

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC - SP

JOSÉ EDUARDO DO NASCIMENTO

TEMA

AS CONDIÇÕES DA AÇÃO NO PROCESSO PENAL À LUZ DA LEI 11719 / 2008

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2010

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC - SP

JOSÉ EDUARDO DO NASCIMENTO

TEMA

AS CONDIÇÕES DA AÇÃO NO PROCESSO PENAL À LUZ LEI 11719 / 2008

Dissertação apresentada à Banca de Qualificação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais, sob a orientação do Professor Doutor Guilherme de Souza Nucci.

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO
2010

Banca examinadora

Dedico esta dissertação à memória do meu pai, José
Alves do Nascimento Filho.

Agradeço a Deus pela oportunidade de aprimoramento a mim concedida. Agradeço ao meu orientador, Professor Doutor Guilherme de Souza Nucci, pelas valiosas sugestões dadas ao longo da elaboração da dissertação, que em muito serviram para descortinar enfoques até então não vislumbrados. Agradeço aos professores do curso pela formação ministrada.

RESUMO

A presente dissertação tem por objetivo analisar o tema das condições da ação no processo penal à luz da reforma empreendida pela Lei 11719 / 2008. O Código de Processo Penal, em sua redação original, utilizava o modelo do art. 43 – casuístico, porém voltado diretamente à realidade do processo penal, para o exercício, pelo juiz, do juízo de admissibilidade da acusação. O art. 395 do Código de Processo Penal, após a reforma empreendida pela Lei 11719 / 2008, faz referência genérica à aptidão formal da peça acusatória, às condições da ação e aos pressupostos processuais, e à justa causa. Para determinar o sentido e alcance destas modificações, a presente dissertação aborda, no capítulo 1, as relações entre a Constituição e o Direito Processual Penal, com ênfase nos princípios do devido processo legal e da presunção de inocência. No capítulo 2 passa-se ao estudo da ação penal e dos princípios que a regem. O capítulo 3 tem por objeto o estudo das condições da ação no processo penal. Por fim, o capítulo 4 aborda o polêmico conceito de justa causa.

Palavras - chaves: processo penal, condições da ação.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze the topic of the conditions required for criminal prosecution, under the reform established by the Law 11719 / 2008. The Criminal Procedure Code, in its original text, used the model of the art. 43 – directly referred to specific cases, although proper to the reality of criminal procedure – , considering the matter related to the admission of the charge. The art. 395 of the Criminal Procedure Code, after the changes resulting the Law 11719 / 2008, refers generically to the indictment's formal regularity and to the conditions required for criminal prosecution. In order to settle the right sense of the changes, the present paper analyzes, in chapter 1, the relations between constitutional law and criminal procedure law, emphasizing the due process of law and the not guilty principle. In chapter 2, the paper analyzes the concept of criminal prosecution and its principles. In chapter 3 the paper analyzes the conditions required for criminal prosecution. Finally, in chapter 4, the paper analyzes the polemic concept of “fair reason” related to criminal prosecution.

Key – words: criminal procedure, conditions required for criminal prosecution.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	p. 09
CAPÍTULO 1. Constituição e processo penal.....	p. 18
1.1. O modelo processual penal concebido pelo Código de Processo Penal de 1941.....	p. 23
1.2. A persecução criminal no modelo de Estado Democrático de Direito consagrado na Constituição de 1988. Sistema acusatório e sistema inquisitivo.....	p. 40
1.3. Princípios processuais penais: devido processo legal e presunção de inocência.....	p. 46
1.3.1. Definição de princípios.....	p. 47
1.3.2. Devido processo legal.....	p. 49
1.3.3. Presunção de inocência.....	p. 55
CAPÍTULO 2. Ação penal.....	p. 58
2.1. Espécies de ação penal.....	p. 59
2.2. Princípios da ação penal.....	p. 63
2.2.1. Princípio da obrigatoriedade.....	p. 63
2.2.2. Princípio da indivisibilidade.....	p. 70
2.2.3. Princípio da indisponibilidade.....	p. 74
CAPÍTULO 3. As condições da ação no processo penal.....	p. 76
3.1 O direito de ação e o fundamento constitucional das condições da ação.....	p. 76
3.2 A natureza jurídica das condições da ação.....	p. 83
3.3 As condições da ação no Direito Processual Penal.....	p. 87
3.3.1 Possibilidade jurídica do pedido.....	p. 87
3.3.2 Interesse de agir.....	p. 101
3.3.2.1 O interesse de agir e a súmula 524 do STF.....	p.

