

Este texto foi criado para a **Revista de Direito Processual e Penal da IOB**, e, publicado em seu exemplar de Julho de 2010, assim como tantos outros excelentes artigos de renomados Juristas.

O Professor Doutor Caio Sérgio Paz de Barros assume a responsabilidade por seu conteúdo e divulgação por este site, agora reapresentado, sucedâneo da utilidade nos meios forenses.

Veja – também na íntegra, a Revista de Direito Processual e Penal da IOB, publicação julho de 2010.

A desútil ressurreição das condições da ação penal ou, o escopo de reinstauração da instância

Caio Sérgio Paz de Barros

**Doutor em Direito Processual pela
Faculdade de Direito do Largo
São Francisco - USP**

Em janeiro de 2007 realizamos perfeito concurso à Docência na Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP e, mais uma vez quedamo-nos prejudicados. Um dos motivos emergiu mediante o nosso profligar o instituto das condições da ação em sede de processo penal. Por óbvio a política quedara-se como móvel a claudicarmos, mas, a importação – pelo Processo Penal – de instituto que procrastina a obtenção da tutela jurisdicional, mesmo em sede de Processo Civil, emerge como ingente nonada, senão:

1. Introdução

O Processo Penal brasileiro aparta-se do modelo disponível¹ de prestação jurisdicional, mediante a incidência dos regramentos de Direito Público que, em nosso sentir, servem para mitigar o desnível entre os

¹ Durante – pelo menos – dez anos ouvimos o Catedrático de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP, Jurista Rogério Lauria Tucci, profligar a Teoria Geral do Processo, distinguindo os processos civil e penal. Avançamos à proposta, pontuando acerca de direitos disponíveis ou indisponíveis. Escoliando – inclusive – os direitos indisponíveis em sede de Processo Civil, que incoam – a maioria – nas varas de família e sucessões, por intermédio – também – dos procedimentos necessários, a propalada “jurisdição voluntária”.

partícipes da persecução penal, conforme já o dissemos em – pelo menos – dois outros trabalhos².

Com efeito, profligamos – nos subseqüentes tópicos – a informação acerca da disponibilidade do processo penal, mediante a incidência desses noticiados regramentos que orientam o Direito Público de ação, dos membros da sociedade a separar os elementos que descumprem as normas de Direito Penal, as regras básicas ao melhor convívio social.

Por isso, o processo penal pertence aos membros da sociedade que contribuem com impostos a garantir o mínimo de segurança e, como sucedâneo, a noticiada separação desses indivíduos que descumpriram as normas.

A ação penal queda-se como Direito do membro da sociedade que contribui com impostos e necessita do básico à sua segurança.

A segurança pública emerge como resultado da ação penal, por isso, não se pode quedar a alvitre de poucos, ainda que agentes públicos.

Nesse embalo, sempre militará o interesse de agir, a possibilidade jurídica do pedido e, com relação as partes, o autor resta afeto ao agente do Ministério Público, sem prejuízo da possibilidade de o ofendido promovê-la, nos termos do art. 5º. inciso LIX da Constituição da República.

Pontuaremos – outro tanto – algumas distinções entre os sistemas inquisitório e acusatório com o escopo de ressaltar, labor maior de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, a imperiosidade de o Processo Penal quedar-se orientado pela regra da inquisitividade, que não significa ausência de defesa.

Agora, à exegese introdutória, destacamos que o sufixo "ório" indica "lugar de", ou seja, inquisitório quer dizer: lugar da inquisitividade, mas, que não se podem quedarem confundidos (a regra da inquisitividade) com o modelo inquisitório.

O sistema inquisitório caracteriza-se pela exacerbação da inquisitividade, somados a outros regramentos que nutrem orientação totalitária, mitigando a possibilidade de defesa.

Diferentemente, **a regra da inquisitividade serve como atividade supletiva da inércia dos partícipes (Estado e imputado do ilícito penal), emerge caracterizada pela dupla atividade da autoridade do Estado, ocasião que investiga e decide.**

O delegado de polícia nutre inquisitividade e o juiz-penal outro tanto. Os modelos de persecuções penais quedam-se orientados pela regra da inquisitividade, emerge ínsita à indisponibilidade do direito.

Asseveramos que as regras orientadoras da obtenção da tutela jurisdicional (processo) são distintas quando cotejados direitos disponível e indisponível.

Este o descortino maior deste labor, provar que a regra da inquisitividade queda-se necessária quando versados direitos indisponíveis.

Emerge (a regra da inquisitividade) com o escopo de observar a isonomia que – ao Estado-juiz – é permitido cabalar a prova, mediante atividade supletiva da inércia dos partícipes, ou complementando-se-a.

² Caio Sérgio Paz de Barros em: "Os modelos (políticos) de persecuções penais e o descortino da regra da inquisitividade. A incidência do contraditório no inquérito policial.", Editora Edimor, ed. 1999; e, "Introdução ao estudo dos processos. Profligando uma teoria geral.", Editora Edimor, ed. 2001..

Nisto a regra da inquisitividade, para legar igualdade aos partícipes do procedimento.

Asserimos que o Estado, em decorrência da necessidade de tutelar – com maior rigor – certos direitos, identificados como indisponíveis, permitiu que o juiz investigasse os fatos, independente da atuação dos interessados (partes).

Esta afirmação poderia causar perplexidade ao desatento Leitor, ou seja, obterem que – ao Estado-juiz – foram legados amplos poderes com o escopo de mitigar a injustiça social e evitar engodos.

Com este alvitre o Estado impõe a seus agentes, legando orientação ao juiz, que cabale a prova para evitar alicantina, o conluio ou o excesso de poder (econômico). Aqui, mesmo no processo civil, o princípio de demanda, caracterizado pela vontade das partes, resta preterido em homenagem do interesse público.

A regra da inquisitividade é – sociologicamente – necessária ao “processo indispositivo”, porque realizadora da igualdade dos partícipes.

Vejam que muitos podem contratar bons advogados, neste sentido, seria injusto que o direito fosse preterido em homenagem do poder econômico.

Com efeito, emerge a regra da inquisitividade permitindo o agir da autoridade oficiante, complementando a atuação do partícipe, fomentando a isonomia e a busca pela verdade material, imprescindível aos anseios da comunidade e do Estado.

Imaginando o processo penal temos, de um lado, o gigantismo estatal, promovendo a persecução penal com todo o seu *staff*. Os membros do Ministério Público são jovens estudiosos, dedicados e, considerando-se a média da remuneração do brasileiro, muito bem pagos para o exercício de seu mister. A exegese é simples, de um lado o poder do Estado, com funcionários públicos bem treinados e remunerados, na outra ponta da mesa – na mais das vezes – pessoa sem os básicos conhecimentos da estrutura do Judiciário e incoação da ação. E, para patrocinar os seus interesses, bacharel recém formado, labutando com poucos recursos e ingente mister.

A mitigar esta desproporção confere-se ao juiz a possibilidade de complementar a atuação – neste caso – do bacharel “inciente”. Emergeria mediante manifesta injustiça a prisão do inocente em decorrência da inércia ou desconhecimento de seu patrono.

Por outro lado, o poderio econômico pode impor a presença de melhores advogados em um dos lados da mesa judicial. E, como sucedâneo do excesso de serviço, ou inexperiência, promotor recém ingresso na carreira, que não pugna pelos interesses da comunidade. A absolvição de meliante, em decorrência da inércia (ou desídia) do agente do Estado, emergiria repugnante. Nisto – outro tanto – a atividade supletiva do juiz.

Escolindo o nosso alvitre, Joaquim Canuto Mendes de Almeida, com a habitual proficiência, gradua a regra da inquisitividade, senão: “o poder inquisitório do juiz é amplo ainda quando, às partes, é dado requerer a instauração do procedimento, definitivo ou preliminar. Permanece quando lhes é possível instruir o juízo por meio de alegações e profusão de meios de prova. Restringe-se, quando o juiz é obrigado a atender a tais pedidos de produção de provas (...) Diminui, ainda mais, quando o juiz não pode ter

iniciativa para proceder: e anula-se, definitivamente, se o juiz não pode senão julgar segundo o alegado e provado pelas partes³.”.

