 105.

¹⁷⁶ A preclusão pode ser temporal, quando oriunda do não-exercício da faculdade, poder ou direito processual no prazo assinado; lógica, quando decorrente da incompatibilidade da prática de um ato processual com relação a outro já praticado; consumativa, quando a faculdade já houver sido validamente exercida (*in* GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 4ª Ed. Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 106).

¹⁷⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 4ª Ed. Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 105.

¹⁷⁸ “Art. 595. Se o réu condenado fugir depois de haver apelado, será declarada deserta a apelação.”

¹⁷⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 4ª Ed. Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 106-107.

¹⁸⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 4ª Ed. Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 77.

classificação de pressuposto recursal objetivo, para aqueles que adotam tal classificação.

De uma forma geral, o recurso deve estar previsto em lei, de modo que só há possibilidade de utilização da via recursal quando o recurso estiver previsto no ordenamento jurídico, que deve contemplar certo recurso para atacar determinada decisão. Assim, a possibilidade jurídica de recorrer está ligada à recorribilidade da decisão.¹⁸¹

Conforme exemplifica Vicente Greco Filho, há decisões que não são passíveis de quaisquer recursos, como os despachos de mero expediente e as decisões interlocutórias que não estejam previstas no art. 581¹⁸² do Código de Processo Penal ou que não tenham força de definitivas. De igual maneira, é irrecorrível a decisão última, quando esgotadas todas as possibilidades de recursos legalmente previstos, o que gera a preclusão ou a coisa julgada.¹⁸³

Em realidade, a doutrina refere-se ainda a um outro requisito que deve ser analisado para efeito de interposição do recurso cabível, qual seja, a adequação, que possui uma íntima relação e interação com o cabimento.¹⁸⁴ Assim, há autores que identificam essas duas facetas, como José Frederico Marques, para quem o recurso é adequado quando a decisão é recorrível e quando o recurso é o indicado para enfrentar-se a decisão impugnada.¹⁸⁵ Percebe-se, então, que as duas hipóteses andam juntas, isto é, o recurso, para ser juridicamente possível, deve estar previsto em lei para atacar determinada decisão recorrível e deve ser o recurso adequado para enfrentar aquela decisão.

E a adequação nada mais é do que a ligação entre a decisão que se pretende impugnar e o tipo de recurso a ela sugerido.¹⁸⁶ Há que se atentar, todavia, para o princípio da fungibilidade recursal, segundo o qual determinado recurso, a despeito de não ser o legalmente previsto, se interposto no prazo daquele que deveria ter sido manejado, deverá ser conhecido, como se o correto fosse.¹⁸⁷

¹⁸¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 4ª Ed. Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 77.

¹⁸² Que elenca os casos de cabimento do Recurso em Sentido Estrito.

¹⁸³ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 331

¹⁸⁴ LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*, Vol. II, 3ª Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 494.

¹⁸⁵ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, Vol. IV. Campinas: Bookseller, 1997. p. 194.

¹⁸⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, Vol. 4, 30ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 325.

¹⁸⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 707.

2.2.2. Legitimação

Tal qual a possibilidade jurídica do pedido que, sendo condição da ação, projeta-se no plano recursal com condição de admissibilidade, a *legitimatío ad causam* também possui seus desdobramentos no plano dos recursos, de modo que a legitimidade recursal é condição de admissibilidade recursal. A legitimidade recursal é, assim, a pertinência subjetiva dos recursos.¹⁸⁸

Aury Lopes Jr. relaciona diretamente a legitimidade recursal com o próximo requisito de admissibilidade recursal, que será analisado adiante (interesse em recorrer), afirmando ser aquela um pressuposto deste, pois não se pode conceber um interesse recursal que não possua antes uma pessoa que o porte.¹⁸⁹

No processo penal, a legitimidade recursal está claramente delineada pelo art. 577 do Código de Processo Penal, o qual estabelece que o recurso pode ser interposto pelo Ministério Público, pelo querelante, pelo réu, seu procurador ou defensor:¹⁹⁰

Art. 577. O recurso poderá ser interposto pelo Ministério Público, ou pelo querelante, ou pelo réu, seu procurador ou seu defensor.

Parágrafo único. Não se admitirá, entretanto, recurso da parte que não tiver interesse na reforma ou modificação da decisão.

Antecipadamente, já se diga que nesse rol deve ser incluído, ainda, o querelado (previsto genericamente na condição de réu), o assistente, o ofendido ou os seus sucessores, sendo que há situações específicas para cada um deles.¹⁹¹ Dessa forma, consoante anota

¹⁸⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, Vol. 4, 30ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 334.

¹⁸⁹ LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*, Vol. II, 3ª Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 496.

¹⁹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 4ª Ed. Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 78.

¹⁹¹ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 335.

Eugênio Pacelli de Oliveira, no processo penal, a legitimidade é a mais ampla possível.¹⁹²

Da leitura do mencionado dispositivo, depreende-se a legitimação recursal, de uma forma geral, para as partes dos processos, isto é, o Ministério Público ou querelante, de um lado, e o réu ou querelado, de outro, sendo que, com relação ao réu (ou querelado, na ação penal de iniciativa privada), deve-se observar que possui ele uma legitimação autônoma, uma vez que não só seu procurador ou defensor podem recorrer, mas também ele próprio está investido dessa legitimação autônoma e concorrente, possuindo, inclusive, capacidade postulatória, como já referido.¹⁹³

Segundo Ada Grinover, Magalhães Gomes Filho e Scarance Fernandes, dessa situação de legitimidade autônoma e concorrente (ou disjuntiva) decorre que cada um dos legitimados pode recorrer, independentemente da ordem de nomeação, sem prejuízo da interposição concomitante de recurso por parte de co-legitimado. Essa expansão das hipóteses de legitimação é consequência da relevância social do direito de defesa, de que o direito de recorrer é uma das suas manifestações, de modo que se facilita a interposição do recurso diretamente pelo réu, sem prejuízo daquele tecnicamente interposto pelo seu defensor constituído.¹⁹⁴

A partir dessa situação de multiplicidade de legitimados, surge a hipótese, não rara, de que haja divergência entre os entendimentos do defensor, que, em tese, possui mais condições técnicas de avaliar a conveniência do recurso, e do acusado, o qual, a toda evidência, sofre as consequências da decisão. Nesse caso, tem-se entendido que a manifestação da intenção de recorrer por parte do acusado deve prevalecer, porquanto em função da proibição da *reformatio in pejus*, em tese, nenhum prejuízo poderá ter o acusado ao recorrer. Por outro lado, se não puder obter nenhum benefício, o problema será de falta de interesse recursal, como a seguir veremos.¹⁹⁵

O Ministério Público pode recorrer na condição de parte, como titular da pretensão acusatória, ou como fiscal da lei. Assim, pode recorrer para a correta aplicação da lei penal,

¹⁹² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 711.

¹⁹³ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 4ª Ed. Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 78.

¹⁹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 4ª Ed. Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 78.

¹⁹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 4ª Ed. Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 80.

inclusive em benefício do réu, não podendo, todavia, fazê-lo se a matéria for de prova, isto é, discutir a justiça ou injustiça da decisão no plano fático. Por outro lado, não pode recorrer, nem mesmo como fiscal da lei, na ação penal privada, da sentença absolutória se o querelante não o fizer, porquanto prevalece, no caso, o princípio da disponibilidade da ação exclusivamente privada.¹⁹⁶

No que se refere ao assistente, possui ele legitimidade quanto às matérias contidas no art. 584, § 1º (decisão de impronúncia e de extinção da punibilidade) e 598 (decisão proferida por juiz singular e Tribunal do Júri) do Código de Processo Penal. Respeitada a matéria possível, a iniciativa recursal do assistente pode ser exercida até mesmo na via extraordinária, consoante a Súmula n.º 210¹⁹⁷ do Supremo Tribunal Federal.¹⁹⁸

Outrossim, inclui-se no rol de legitimados, o ofendido ou seus sucessores, ainda que não e tenham habilitado como assistentes. Em verdade, se já tiver ingressado como assistente, sua legitimação será como parte, mas se intervir no processo apenas no momento de recorrer, passará a integrar a relação jurídica processual a partir da interposição do recurso. Entende-se por ofendido o sujeito passivo da infração penal, de modo que se tem aceitado a legitimação da família, por exemplo, no caso dos crimes contra a família previstos no Código Penal.¹⁹⁹

2.2.3. Interesse em recorrer

Com relação ao interesse em recorrer, como consequência direta do interesse de agir, enquanto condição da ação penal, conforme amplamente já analisado, também ele manifesta-

¹⁹⁶ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 336.

¹⁹⁷ “O Assistente do Ministério Público pode recorrer, inclusive extraordinariamente, na ação penal, nos casos dos arts. 584, § 1º, e 598 do Código de Processo Penal.”

¹⁹⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 712.

¹⁹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 4ª Ed. Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 81.

se no plano das condições de admissibilidade recursal. Na visão de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes, o interesse em recorrer repousa no binômio adequação mais necessidade ou utilidade, entendendo-se a adequação²⁰⁰ como a relação existente entre a situação lamentada pelo autor ao vir a juízo e o provimento jurisdicional concretamente solicitado, que deve ser apto a corrigir o mal de que o autor se queixa, sob pena de não ter razão de ser.²⁰¹

A necessidade indica a possibilidade de se obter a satisfação do direito material somente com a intervenção do Estado, por meio de agente investido de jurisdição, o que se aplica, também, ao caso dos recursos. Por fim, a utilidade significa a possibilidade de se obter, com a ação (ou, mais especificamente, com os recursos) situação mais vantajosa, sob o ponto de vista prático.²⁰²

E aí está o principal objetivo do presente estudo, que pretende demonstrar a existência de utilidade em muitas situações que, comumente, não se percebe um proveito prático para o réu e, via de consequência, não se admite a interposição de recurso contra uma decisão aparentemente favorável. Sendo assim, para a análise do interesse em recorrer e seus desdobramentos, dedicaremos toda a parte seguinte, principalmente sob o enfoque do direito de o réu recorrer de uma sentença aparentemente favorável, ou seja, sob a luz do interesse em apelar.