3.3.3. Legitimidade ativa e passiva.....	p. 113
3.3.3.1. A legitimidade ativa nos crimes contra a dignidade sexual.....	p. 116
3.3.3.2. A legitimidade ativa nos crimes contra a honra.....	p. 120
3.3.3.3. A legitimidade passiva no processo penal.....	p. 121
CAPÍTULO 4. A justa causa para a ação penal.....	p. 123
4.1. A origem do conceito de justa causa.....	p. 123
4.2. A justa causa na legislação processual penal brasileira.....	p. 129
4.3. O conceito de justa causa e a análise dos requisitos de admissibilidade da ação penal.....	p. 133
CONCLUSÃO.....	p. 144
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	p. 153

INTRODUÇÃO

Uma vez reconhecido que o ser humano é essencialmente voltado ao convívio social e ao relacionamento recíproco, surge a necessidade da disciplina, pelo Direito, dos conflitos que decorrem das relações intersubjetivas que se estabelecem, tendo por objetivo a manutenção de padrões mínimos de segurança e estabilidade nas relações sociais - padrões indispensáveis, em última análise, à manutenção e crescimento da própria sociedade de forma harmônica e equilibrada.

O desenvolvimento e o exercício de formas de poder são fenômenos diretamente associados à manutenção da sociedade e à preservação de suas bases. O Estado moderno possui complexidade compatível com a necessidade de atingir esta finalidade, e para isso, conta com a especialização de funções típicas afetas ao exercício da administração, da legislação e da jurisdição. Os órgãos encarregados de praticar os atos necessários, cada qual dentro de seu âmbito funcional, são estruturados em Poderes que devem guardar entre si harmonia e independência.

Desde que o exercício do poder se tornou fundamental à manutenção do equilíbrio das relações sociais, igualmente importante foi a criação de métodos de controle de seu exercício. Em todos os níveis do poder público há um complexo sistema de freios, controles e limitações ao seu exercício.

O Direito Penal constitui importante ramo do direito destinado à proteção de bens, interesses e valores (especialmente os de índole constitucional), tidos por fundamentais e indispensáveis à convivência em sociedade. O conceito de bem jurídico é essencialmente marcado por sua relação com o sujeito e capacidade de satisfazer suas necessidades.

Verifica-se moderna tendência em associar a legitimidade do ato de incriminação, que constitui problema fundamental do Direito Penal, à tutela de bens jurídicos constitucionais.

De fato, a doutrina se inclina no sentido do reconhecimento de que a liberdade do legislador penal, em matéria de edição de normas incriminadoras, não é ilimitada. Ao contrário, da supremacia da Constituição sobre as leis decorre a constatação de que a mera regularidade formal do processo legislativo ordinário não é suficiente para que qualquer norma penal incriminadora seja editada. O poder que o Estado detém de intervir na liberdade do indivíduo deve ter por fundamento o próprio texto constitucional, embora não se possa afirmar, no estágio atual da doutrina e da evolução do Direito Constitucional, ser esse o único e exclusivo critério que informa a atividade legislativa penal. Por outras palavras, é legítima a incriminação de condutas com a finalidade de tutelar bens jurídicos com estatura constitucional, embora não se possa afirmar que o Direito Penal deva se restringir somente aos bens jurídicos constitucionalmente tutelados.

Constatada a prática de um crime, surge para o Estado o poder de aplicar a resposta penal cabível e adequada àquele que praticou o delito, o que somente pode ser feito por meio do processo penal.

No Estado Democrático de Direito, o poder de intervenção na liberdade do indivíduo, exercido em nome da proteção de bens jurídicos fundamentais à vida em sociedade, possui limites constitucionalmente estabelecidos destinados a constituir mecanismos de controle do exercício do poder de criminalizar e do poder de acusar.

Surge o conceito de pretensão punitiva que, nos crimes de ação penal pública, se consubstancia em poder - dever do Estado deflagrar a atividade persecutória estatal, uma vez preenchidas as condições que configuram a hipótese legal de agir. Mesmo nas infrações penais que se sujeitam à ação penal privada exclusiva, de iniciativa do ofendido, o poder de punir não pertence ao particular, mas sim, e sempre, ao Estado. A ação penal de iniciativa privada constitui exemplo de substituição processual no processo penal, pois ao ofendido é conferida legitimidade para postular em juízo pretensão alheia. Porém, embora o Estado atribua ao particular a faculdade (porque

regida pelo princípio da conveniência ou oportunidade) de formular a acusação, mantém-se como titular do direito de punir. Daí porque se pode afirmar que toda ação penal é, em sua essência, pública, pois o poder de punir sempre será questão de direito público. Pública ou privada, para fins de classificação das ações penais, é tão somente a iniciativa para promovê-la.