No processo civil permite-se ao juiz o cabalar a prova, quando indisponível o direito em causa. Costumamos exemplificar – aos nossos alunos da graduação – que determinado casal, formado por estereótipos de sociedade carcomida de valores éticos e morais, rufião, casado com prostituta, com dois filhos, dispusessem, mediante petição assinada por único advogado, que o imóvel do casal restasse ao varão, sendo desnecessária a pensão aos filhos, restando – por meio deste malfadado acordo – sob a “guarda” de governanta – ainda que alemã – residente em outra cidade, distante cinquenta quilômetros da residência dos pais (...).

Restasse – a este caso – a orientação maior do princípio de demanda, caracterizado pela vontade das partes, em detrimento do direito indisponível de educação e manutenção da prole, o juiz deveria homologar este acordo espúrio.

Mas, em homenagem do bem estar social, respeitando o Direito Público, o Estado-juiz nega o beneplácito a este desacerto social. Notem que o dever de educação é dos pais e, interessa a toda a coletividade, por que, no futuro, repercutirá em infortúnios aos membros desta sociedade.

À verificação do interesse da coletividade permite-se ao Estado-juiz agir inquisitivamente, respigando a prova deste conluio⁴.

Notem que a sua incidência – no processo penal – justifica-se – por exemplo – a evitar a absolvição de meliante (provocada pela desídia dos agentes do Estado) ou, a condenação de inocente (sucedâneo da deficitária atuação do patrono).

Esse o escólio, distinto dos dogmas impostos, enquanto versam que a regra da inquisitividade queda-se afeta a ausência de defesa.

Queda-se pertinente em decorrência da existência de direitos indisponíveis. Quando isto ocorre, o Estado deve atuar com maior vigilância, desacreditando a – solitária – atividade das partes à condução das provas ao juiz. Esta não pode restar suficiente quando milita o direito de toda a comunidade.

Deve – o Estado – agir supletivamente à atividade de cabalar as provas, pelas partes, para evitar conluios e alicantinas.

Então, é o Direito Público que justifica a incidência da regra da inquisitividade, atuando – o juiz – supletivamente para preencher as lacunas legadas pelos partícipes do procedimento, porque laboraram desidiosamente ou, por vezes, nem puderam atuar em decorrência do óbito; interdição; etc, neste caso, os procedimentos da propalada “jurisdição voluntária” incoam – invariavelmente – na ausência de um dos pólos, como sucedâneo do acordo entre os separandos; interdição do “interessado”; falecimento do *de cujus*; impossibilidade de verificação do interdito na curatela e tutela; etc. Mas, os interesses submetidos à tutela do

³ Joaquim Canuto Mendes de Almeida em: “Processo Penal, Ação e Jurisdição”, Editora Revista dos Tribunais, 1975, p. 119.

⁴ É conluio, considerando-se que a verdade dos fatos será obliterada. Por óbvio, esses partícipes esconderão do juiz a guarda da prole por intermédio de um terceiro, outro tanto a sua manutenção ou o fato de o imóvel restar único ao casal. Esta proposta, formulada ao juiz, poderá ser investigada por intermédio de seu poder inquisitivo, sucedâneo do Direito Público que o garante.

Estado restam, em importância, muito próximos daqueles protegidos pelo “juiz-penal”.

Assim, imperiosa a vigilância dos agentes do Estado, investigando, independente da condução das provas pelas partes (regramento dispositivo).

Permite-se, em prol da comunidade, que o Estado, por intermédio de seus pares, questione a verdade apresentada pelos partícipes, mormente, ciente de que um dos pólos resta ausente ou impossibilitado de articular.

Entrementes, emerge a regra da inquisitividade como técnica processual, para evitar conluios, chicanas, engodos, com o fim precípuo de proteger os interesses da comunidade, por que tutela o Direito Público.

2. A atenuação do regramento da inquisitividade, como sucedâneo do Estado Moderno. Introdução ao tema

Louvando-nos nas observações praticadas no início, reafirmamos a necessária atuação inquisitiva do Estado, enquanto realiza uma das expressões de poder, a jurisdição, exacerbando, esta atividade, quanto menos disponível o objeto submetido a sua apreciação.

Repristinando os modelos de antanho, sempre o fora desta forma, grassando antes da República Romana, até os nossos tempos.

Com a queda do *Anciën Regimen*, desaconselhado o Estado absolutista a partir do terceiro quarto do século XVIII, os processualistas excogitaram forma de atuação (jurisdicional) do Estado que mitigasse o poder exercido por única autoridade.

A inquisitividade permanece como melhor forma para reconstruir a verdade material, a mais aproximada da realidade dos fatos, mas o poder merece ser descentralizado, não obstante permaneça com o próprio Estado. São os seus agentes que exercem, cada qual, uma atividade, atenuando a regra (inquisitividade).

É neste contexto que emerge o Ministério Público, em alguns modelos como a magistratura “em pé” (Itália), permitindo que o Estado exerça o seu poder com plenitude, mas, mitigando-se-o psicologicamente. A isto presta-se o subsequente tópico, a ilustrar a participação da Instituição como agentes da sociedade.

2.1 mitigar a regra da inquisitividade mediante a atividade do Ministério Público.

Passado meio século do magistério de Liebman, como não poderia ser diferente, o seu vaticínio transformou-se em regra (condições da ação); mas, o lastro à atuação do Ministério Público repousa no interesse de toda a comunidade, porque Direito Público. Por isto atua, em razão da necessidade de maior vigilância do Estado que, atenuou – psicologicamente – o poder inquisitivo de antanho, designando-se-o para roborar à iniciação probatória, investigando como membro deste Estado e, o juiz decidindo, também como autoridade deste mesmo Estado.

Com esta performance, o Estado Moderno apresenta-se a investigar e decidir, fulcro da regra da inquisitividade, adequando-se-a às liberdades

públicas, dividindo as atribuições das autoridades. O Ministério Público perquire, legando início à produção da prova e o juiz decide: porém, ambos são membros deste mesmo Estado, tipificando a regra da inquisitividade.

Considere que, cada vez mais, o processo (como conjunto de regras) inflete para o Direito Público, apartando-se do interesse – exclusivo – do particular.

Afirmamos que a participação do Ministério Público no “processo civil” deve-se – outro tanto – ao Direito Público. Mas, porque interessa a todos os membros da comunidade, o Estado Moderno nomeou mais um fiscal à verificação do – necessário – cumprimento da norma.

Apartados do entendimento da maioria dos doutrinadores, mormente dos italianos, temos o regramento⁵ dispositivo em contraposição à regra da inquisitividade. Aquele não permite a iniciação probatória do juiz, impõe a sua inércia, determinando que as partes conduzam a prova até o “jugador sem braço”.

Quando perquiridos direitos indisponíveis, o princípio de demanda⁶, caracterizado pela vontade das partes, orientador do regramento dispositivo, afeto à iniciação probatória, cede lugar à regra da inquisitividade, interligada ao princípio publicístico⁷.

Duas vertentes, dois princípios que orientam ações distintas.

Versados direitos disponíveis, o norteamento deste procedimento é executado pelo princípio de demanda, caracterizado – já o dissemos – pela vontade das partes. A produção da prova resta ao seu alvedrio (das partes), impossibilitando a atuação do juiz. Nisto o regramento dispositivo, antagônico a inquisitividade, não permite a iniciativa do juiz à formação da prova.

Do articulado nos parágrafos anteriores emerge a subsequente síntese: em decorrência do Direito Público, submetido à apreciação da jurisdição, o Estado investiga e decide. O “processo” (conjunto de regras) cada vez mais assume a característica pública, assim, proporcionalmente admite-se maior ingerência do Estado.

Com efeito, o Ministério Público comparece para legar iniciação probatória com o escopo de mitigar – psicologicamente – a atitude dos presentantes do Estado de antanho, que exercia – única autoridade – as duas atribuições (investigar e decidir).

Hoje, o Estado Democrático de Direito reclama a socialização de atribuições, a isto presta-se a atividade do Ministério Público, a democratizar, subdividindo os poderes com o escopo de mitigar arbitrariedades.