II. O INTERESSE EM RECORRER NO PROCESSO PENAL E SUAS MANIFESTAÇÕES

²⁰⁰ Que já vimos, superficialmente, quando tratamos da possibilidade jurídica, pois há autores que a relacionam diretamente com o cabimento dos recursos.

²⁰¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 4ª Ed. Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 83.

²⁰² GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 4ª Ed. Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 83.

1. Conceção tradicional

1.1. O interesse como condição geral de admissibilidade dos recursos

Já referimos que o interesse em recorrer é condição geral de admissibilidade dos recursos. Partimos agora para uma rápida análise de como a doutrina trata esse requisito.

De acordo com o interesse-necessidade, exige-se que se lance mão de um recurso para atingir o resultado prático pretendido pelo recorrente. Como exemplo, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho mencionam a hipótese de réu que, após recebida a denúncia, venha a ser condenado, mas que, logo após a prolação da sentença, seja extinta a punibilidade. Nesse caso, o réu alcança o resultado prático de não ser condenado sem a necessidade de interpor recurso, sendo que, acaso recorra, o recurso não deverá ser admitido por falta de interesse-necessidade.^{203 204}

Por outro lado, o interesse-utilidade consiste no fato de que a interposição de um recurso deve ser acompanhada pela possibilidade de o recorrente obter alguma vantagem prática acaso provida sua insurgência. Assim, faltaria utilidade, por exemplo, quando a peça recursal versasse apenas sobre discussões acadêmicas, sem qualquer relevância prática para a solução do caso concreto. É o caso de um recurso que se destina exclusivamente a obter uma

²⁰³ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 4ª Ed. Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 83.

²⁰⁴ Discordamos do entendimento, pois a questão parece repousar mais na utilidade prática do recurso do que na sua necessidade. É evidente que para não se ver condenado, o réu necessita da intervenção do Estado, através da provocação dos órgãos jurisdicionais de segunda instância por meio de recurso legalmente cabível e adequado. Daí o interesse-necessidade. No entanto, querer o réu recorrer de uma sentença que julga extinta a punibilidade por força da prescrição, por exemplo, está no plano da utilidade prática do recurso. Trata-se de interesse-utilidade, porquanto pode o réu entender melhor uma sentença de mérito que o absolve do que uma que afirma ter ocorrido prescrição. Entendemos, no caso, viável a existência desse interesse, conforme manifestaremos a seguir. Bem verdade que afirmam os autores que o ordenamento jurídico brasileiro não prevê a possibilidade de o réu cuja punibilidade foi declarada extinta pretender sentença absolutória, com base no art. 61 do Código de Processo Penal. Mais uma vez discordamos, porquanto referido dispositivo apenas prevê a necessidade de o juiz, ao reconhecer extinta a punibilidade, declará-lo de ofício, donde não se pode extrair qualquer relação quanto à falta de interesse recursal: “Art. 61. Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício.”

declaração de caráter doutrinário, ainda que a pretexto de poder ser utilizada em outra jurisdição.²⁰⁵

Isso porque, conforme apontam os referidos autores, só se admite recurso, em regra, contra o dispositivo da sentença²⁰⁶, e não quanto à sua motivação, de modo que é irrelevante que o juiz se tenha apoiado, total ou parcialmente, em argumentos diversos dos sugeridos pelo litigante, a favor do qual decidiu.²⁰⁷

Destaca-se, porém, que casos há em que, excepcionalmente, a lei atribui importância prática à motivação, como ocorre no caso da sentença penal que absolve por falta ou insuficiência de provas, que pode gerar reflexos na esfera civil, por meio de uma ação de indenização.²⁰⁸ Casos esses, aliás, que entendemos que terá eventualmente interesse o réu para recorrer da sentença absolutória.

Outro exemplo de falta de interesse-utilidade reside na hipótese de a decisão recorrida se valer de vários argumentos, que se valem por si, e o recorrente pretender buscar a alteração de fundamento que não será suficiente para modificar a integralidade do provimento jurisdicional. Nesse caso, não apresentará o recurso qualquer vantagem prática, tendo em vista que, conquanto conhecido e provido o recurso, a conclusão da decisão impugnada não será modificada.²⁰⁹

No que se refere ao Ministério Público, quando se tratou da legitimidade recursal, já se mencionou que pode ele recorrer enquanto parte, ou enquanto fiscal da lei, situação em que poderá recorrer até mesmo a favor do réu. Como parte, aplicam-se, com relação ao interesse, as mesmas observações atinentes ao réu; enquanto fiscal da lei, deve-se aferir a real utilidade de se reformar a decisão para o efeito da correta aplicação da lei. Sublinhe-se, todavia, que, havendo recurso posterior da defesa no caso de recurso do Ministério Público enquanto *custos legis* deve o último ser declarado prejudicado, segundo a doutrina.²¹⁰ Pensamos, contudo, que a questão não é tão singela, pois pode ocorrer de o recurso formulado pelo defensor do réu

²⁰⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 4ª Ed. Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 85.

²⁰⁶ Mais considerações serão feitas quando tratarmos brevemente da sentença penal.

²⁰⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 4ª Ed. Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 85.

²⁰⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 4ª Ed. Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 86.

²⁰⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 4ª Ed. Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 86.

²¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 4ª Ed. Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 87.

não atentar para fundamento que levaria à sua absolvição, fundamento esse que poderia ser mencionado pelo *parquet* em suas razões.

No entanto, não poderá o Ministério Público recorrer, mesmo que enquanto fiscal da lei, de sentença absolutória proferida em ação penal de iniciativa exclusivamente privada se o querelante absteve-se de fazê-lo, porquanto nela impera o princípio da disponibilidade. Ressalve-se, porém, a hipótese de recorrer de sentença condenatória, para o fim de majoração de penal, porque aí o caso não estará incluído na esfera de disponibilidade da ação penal privada.²¹¹

Ainda no campo do interesse-utilidade, Ada, Scarance e Magalhães analisam o interesse recursal no que se refere aos recursos interpostos pelo ofendido. No caso, o recurso é supletivo, de modo que faltará interesse se o Ministério Público já houver interposto recurso versando sobre o mesmo objeto. Possui, por outro lado, interesse para postular o aumento da pena imposta, pois entende-se que o assistente intervém no processo para cooperar com a parte principal, no caso o Ministério Público, figurando como assistente *ad coadjuvandum*. Não possui, contudo, interesse na revogação de benefícios processuais, já que se interesse exaure-se com a condenação, não se vislumbrando interesse na discussão de aspectos que digam respeito à execução da pena.²¹²

Passada essa divisão inicial quanto aos aspectos relativos à necessidade e à utilidade do interesse, tal qual fizemos com o interesse de agir, enquanto condição da ação penal, vejamos, de forma mais genérica, como se vislumbra o interesse recursal, sob o ponto de vista legal e doutrinário, o que se mostra indispensável, sem embargo da relevância dessa análise do interesse nas suas diversas acepções.

Com efeito, informa o art. 577 do Código de Processo Penal:

“Art. 577. O recurso poderá ser interposto pelo Ministério Público, ou pelo querelante, ou pelo réu, seu procurador ou seu defensor.

Parágrafo único. Não se admitirá, entretanto, recurso da parte que não tiver interesse na reforma ou modificação da decisão.”

²¹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 4ª Ed. Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 87.

²¹² GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 4ª Ed. Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 88.

A esse respeito, Hélio Tornaghi anota que andou melhor o Código de Processo Penal ao afirmar que o recurso pode ser interposto por todas as partes que tiverem interesse na reforma da decisão do que o Código de Processo Civil, o qual afirma, em seu art. 499²¹³, que o recurso pode ser interposto pela “parte vencida”. Isso porque, a parte vencedora também pode ter interesse na reforma da decisão, como no caso do réu que recorre de sentença que declara ter ocorrido a prescrição, haja vista que pode estar interessado que o juiz profira uma sentença de mérito²¹⁴, demonstrando que não houve prescrição.²¹⁵

A redação do art. 577 do CPP não nos traz a solução do problema, pois é evidente que não será admitido o recurso da parte que não possuir interesse na reforma ou modificação da decisão, pois inexistente dúvida de que o interesse recursal é condição de admissibilidade dos recursos. A questão, parece-nos, é definir o que seja o interesse, ou seja, em que situações terá, ou não, o recorrente interesse em modificar o decidido. E, no caso, entendemos pelo alargamento dessas hipóteses, porque o interesse está presente em muitos casos que não aqueles de evidente clareza, consoante pretensamente tentar-se-á demonstrar.

Naturalmente, não resolvem respostas como a que é fornecida por Fernando da Costa Tourinho Filho, o qual afirma que só terá interesse a parte que sofreu o prejuízo.²¹⁶ Trata-se de uma obviedade já que a análise do que é interesse, por ser subjetiva, envolve a concepção que cada recorrente tem de prejuízo, de modo que não é suficiente afirmar-se que possui interesse aquele que sofre prejuízo, justamente porque falta a definição sobre o que é o prejuízo.

A questão, aí sim, é problemática, existindo sérias divisões na doutrina e na jurisprudência, havendo tanto quem entenda de uma forma mais extensiva o interesse (visto a partir da noção de prejuízo), para além do próprio processo penal, como quem restrinja mais o interesse, vendo-o sob o enfoque exclusivamente do processo penal, como o faz Eugênio Pacelli de Oliveira, por exemplo, que abstrai quaisquer outras ordens de consideração, ainda que juridicamente relevantes, como é o caso da responsabilização civil²¹⁷, posição diametralmente oposta à de Aury Lopes Jr., dentre outros, evidentemente.²¹⁸

²¹³ “Art. 499. O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público.”

²¹⁴ Passando ao lado de qualquer polêmica atinente a ser a prescrição objeto de sentença de mérito ou não, concordamos com a posição, consoante já manifestado na nota n.º 203.