A atividade persecutória estatal tem por finalidade a apuração de elementos de autoria e materialidade do delito, de modo a permitir a deflagração da ação penal e a eventual punição de seu agente, com a produção e execução da resposta penal justa e adequada, por meio do processo penal.

O conceito de persecução criminal consiste no conjunto de atividades processuais (ação penal, seja ela exercida pelo Ministério Público, seja pelo ofendido) e pré - processuais (inquérito policial, fase correspondente à investigação preliminar) tendentes à consecução da finalidade acima mencionada.

Na fase preliminar, incumbe à Polícia Judiciária, nos termos do art. 4º CPP, a apuração de infrações penais e respectiva autoria, viabilizando a promoção da ação penal. Para a propositura da ação penal, é necessária a presença de determinadas condições. É necessária a presença de elementos mínimos de autoria e materialidade. É necessária a presença de justa causa para a ação penal.

A dialética processual penal é fortemente marcada pela resolução do problema “condenar ou absolver”. Contudo, outro problema, colocado em momento processual anterior, é dotado de igual relevância, qual seja, “acusar ou não acusar”. São, de fato, os dois grandes momentos do processo penal de conhecimento: deflagrar ou não a acusação; deflagrada, julgá-la procedente ou improcedente.

A legislação processual penal sempre deu ênfase, porém, à solução do problema “condenar ou absolver”, não aprofundando adequadamente o tratamento científico do problema “acusar ou não acusar”. Contudo, embora colocados em momentos processuais distintos, ambos os questionamentos devem ser informados pela busca do ideal de justiça.

Fala-se em “ideal de justiça” enquanto valor que surge da própria experiência das relações sociais, impulsionando a sociedade para concepções melhores e mais avançadas. O Direito surge das experiências da vida concreta em sociedade. Da convivência em sociedade resultam modos e padrões de organização das relações entre os indivíduos, que reclamam duas exigências básicas: segurança e justiça – e as decisões judiciais não fogem dessas exigências.

Condenar um inocente é tão injusto quanto acusar alguém indevidamente, sem que estejam presentes os requisitos mínimos para a deflagração da acusação, ainda que o acusado seja posteriormente absolvido. É verdade, contudo, que os efeitos da injustiça retratada na primeira hipótese são, em tese, mais profundos e menos remediáveis que os da injustiça retratada na segunda hipótese.

O ato de acusar e o estudo científico de seus requisitos, devem ser analisados à luz do modelo processual penal brasileiro, que evolui de uma concepção predominantemente inquisitorial (concepção original do Código em 1941) para uma concepção predominantemente acusatória, informada pelos princípios constitucionais do modelo de Estado Democrático de Direito consagrado na Constituição de 1988. O estudo das condições para o regular exercício da ação penal requer, fundamentalmente, enfoque constitucional, especialmente com lastro no princípio da legalidade, ao invés de buscar, por empréstimo, estrutura teórica própria dos conceitos do Direito Processual Civil.

Por outro lado, a jurisprudência é farta em exemplos de decisões noticiando o trancamento de ação penal e de inquérito policial por falta de justa causa. Contudo, o amplo tratamento dado ao tema por diversos e numerosos julgados não afasta a constatação de que o conceito de justa causa é tratado com incertezas pela doutrina, pelo legislador e pelos próprios julgadores.

Da mesma forma que o ato legislativo de criminalização não pode ser arbitrário, a persecução criminal em juízo (fase processual) não pode ser temerária.