Mas, desses versos não se deduz a impossibilidade de o juiz dar início à produção probatória, o fazendo com o desiderato – repisamos – de

⁵ Conforme anteriormente versado, uma simples regra, não um princípio, por que este é o supedâneo de um subsistema. Aquela, uma das orientações, não a mais relevante, porém, importante a roborar no norteamento deste (subsistema), nos termos do vaticínio de Rogério Lauria Tucci em: “Princípio e regras orientadoras do moderno processo penal brasileiro”, 1986. RT; e, Caio Sérgio Paz de Barros em: “Os modelos (políticos) de persecução penal e o descortino da regra da inquisitividade. A incidência do regramento do contraditório no inquérito policial.”. Editora Edimor. 1999.

⁶ Caio Sérgio Paz de Barros em: “Introdução ao estudo dos processos - Profligando uma teoria geral”, Editora Edimor, 2001.

⁷ Rogério Lauria Tucci. Princípio e regras orientadoras do moderno processo penal brasileiro. Forense. 1986.

evitar conluios e alicantinas. A isso roboram os atos praticados pelo Ministério Público.

Tampouco excogita-se o sistema acusatório, mediante o “processo de partes”.

Vale dizer, para mitigar a forma de poder em única pessoa, como sucedâneo da exigência de participação igualitária⁸, e conseqüente divisão de poderes⁹, comparece o Ministério Público como órgão deste Estado soberano, realizando parte de suas funções, agora por intermédio de duas autoridades, membros do mesmo Estado.

Nisso os seus idealizadores atenuaram – psicologicamente – o poder de uma autoridade. Mas, repisamos, é o mesmo Estado que investiga e decide.

A escoliarmos este raciocínio, asseveramos que a regra da inquisitividade sempre fora – necessariamente – observada, em todos os procedimentos afetos a direitos públicos, na proporção de sua indisponibilidade. Porém, esta mesma regra é manobrada com o escopo político, para a centralização do poder, travestindo-se em arbitrariedade e abuso.

O Estado Moderno, propalando isonomias, criou modelo a mitigar o poder das autoridades, “pulverizando”-se-o à realização do mister. Esta, a função do Ministério Público, descentralizar o poder do Estado, antes exercido por única pessoa.

Louvamo-nos – outro tanto – em Guasp, a afirmarmos que a estrutura do Estado Moderno impôs a atenuação do órgão inquisidor, subdividindo-se-o em agente que promove a investigação e outro que decide. Mas, ambos são funcionários deste Estado, repousando a inquisitividade em suas mãos; mitigando-se-a – psicologicamente – por que dois seres humanos, duas funções (investigar e decidir); apesar de ambos os agentes pertencerem ao mesmo Estado¹⁰.

Como síntese, impomos esta reiteração: para atenuar – psicologicamente – o poder exercido por única pessoa, o Estado Moderno determinou que o Ministério Público exercesse a promoção da ação e o juiz julgasse.

Reiteramos que seria torpe excogitar a persecução penal sem inquisitividade; pois, é da própria índole do processo penal continental, conferida desde os primórdios da Civilização Romana até nossos tempos, o poder do Estado de investigar e punir, atividades – na mais das vezes – sincretizadas em única autoridade, que a exerce com o escopo de nivelar as condições sócio-econômica-cultural dos partícipes da persecução, possibilitando mais isonomia.

Diferentemente, o modelo acusatório traduz o “processo de partes”, **fixando acusador que sempre pugnará pela condenação do acusado, independente do conhecimento de sua inocência. Esta a característica do modelo acusatório – desconhecida por seus propagandistas – a impossibilidade de o acusador tergiversar ao pedido de condenação, situação distinta de nosso “dia a dia” forense.**

⁸ José R. Xirau em: “La funzione giurisdizionale e la equità”.

⁹ Giuseppe Chiovenda em: “Principii,..”, p. 390.

¹⁰ Jaime Guasp em: “Derecho procesal civil”. 3 ed. p. 951: “(...) debiéndo-se entender que, normalmente, la interbención del Ministerio Fiscal en estos casos, es como asesor del órgano jurisdiccional.”.

Assumiria – como querem alguns – o nosso processo penal o modelo acusatório caso o Ministério Público nutrisse o dever de requerer a condenação, independente do conhecimento da inocência do acusado.

Assim emerge o “processo de partes”, por exemplo o cível, ocasião que o autor propõe a ação e sustenta o seu pedido até o final. Imaginem o autor da ação civil, no final, asserir que o réu¹¹tem razão e, o juiz deverá julgar o seu pedido improcedente. Pois é... O sistema acusatório também não permite que o acusador tergiverse ao pedido de condenação.

Existe projeto a legar as investigações penais – que antecedem a propositura da ação – ao talante do Ministério Público, transformando o modelo pátrio em acusatório, porque fixa o autor, um agente passivo e o juiz para decidir, louvando-se nos pedidos formulados pelos partícipes distintos e com atividades definidas (específicas).

Desta afirmação emerge a seguinte questão: **Poderá o membro do Ministério Público requerer a absolvição do acusado?**

No modelo acusatório puro não pode! E, o legislador ordinário permitirá a aproximação de nosso modelo ao sistema acusatório (puro) caso legue o inquérito policial ao talante do Ministério Público.

Os agentes do Estado definiam o suspeito e cabalariam a prova de sua incriminação

Fará em detrimento da regra da inquisitividade e, transformará o Fiscal do cumprimento da Lei em órgão acusador. Retirá o seu (de seus membros) perfil de intermediário entre o Direito da sociedade de punir o responsabilizado criminalmente e o Direito de o suspeito contar com o promotor público como mais um a roborar à produção de provas de sua inocência.

Talvez sem os olhos na Constituição da República, o legislador excogitasse o Ministério Público plenipotenciário do processo penal, esquecendo-se do art. 5º, inciso LIX da Norma Maior, conforme comentaremos a seguir.

Afirmamos – outro tanto – que, se a futura lei impuser a coordenação do inquérito policial pelos membros do Ministério Público legará a hegemonia do processo penal à Instituição mediante mácula ao art. 144, parágrafo 4º. da Constituição da República. Não que antes o fosse, como equivocadamente muitos doutrinadores têm propalado.

A profligar este irreal entendimento, mister destacar que a Constituição da República impôs a ação penal pública subsidiária ao alvedrio dos membros da sociedade.

3. O art. 5º incisos LIX e XXXV da Constituição da República e a inexistência de monopólio da persecução penal

A Constituição da República, em seu art. 129 inciso I¹², apontou o Ministério Público como promovente da ação penal, mas ressaltou a

¹¹ No processo civil o pólo passivo denomina-se réu.

¹² Assere o art. 129, inciso I da Constituição da República: "Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;".

possibilidade de o prejudicado promover a queixacrime substitutiva da denúncia, nos termos do art. 5º inciso LIX¹³.

Esse alvitre representa o dessumido do art. 5º inciso XXXV da Norma Maior¹⁴ que, combinado com a Garantia Fundamental de inafastabilidade do controle jurisdicional profligando a simples ameaça de lesão a direito, afastam exegeses maximizadoras, negando o pretense "monopólio" da persecução penal.

É dizer, o art. 129 inciso I da CR referendou o Ministério Público como promovente da ação penal, mas, o art. 5º inciso LIX da Carta Magna ressalvou a sua promoção pelo ofendido – e seus pares – caso não intentada no "devido interstício".¹⁵

Nesta alheta, a Constituição assegura, em seu art. 5º inciso XXXV, a inafastabilidade do controle jurisdicional. Vale dizer, todos poderão perquirir do Estado, lesão ou ameaça de lesão a direito, o que implica afirmar: o Ministério Público não detêm o monopólio da ação penal.

Hoje, mediante a argumentação de *dominus litis*, alguns membros do Ministério Público atropelam as fases da persecução penal, executando inquéritos, investigando *motu proprio*, realizando inquirições em seus gabinetes, em atitudes manifestamente contrárias ao "Estado Democrático de Direito".

Todo o raciocínio, agora versado, fora desenvolvido com lastro nos textos legais, no direito positivo. E, realizar a persecução penal louvados na norma queda-se a homenagear o devido processo legal.