²¹⁵ TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*, Vol. 2, 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 311-312.

²¹⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, Vol. 4, 30ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 335.

²¹⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 713.

²¹⁸ LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*, Vol. II, 3ª

1.2. A sentença penal absolutória

Como o presente estudo possui como propósito uma análise do interesse recursal do réu em recorrer da sentença que o absolve, oportuno se mostra, ainda que brevemente, tecer algumas considerações sobre esse resultado específico da sentença proferida no processo penal. José Frederico Marques assim se pronuncia sobre a sentença:

“Na verdade, a sentença, como instante jurisdicional básico da fase de cognição do processo penal condenatório, é o ato de composição do litígio ou causa penal, no qual o preceito normativo abstrato, imposto pela ordem jurídica, transforma-se em preceito concreto e específico. Sua substância está, por isso, como o ensina CARNELUTTI, na resolução das questões da lide ou, então, consoante opinava PEREIRA E SOUZA, na legítima decisão da causa criminal feita por juiz competente, segundo a lei e os autos. Em sentido amplo, porém, a palavra sentença indica qualquer pronunciamento de autoridade judiciária, no curso de um processo, abrangendo, destarte, em seu significado, não só as sentenças definitivas, como, ainda, as de caráter interlocutório. (...) Sentença definitiva, portanto, é a sentença final do procedimento de primeiro grau.”²¹⁹

1.2.1. Hipóteses de absolvição

Como o presente estudo possui como propósito uma análise do interesse recursal do

Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 498.

²¹⁹ MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal, Vol. III. Campinas: Bookseller, 1997. p. 25-26.

réu em recorrer da sentença que o absolva, oportuno se mostra, ainda que brevemente, tecer algumas considerações sobre esse resultado específico da sentença proferida no processo penal. José Frederico Marques assim se pronuncia sobre a sentença:

“Na verdade, a sentença, como instante jurisdicional básico da fase de cognição do processo penal condenatório, é o ato de composição do litígio ou causa penal, no qual o preceito normativo abstrato, imposto pela ordem jurídica, transforma-se em preceito concreto e específico. Sua substância está, por isso, como o ensina CARNELUTTI, na resolução das questões da lide ou, então, consoante opinava PEREIRA E SOUZA, na legítima decisão da causa criminal feita por juiz competente, segundo a lei e os autos. Em sentido amplo, porém, a palavra sentença indica qualquer pronunciamento de autoridade judiciária, no curso de um processo, abrangendo, destarte, em seu significado, não só as sentenças definitivas, como, ainda, as de caráter interlocutório. (...) Sentença definitiva, portanto, é a sentença final do procedimento de primeiro grau.”²²⁰

No que tange especificamente à sentença absolutória, será ela aquela que incide sobre a acusação para declará-la improcedente, e não todas aquelas que livrem o réu de uma condenação, porquanto a decisão que julga inadmissível um julgamento sobre o mérito da acusação possui caráter processual.²²¹

Dispunha, com efeito, a redação original do art. 386 do Código de Processo Penal:

“Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

I - estar provada a inexistência do fato;

II - não haver prova da existência do fato;

III - não constituir o fato infração penal;

IV - não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;

V - existir circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena (arts. 17, 18, 19, 22 e 24, § 1o, do Código Penal);

VI - não existir prova suficiente para a condenação.”

²²⁰ MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal, Vol. III. Campinas: Bookseller, 1997. p. 25-26.

²²¹ MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal, Vol. III. Campinas: Bookseller, 1997. p. 39.

De se ver que a Lei n.º 11.690/2008 modificou a redação do art. 386 do CPP, incluindo novos casos de absolvição, bem como modificando a redação dos incisos IV, V e VI, nos seguintes termos:

“Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

(...)

IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal;

V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;

VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;

VII – não existir prova suficiente para a condenação.”

Em realidade, para além do dispositivo que determinava a absolvição do réu quando não existisse prova de ter ele concorrido para a infração penal, o inciso IV agora inclui a hipótese de absolvição por estar provado que o réu não concorreu para a infração penal. A alteração, como veremos adiante, não é meramente retórica, possuindo importância prática na análise do interesse em recorrer da sentença absolutória.

Pode-se, pois, concluir, que, ao julgar improcedente a acusação, absolvendo o acusado, o juiz o fará porque i) não é delituoso o fato imputado; ii) não existe prova do fato ou, ao revés, existe prova de que ele não ocorreu; iii) não existe prova de que é o réu o autor do fato ou existem provas disso. Dividem-se, assim, os motivos de absolvição em objetivos ou subjetivos.²²²

Os motivos objetivos referem-se à existência do fato típico, no caso os três primeiros incisos do art. 386²²³ do CPP. Assim, pode ocorrer de estar provado que não houve o fato narrado, não estar provado que o mesmo ocorreu ou, ainda, a despeito de estar provada a ocorrência do fato, ele não ser penalmente relevante, ou seja, não ser um fato típico. Isso porque um fato não pode ser tido como infração penal se não for um fato típico, embora possa

²²² MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal, Vol. III. Campinas: Bookseller, 1997. p. 44.

²²³ I) estar provada a inexistência do fato; II) não haver prova da existência do fato; III) não constituir o fato infração penal.

ser um ilícito civil.²²⁴

Por outro lado, os motivos subjetivos de absolvição dizem respeito ao réu e sua relação com a infração penal, de modo que, não restando comprovado que o réu tem relação com o fato criminoso (ou restando comprovado que não a tem), deve ser ele igualmente absolvido.

À guisa de conclusão, podemos elencar, assim, os casos em que o réu, atualmente, será absolvido: i) estar provada a inexistência do fato; ii) não haver prova da existência do fato; iii) não constituir o fato infração penal (fato atípico); iv) estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; v) não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; vi) existirem – ou existir fundada dúvida de que existam – circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena, tais como a) erro de tipo; b) erro sobre a ilicitude do fato; c) coação irresistível ou obediência hierárquica; d) estado de necessidade; f) legítima defesa; g) exercício regular de direito ou estrito cumprimento de dever legal; h) agente inimputável; i) agente em embriaguez completa; vii) não existirem provas suficientes para a condenação.

A olhos razoáveis já é possível perceber que, sob o ponto de vista do acusado absolvido, cada motivo não está no mesmo grau de relevância, sendo inegavelmente mais importante para o réu ser absolvido porque simplesmente o fato não ocorreu do que porque agiu sob embriaguez completa. Tal constatação, não se pode negar, poderá justificar o interesse em recorrer da sentença absolutória, tão-somente para uma alteração na capitulação legal da sentença.

1.2.2. A eficácia extrapenal da sentença penal

Inegavelmente, a sentença penal, mesmo a absolutória, irradia efeitos em outras esferas que não a penal. São os casos, como ensina Araken de Assis, em que a sentença penal

²²⁴ MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal, Vol. III. Campinas: Bookseller, 1997. p. 45.

adquire eficácia *ad extra*.²²⁵

Como já se disse, a sentença absolutória deve estar acompanhada dos motivos elencados no art. 386 do CPP, motivos esses que estarão expressos no dispositivo da sentença, que faz, naturalmente, coisa julgada²²⁶. A menção ao fundamento deve ser expressa, pois, conforme o fundamento adotado, serão diversos os efeitos civis da sentença.²²⁷ Com efeito, traz o Código de Processo Penal alguns dispositivos a respeito da ação civil.

O art. 65 elenca os casos em que a sentença penal fará coisa julgada no juízo cível:

“Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.”

Refere-se o dispositivo à sentença que absolver o acusado com base no art. 386, VI, do CPP, com a redação atual que lhe foi dada pela Lei n.º 11.690, de 9 de junho de 2008. O inciso VI menciona que o juiz absolverá o acusado quando existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena, referindo-se aos arts. 20, 21, 22, 23, 26 e 28, § 1º, do Código Penal. Tais artigos do Código Penal referem-se à situações em que o agente agiu em erro, seja com relação ao elemento do tipo, seja com relação à ilicitude do fato, sob coação irresistível ou obediência hierárquica, ou, ainda, nos casos de exclusão de ilicitude, como o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento de dever legal e o exercício regular de direito.

Quer isso dizer que a sentença penal absolutória vincula a sentença civil que pretenda se manifestar a respeito daquele mesmo ato. Não poderá, portanto, o juiz civil entender que o agente agiu com dolo, porque, por exemplo, a sentença penal já decidiu que o ato foi praticado em estado de necessidade.²²⁸ Em verdade, o motivo é simples, porquanto a prova penal é muito mais forte de que a civil, de modo que, se algo restou provado em um processo penal, com mais razão ainda deverá restar no processo civil. De outro lado, não é porque o conjunto probatório não foi suficiente para uma condenação penal, que não será para uma responsabilização civil, por exemplo. Tal ocorre porque no processo civil vigora o modelo de constatação da preponderância de provas, ao passo que no processo penal a prova deverá ser

²²⁵ ASSIS, Araken de. *Eficácia civil da sentença penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993. p. 102.

²²⁶ TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*, Vol. 2, 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 164.

²²⁷ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Sentença Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005. p. 35.

²²⁸ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, Vol. III. Campinas: Bookseller, 1997. p. 105.

acima da dúvida razoável.²²⁹

Por esses mesmos motivos, é que estabelece o art. 66 do Código de Processo Penal:

“Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.”

Referido dispositivo começa a elencar as hipóteses em que uma sentença penal absolutória não impedirá o ajuizamento de uma ação civil. Trata-se do caso em que, inobstante ter sido o réu absolvido, não houve reconhecimento da inexistência material do fato. A redação é simples, se lida a contrário senso, pois, caso reconhecida a inexistência material do fato, não poderá ser ação ajuizada; por outro lado, não havendo tal reconhecimento, a despeito da absolvição penal, será possível o ajuizamento de ação civil.