No Direito Penal, a abordagem dos princípios da intervenção mínima, fragmentariedade e subsidiariedade está diretamente ligada à definição das funções do

Direito Penal (proteção de bens jurídicos essenciais e indispensáveis à vida em sociedade), com fundamento na necessidade de limitar, e ao mesmo tempo legitimar, a ação interventiva do Estado na liberdade individual. Ainda que os mencionados princípios não estejam consagrados de forma explícita na legislação, notadamente na Constituição – sede natural para os mesmos, em razão de sua íntima relação com os próprios fundamentos do Estado Democrático de Direito, deve aos mesmos ser dada estatura constitucional. A partir da constatação de que esta função de proteção não é exercida pelo Direito Penal com exclusividade, já que outros ramos do Direito igualmente se ocupam desta tarefa, os citados princípios possuem a finalidade de limitar a esfera de utilização de normas penais incriminadoras aos casos estritamente necessários, ou seja, ofensa relevante a bens jurídicos fundamentais. O princípio da intervenção mínima consiste na delimitação das hipóteses nas quais se legitima a intervenção do Direito Penal, impondo limites à discricionariedade do legislador. Sua origem próxima pode ser buscada nos idéias do Iluminismo, quando começou a se afirmar a idéia de que a atividade de criminalização além de obedecer ao princípio da legalidade, deveria obedecer também às exigências de razoabilidade e legitimidade (a intervenção do Direito Penal é o único meio de atingir a proteção necessária de determinado bem jurídico). Neste sentido a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que em seu art. 8º assim diz: “a lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias ...”.

No Direito Processual Penal, as condições da ação e a exigência de justa causa para a ação penal constituem filtro necessário à vedação de demandas temerárias em detrimento do acusado.

É característica essencial do Estado Democrático de Direito a limitação, o regramento, a disciplina, em nível constitucional, dos limites ao exercício do poder punitivo, para que não se transforme em arbitrariedade. O oferecimento de denúncia ou queixa sem que haja justa causa constitui abuso do poder de denunciar, a ensejar a prolação de despacho liminar de conteúdo negativo.

É indispensável que existam mecanismos de controle para o ato de elaborar normas penais incriminadoras, bem como, para o ato de acusar, para o ato de condenar

(não apenas em relação ao ato de condenação, mas, com igual importância, em relação ao processo de fixação da pena) e para os atos de execução da pena.

O controle da discricionariedade do ato de incriminar consiste em problema fundamental do Direito Penal. O controle do ato de julgar (absolver ou condenar e, nesse caso, aplicar a medida justa de pena ou medida de segurança) consiste em um dos problemas centrais do processo penal. O controle da execução da pena ou medida de segurança consiste em problema central ligado à execução penal.

Contudo, somente se deflagra o devido processo penal por meio de ato acusatório a veicular pretensão de punir o agente.

Embora o simples trâmite de inquérito policial ou ação penal não implique sanção ou pena em seu sentido formal (porque pena, sob o princípio da presunção de não - culpabilidade, somente pode ocorrer após o trânsito em julgado de sentença condenatória), é de se reconhecer que já se iniciou fase preliminar de constrangimento – tanto que cabe *habeas corpus* com o objetivo de obter o trancamento de inquérito policial ou ação penal, pela tão só ameaça que ambos já representam, concreta e efetivamente, à liberdade do cidadão. De fato, como se não bastasse o tão só estigma de ter contra si a instauração de inquérito policial ou ação penal, o indiciado ou réu ainda podem sofrer inúmeras restrições à liberdade ou ao patrimônio em razão de medidas cautelares processuais penais.

Desde o momento em que o Estado proibiu ao cidadão fazer justiça pelas próprias mãos – do que o delito do art. 345 do Código Penal é a concreta expressão, tanto que incluído justamente no capítulo dos crimes contra a administração da justiça, chamou para si, também, o monopólio da função jurisdicional, substituindo a vontade das partes e aplicando o direito objetivo ao caso concreto. O processo penal é o palco onde dois grandes interesses se confrontam e limitam: o interesse público de não deixar impune o agente culpável pela prática do delito e o direito de liberdade (interesse igualmente de ordem pública e estatura constitucional no sentido de que a aplicação da sanção penal ocorra de acordo com o devido processo penal).

Surge a necessidade, então, de mecanismo composto por um sistema de princípios e regras destinados à manutenção do equilíbrio entre os dois grandes núcleos de interesses. As condições para a regularidade do ato de deflagração processual da acusação se inserem, sem dúvida, nesse mecanismo.

Não basta à deflagração da ação penal que a peça acusatória seja formalmente perfeita, que atenda a todos os requisitos do ponto de vista de sua regularidade formal, de acordo com os requisitos do art. 41 CPP. É preciso que haja um mínimo de elementos de prova no sentido de que a imputação nela contida seja viável. Não se pode sujeitar a pessoa ao processo penal sem que a imputação esteja revestida de um mínimo de viabilidade - que se apura na fase pré - processual (especialmente no inquérito policial, embora este não seja indispensável), sob pena de ilegal coação ao direito de liberdade.