O jurisconsulto Joaquim Canuto Mendes de Almeida (marginalizado por seus contemporâneos em decorrência de sua verve satírica e de seu pensamento vanguardista, tão lúcido quanto os melhores Processualistas Penais italianos, por exemplo: Vincenzo Manzini, Eugênio Florian e Giovanni Leone, este com leve tendência monista) identificou, ao Direito Processual Penal, a ação judiciária, vale dizer, o agir do próprio Estado, apresentado por

¹³ Assevera o art. 5º inciso LIX da Constituição da República: "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito ... vida, ... liberdade, ... igualdade, ... segurança e ... propriedade, nos termos seguintes: (...) LIX – será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal;", a possibilidade de o ofendido promovê-la, caso não intentada no devido tempo. Esta ressalva constitucional nos permite concluir: o Ministério Público não tem o propalado *dominus litis* da ação penal; pois, caso não exercida, o ofendido, seus sucessores legais ou interessados, poderão propor a ação penal pública de iniciativa privada (dita: ação penal subsidiária da pública).

¹⁴ A Constituição da República, em seu art. 5º inciso XXXV, garante o direito de o residente no País perseguir a prestação jurisdicional, ou seja: "Art. 5º inciso XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Neste sentido, também a norma insculpida no art. 29 do CPP: "Art. 29. Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal."

¹⁵ Abro parêntese, caro Leitor, para comentar que a não promoção da ação penal no interstício legal implica dessumir, por óbvio, que está inserida a falta de interesse pela sua propositura, ou seja, se o escopo do Ministério Público fosse a promoção da ação penal, o faria naquele prazo legal. Ora, quedando-se inerte, dessume-se a falta de interesse da Instituição por aquela causa penal, ensejando – consequentemente – a necessidade de o ofendido, ou seus pares, buscarem o Direito "negado".

seus "funcionários", para investigar¹⁶ e responsabilizar – criminalmente – o autor do fato típico, antijurídico e culpável.

Repisamos, esta idéia não é nossa, Joaquim Canuto Mendes de Almeida já **versara – em 1937 – acerca da ação judiciária penal.**

No “processo privado” emerge necessário militar as condições da ação para o efetivo exercício da jurisdição.

Essas – escoliamos – caracterizam-se pela presença das partes legítimas (titulares do direito disputado ou, nomeadas pela lei, respectivamente, legitimação ordinária e extraordinária ou substituto processual); interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido. Vale dizer, o ordenamento jurídico contempla a atitude requerida ao Estado.

Assim desenvolve-se a ação civil enquanto persegue direitos disponíveis.

Distinta **a ação judiciária penal, queda-se necessária para a responsabilização criminal do causador do evento danoso.** Nisto reside a regra (processual) da necessariedade. Esta (ação penal) é imprescindível para a responsabilização do agente criminoso, vale dizer, a necessariedade da ação judiciária é imposta como lastro único à apenação do – reconhecidamente – autor do fato típico, antijurídico e culpável.

A ação judiciária penal – repisamos – queda-se imprescindível para a responsabilização criminal do causador do evento danoso. Nisto reside a regra (processual) da necessariedade¹⁷.

Essa regra, a necessariedade¹⁸ da ação penal deve ser entendida como garantia do jurisdicionado, do indivíduo envolvido na persecução penal.

A ação penal queda-se imprescindível para a responsabilização do agente criminoso, vale dizer, a necessariedade da ação judiciária é imposta como lastro único à apenação do (reconhecidamente) autor do fato típico, antijurídico e culpável.

A necessariedade é uma das mais importantes regras do processo penal e concretiza-se na parêmia latina: *nulla poena sine iudicio*, ou seja, é imprescindível para a responsabilização criminal (e – caso for – a aplicação da pena), a ação penal, mediante atuação do Estado-juiz e procedimento formal (roteiro da ação). A – mencionada – parêmia aduz que a apenação emergirá nula se não for “produzida” mediante atuação do Estado-juiz, orientada por regras (processo).

Emerge como seu garante porque o Estado não poderá punir sem o devido processo legal, entendido como o conjunto de regras orientadoras da obtenção da tutela jurisdicional, desta vez (a tutela) será conferida ao Estado (para punir o criminoso) e a garantia é – repisa-se – do jurisdicionado.

Contrariamente, emerge a regra da compulsoriedade da ação penal, articulada – invariavelmente – como: “princípio da obrigatoriedade”.

¹⁶ Na segunda fase do processo penal – especificamente – na ação penal protraí-se a investigação iniciada na primeira.

¹⁷ Rogério Lauria Tucci em: “Princípio e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro”. Editora Forense, 1986.

¹⁸ Rogério Lauria Tucci em: “Princípio e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro”, Editora Forense, 1986.

O regramento da compulsoriedade deve ser entendido – antagônico à necessidade – como imposição aos agentes do Estado de perseguirem o agente criminoso e promoverem a ação penal.

É dizer, tão logo praticado o evento danoso, os agentes do Estado, cada um no devido momento, devem atuar para responsabilizar o autor do fato típico, antijurídico e culpável. Nisto a compulsoriedade. A ação penal é compulsória¹⁹, emerge imprescindível, deve incoar para punir o agente criminoso, como dever do Estado na jurisdição penal.

Apreciados, esses direitos indisponíveis, pela atividade jurisdicional, a presença da lide emerge irrelevante; como exemplo apresentamos a tutela penal, ocasião que o suspeito da prática delitiva pode confessar a autoria do evento danoso e, ainda assim, independente da confissão restar autuada desde o início da ação, o procedimento deve incoar com todos os seus atos, sem supressões ou inversões.

Nisto a necessária atuação da jurisdição.

Mas, a existência de direitos indisponíveis não é conferida – apenas – ao Direito Processual Penal. Há, no processo civil, parte indisponível que, normalmente queda-se como orientação dos procedimentos que incoam nas varas de família.

Afeto a direitos indisponíveis, a atuação do Estado-juiz queda-se imprescindível; pois, para transcrição do título de domínio, havido em decorrência da sucessão hereditária; do alvará, sucedâneo do óbito do correntista, e do divórcio, alguns exemplos dentre muitos possíveis, aquela resta necessária.

Esta atividade jurisdicional não é substitutiva, por que não poderia ser realizada de outra forma milita a imprescindibilidade de sua atuação para imprimir legalidade ao ato.

É neste sentido que Calamandrei intuiu acerca do processo civil inquisitivo²⁰, permitindo a atuação do juiz a cabalar a prova, por que age no interesse de todos os membros da sociedade.

Emerge incomum a carência da ação a esses procedimentos (jurisdição voluntária).

4. Condições da ação (processo de partes) Legitimidade das partes

As condições da ação são requisitos (condições) à análise do pedido.

¹⁹ O dicionarista Aurélio Buarque de Holanda aduz que o termo compulsório deriva "do latim *compulsu* impelido junto com outros' (...) que obriga ou compele.". Nós, louvados nos regramentos informadores da Teoria do Direito, afirmamos que o termo obrigação resta atrelado ao Direito Privado, porque aquele que se obriga e não cumpre, sujeitar-se-á a uma sanção de natureza pecuniária. Reiteramos: obrigação é terminologia afeta ao Direito Privado, porque não cumprida, emergir a possibilidade de purgação monetária. Contrariamente, no Direito Público, milita o dever de cumprimento sob pena de sanção administrativa, nem sempre resgatada monetariamente. Por outras palavras, entendendo melhor aplicar ao ramo do Direito Público a terminologia compulsoriedade, que resta afeta a dever = Direito Público; obrigação = Direito Privado. A isto, louvamo-nos, mais uma vez, no magistério de Rogério Lauria Tucci em: "Princípio e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro". Editora Forense.

²⁰ Piero Calamandrei, ob. cit.

É dizer, para julgar o mérito da ação – por exemplo – se haverá (ou não) indenização pelos danos, o Estado-juiz precisa constatar a presença das condições da ação.

E, por primeiro, escolhamos que é a legitimidade das partes, ou seja, para julgar o pedido indenizatório milita a necessária constatação de as partes serem legítimas.