Por fim, o art. 67 prossegue elencando os casos em que não se impede a propositura da ação civil:

“Art. 67. Não impedirão igualmente a propositura da ação civil:

I - o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação;

II - a decisão que julgar extinta a punibilidade;

III - a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime.”

Conforme afirmam Douglas Fischer e Eugênio Pacelli de Oliveira, a instância civil se vincula às decisões criminais dotadas de um juízo de certeza, de modo que, obviamente, mero despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação jamais teria ou terá qualquer conseqüência no cível, na medida em que nada se decide ali acerca dos fatos.²³⁰

Da mesma forma, a decisão que reconhecer extinta a punibilidade não gerará qualquer reflexo em eventual ação civil, tendo em vista que “a ausência de interesse na punição é matéria de política criminal, fundada em considerações que não podem atingir o direito subjetivo daquele que teve que suportar a ação delituosa”.²³¹

²²⁹ KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 37.

²³⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de.; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 134.

²³¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de.; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua*

Por fim, a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime não impede a propositura de ação civil, porquanto, em razão do caráter refratário do direito penal, um mesmo fato pode ter relevância civil, mas não a ter sob o ponto de vista penal. Assim, pode um fato ser um ilícito civil, mas não ser um ilícito penal, ou seja, ser o autor do fato absolvido penalmente, mas condenado na esfera civil a indenizar a vítima, por exemplo. De qual maneira, sublinhe-se que todas essas sentenças penais terão eficácia preclusiva de coisa julgada material, no âmbito exclusivo do processo penal, não vinculando, porém, o juízo cível, já que a ilicitude civil independe da penal.²³²

1.3. O recurso de apelação no processo penal

1.3.1 Definição

O recurso de apelação é um meio de impugnação ordinário por excelência, que autoriza um órgão de segundo grau a revisar, de forma crítica, o julgamento realizado em primeiro grau. Em verdade, ele instaura o segundo grau, permitindo uma nova fase de conhecimento do mérito, naquilo que Elio Fazzalari chama de *doppio grado di cognizione di merito*²³³, de modo que ao juízo de apelação podem ser devolvidas as mesmas questões feitas em primeiro grau, mas não podem ser feitas demandas novas.²³⁴

Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes asseveram que o recurso de apelação é eficaz instrumento processual para

Jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 134.

²³² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de.; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 135.

²³³ Em tradução livre: duplo grau de cognição do mérito.

²³⁴ LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*, Vol. II, 3ª Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 522-523.

a atuação do princípio do duplo grau de jurisdição.²³⁵

Tourinho Filho anota que a palavra apelação deriva do latim *appellatio*, que significa ação de dirigir a palavra, de modo que a parte que sofreu o sucumbimento, o prejuízo, dirige a palavra ao Tribunal competente, constituído, segundo o autor, de homens mais experimentados e que conquistaram tal posição após longo tirocínio e reiteradas provas de capacidade, para que este reexamine a decisão, reparando possível injustiça cometida na inferior instância.²³⁶

Em arremate, Lúcio Santoro de Constantino refere que a apelação reproduz um recurso onde o recorrente provoca o tribunal a reexaminar uma decisão definitiva, ou com força definitiva, de juiz singular ou do tribunal do júri, a fim de que seja a mesma reformada.²³⁷ Lembra Vicente Greco Filho que nos recursos processuais penais vigoram os princípios da proibição da *reformatio in pejus* e do *tantum devolutum quantum appellatum*, de modo que o tribunal, quanto à extensão do recurso, fica limitado ao pedido nele contido, não podendo ampliá-lo e, muito menos, agravar a situação de quem recorreu como decorrência de seu próprio recurso.²³⁸

1.3.2. Procedimento

Com relação à forma de interposição do recurso de apelação, Heráclito Antônio Mossin lembra que, como os recursos ordinários em geral, onde se insere a apelação, a lei não exige nenhuma formalidade específica, podendo o recurso ser interposto por petição ou termo

²³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 4ª Ed. Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 112.

²³⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, Vol. 4, 30ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 373-374.

²³⁷ CONSTANTINO, Lúcio Santoro de. *Recursos criminais, sucedâneos recursais e criminais e ações impugnativas autônomas criminais*. 2ª Ed., rev., atual., e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 117.

²³⁸ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 347.

nos autos.²³⁹

Com relação ao prazo de interposição, será ele de cinco dias, que começará a correr da data em que houve intimação da sentença, conforme art. 593 do Código de Processo Penal. De se ressaltar que, por homenagem ao princípio do duplo grau de jurisdição, caso haja dúvida quanto à tempestividade, a apelação deverá ser recebida.²⁴⁰

Na mesma ocasião da interposição, a parte poderá apresentar suas razões, mas poderá também limitar-se à simples apresentação de petição de interposição, e, se recebida for a apelação, apresentar suas razões dentro de oito dias. Apresentadas as razões, intimada será a contraparte para apresentar contrarrazões no mesmo prazo. Com ou sem elas, serão os autos remetidos ao Tribunal *ad quem*, sendo que as razões poderão ser igualmente apresentadas diretamente nesta instância, caso requerido na petição de interposição.

1.3.3. Hipóteses Cabimento

Com relação à possibilidade jurídica, ou ao cabimento, conforme se prefira, dispõe o art. 593 do Código de Processo Penal:

“Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias:

I - das sentenças definitivas de condenação ou absolvição proferidas por juiz singular;”

De se lembrar, inicialmente, que o cabimento do recurso exige que inexista uma decisão imutável e irrevogável, ou seja, não se tenha operado a coisa julgada formal. Assim, uma decisão é apelável porque não preclusa.²⁴¹

²³⁹ MOSSIN, Heráclito Antônio. *Recursos em matéria criminal*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 1997. p. 194.

²⁴⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 4ª Ed. Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 133.

²⁴¹ LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*, Vol. II, 3ª Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 523.

O sistema recursal previsto no nosso Código de Processo Penal informa que a regra geral é a interposição de apelação das decisões proferidas pelo juízo monocrático, sendo que as hipóteses de cabimento de recurso em sentido estrito estão previstas no art. 581 do referido diploma processual, vigorando, igualmente, o princípio da unirrecorribilidade, segundo o qual, quando cabível a apelação, não se admitirá interposição de recurso em sentido estrito, ainda que de somente de parte da decisão se recorra (art. 593, § 4º, CPP).²⁴²

No que agora nos interessa, o inciso I refere que caberá apelação da sentença definitiva de absolvição proferida por juiz singular. Já vimos que as hipóteses de sentenças absolutórias estão elencadas no art. 386 do Código de Processo Penal e acarretam elas a improcedência da acusação. Representa, contudo, exceção, a sentença de absolvição sumária dos processos do júri, que é impugnável mediante interposição de recurso em sentido estrito.²⁴³

Na sentença absolutória proferida por juiz singular, há exame da pretensão punitiva do Estado, havendo declaração de improcedência da persecução criminal, em relação ao mérito propriamente dito.²⁴⁴

No entanto, como lembra Fernando da Costa Tourinho Filho, não é toda a sentença absolutória que comporta a interposição do recurso de apelação.²⁴⁵ Isso porque as hipóteses de absolvição sumária, incluídas no Código de Processo Penal pela Lei n.º 11.719, de 20 de junho de 2008, comportam melhor análise. São causas de absolvição sumária, de acordo com o art. 397 do CPP:

“Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar:

I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato;

II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade;

²⁴² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de.; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 1154.

²⁴³ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 4ª Ed. Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 115.

²⁴⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de.; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 1156.

²⁴⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, Vol. 4, 30ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 373-378.

III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou

IV - extinta a punibilidade do agente.”

Assim, deverá o juiz absolver sumariamente o acusado quando verificar i) existência manifesta de causa excludente de ilicitude; ii) existência manifesta de causa excludente de culpabilidade; iii) que o fato narrado evidentemente não constitui crime e iv) que estiver extinta a punibilidade. A absolvição sumária, como regra, é atacável por meio de apelação, mas há uma importante ressalva a ser feita, no que se refere ao inciso IV, que absolve sumariamente em função da extinção da punibilidade do agente.²⁴⁶

Isso porque o art. 581, inciso VIII, do CPP²⁴⁷, refere que caberá recurso em sentido estrito da decisão que decretar a prescrição ou julgar, por outro modo, extinta a punibilidade. Conforme ensina Aury Lopes Jr., há uma grave impropriedade no processual no art. 397, IV, do CPP, pois a sentença que reconhece a extinção da punibilidade é uma decisão declaratória, e não uma sentença definitiva e, muito menos, absolutória.²⁴⁸

2. Concepção crítica

2.1. Sucumbência e interesse

A relação entre o interesse recursal e a sucumbência suscita algumas polêmicas. Por

²⁴⁶ LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*, Vol. II, 3ª Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 524.

²⁴⁷ “Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença:
(...)

VIII - que decretar a prescrição ou julgar, por outro modo, extinta a punibilidade;”

²⁴⁸ LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*, Vol. II, 3ª Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 524.

exemplo, Afrânio Silva Jardim entende que a idéia de sucumbência é insuficiente e inadequada ao conceito de interesse em recorrer. Argumenta o autor que há casos em que, por exemplo, o terceiro prejudicado possui interesse em recorrer sem ser, processualmente, sucumbente. Da mesma forma, o Ministério Público, na ação penal privada, embora não sendo parte, terá interesse em recorrer para corrigir eventual injustiça. Em conclusão, afirma que há interesse sem sucumbência.²⁴⁹

O mesmo fizeram Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes, ao referirem a usual identificação entre o interesse de agir, em matéria recursal, e a sucumbência, gravame ou prejuízo. Rebatem, contudo, o argumento sustentando que ele é parcial, pois a sucumbência somente seria aplicada às decisões proferidas em respostas a iniciativas das partes, não servindo para explicar os casos em que o juiz se pronuncia de ofício (como, por exemplo, ao declarar a incompetência absoluta) ou que o terceiro, que não parte, isto é, estranho à relação processual, pretenda recorrer.²⁵⁰

Aury Lopes Jr. refere-se apenas à necessidade de o recorrente, de modo a justificar seu interesse, deve ter sofrido um gravame em função do ato judicial que se pretende impugnar. Para ele, todo o recurso supõe a existência deste gravame para a parte recorrente, isto é, uma diferença injustificada desfavorável para ela, entre a sua pretensão (ou resistência) e o que foi reconhecido e concedido na sentença impugnada.²⁵¹

Eugênio Pacelli de Oliveira afirma que a noção de interesse é extraída da definição de sucumbência e que sucumbente é aquele cuja expectativa juridicamente relevante não tenha sido atendida na decisão judicial.²⁵²

Por sua vez, Vicente Greco Filho, que inclui a sucumbência inclusive como pressuposto subjetivo dos recursos, assim se manifesta:

“A sucumbência, que tem sido definida ora como o prejuízo causado á parte pela decisão, ora como a relação desfavorável entre o que foi pedido e o que foi concedido. Ambos os conceitos esclarecem, parcialmente, a situação. De fato, se a parte tiver prejuízo decorrente da decisão, haverá sucumbência, o mesmo

²⁴⁹ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 217.