Entre as condições para o regular exercício da ação penal condenatória está, sem dúvida, a existência de conjunto mínimo de elementos de prova que afirmem a ocorrência de fato penalmente relevante e respectiva autoria, o que pressupõe a prévia apuração do fato com todas as suas circunstâncias.

Não o disse expressamente o texto do Código de Processo Penal. Entretanto, a conclusão no sentido da afirmação da necessidade do suporte probatório mínimo decorre do próprio sistema normativo elaborado pelo legislador processual penal de 1941, especialmente ao disciplinar a existência do inquérito policial e sua dispensabilidade se o membro do Ministério Público dispuser de outros elementos de convicção para o oferecimento da denúncia.

De fato, em regra, é com base no inquérito policial que o Ministério Público oferece a denúncia. Mas o inquérito policial é dispensável, podendo o Ministério Público oferecer a denúncia desde que haja outros elementos de convicção ou peças de informação que preencham sua finalidade precípua: demonstrar a existência de fundamento razoável para o exercício da ação penal. A interpretação conjunta dos artigos 39 § 5º, 40 e 46 § 1º do Código de Processo Penal evidenciam este fato. O inquérito policial não é indispensável; o que é indispensável ao oferecimento de denúncia ou queixa é a existência de conjunto mínimo de elementos que confira

viabilidade e razoabilidade à acusação, que podem ser recolhidos com base no inquérito policial, ou no que o Código denomina genericamente de peças de informação.

A relevância do tema advém de vários fatores, entre os quais a pouca e esparsa sinalização da legislação processual penal na definição do conceito de justa causa, deixando ampla margem de construção à doutrina e jurisprudência. Nessa perspectiva, o tema afeto à justa causa para a ação penal tem sido objeto de crescente número de obras jurídicas. Diversas são as definições do conceito de justa causa no processo penal, passando por concepções mais amplas (como a que identifica o conceito de justa causa com o conjunto das condições para o regular exercício da ação penal condenatória) até concepções mais restritas (como a que identifica o conceito de justa causa com o suporte probatório mínimo necessário ao oferecimento de denúncia ou queixa), ou mesmo por concepções que colocam a justa causa fora do tema das condições da ação.

De fato, a expressão justa causa é usada costumeiramente, quase que indiscriminadamente, sempre que se verifica ação penal indevidamente instaurada. Contudo, a familiaridade com que se utiliza a expressão justa causa não vem acompanhada de correlata precisão na sua definição e em seus contornos técnicos.

Por outro lado, o Código de Processo Penal, datado de 1941, e elaborado sob a vigência da Constituição de 1937, tratou do tema das condições da ação penal de forma casuística, elencando no art. 43 as causas concretas que ensejam a rejeição da denúncia. O Código de Processo Civil, datado de 1973, ao contrário, incorporou em seu texto a evolução doutrinária do tema das condições da ação.

De fato, o Código de Processo Penal menciona, no art. 648 – I, o conceito de justa causa, sem, contudo, defini-lo. O art. 43 – III CP, antes da revogação pela Lei 11719 / 2008, elencava as causas que ensejam a rejeição da denúncia ou queixa, fazendo referência à ausência de legitimidade da parte ou de condição exigida pela lei para o exercício da ação penal (como se a legitimidade da parte não fosse uma dessas condições, e sem dar tratamento científico às demais condições que o texto legal sequer especifica quais seriam). Nos anos que se seguiram, houve inegável tendência doutrinária em sistematizar as hipóteses casuísticas do art. 43 CPP de acordo com a teoria geral das condições da ação proposta para o processo civil.

Com o advento da Lei 11719 / 2008, foi revogado o art. 43 – III, o qual foi substituído pelo art. 395 que, além de continuar a não definir o conceito de justa causa, a ela faz menção, como fundamento para a rejeição da peça acusatória, em inciso diverso do que menciona as condições da ação e os pressupostos processuais, os quais não tiveram seus conceitos definidos, perpetuando a indagação sobre a possibilidade de adequação da teoria das condições da ação do processo civil ao processo penal.

Por isso, e sem pretensão exauriente em relação ao tema, o presente trabalho tem por finalidade discutir a noção de justa causa no processo penal no contexto da teoria das condições da ação no processo penal, ressaltando o enfoque constitucional referente à função de impedir a arbitrária deflagração da atividade persecutória estatal.