Explicamos: traduz-se por legitimidade das partes a condicionante da participação nos pólos ativo e passivo, aos intimamente afetos à lide.

Então, **concebida a lide como o todo, autor e réu disputam este inteiro, sendo parte desta lide**. É dizer, **somente os envolvidos na lide podem participar ativa = autor e, passivamente = réu, da ação**.

Perdão pela simplicidade da argumentação, mas o escopo emerge a evanuir²¹ dúvidas.

Excogitamos a lide como o todo, o inteiro.

O que tentamos explicar é que **a lide pode ser representada por peça inteira de queijo. O autor teria parte no queijo, e o réu outro tanto**.

Grassando²² o raciocínio, digamos que o queijo represente certa indenização perseguida pelo autor, refutada pelo réu. O queijo inteiro pode representar a disputa entre a administradora do consórcio e o consorciado contemplado. Esses autores e réus são partes na lide (lide que suscitou a busca pela prestação jurisdicional e quedara-se como sua causa), possuem porções (enquanto em disputa) do queijo.

Desta articulação surgiu o termo parte.

Excogitamos, como novo exemplo, a farsa de casal que, para ludibriar a mãe do varão, intenta o seu desamparo pela mulher que “levou” todos os bens (do casal).

Constatando a inércia de seu filho, a sogra promove medidas a assegurar o direito do varão aos bens do casal e/ou a ação constitutiva (negativa) colimando a separação judicial.

O Estado-juiz, antes de analisar o direito aos bens ou a pertinência da separação judicial, deverá **verificar se as partes, titulares do direito alegado, correspondem ao autor e a ré na ação proposta**.

Neste caso, as partes, titulares do direito de separarem-se, são os casados (perdão pela obviedade); somente o casal poderá intentar a separação e, **por exceção, em decorrência de a Lei permitir (legitimação extraordinária), o Ministério Público em casos específico** (previstos em lei, geralmente, afetos à indisponibilidade do direito, p. ex. anulação do matrimônio). Porém, a sogra não é parte legítima à propositura da ação colimando a separação judicial.

Assim, a ação promovida pela sogra, com o escopo de intentar a separação do casal, deve ser extinta, pois ela (sogra) é **carecedora da ação, não possui o direito de concitar o Estado-juiz à apreciação da separação judicial de seu filho** (ressalvamos: nas condições normais de higidez mental dele).

Não bastasse a verificação se o autor é parte na relação jurídica material, legitimando-o à propositura da ação, o Estado-juiz deverá analisar

²¹ Evanuir = apesar de o termo não ser dicionarizado, (evanuir) significa sumir; desaparecer, diluir.

²² Grassar = desenvolver, tramitar, incoar.

a pertinência do réu à ação (ou no processo, sob o pálio dos processualistas pátrios).

É dizer, se o autor for parte legítima para a propositura da ação necessitaremos verificar se o réu – apresentado pelo autor – emerge como parte legítima para "responder" aos seus termos (do procedimento formal, "roteiro" da ação orientada pelas regras processuais).

A escoliarmos a legitimidade do réu àquele pedido do autor, formulamos a seguinte questão: a senhora está dirigindo no – caótico – trânsito de São Paulo e, infelizmente, alguém abalroa seu veículo.

A senhora é parte legítima e, poderá propor a ação condenatória, colimando a indenização, porém, deve prestar muita atenção, saber "contra"²³ quem será proposta esta ação. Se a propuser citando o condutor do veículo que abalroou o vosso, poderá laborar em erro, caso este não seja o proprietário do automóvel.

As partes legítimas são os proprietários dos veículos, não – simplesmente – os seus condutores. Grosso modo, o mérito desta causa é a indenização pelos danos causados.

O autor tem de demonstrar que ele e o réu são partes legítimas, entendido o conceito como sucedâneo do direito material.

Michele solicita emprestada a blusa de sua irmã e, com esta, vai à escola, deixando-a sobre a cadeira²⁴.

Tucano Neves apanha a blusa e afirma que não a devolverá. Michele tem interesse na devolução da blusa, pois, se não a obtiver terá de indenizar sua irmã. Mas, mesmo tendo interesse na devolução da blusa, a Michele não poderá propor a ação²⁵. Michele era – tão somente – possuidora da blusa, não a sua proprietária²⁶.

O primeiro prerequisite para julgar o mérito será a legitimidade da parte. Emerge afeto às pessoas envolvidas na disputa. Porém, no Processo Penal não há disputa. Perquire-se quem seja o autor do fato típico, antijurídico e culpável com o escopo de retirá-lo daquele grupo, sucedâneo do descumprimento das regras básicas do ideal convívio social.

Não bastasse não emergir disputa no processo penal, **o encontro do pólo passivo (parte) equivale a identificar o autor do crime, mediante conhecimento do mérito.**

Pois é...

O processo penal pertence a toda a sociedade, queda-se a encontro do membro da comunidade que descumpriu a regra básica do ideal convívio social. Este (ideal convívio social) justifica a "propriedade" do processo penal por todos os seus membros. Por isso o processo penal pertence a sociedade. Mas, nós "chegamos lá..."

²³ Conforme asserido anteriormente, a ação é proposta contra o Estado e o réu é citado aos termos subsequentes do procedimento ou, a refutar os termos da ação. Não é muito técnico asseverar que a ação é proposta contra o réu, melhor será asserir que a ação é proposta contra o Estado.

²⁴ Exemplo utilizado em nosso: "Introdução ao estudo dos processos. Profligando uma teoria geral". Editora Edmor. 2001.

²⁵ Claro que existem formas para tangenciar o problema, mas, para explicarmos a situação, necessitamos de situações grotescas, com o fim didático.

²⁶ Abrimos novo parêntese a ressalvamos que a propriedade do bem móvel se transfere – apenas – com a tradição. Porém reiteramos, como exemplo didático, a Michele não poderia propor a ação, pois não comprovaria a propriedade da blusa, adquirida pela e em nome de sua irmã = nota fiscal em nome da irmã.

Retomando o descortino, reafirmamos: caso não haja legitimidade da parte, o procedimento será extinto (dizem os doutos: “extinção do processo”), sem o julgamento do mérito, sendo o autor carecedor da ação, nos termos do art. 267, inciso IV do CPC.

Assim, para a propositura da ação, a parte deverá nutrir legitimação, necessitando, outro tanto, apresentar o pólo passivo legítimo.

4a. interesse de agir ou (interesse) processual

Outra **condição da ação é o interesse de agir**. O autor, para propor a ação, tem de nutrir interesse; **deve necessitar da ingerência do Estado** para compor o conflito de interesses.

É dizer, se houver possibilidade de acordo, **se não houver pretensão e resistência (lide), não milita a necessidade da ação** (quando disponível o direito).

Então, quando disponível o direito, **as partes devem necessitar da ingerência do Estado-juiz**.

Se não houver necessidade, não há interesse de agir, não se preenche os requisitos mínimos para o exercício da ação.

Para julgar o mérito da causa o juiz deverá – antes de tudo – verificar se as partes são legítimas, se há possibilidade jurídica do pedido (se o ordenamento jurídico contempla a situação versada) e, se há interesse processual, ou interesse de agir. Ou seja, se nós necessitamos da ação para a composição deste conflito de interesses e, se o meio utilizado queda-se idôneo.

Sintetizando: **interesse processual emerge como a necessidade e a adequação da ação para a resolução do conflito de interesses. A escólio** deduzimos exemplo: se houver acidente e o causador do dano desejar ressarcir-lo, nós não precisaremos propor ação para obtermos o ressarcimento. Portanto, não milita interesse processual.

O **interesse processual**, conforme já o dissemos, emerge caracterizado pelo binômio: **necessidade e adequação. Necessidade é a dependência da ação para solucionar o conflito** (se o causador do acidente indenizar os danos não emerge necessária a propositura da ação).

Por outras palavras, se o causador dos infortúnios indenizar as vítimas não há necessidade de perseguir a tutela jurisdicional.