²⁵⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 4ª Ed. Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 84.

²⁵¹ LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*, Vol. II, 3ª Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 498.

²⁵² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 712.

acontecendo se pediu algo que não foi concedido ou se foi concedido menos. (...) Assim, feita a acusação, a sentença fixará a pena entre o mínimo e o máximo; se fixar acima do mínimo, mas não no máximo, será sucumbente a acusação porque poderá pleitear o aumento de pena até aquele limite, e será sucumbente a defesa porque poderá pleitear a redução ao mínimo legal. E, no caso, não houve pedido específico a respeito. Outra situação: o juiz decreta, de ofício, a incompetência do juízo. Quem é sucumbente, a acusação ou a defesa? Não se identifica, pelo menos aparentemente, nem prejuízo determinado nem pedido que se possa confrontar com o que foi decidido. (...) É necessário, portanto, um conceito mais abrangente de sucumbência, que corresponda ao interesse de recorrer, que é o interesse processual nesse fase da ação.”²⁵³

Conclui afirmando, pois, que a sucumbência deve ser conceituada como a situação que decorre do não atendimento de uma expectativa juridicamente possível, o que caracteriza o interesse de recorrer, de pedir a reforma de uma decisão. Afirma, por fim, que a sucumbência refere-se ao dispositivo da decisão, de tal modo que não haveria sucumbência quanto à fundamentação da sentença.²⁵⁴

De se observar, contudo, que, no processo penal, especificamente no que tange à sentença absolutória, dispositivo e fundamentação necessariamente andam juntos. Daí que se pode, a nosso ver, falar-se em sucumbência da fundamentação, se é possível falar-se em sucumbência do dispositivo. Essa vinculação entre dispositivo e fundamentação, como já se viu, decorre fundamentalmente da eficácia extrapenal da sentença penal, que irradiará seus efeitos conforme o motivo que acompanhará seu dispositivo. Com efeito, convém lembrar a redação do art. 386 do Código de Processo Penal:

“Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:”

Inegavelmente, não haveria sentido na redação do dispositivo se não fosse efetivamente existente a vinculação entre o dispositivo e a fundamentação da sentença. E a razão, como já referido, é singela.

Por fim, cabe referir também a lição de Douglas Fischer a respeito da relação entre sucumbência e interesse, para quem, também, ambas nem sempre andam juntos, embora a regra seja haver sucumbência e interesse. Já foram elencados casos em que não há

²⁵³ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 334.

²⁵⁴ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 335.

sucumbência, mas há interesse. Em sentido oposto, refere o autor um caso em que há sucumbência, mas não há interesse recursal. Trata-se da hipótese do protesto por novo júri, existente, ao menos antes da Lei n.º 11.689/2008, nos delitos dolosos contra a vida, quando a sentença impusesse pena superior a 20 anos de reclusão. Em um caso em que a sentença condenasse o réu a pena inferior a 20 anos (que não gera direito ao protesto por novo júri), inegável que o réu sucumbiu, mas inegável também não se poder falar em interesse na interposição de apelo que visasse à majoração da pena, para fins de viabilizar o protesto.²⁵⁵

Em realidade, a despeito das discussões e divergências, a noção de sucumbência (ou de prejuízo como querem alguns) é essencial para a análise do interesse recursal. A dificuldade repousa em entender quando há, efetivamente, o prejuízo, para configurar-se o interesse recursal. Segundo compreendemos, tal prejuízo deve ser analisado de forma absolutamente ampla, com a consideração de aspectos que fogem, propriamente, ao processo penal absolutório.

2.2. O real interesse do réu em recorrer de sentenças, aparentemente, favoráveis

Segundo pensamos e conforme adiante pretendemos demonstrar, o réu possui, fundamentalmente, interesse em apelar de sentenças que são, à primeira vista, favoráveis, quais sejam: i) a sentença que o absolve por fundamentação menos favorável e ii) a sentença que declarar extinta a punibilidade.

Inicialmente, analisaremos aqueles casos em que, inobstante tenha sido o réu categoricamente absolvido, com base em um dos fundamentos do art. 386 do Código de Processo Penal, possui ele legítimo interesse em pretender alterar a capitulação da sentença absolutória para outra que entende mais favorável. A segunda hipótese trata da sentença que declara extinta a punibilidade, a qual, conforme o caso, pode igualmente ensejar a

²⁵⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de.; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 1074.

interposição de recurso de apelação por parte do réu.

Essa construção não possui ampla aceitação na doutrina, que ainda se prende, em grande parte, ao conservadorismo de entender que absolvição é absolvição qualquer que seja o motivo, ou seja, de que sempre irá inexistir sucumbência. A partir de uma visão mais crítica, percebe-se que é a própria lei quem afirma o contrário, ao tratar de forma diferente os casos em que a acusação é julgada improcedente. De outro lado, mais ainda a jurisprudência mostra-se inerte, sem manifestar qualquer avanço nesse sentido.

2.2.1. O interesse em recorrer da sentença absolutória

Cabe, inicialmente, um alerta: parte-se da premissa, que será justificada, de que o réu pode ter interesse em recorrer da sentença de absolvição; não significa afirmar, todavia, que o interesse sempre estará presente, pois a análise deve ser feita à luz da modificação que ele pretende com seu recurso.

Analisando-se a sucumbência, poder-se-ia pensar, em tese, que o réu não possuiria interesse em recorrer de uma sentença absolutória, pois, afinal, foi absolvido, e o que é relevante é o dispositivo da sentença. Entretanto, como já vimos, o dispositivo é acompanhado pela motivação da absolvição, que, conforme for, pode gerar conseqüências diversas. Daí que exsurge o prejuízo ao réu, ou seja, quando um motivo for mais benéfico que aquele aplicado na sentença. Isso, é inegável, pode ocorrer.

Tal interesse, contudo, não é assegurado pela ampla maioria da jurisprudência dos tribunais, sequer por parcela significativa da doutrina. Assim, por exemplo, Vicente Greco Filho, que afirma não caber ao juiz penal definir a situação civil do acusado, de modo que, em que pese uma absolvição por falta de provas ou a extinção da punibilidade deixar questões remanescentes, essas questões não seriam de competência do juiz criminal.²⁵⁶

²⁵⁶ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 335.

Por outro lado, Eugênio Pacelli de Oliveira, mesmo reconhecendo o eventual interesse patrimonial oriundo de uma decisão absolutória fundada na prova de inexistência do fato, afirma que não há como negar a ausência de interesse recursal, porquanto o fato de existir no ordenamento processual penal uma modalidade de sentença absolutória que afasta também a responsabilidade civil não implica a conclusão no sentido de que estaria então configurado um verdadeiro direito subjetivo a semelhante provimento judicial. Isso porque o interesse recursal, segundo o autor, deve ser aferido no âmbito das expectativas possíveis e realizáveis no processo penal, abstraídas quaisquer outras ordens de consideração, mesmo que juridicamente relevantes, como a responsabilização civil.²⁵⁷

Em posição diametralmente oposta, Aury Lopes Jr. afirma que a apelação proposta pelo réu contra uma sentença absolutória pode ser conhecida ou não, dependendo das circunstâncias. É o que pensamos. Refere que se o apelo tem por finalidade a modificação da capitulação legal da sentença absolutória para inibir os efeitos de uma futura ação civil haveria interesse manifesto, pois o acolhimento do recurso conduziria a uma nova decisão, que diminui o prejuízo causado pela sentença.²⁵⁸

Para se concluir dessa forma favorável ao réu, mostra-se necessário assentar uma premissa, qual seja, a de que o processo penal não pode ser visto exclusivamente sobre sua própria ótica, ou seja, deve-se levar em conta toda a repercussão extrapenal que causa a simples existência de uma ação penal contra uma pessoa. Nesse norte, uma sentença absolutória não necessariamente apaga a mácula sobre o acusado, pois, nas palavras de Francesco Carnelutti:

“Reconstruída a história, aplicada a lei, o juiz absolve ou condena. Duas palavras que se ouvem pronunciar continuamente, mas cujo significado profundo é necessário descobrir. Deveria significar: o imputado é inocente ou culpado. O juiz deve, entretanto, escolher entre o *não* do defensor e o *sim* do Ministério Público. Mas e se não pode escolher? Para escolher, deve ter uma certeza, no sentido negativo ou no sentido positivo; e se não há? As provas deveriam servir para iluminar o passado, onde antes havia obscuridade; e se não servem? Então, diz a lei, o juiz absolver por *insuficiência de provas*; e o que quer dizer isso? Que o imputado não é culpado, mas tampouco é inocente; quando é inocente, o juiz declara que *não*

²⁵⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 713.