CAPÍTULO 1 – CONSTITUIÇÃO E PROCESSO PENAL

Indiscutivelmente, os temas da justa causa e das condições para a regularidade do exercício da ação penal possuem estatura constitucional. O estudo das relações do Direito Processual Penal com o Direito Constitucional traz em seu âmago a necessidade de reconhecer as influências ideológicas que as concepções de Estado e do exercício do poder, dominantes em determinada época, produzem no processo penal. O Direito Processual possui intensa interdependência com o Direito Constitucional. A influência dos princípios constitucionais sobre o modelo processual (civil ou penal) é muito maior do que a que decorre meramente da supremacia formal da Constituição. Os direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição, o modelo de Poder Judiciário adotado, o sistema de repartição de competências, o papel de cada uma das instituições essenciais à administração da justiça, formam o que pode ser denominado de concepção constitucional do processo, em relação à qual os códigos e a legislação processual esparsa não podem divergir.

Essa compreensão é fundamental para a verificação da importância do estudo dos princípios que regem o processo, notadamente o processo penal.

O Direito Penal somente pode emprestar efetividade às normas penais incriminadoras por meio do processo penal – peculiaridade que empresta contornos especiais ao conceito de interesse de agir no processo penal. Não é possível a aplicação de pena sem processo. *Nulla poena sine iudex*. Para tanto, a consolidação do que se convencionou denominar de *Estado de Direito* teve capital relevância.

O exercício do poder do Estado tem sido tema e objeto de análise de diversos pensadores desde a Antiguidade. Platão e Aristóteles já dissertavam, em seus textos, sobre as relações entre a autoridade, os governantes e as leis.

Luigi Ferrajoli¹ afirma que Estado de Direito é “um daqueles conceitos amplos e genéricos que tem múltiplas e variadas ascendências na história do pensamento político”. Prossegue Ferrajoli, em breve reconstrução histórica do conceito, mencionando seus marcos mais relevantes: o surgimento do conceito de Estado de Direito remonta à antiguidade, quando Platão e Aristóteles falavam em “governo de leis” em vez de “governo de homens”. Prossegue na Idade Média com a fundação jurídica do conceito de soberania, seguido pelo pensamento político liberal sobre os limites da atividade do Estado e do Estado mínimo, pelo jusnaturalismo e o respeito às liberdades fundamentais do indivíduo, pelo constitucionalismo inglês e norte-americano, pela teoria da separação dos poderes e pela teoria jurídica do Estado elaborada a partir do normativismo kelseniano.

Para Luciano Feldens², dois são os marcos históricos subjacentes à compreensão do constitucionalismo contemporâneo e das relações entre o poder público e a teoria jurídica: (1) o nascimento do Estado moderno enquanto Estado legal (afirmação do princípio da legalidade) e (2) surgimento do Estado constitucional, marcado pela subordinação do princípio da legalidade a Constituições rígidas (surgimento iniciado após a 1ª Guerra Mundial e consolidado após a 2ª Guerra Mundial e que em nada se confunde com o conceito de Estado constitucional liberal surgido a partir do século XVIII).

Evidentemente que o conceito de “governo de leis” deve possuir abrangência maior que o simples fato de o poder público ser exercido conforme as leis. O conceito de Estado de Direito implica, fundamentalmente, que o conteúdo das leis deve sofrer limitações materiais endereçadas aos legisladores.

¹ In FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 687.

² FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 29.

Por isso Ferrajoli afirma, que o conceito de “poder *sub lege*” pode ser entendido em dois sentidos diferentes: (1) um sentido fraco e meramente formal de que o poder deve ser conferido pelas leis e exercido em seus limites; (2) um sentido forte e substancial segundo o qual o poder deve ser limitado pela lei que lhe condiciona não somente em forma, mas também em conteúdo (sentido que o direito inglês dá à expressão “rule of law”, e que será abordado posteriormente na análise do princípio do devido processo legal)³.

Luciano Feldens caminha no mesmo sentido ao comparar os dois modelos (Estado Legal de Direito e Estado Constitucional de Direito):

“Reside nesse aspecto a diferenciação entre os dois modelos normativos: o modelo paleopositivista do Estado legislativo de Direito, ou Estado legal, surgido com o nascimento do Estado moderno como monopólio da produção jurídica, e o modelo neojuspositivista do Estado constitucional de Direito, ou Estado constitucional, produto da difusão, na Europa pós – Segunda Guerra, de Constituições rígidas e do controle de constitucionalidade de leis ordinárias”⁴.