A condição da ação denominada interesse de agir caracteriza-se pelo binômio adequação e necessidade. Esta (a **necessidade**) **tipifica-se pela imprescindível busca da tutela jurisdicional**, porque a **parte não se dispôs a cumprir o direito espontaneamente**.

Então o autor nutre necessidade da atuação do Estado-juiz, **caracterizando o interesse de agir quando o direito não é cumprido pela vontade das partes** e, em decorrência de o direito material ser estático, a atuação do juiz imprimirá dinâmica a este.

A escólio, duas pessoas elaboraram contratos, quaisquer avenças (...). Em decorrência de haver grassado²⁷ animosidade entre elas, resolveram não os cumprir (contratos).

²⁷ Grassado = desenvolvido.

Notem que todas as avenças foram elaboradas com base nos textos legais, não há palavra em desacordo com as leis. Mas, o direito material é estático. Imaginem as partes, em seus escritórios, gritando para os contratos: “avenças cumpram-se” (...). Estamos dizendo que as partes colocaram os contratos sobre as mesas e grassaram a gritar: “contratos ajam”. Coisa de doido... Por óbvio, as avenças não saíram dos contratos e se autocumpriram.

Para tornar dinâmico o Direito, para o cumprimento das avenças, emerge **necessária** a atividade do Estado-juiz que, substituirá a atuação das partes, aplicando o direito coercitivamente.

Mas, a condição da ação denominada interesse de agir é caracterizada, outro tanto, pela adequação, que é a utilização do devido procedimento. É importante que o instrumento utilizado seja adequado para os devidos fins.

Importa deduzir, poderá manejar a execução quem possuir legitimação específica, ou seja, título executivo (extra ou judicial). Porém, se o autor não possuir o título executivo, não poderá manejar a execução.

Se propusermos tutela de consignação em pagamento sem a prévia consignação dos valores (antes de sua propositura) ou, não militar disposição em depositar a quantia, não haverá **adequação** do pedido de consignação com as atitudes do autor, restando a carência de ação. Isto porque o art. 890 do CPC e seus parágrafos, bem como, os artigos subsequentes, todos afetos à consignação em pagamento.

No mesmo sentido, será carecedor da ação o autor que pleiteia a tutela possessória, sem ter exercido a posse anteriormente (para proporem as denominadas “ações” possessórias, é necessário discutir a posse, portanto, restarão afetas ao exercício da posse).

Utilizando os mesmos exemplos, digamos que o juiz, para julgar o mérito, tenha de atravessar o rio ou, a parte interessada tenha de conduzir as suas irresignações ao juiz que está no outro lado da ponte. Para atravessá-la, a parte deverá pagar o pedágio (coisas do Mário Covas, o Maluf construíam, aquele taxava). Por analogia, para o juiz conhecer o mérito da causa, o autor tem de demonstrar o interesse de agir, neste caso, a adequação ao rito.

Ora, para pagar o pedágio, o autor entregou dois “passes escolares”, ou seja, não fora adequado o pagamento.

Semelhante forma sucumbirá se utilizar o procedimento inadequado, carecendo de ação em decorrência da falta de interesse de agir, pois, não caracterizada a adequação.

Abrimos parêntese, Preclaro Leitor, a justificar que no passado, fruto da Escola intuída por Liebman, o processualista criou as condições da ação, mas que não se sustentam ao serem analisadas percucientemente. Pior: hoje quedam-se como empecilhos à entrega da prestação jurisdicional com celeridade. Por isso, enviamos proposta à Comissão de Reforma do Código de Processo Civil, nutrindo o escopo de transformar a decisão de rejeição da inicial, sucedâneo da carência de ação, em audiência vestibular entre as partes à definição das condições da ação, retirando todo o possível óbice contra o julgamento do mérito.

Asserimos, em outros trabalhos, que as ações não são típicas, portanto, a tutela jurisdicional pode ser exercida por diversos procedimentos, ressaltando: até os (procedimentos) informais. Ora, se não

temos apenas específico “caminho” a seguir, enquanto pleiteamos o nosso direito perante o Estado-juiz, por óbvio que esta tal de adequação não resiste a nosso profligar.

4b. possibilidade jurídica do pedido

Outra condição da ação emerge mediante a possibilidade jurídica do pedido, ou seja, **o ordenamento jurídico deve contemplar, viabilizando o pedido do autor.**

Afirmamos que antes do surgimento da lide, o Estado já envidou esforços para a sua solução.

Queremos dizer que **as regras estão previamente dispostas** "esperando" a aparição da lide. E, quando isto ocorrer, técnicas específicas serão necessárias.

A possibilidade jurídica do pedido queda-se representada por sua contemplação (do pedido) pelo ordenamento jurídico.

Vale dizer, se o direito em causa não for albergado pela norma, não haverá possibilidade jurídica do pedido e, conseqüentemente, o autor será carecedor da ação; exemplo disto, citamos o caso de o réu comparecer a um dos muitos salões de bingo que – infelizmente – infestam todo o Brasil, estragando as famílias sob o pálio de “pueril” jogatina.

O cidadão perdeu muito dinheiro em uma só noite. E, em sua última aposta emitiu cheque, escrevendo no verso: "para pagamento do jogo tal."

O réu sustou o pagamento do cheque. O dono da jogatina, não satisfeito em aplicar-lho violenta surra, propõe ação para cobrar aquela dívida, representada pelo cheque.

Apesar de o cheque ser título executivo extrajudicial e ter autonomia (não necessita ser vinculado à relação jurídica material), o fato de estar escrito – no verso da cártula – "para pagamento do jogo", restringe aquela autonomia, vinculando-o – conseqüentemente – ao jogo. E, como tal, não poderá ser utilizada a via jurisdicional à cobrança deste cheque, porque o diploma material (Código Civil) impede a cobrança de dívida de jogo. Emergindo o exequente carecedor da execução.

Se determinado casal requeresse o divórcio, neste maravilhoso Brasil (sem os políticos), antes de 1977, ou ainda, o fizesse sem a separação de fato por no mínimo um ano, o Estado-juiz não poderia julgar o pedido. **É que o ordenamento jurídico – antes de 2009 – não contemplava o divórcio antes de 1977 ou, a condição para a obtenção do divórcio direto é a separação de fato por – no mínimo – um ano, isto após a promulgação da Lei n. 6.515/77 (Lei do Divórcio), e, como dissemos, antes de outubro de 2009.**

Em síntese, a condição da ação denominada: possibilidade jurídica do pedido emerge caracterizada pela necessidade de o ordenamento jurídico viabilizar, contemplando o pedido de tutela jurisdicional.

4c. resultado prático do reconhecimento da carência de ação

A ausência de uma das condições da ação queda-se suficiente ao juiz **não julgar o mérito.**

Por primeiro, escolhamos o conceito de **mérito, menos amplo: mérito da causa. Este emerge como** a lide (que antecedeu a propositura da ação e que a suscitara) **somando-se ao interesse do autor, aos regramentos processuais** e ao compromisso de **o réu rechaçar a pretensão** inculpada na inicial.

A lide (o conflito de interesses qualificado por pretensão resistida) provocara a propositura da ação. O autor promoveu a ação em decorrência da resistência a seu pedido e, **os regramentos processuais que incidiram nesta ação transformaram aquela lide** (a lide que suscitara a busca pela tutela jurisdicional) **em mérito.**

Mérito emerge como a transformação da lide, que provocou a busca pela proteção do Estado-juiz, somada à incidência dos regramentos processuais.

Escolindo, asserimos que “A” perdeu a posse (fato) de seu imóvel, enquanto “B” esbulhou-a mediante a sua invasão com capangas.

A posse e o esbulho são elementos da lide. “B” poderia devolver espontaneamente a posse para “A”, sendo desnecessária a tutela jurisdicional. Porém, “B” resiste à pretensão de retomada da posse por “A” (lide) e a proteção do Estado-juiz emerge a evitar a autotutela.

“A” propõe ação executiva *lato sensu* a tutelar a sua posse, formulando pedido de reintegração (retomada de sua posse).

Esta petição inicial poderá conduzir simplesmente a lide à apreciação do Estado-juiz. Porém, a lide poderá ser ampliada, enquanto “A” requer indenizações porque perdera a posse de seu imóvel (lucros cessantes, posto que deixou de alimentar o seu gado; dano moral, porque os seus vizinhos mangaram considerando-se a sua atitude, ou; perdas e danos em decorrência dos estragos provocados).