²⁵⁸ LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*, Vol. II, 3ª Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 499.

cometeu o fato ou que *o fato não constitui delito*. O juiz diz que não pode dizer nada, nestes casos. O processo se encerra com um *nada de fato*. (...) Bem, mas e o imputado? (...) A absolvição por não ter cometido o fato ou porque o fato não constitui delito cancela a imputação; com a absolvição por insuficiência de provas, a imputação subsiste. O processo não termina nunca. O imputado continua sendo imputado por toda a vida. Não é um absurdo também isto?²⁵⁹

Inegável que sim. O réu absolvido, principalmente após toda a repercussão negativa que sofreu durante a tramitação do processo penal, continuará sendo culpado aos olhos da sociedade, ainda que absolvido, a menos que se declare expressamente o contrário na sentença. Daí advirá seu interesse em reformar a sentença, isto é, modificar a capitulação legal da absolvição. Não se pode perder de vista, nesse prisma, que o processo penal é um instrumento de preservação da liberdade jurídica do acusado em geral, de modo que é um direito, não do autor, mas do réu, interessado que é em defender sua liberdade jurídica, mediante a jurisdição, que testa a legalidade da ação do acusador.²⁶⁰

Ora, deveria até ser de senso comum que, se o processo penal representa tal intervenção na vida do acusado, podendo gerar ele consequências irremediáveis, deve ele também servir para, na hipótese de ser efetivamente inocente²⁶¹, poder o réu ver isso assegurado pela sentença. E, nesse caso, a sentença deve ser vista não só como a de primeira instância, mas como aquela que transitará em julgado, no caso o acórdão proferido pelo Tribunal *ad quem* em função de apelo. Se pode o juiz de primeira instância declarar a inocência do acusado, afirmando expressamente que ele não cometeu o fato, e não o faz, não há razão sequer lógica para os juízes de grau superior não poderem rever esse entendimento, a pedido do réu.

Sobre o tema, com propriedade, anota Douglas Fischer, após assentar que o co-autor da sua obra (o mesmo Eugênio Pacelli de Oliveira anteriormente citado) possui posição diversa:

“Referido entendimento é no sentido de que, se de um lado é verdadeira a assertiva de que no âmbito do processo penal estão em pauta discussões atinentes

²⁵⁹ CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*. Tradução da versão espanhola do original italiano por Carlos Eduardo Trevelin Millan. São Paulo: Editora Pillares, 2009. p. 91-92.

²⁶⁰ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3ª Ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 33.

²⁶¹ Na sua acepção social usual. Conforme o Dicionário Houaiss, inocente é aquele que não faz mal, que não causa efeito; sem malícia; que é ingênuo, puro; que não cometeu ato ilegal; contrário de culpado. (HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Minidicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004. p. 418).

primordialmente ao âmbito criminal, não se pode deixar de consignar a relevância ímpar da possibilidade do debate dialético-processual nessa seara. (...) dada a decorrência dos princípios garantidores dos direitos fundamentais estampados na Constituição Federal, mister compreender que em nenhum outro procedimento se deverá dar primazia e espectro tão amplo ao princípio da ampla defesa e do contraditório como no processo penal. Significa que, no processo penal, se discute não apenas se o réu deva ser absolvido ou condenado. É direito fundamental do réu ter a resposta estatal não apenas pelo prisma persecutório, mas também em face de todas as conseqüências que possam advir do processo penal, *diretas ou indiretas*. Assim, como eventual responsabilidade civil nem sempre é afastada peremptoriamente pelo juízo criminal, pois depende do fundamento da decisão proferida, há de se abrir a possibilidade de recurso para a modificação do fundamento, *desde* que traga conseqüências reais e fáticas em benefício do recorrente.²⁶²

Pensamos, inclusive, que a existência do interesse, em alguns casos, justifica-se pelo próprio Código de Processo Penal, pois caso considerasse que nenhuma relevância há nas futuras conseqüências extrapenais, não haveria sentido para exigir a fundamentação da absolvição no dispositivo da sentença e, além, mencionar quais dispositivos impedem a ação civil. Bastaria, apenas, deixar eventual responsabilização apenas para a própria jurisdição civil. Maurício Zanoide de Moraes utiliza esse argumento exatamente para assentar a existência e relevância dos reflexos extrapenais da sentença.²⁶³

Nesse mesmo aspecto, também na Itália se refere a importância dos efeitos extrapenais de uma sentença penal, para o fim de se analisar o interesse recursal:

“Il raggiungimento di un risultato pratico rapportato alle situazioni e alle facoltà tutelate dall’ordinamento dona concretezza all’interesse a impugnare tutte le volte in cui dalla modifica del provvedimento – da intendere nella sua lata eccezione, comprensiva anche della motivazione – derivi l’eliminazione di qualsiasi effetto negativo per la parte che ne invoca il riesame. Il che accade, per esempio, non solo quando l’imputato, mediante il gravame, si riprometta di ottenere affetti penali più vantaggiosi (per esempio, l’assoluzione o la mitigazione del trattamento sanzionatorio), ma anche quando voglia ottenere conseguenze extrapenali più favorevoli, come quelle che la legge fa derivare dall’efficacia del giudicato delle sentenze di condanna o di assoluzione nel giudizio di danno (artt. 651 e 652 c.p.p.),

²⁶² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de.; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 1075.

²⁶³ MORAES, Maurício Zanoide de. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 361.

dal giudicato di assoluzione nel giudizio disciplinare (art. 653 c.p.p.), e das giudicato delle sentenze di condanna e di assoluzione in altri giudizi civili o amministrativi.²⁶⁴

A questão, portanto, está em saber quais motivos de absolvição são mais favoráveis ao réu, o que já foi exposto quando se tratou da sentença absolutória. O prejuízo, está, então, na consequência que alguns dispositivos geram, uns mais que os outros, em searas que não a penal. Prejuízos esses que são de natureza patrimonial ou funcional.²⁶⁵

A respeito das hipóteses de absolvição, em estudo específico sobre o tema que ora se trata, Rudson Coutinho da Silva e Douglas Fischer classificam as decisões em decisões que certificam e decisões que não certificam. Decisões que certificam seriam: i) estar provada a inexistência do fato (art. 386, I, CPP); ii) não constituir o fato infração penal (art. 386, III, CPP); iii) estar provado que o réu não concorreu para a infração penal (art. 386, IV, CPP); iv) excludentes de ilicitude (art. 386, VI, CPP) e v) causas de isenção de pena (art. 386, VI, CPP). Por outro lado, são decisões que não certificam: i) não haver prova da existência do fato (art. 386, II, CPP); ii) não existir prova de ter o réu concorrido para a infração (art. 386, V, CPP); iii) não existir prova suficiente para a condenação (art. 386, VII, CPP) e iv) haver fundada dúvida sobre a existência de excludentes ou causas de isenção (art. 386, VI, CPP).²⁶⁶

Analisando-se essas hipóteses de decisão, verifica-se que as decisões que certificam são as que mais atendem aos interesses do réu, ao passo que as que não certificam, justamente porque não excluem a responsabilidade do acusado, não atendem tão de perto aos seus interesses, embora possam também gerar sua absolvição. Justamente aí que está a sucumbência a gerar o interesse recursal, ou seja, o réu pode ver ampliada a tutela de suas pretensões já no processo penal, com a modificação do dispositivo da sentença.²⁶⁷ E esse interesse, conforme já se frisou, está sempre ligado a uma razão extrapenal (patrimonial ou funcional), já que sanção penal nenhuma decorrerá da sentença absolutória.

Vistas e classificadas as hipóteses de absolvição, já com a nova redação do art. 386,

²⁶⁴ NUZZO, Francesco. *L'appello nel processo penale*. Milano: Giuffrè Editore, 2006. p. 84

²⁶⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de.; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 1076.

²⁶⁶ FISCHER, Douglas; COUTINHO, Rudson. *Interesse recursal do réu em caso de absolvição ou quando extinta sua punibilidade*. Revista de Doutrina 4ª Região, v. 31, p. 1-1, 2009. Também disponível em http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao031/silva_fischer.html. Acesso em 17.11.2010.

²⁶⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de.; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 1076.

convém lembrar as conseqüências na esfera civil de cada caso. A esse respeito, possuem grande importância os arts. 65, 66 e 67 do Código de Processo Penal²⁶⁸, os quais afirmam, em síntese, que não poderá ser proposta ação civil quando houver sido reconhecida, na sentença penal, a inexistência material do fato ou que ele tenha sido praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou em exercício regular de direito.

Essas hipóteses constantes do Código de Processo penal são de natureza patrimonial, porque, nesses casos, a sentença penal irá excluir peremptoriamente a responsabilidade civil, que está condicionada ao fundamento da absolvição, havendo subordinação temática entre as instâncias cível e criminal. Assim, conforme disposto nos arts. 66 e 67 do CPP, não haverá impedimento para o ajuizamento da ação civil de reparação nos casos em que i) não tiver sido, categoricamente, negada a existência do fato; ii) houver o arquivamento de inquérito ou peças de informação (desde que não pelos fundamentos da negativa de autoria ou inexistência do fato); iii) na ação penal, for extinta a punibilidade; iv) a sentença penal reconhecer que o fato imputado não constitui crime.²⁶⁹

O Código Civil, por seu turno, no que se refere à relação entre a responsabilidade civil e criminal, assim dispõe:

“Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.”

Sobre o assunto, anota Sílvio de Salvo Venosa:

“Em princípio, não pode o juízo civil discutir o que ficou assente no juízo criminal, no tocante à existência do fato ou quem seja seu autor. Assim, se a sentença criminal definiu que o fato não existiu ou que fulano não é autor da conduta, essas questões não podem ser resolvidas no juízo indenizatório. Desse

²⁶⁸ “Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.”

“Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.”

“Art. 67. Não impedirão igualmente a propositura da ação civil:

I - o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação;

II - a decisão que julgar extinta a punibilidade;

III - a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime.”