O conceito de Estado de Direito ou de “poder *sub lege*” em seu sentido substancial, além de conter e superar o aspecto meramente formal, descortina a perspectiva de altíssima relevância consistente no fundamento das limitações ao poder de legislar – questão eminentemente constitucional.

Claro que o princípio da legalidade, tão caro ao Direito Penal, mas dele não exclusivo, nesse contexto, ganha especial relevância. Por isso Ferrajoli⁵ menciona a existência de dois modelos de legitimação - formal e substancial, informados por dois aspectos do princípio da legalidade, expressos por fórmulas diversas: (1) a lei é condicionante (*nulla poena sine lege*); (2) a lei é condicionada (*nulla lex sine...*).

³ In FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. Teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 687.

⁴ FELDENS, Luciano. A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 32.

⁵ In FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. Teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 688.

As limitações formais e materiais ao poder de emendar a constituição e de legislar ordinariamente, por certo, representam a necessidade de impor limitações ao conteúdo das normas que são endereçadas ao legislador. Mas não são as únicas limitações de forma e conteúdo, nem seriam suficientes, se fossem as únicas. O legislador, mesmo que obedeça regularmente ao processo legislativo, não pode criar qualquer tipo de norma jurídica.

A técnica do controle de constitucionalidade (especialmente a verificação de compatibilidade material com a constituição) constitui marco importante na limitação do poder de legislar. Contudo, são os direitos fundamentais do cidadão consagrados constitucionalmente que estabelecerão os limites da atuação do poder público em face do cidadão – no que se inclui a atividade legislativa. Neste tema, os direitos fundamentais dos cidadãos são fonte de importantes limites ao exercício do poder público, especialmente do poder de legislar. Com fundamento no princípio da legalidade, ainda que obedecendo aos trâmites formais de elaboração das normas, não se poderiam elaborar quaisquer normas penais incriminadoras. O princípio da legalidade deve ser informado, antes de tudo, pela conclusão inafastável decorrente da afirmação constitucional dos direitos fundamentais do cidadão, no sentido de que as liberdades individuais não podem sofrer restrição que não tenha por fundamento necessidade e razoabilidade.

Desde o fim da Segunda Guerra Mundial, da Declaração de Direitos Universais do Homem (ONU, 1948) até a Convenção de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em 1992), foram elaborados tratados e convenções que tiveram por finalidade assegurar, no âmbito dos países signatários, a observância de direitos e garantias dos cidadãos.

Por isso se compreende a afirmação de Ferrajoli⁶ no sentido de que nem tudo se pode decidir por maioria em um Estado de Direito: a maioria não pode decidir suprimir a minoria. A democracia política seria um regime absoluto se o poder do povo fosse ilimitado.

⁶ In FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. Teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 690.

A afirmação crescente e constante de princípios acusatórios no processo penal – do que o fortalecimento da instituição do Ministério Público na Constituição de 1988 é vigoroso exemplo, por retirar do juiz várias funções de índole persecutória que a tradição processual insistia em lhe atribuir como, por exemplo, a ação penal de ofício prevista no art. 26 CPP – é a vertente específica que representa a absorção, no plano do processo enquanto forma e finalidade, da necessidade de impor limites ao poder público e assegurar liberdades e direitos fundamentais do cidadão.

No plano do processo penal, é possível visualizar esta evolução que, em última análise, é expressão direta do modelo de relação Estado – indivíduo dominante. Em cada momento histórico, é possível visualizar no Direito Processual Penal a repercussão do modelo de poder então vigente. Modelos autoritários de Estado tendem a construir concepções de processo penal onde o agente deixa de ser considerado como sujeito de direitos e garantias fundamentais para ser tratado como mero objeto do poder estatal. O controle do exercício do poder público no processo está intimamente ligado, no processo penal, à elevação do agente à posição de sujeito na relação processual, com faculdades processuais e direitos fundamentais a serem tutelados no processo, em regime de paridade com o poder acusatório.

Dois grandes modelos se limitam reciprocamente (e a história do processo penal tem revelado ênfase ora em um, ora em outro).

A concepção acusatória é fundada na preservação dos direitos fundamentais do indivíduo, que assume a posição de verdadeiro sujeito de garantias processuais, cuja liberdade somente pode ser objeto de restrição se presentes as condições necessárias exigidas. Seu pilar é a separação das funções de acusar, defender e julgar, retirando do juiz qualquer função que comprometa sua imparcialidade.