A lide poderá – também – ser mitigada, se “B” aquiescer à devolução da posse, somente resistindo com relação ao interstício (quiser devolver a posse para “A” depois de uma semana...). Note que a lide queda-se reduzida (aceitou devolver).

A lide, ampliada ou reduzida, conforme o disposto nos dois parágrafos anteriores, representa o mérito de cada ação, dêis que aquelas atitudes das partes sejam praticadas jurisdicionalmente, mediante a incidência dos regramentos processuais.

Então, o mérito da causa representa a lide que suscitara a busca pela proteção do Estado-juiz, porém, a esta lide incidiram regramentos (processo), sendo o primeiro, e mais importante, a necessária presença do Estado-juiz que atua como terceiro desinteressado. O segundo regramento a incidir ao primeiro exemplo pode ser entendido como a necessária formalidade da petição inicial, devendo o autor articular toda a matéria de fato e de direito, bem como, praticar pedidos certos e determinados.

Para o juiz julgar o mérito da causa, ou seja, se “A” será reintegrado na posse de seu imóvel ou, ampliando-se: se “B” deverá pagar lucros cessantes, dano moral e perdas, **as partes devem ser legítimas** (serem as mesmas partes afetadas à lide que antecedeu a busca pela proteção jurisdicional); e as demais condições da ação necessitarão estarem presentes (possibilidade jurídica do pedido e interesse de agir).

Se, pleiteada a tutela jurisdicional na ausência de qualquer condição da ação, o juiz não julgará o mérito, não decidirá acerca dos pedidos formulados pelo autor (por exceção, nas tutelas dúplices – p. ex.

possessórias – o réu poderá formular pedidos), sentenciando mediante a extinção do procedimento (dito – invariavelmente – extinção do processo) sem o julgamento do mérito.

O efeito da sentença sem o julgamento do mérito é a possibilidade de propor nova ação, permitindo rediscutir a mesma lide nos termos do art. 268 do CPC.

A extinção do procedimento sem o julgamento do mérito permite que **o autor renove a instância (proponha nova ação).**

Por outras palavras, se o autor reapresentar “B” no pólo passivo, novamente a extinção do processo (na verdade, extinção do procedimento) será o resultado; “B” continua não sendo parte legítima.

Mas, extinta a ação por ilegitimidade do pólo passivo, dificilmente a apresentação do mesmo réu não suportará nova extinção sem julgamento do mérito.

Então, **se não militar condição da ação, o juiz não analisará o pedido do autor, não julgando o mérito da causa.**

5. A irrelevância da lide ao processo penal

Asserimos que o processo civil, quando **disponível o direito**, depende da presença da lide.

É dizer, se não houver conflito de interesses qualificado por pretensão resistida ou insatisfeita não milita a necessidade de propositura da ação, considerando-se – principalmente – as ações condenatórias, orientadas pelo processo de conhecimento. Neste a imprescindibilidade da lide.

Nas ações constitutivas e declaratórias pode militar a lide, mas, normalmente, esta (a lide) não é o objeto direto do manejo dessas ações, restando circundadas pelo conflito.

As ações constitutivas – geralmente – buscam o reconhecimento de interesse legítimo (varas da família e sucessões), tramitando – nesses casos – por meio dos procedimentos necessários (propalada jurisdição voluntária). Nessas, requer-se a constituição de estado (ou a sua desconstituição) anterior, por exemplo: nas ações constitutivas negativas a separação judicial, desconstituindo a sociedade conjugal, ou no divórcio, desconstituindo o matrimônio. Enfim, normalmente afetas a interesse legítimo.

Claro que existem exceções, por exemplo, a tutela rescisória (denominada ação rescisória).

Sintetizando: mesmo ao processo civil (processo de partes típico) a lide não se queda imprescindível a seu manejo; pois, ambos os separandos podem restar de acordo com o pedido de separação.

Na ação declaratória, outro tanto, a lide – geralmente – é objeto da ação principal, e queda-se manejada com o escopo de declarar situação paralela, não emergindo como fulcro direto do conflito. Mas, por vezes, apenas prova de um dos fatos da ação principal.

Então, a lide queda-se imprescindível ao manejo das ações condenatórias, no processo de conhecimento, quando disponível o direito; sendo prescindível nas demais, enquanto observamos a classificação tradicional das ações (conteúdo da sentença).

Assim – atento Leitor – mesmo no processo civil, a lide pode ser prescindível, por exemplo: nos procedimentos especiais de “jurisdição voluntária”.

Vejam, se ao Direito Processual Civil a lide pode restar marginalizada, com muito maior relevo ao Direito Processual Penal, porque versados direitos indisponíveis. É o mesmo fenômeno dos procedimentos necessários, a propalada “jurisdição voluntária”. Nesses a presença – ou não – da lide é irrelevante.

A ação penal queda-se a investigar a prática do ilícito até a efetiva “declaração” da existência do crime e o seu responsável, ainda se militar confissão desde o início das investigações.

Esta última frase emerge a deslindar o nosso escopo, vale dizer, mesmo militando a confissão desde o início da ação penal, esta (a persecução penal) queda-se imprescindível à aplicação da pena. Por outras palavras, a lide emerge irrelevante à ação penal, conforme antecipou Nelson Jacintho Miranda Coutinho, em síntese à lavra de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, sucedido por Rogério Lauria Tucci.

6. A impossibilidade de concebermos as condições da ação ao processo penal

Asseveramos em todos os nossos trabalhos acerca do Direito Processual²⁸ que as regras orientadoras da obtenção da tutela jurisdicional (processo) não são idênticas quando cotejados direitos disponível e indisponível, processos civil e penal (respectivamente, apesar de, naquele também militar direitos indisponíveis = varas da família e sucessões).

Nisto postamo-nos enfadonhamente reiterantes, profligando a teoria monista em homenagem do reconhecimento de princípio e regras distintas (dualista).

O processo penal não resta dependente da caracterização da lide, tampouco do sonho de Liebmann, que nem ao processo civil italiano hauriu o beneplácito dos demais doutrinadores, as condições da ação. Aliás, atribuir – à ação penal – as condições da ação, que mesmo ao processo civil moderno²⁹ restam injustificadas, representa ingente atecnica.

Neste sentido, como (e porque) justificar a cada caso (particular) a legitimidade da parte, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido?

Vejam, se ao processo civil essas questões podem representar aspectos processuais, **ao processo penal são sempre o mérito da causa, portanto, direito material.**

Vale dizer, a possibilidade jurídica do pedido seria a investigação do fato típico, antijurídico e culpável, ou seja, os agentes do Estado deveriam investigar o ilícito penal, obviamente contemplado na norma material,

²⁸ Desde 1991 com nosso: “Prática de processo penal – Manual de estruturação de petições por ex-Examinador da OAB”. Edmor. Outras edições 1994 e 1998. “Os modelos (políticos) de persecuções penais e a regra da inquisitividade. A incidência do contraditório no inquérito policial”. Edmor. 1999. “Introdução ao estudo dos processos. Profligando uma teoria geral.” Edmor. 2001. “O contraditório no inquérito policial e nas CPI’s.” Thomson-Síntese-IOB. 2005.

²⁹ Ações coletivas

sucedâneo do princípio da reserva legal, conforme a Constituição da República, artigo 5º. inciso XXXIX.

Por outras palavras, se o fato investigado não restar definido na norma (tipicidade), não haveria – na concepção de alguns – possibilidade jurídica do pedido, porque – ainda sob o entendimento de incientes – não tipificado na lei, o Estado não poderia requerer a investigação penal.

Portanto, a propalada possibilidade jurídica penal restaria tipificada (e dependente) do direito penal (material). Ora, quando o juiz verificar a ausência de tipicidade, analisará o mérito = não há crime porque o fato não é típico, nunca a carência de ação.