²⁶⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de.; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 1077.

modo, se a indenização dependia dessas premissas, não há como ser concedida.”²⁷⁰

Assim, conclui-se que em apenas três situações a decisão proferida no âmbito criminal repercutirá automaticamente no juízo cível, impedindo a pretensão de reparação civil, quais sejam: inoccorrência do fato, negativa de autoria e excludentes de antijuridicidade no caso de legítima defesa própria.²⁷¹

Digna de destaque a redação do art. 411 do Anteprojeto de Código de Processo Penal em trâmite no Congresso Nacional, que assim dispõe:

“Art. 411. Faz coisa julgada no cível a sentença penal absolutória que reconhecer:

I – a inexistência do fato;

II – estar provado não ter o réu concorrido para a ocorrência do fato;

III – ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito, sem prejuízo da responsabilidade civil, quando prevista em lei.”

Observa-se que o projeto de novo Código já elenca, de forma mais clara e evidente as hipóteses em que a sentença penal absolutória fará coisa julgada no juízo cível, o que só vem a indicar que o sistema processual brasileiro efetivamente preocupa-se com o diálogo entre as duas esferas, o que só vem a corroborar o entendimento ora exposto.

Por outro lado, é de se notar, igualmente, o Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União (Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990), em seu art. 126, dispõe que “A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria.” Trata-se da repercussão funcional da sentença absolutória, pois, nesse caso, o servidor que estiver respondendo a Processo Administrativo Disciplinar por fato que já for objeto de processo penal terá sua responsabilidade afastada se a sentença penal negar a existência do fato ou a autoria.

Assim, repousa justamente na afirmação categórica que determinadas capitulações da sentença representam, seja no sentido da inexistência do fato, seja no que diz respeito à

²⁷⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 185.

²⁷¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de.; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 1077.

autoria. Aí está o interesse em o réu pretender uma sentença que negue categoricamente a existência de um fato, pois o fato que não foi categoricamente afirmado ou negado no processo criminal não foi, a rigor, julgado, sendo ampla a decisão do juízo cível a seu respeito.²⁷²

Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes igualmente defendem a existência de interesse recursal de o acusado apelar da sentença absolutória, notadamente para impedir a via civil e para retornar à função pública. Colocam dúvidas, contudo, em relação aos casos em que o interesse é apenas moral, com base nos efeitos sociais da existência do processo penal, embora defendam tal possibilidade, assentando, inclusive, que na Itália foi suprimida a hipótese de absolvição por insuficiência de provas justamente em função desse problema.²⁷³

Vemos, também, com bons olhos essa possibilidade, justamente em função daquelas razões relativas ao impacto do processo penal na vida social do acusado, que fica estigmatizado, ainda que absolvido. Reconheça-se, contudo, que esse aspecto não apresenta a mesma clareza objetiva que os antes mencionados, ficando muito mais no campo teórico.

Também José Frederico Marques encara como viável o recurso de apelação interposto pelo réu contra sentença absolutória que vise à modificação do dispositivo da sentença, reconhecendo a clara existência de interesse recursal.²⁷⁴ O mesmo se diga com relação a Hélio Tornaghi.²⁷⁵

Por fim, Maurício Zanoide de Moraes, em estudo específico sobre o interesse e a legitimação em recorrer no processo penal, assenta que o acusado também defende interesses civis, de forma a pretender declarar-se inocente para não sofrer conseqüências não penais, como a civil, a administrativa e a tributária.²⁷⁶

Acaba por concluir que existe um “lídimo interesse recursal ao imputado para impugnar as decisões penais, mesmo que o benefício prático-jurídico por ele almejado se encontre apenas no âmbito extrapenal de sua esfera jurídica. Todavia, não se imagina o

²⁷² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 543.

²⁷³ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 4ª Ed. Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 128.

²⁷⁴ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, Vol. IV. Campinas: Bookseller, 1997. p. 254.

²⁷⁵ TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*, Vol. 2, 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 311.

²⁷⁶ MORAES, Maurício Zanoide de. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 358.

acusado com um ilimitado interesse recursal. A ele, assim como aos demais recorrentes, deve ser observado que só há legítimo interesse em recorrer se e quando seu ato representar, ao menos hipoteticamente, um benefício prático à sua esfera jurídica.”²⁷⁷

Tal advertência já foi feita no início do presente capítulo. O interesse limita-se a alterações que representaram real vantagem prática, não se vislumbrando interesse, por exemplo, em alterar uma sentença que absolve por inexistência de provas suficientes para a condenação para uma que absolve por não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal.

No que se refere à jurisprudência, a mesma mostra-se oscilante, mas mais tendente a não reconhecer o interesse. Assim, por exemplo, o Tribunal Regional Federal já decidiu tanto no sentido de ser sempre viável o interesse em alterar a capitulação (de que é exemplo o julgamento do Recurso de Apelação n.º 0004063-34.2001.404.7001²⁷⁸), ser viável em alguns casos (e.g. 2004.72.04.008117-5²⁷⁹ e 2001.70.08.003396-4²⁸⁰), como nunca existir interesse

²⁷⁷ MORAES, Maurício Zanoide de. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 364-365.

²⁷⁸ PENAL. GUARDA E UTILIZAÇÃO DE MOEDA FALSA. ARTIGO 289, §1º DO CÓDIGO PENAL. RECURSO DE SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. INTERESSE RECURSAL. ALTERAÇÃO DO FUNDAMENTO DA SENTENÇA. AUTORIA E DOLO DEMONSTRADOS. VALORAÇÃO DAS PROVAS COLHIDAS NO INQUÉRITO POLICIAL. VERSÃO DISTINTA NA FASE JUDICIAL. CONDUTA SOCIAL. AÇÕES PENAIAS EM CURSO. DESCABIMENTO. SÚMULA 444 DO STJ.

Não obstante a sentença seja absolutória, o réu pode recorrer buscando modificar sua fundamentação.

(...)

(TRF4, ACR 0004063-34.2001.404.7001/PR, Oitava Turma, Relator Sebastião Ogê Muniz, D.E. 26/08/2010)

²⁷⁹ PENAL E PROCESSUAL PENAL. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. MODIFICAÇÃO DO FUNDAMENTO LEGAL. MATERIALIDADE DO FATO DELITUOSO. COMPROVAÇÃO. ARTIGO 66, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. ARTIGO 577, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NÃO CONHECIMENTO DAS APELAÇÕES DEFENSIVAS. SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ARTIGO 337-A, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL. SENTENÇA TRABALHISTA. AUSÊNCIA DE AUSÊNCIA DE PROCEDIMENTO APURATÓRIO OU ARRECADATÓRIO PELO INSS. MATERIALIDADE NÃO COMPROVADA. EMENDATIO LIBELLI. ARTIGO 383, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. POSSIBILIDADE. ARTIGO 297, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL. AUTORIA. PROVAS INSUFICIENTES. ARTIGO 386, INCISO VII, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. Para a admissibilidade de qualquer recurso é necessário que haja legítimo interesse do recorrente (art. 577, parágrafo único, do Código de Processo Penal). Somente há interesse recursal na alteração do fundamento legal da sentença absolutória, quando houver possibilidade de evitar eventuais repercussões na esfera cível, o que não ocorre quando a existência do fato delituoso resta incontroversa (artigo 66, do Código de Processo Penal).

(...)

(TRF4, ACR 2004.72.04.008117-5, Oitava Turma, Relator Luiz Fernando Wowk Penteadó, D.E. 18/03/2010)

²⁸⁰ PENAL. CRIME AMBIENTAL. CORTE E FOGO EM VEGETAÇÃO CONSIDERADA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. ARTIGOS 39 E 41 DA LEI Nº 9.605/98. TERRENO DE MARINHA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCONFORMIDADE DO RÉU. 1. Segundo precedente da 4ª Seção da Corte, o réu absolvido tem interesse recursal para postular a alteração do fundamento do julgado, desde que a mudança produza conseqüências favoráveis na esfera cível. 2. Tese de negativa de autoria rejeitada. (TRF4, ACR 2001.70.08.003396-4, Oitava Turma, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, DJ 28/09/2005)

(2003.72.00.003369-4²⁸¹).

Também o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, para ficar apenas no âmbito local, acaba por aceitar, dependendo do caso, o interesse recursal, de que são exemplo os seguintes julgados: Apelação Crime n.º 70038274114²⁸², Relator o Desembargador Manuel José Martinez Lucas e 70019695352²⁸³, Relator Des. José Eugênio Tedesco.

2.2.2. O interesse em recorrer da sentença que reconhece a prescrição

Resta, ainda, a discussão acerca da existência de interesse recursal quando a sentença declara extinta a punibilidade pela prescrição. Como anota Maurício Zanoide de Moraes, três são as espécies de prescrição, a saber, prescrição em abstrato, prescrição intercorrente e prescrição retroativa.²⁸⁴

²⁸¹ PENAL E PROCESSO PENAL. ESTELIONATO. PREJUÍZO PATRIMONIAL ALHEIO AUSENTE. EMENDATIO LIBELLI. FALSIDADE IDEOLÓGICA. ART. 299 DO CP. CORRUPÇÃO ATIVA. PRESCRIÇÃO. APELAÇÃO CRIMINAL. PRETENSÃO DE MODIFICAÇÃO DO FUNDAMENTO DA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL.

(...)