A legitimidade da parte ativa, conforme a Constituição da República, restaria num primeiro momento ao Ministério Público, a isto versa a maioria dos processualistas penais do Brasil. Porém, afirmamos que, em decorrência do regramento da oficialidade³⁰, a partir da prática do “fato” típico, antijurídico e culpável, os agentes do Estado são acionados para investigarem e punirem o malfeitor. Oficiando, cada autoridade, apresentando o Estado no momento apropriado.

Resumindo o – anteriormente articulado – afirmamos que a legitimidade ativa para a promoção da ação penal seria do Ministério Público, porém, deve ser considerada a investigação preliminar realizada pela Polícia Judiciária, bem como, a possibilidade de o juiz complementar a atuação investigativa como agente do Estado (regra da inquisitividade).

Portanto, a persecução penal deve ser realizada pelos agentes do Estado, oficiando – cada qual – no devido momento, emergindo a ação penal como parte deste todo, caracterizando o ofício do Ministério Público, que não detêm o monopólio da persecução penal; apenas impulsiona a ação penal como agente – repisamos – do Estado.

A persecução penal é propriedade dos membros da coletividade, por isso o Ministério Público não detêm o monopólio. Aqueles (os membros da sociedade) contribuem com impostos para o Estado laborar com acuidade à segurança dessa sociedade.

Os agentes do Ministério Público são remunerados por meio do pagamento de impostos para impulsionarem a ação penal. Assim como a Polícia Judiciária deve investigar, na primeira fase da persecução penal, enviando os autos dessas investigações ao Poder Judiciário, ocasião que os agentes do Estado oficiarão na segunda fase da persecução penal.

O Ministério Público não detêm o monopólio da persecução penal, tampouco da própria ação penal (persecução *strictu sensu*) que, caso o membro da Instituição não a intente no interstício legal, poderá ser promovida pelo ofendido e seus pares. Este o raciocínio dessumido do art. 5º. inciso LIX da Constituição da República, **profligando a idéia de legitimação ativa fixa no membro do Ministério Público.**

Mas, caso fosse (não é, reafirmamos, porque os interessados poderão propor a ação penal "subsidiária"), o Ministério Público nutriria a legitimação extraordinária, ou seja, aquela que decorre da lei.

Isso porque, **a Instituição não está relacionada com o direito material discutido na causa, não está diretamente envolvida na lide. Nem poderia, pois o processo penal não resta coarctado às lides.**

³⁰ Rogério Lauria Tucci, obra citada.

Para avançarmos no tema da – pretensa – teoria que impõe condições para o exercício da ação, imaginamos que haja legitimidade no polo ativo. Se não impusermos este dogma, como exercício exegético, não conseguiremos avançar.

Então, cultos Leitores, **o polo passivo, o reconhecimento da legitimidade impõe a condenação do indivíduo. Nunca condições para o exercício da ação penal.**

Escolindo, asserimos que o maior problema, considerando-se a legitimidade das partes, é que **o reconhecimento da legitimação passiva, à ação penal, repercutiria na análise do mérito da causa, não em – pretensa – condição para o seu exercício** (escusas pela reiteração).

A existência da legitimidade passiva seria a própria condenação do acusado, mediante a análise do mérito; textualmente: "Isso posto, comprovada a autoria do crime, condeno o acusado (...)." Essa sentença de mérito impõe a legitimidade passiva da ação penal. Outro absurdo!!!

Com este – mesmo – raciocínio, **devemos considerar que toda absolvição não seria decisão de mérito, e sim, o reconhecimento da carência de ação. Ato que possibilitaria a renovação da instância, ou seja, o absolvido poderia enfrentar nova ação penal em decorrência do mesmo fato; por outras palavras, nunca restaria absolvido!.**

Necessário escólio? Explicamos: o acusado queda-se absolvido, porque a sentença "declarou" que não perpetrara o ilícito penal (...). Se considerarmos a pretensa condição para o exercício da ação penal, ou seja, a **ausência de legitimidade passiva; esta sentença que – de fato – analisou o mérito (não matou, não roubou, não delinuiu), teria a falsa natureza de carência de ação, em decorrência da ilegitimidade da parte no polo passivo**, ou seja, quando o juiz afirma que não é o acusado o causador do gravame, absolve mediante análise de mérito (não deu causa ao ilícito). Mas, se considerarmos a falaciosa teoria das condições da ação penal deveremos concluir que a negação da autoria resta afeta a ausência de legitimidade da parte passiva.

Novo absurdo!!!

Com este exercício quedamo-nos satisfeitos, entendendo provada a impossibilidade jurídica de teoria que oblitera a celeridade dos procedimentos em sede de Processo Civil (as condições da ação) a suscitar escolhas indevidas, apanagiando pessoas com a absolvição ou a carência de ação ao Processo Penal. Mais essa!!!

Quanto ao interesse de agir, seria torpe impor – à querida Consulente ou denodado Leitor – mais um parágrafo. Afirmamos, em breve período com duas frases, que sempre militarão interesse de agir ao processo penal. Aliás, melhorando a assertiva: invariavelmente haverá o **dever** de agir do Estado, perquirindo a prática delitiva, impondo a pena ao responsabilizado criminalmente, porque o Estado arvorou-se – havia mais de dois mil e duzentos anos – a este dever.

É dizer, tão logo os agentes do Estado tenham conhecimento da prática delitiva devem (se não o fizerem prevaricarão) empolgar a persecução até o encontro da verdade material.

No processo civil existe a possibilidade de manejarmos a execução sem a anterior propositura da ação condenatória, orientada pelas regras da cognição.

É dizer, o possuidor de título executivo extrajudicial poderá manejar a ação de execução, orientada pelas regras (processo) de execução, sem a necessidade da condenação por intermédio do processo de conhecimento.

Isso no processo civil.

No processo penal não é possível manejar a execução sem a incidência dos regramentos do processo de conhecimento. Não existe título executivo extrajudicial no processo penal, incidindo – já o dissemos – a necessidade da ação penal para declarar o autor do fato típico, antijurídico e culpável, condenando-se-o à purgação da respectiva pena.

Nisto a parêmia *nulla poena sine iudicio*, característica básica da regra da necessidade, ou seja, não pode haver pena, sem a necessária investigação judicial, mediante a ação penal.

Então, somente a partir do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, nos termos do art. 5º inciso LVII da Constituição da República, grassa – aos agentes da execução penal – a imperiosidade do cumprimento do decidido neste título judicial.

Por outras palavras, com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória milita a possibilidade de o Estado segregar (separar) o responsabilizado pelo evento danoso, julgando o mérito da ação ou, liberando o acusado para viver livre da imputação, porque o próprio processo penal, a simples investigação criminal emerge como pena ao homem “de bem”.

Diferentemente seria renovação da instância sempre que os agentes do Estado quiserem marginalizar o cidadão.

Alerta final

No mesmo sentido, **impossível vislumbrar alguma justificativa para a “importação” dessa anomalia das condições da ação que, nem ao processo civil emerge relevante. E, a isso o alerta: somente a possibilidade de renovação da instância, perenizando o processo crime mesmo aos casos de absolvição, mediante manifesta mácula à “Declaração dos Direitos do Homem”, proclamada pela Assembléia Geral da ONU, depois das torpezas realizadas pelos regimes ditatoriais³¹, a qual, a nossa Constituição da República emerge como signatária.**

Caio Sérgio Paz de Barros é Professor Doutor pela USP, publicou nove livros, sendo seis jurídicos acerca do Direito Processual Penal e Civil. E, outro livro documentário jornalístico, comentando o “caso Rugai” (filho emerge acusado de matar o próprio pai e a namorada deste). Publicou – também – diversos artigos em revistas especializadas, principalmente no “Repertório Trimestral de Jurisprudência da IOB”. Advogado atuando em tribunais, mediante o patrocínio de recursos e ações que originariamente tramitam perante aqueles. Lançou recentemente o seu Curso de Processo Civil, mediante a epígrafe:

³¹ Tanto Stalin como Hitler manobraram o Ministério Público a seus desideratos políticos. Por isso, emerge questionável atribuir tanto Poder a única Instituição.

“Curso de processo civil ESCOLIADO”, Editora Paz Jurídica, 1ª. ed. 2008. 2ª. ed. 2010.