4. É inadmissível o recurso de apelação oposto contra sentença absolutória que se fundou no fato de inexistirem provas suficientes para a condenação (art. 386, VI, do CP), com o intuito de ver alterada, exclusivamente, a fundamentação do julgado, porquanto ausente o interesse recursal. Precedente do TRF4. (TRF4, ACR 2003.72.00.003369-4, Oitava Turma, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 21/03/2007)

²⁸² APELAÇÃO-CRIME. ART. 302 DO CTB. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA COM BASE NO ART. 386, V, DO CPP. EXISTÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL DO RÉU PARA PLEITEAR A ALTERAÇÃO DO FUNDAMENTO DA ABSOLVIÇÃO PARA A HIPÓTESE DO INCISO IV DO MESMO ARTIGO LEGAL. REJEIÇÃO DA PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO. MÉRITO. FRAGILIDADE E IMPRECISÃO DA PROVA PRODUZIDA, A QUAL NÃO É CAPAZ DE GERAR QUALQUER CERTEZA, NEM NUM NEM NOUTRO SENTIDO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE O RÉU NÃO CONCORREU PARA A INFRAÇÃO PENAL. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DE 1º GRAU. Preliminar rejeitada. Apelo improvido. (Apelação Crime Nº 70038274114, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Julgado em 20/10/2010)

²⁸³ RECURSO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. FALTA DE INTERESSE RECURSAL. CONHECIMENTO. MÉRITO. IMPROVIMENTO. Merece conhecimento a apelação que visa modificar o fundamento legal da sentença penal absolutória. No mérito, há demonstração inequívoca de que a absolvição resultou da insuficiência de provas, e não da constatação de que o fato não constitui infração penal. Recurso conhecido, e, no mérito, improvido. (Apelação Crime Nº 70019695352, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Eugênio Tedesco, Julgado em 30/08/2007)

²⁸⁴ MORAES, Maurício Zanoide de. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 371.

Na primeira hipótese, a prescrição é reconhecida antes mesmo de prolatada sentença de mérito, ou seja, antes mesmo de o julgador tecer qualquer juízo acerca do fato imputado ao réu. Assim, para Zanoide de Moraes, como não há qualquer declaração judicial sobre o fato naturalístico, faltaria ao réu interesse recursal, pois absolutamente nenhuma consequência em esferas que não a penal ocorreria.²⁸⁵ No mesmo sentido, entende Douglas Fischer, na obra já mencionada.²⁸⁶

Ada Grinover, Magalhães Gomes Filho e Scarance Fernandes, por outro lado, entendem que, a princípio, haveria interesse, pois o juiz deixou de resolver sobre a procedência da ação, de modo que buscar a declaração de absolvição poderia trazer reflexos positivos na esfera civil, administrativa, ou mesmo repercutir favoravelmente em relação ao prestígio do agente. Acabam, porém, por reconhecer complicada a aplicação da tese, já que poderá o Tribunal não absolver, negando provimento ao recurso, o que, ao menos indiretamente, poderá levar a uma declaração de elementos suficientes para a procedência, o que poderia ser mais desfavorável, sob o ponto de vista social, ao recorrente.²⁸⁷

Entendemos, a par de compreendermos as dificuldades, que podem ser aplicados os mesmos fundamentos para se admitir o interesse recursal para a modificação do fundamento da sentença absolutória, porquanto, também no caso da prescrição, não se declara o réu inocente, pois sequer chega-se a fazer qualquer juízo de mérito. No entanto, ainda assim, terá o réu sofrido as consequências nefastas de um processo penal, o que justificaria, ao menos em tese, um interesse em que o Judiciário não só diga que o Estado não poderá mais puni-lo, mas que o fato não ocorreu ou que ele não foi o responsável por ter ocorrido.

Com relação à prescrição retroativa, justamente por pressupor uma sentença condenatória, concordam os autores, ao menos aqueles que já admitiam o interesse para o caso de alteração da capitulação, que há o interesse, justamente porque a decisão condenatória traz em si valores negativos que não se restringem à natureza penal da sanção.²⁸⁸ Assim, o acusado “sempre terá um lídimo interesse recursal se visar à reforma da sentença condenatória sobre a qual aquelas subespécies prescricionais se lastrearam. Há interesse impugnativo não

²⁸⁵ MORAES, Maurício Zanoide de. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 372.

²⁸⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de.; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 1080.

²⁸⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 4ª Ed. Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 128-129.

²⁸⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de.; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 1079.

para o condenado questionar a existência ou não da prescrição, mas para pretender a reforma daquela decisão condenatória que serviu de esteio e pressuposto ao reconhecimento da prescrição punitiva em suas formas intercorrente e retroativa”.²⁸⁹

De qualquer maneira, justamente por haver uma sentença condenatória, esses casos de prescrição retroativa não constituem objeto do estudo, o qual buscou se focar especialmente na possibilidade de recurso à sentença absolutória, ou àquela que nem absolve, nem condena, como a que reconhece a prescrição antes de adentrar no exame do mérito.

²⁸⁹ MORAES, Maurício Zanoide de. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 373.

CONCLUSÕES

Poucas situações apresentam tanta repercussão na vida de um ser humano como ter contra si instaurado um processo penal. Desde o momento da instauração do inquérito policial, passando pelo oferecimento da denúncia, seu recebimento (momento a partir do qual a situação já passa de um simples desviar de rumos), toda a instrução processual, com seus desdobramentos, até a sentença final, que acabará por julgar procedente ou improcedente a acusação, condenando ou absolvendo o acusado.

A partir do início do processo, inegável, a situação já não é a mesma, porquanto o acusado, queira-se ou não, em geral acaba por ser taxado de criminoso, pois, pelo menos aos olhos da sociedade, reina a desconfiança. Tal só se apaga, quando efetivamente provada a inocência, tida essa como uma declaração judicial de que ou o fato não ocorreu ou não foi o acusado o autor.

É por isso que a sentença penal absolutória, em alguns casos, não apaga essa imagem do eterno réu, pois, em função da prova acima da dúvida razoável que exige o processo penal, muitas vezes o acusado será absolvido não porque pensa o juiz que ele é efetivamente inocente, mas porque não teve como condená-lo. O mesmo ocorre quando não se condena nem se absolve, mas simplesmente se declara a prescrição da pretensão punitiva do Estado.

Não bastasse, o próprio sistema processual penal, nitidamente relacionado, ao menos nesse aspecto, com o civil, equaciona hipóteses diversas acerca do convencimento de absolvição. É dizer, o motivo é fundamental, tanto que essencial ao dispositivo da sentença, porquanto acarreta diferentes conseqüências no âmbito extrapenal.

Justamente aí que reside o interesse de o réu, sempre que pretender uma situação realmente mais vantajosa, recorrer da sentença absolutória para alterar seu fundamento. Não é porque as esferas penal e civil são independentes que não se deverá considerar eventuais reflexos de uma sentença penal para aferição da condição de admissibilidade recursal denominada interesse em recorrer.

Não é, porém, qualquer pretensão recursal que estará apta a ser conhecida pelo Tribunal *ad quem*. É necessário, frise-se, que da eventual modificação da sentença advenha uma vantagem prática para o acusado. Do contrário, estará ausente o interesse.

Percebe-se, assim, claramente, a necessidade de adequação dos entendimentos conservadores que não percebem o interesse, porquanto limitam sua análise apenas sob a ótica do processo penal, o que leva à conclusão evidente de que, não havendo condenação, inexistiria qualquer prejuízo ao réu que justifique a interposição de um recurso de apelação.

Tal entendimento não se coaduna com os interesses do réu garantidos pelo atual Estado de Direito, razão pela qual necessário é que se repense, fortemente, sob pena de se cometerem injustiças que poderiam ser simplesmente resolvidas com uma nova análise da sentença por juízes de segunda instância.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Araken de. *Eficácia civil da sentença penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Sentença Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005.

BRASIL. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. – Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 438. Disponível em www.stj.jus.br.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 220. Disponível em www.stf.jus.br.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Apelação Criminal n.º 0004063-34.2001.404.7001/PR, Relator Sebastião Ogê Muniz, D.E. 26/08/2010.*

_____. *Apelação Criminal n.º 2004.72.04.008117-5, Relator Luiz Fernando Wowk Penteadó, D.E. 18/03/2010.*

_____. *Apelação Criminal n.º 2001.70.08.003396-4, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, DJ 28/09/2005.*

_____. *Apelação Criminal n.º 2003.72.00.003369-4, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 21/03/2007.*

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Criminal n.º 70038274114, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Julgado em 20/10/2010.*

_____. *Apelação Criminal n.º 70019695352, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Eugênio Tedesco, Julgado em 30/08/2007.*

CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*. Tradução da versão espanhola do original italiano por Carlos Eduardo Trevelin Millan. São Paulo: Editora Pillares, 2009.

_____. La cenicienta. In: **Cuestiones sobre el Proceso Penal**, p. 15-21. [sem data]. Originalmente publicado na *Rivista di Diritto Processuale*, 1946, p.1. Disponível em: <<http://www.itecrs.org/artigos/ppenal/2.pdf>>. Acesso em: 14.10.2010.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CONSTANTINO, Lúcio Santoro de. *Recursos criminais, sucedâneos recursais e criminais e ações impugnativas autônomas criminais*. 2ª Ed., rev., atual., e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A Lide e o Conteúdo do Processo Penal*. Curitiba: Juruá, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 1973.

FISCHER, Douglas; COUTINHO, Rudson. *Interesse recursal do réu em caso de absolvição ou quando extinta sua punibilidade*. Revista de Doutrina 4ª Região, v. 31, p. 1-1, 2009.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Condições da Ação Penal: uma tentativa de revisão*. São Paulo: Bushatsky, 1977

_____; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 8ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 4ª Ed. Editora Revista dos Tribunais, 2005.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Minidicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*, Vol. 1, 3ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*, Vol. II, 3ª Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil, volume 1: Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, Vol. 1, 3ª edição, Campinas: Millennium Editora, 2009.

_____. *Elementos de Direito Processual Penal*, Vol. III. Campinas: Bookseller, 1997.

_____. *Elementos de Direito Processual Penal*, Vol. IV. Campinas: Bookseller, 1997.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal, volume 1: parte geral, art.s 1º a 120 do CP*. 24ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 84.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao CPC*. Forense, vol. II, 1ª Ed.

MOSSIN, Heráclito Antônio. *Recursos em matéria criminal*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 1997.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal – Doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

NUZZO, Francesco. *L'appello nel processo penale*. Milano: Giuffré Editore, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 705.

_____ ; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*, Vol. 2, 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 311.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____ . *Processo Penal*, Vol. 4, 30ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3ª Ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____ . *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 2ª Ed. Campinas: Bookseller, 2000.