A concepção inquisitiva, por outro lado, reforça o papel do Estado-juiz na condução quase discricionária do processo, concentrando as funções de acusar, defender e julgar. Por isso, não há observância, como no sistema acusatório, de garantias processuais (especialmente publicidade, contraditório, ampla defesa e devido processo legal) que, de resto, são desnecessárias, uma vez que o Estado assume o papel de decidir

o que é melhor para os interesses da acusação e da defesa, comprometendo sua imparcialidade. Não há que se falar em sistema de garantias onde o acusado é tratado como mero objeto de investigação e de acusação, e não como sujeito de direitos.

As disciplinas processuais, muito mais que conjunto de regras procedimentais, revelam verdadeiras opções ideológicas. O sistema processual é intensa e veladamente marcado por diretrizes ideológicas, concepções exteriorizadas de opções políticas. Assim dizia Pontes de Miranda: “Sempre levei a sério o direito processual. É o ramo das leis mais rente à vida. Por ele poder-se-iam classificar os povos. Trai o que está na alma dos estadistas”⁷

Necessário lançar os olhos, então, para o Código de Processo Penal, buscando compreender qual foi a concepção de processo penal que, originariamente, sem alterações legislativas posteriores, se implementou em 1941, para então se estudar a concepção processual que decorre dos preceitos da Constituição de 1988⁸.

1.1 O modelo processual penal concebido pelo Código de Processo Penal de 1941

A concepção do Código de Processo Penal de 1941, em sua redação original, é fortemente marcada pelo autoritarismo predominante na época, que definitivamente se confronta, em vários aspectos, com os princípios constitucionais acusatórios firmados em 1988. A afirmação de que a leitura do Código de Processo Penal precisa ser refeita à luz dos princípios acusatórios trazidos em 1988 já é predominante na doutrina processual penal brasileira. Neste sentido a lição de Márcia Dometila: “Destarte, tendo em vista que o Código de Processo Penal vigente surgiu em um período ditatorial, o do Estado Novo, e a nova Constituição surge prenhe de princípios democráticos, não é

⁷ in MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Ed. Revista dos Tribunais, 1947, vol. I, p. 7.

⁸ O tema é amplamente tratado por Antônio Scarance Fernandes (in Processo penal constitucional. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 307 – 313) ao analisar as implicações e a releitura necessária do processo penal brasileiro à luz do princípio da ampla defesa que vem sendo feita pela doutrina e pela jurisprudência..

difícil concluir que aquele estatuto deve ser interpretado, com redobrada cautela, à luz das novas idéias constitucionais, da nova realidade democrática”⁹.

Basta ler a parte introdutória da exposição de motivos do Código de Processo Penal para perceber o fenômeno. Pela força marcante de suas palavras enquanto opção política que se consagra, e pelo seu tão pouco estudo na análise dos princípios que regem o processo penal, da Exposição transcrevo:

“De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinqüem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social”¹⁰.

Desde já se descortinam ao estudioso do Direito Processual Penal o longo caminho e a árdua missão de trabalhar a disciplina, que em seu texto legal reproduz concepção processual com resquícios inquisitivos, à luz da matriz principiológica da Constituição de 1988.

Contudo, além da necessidade de proceder à constante releitura do Código de Processo Penal em face do processo penal pós-1988, outra dificuldade se apresenta ao estudioso e ao intérprete. Harmonizar diversos textos legais que, em decorrência do que se convencionou “inflação legislativa”, por vezes, consagram institutos inspirados em diretrizes incoerentes e contraditórias.

Em vários aspectos os resquícios inquisitivos do Código de Processo Penal de 1941 se revelam em sua redação original. Far-se-á a citação de algumas – apenas as

⁹ In Fundamentação constitucional do Direito Penal. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992, p. 77.

¹⁰ Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, Decreto – Lei n.º 3.689 de 03.10.1941, publicado no Diário Oficial da União de 13.10.1941, parte II.

principais, mas sem intenção exaustiva, com breves comentários, com o objetivo de visualizar de forma ampla o modelo de persecução criminal criado em 1941.

O caráter inquisitivo do processo penal concebido em 1941 pode ser percebido no art. 5º, ao tratar da instauração de inquérito policial. A possibilidade de o juiz determinar a instauração do inquérito policial (art. 5º - II, primeira parte, CPP) reflete a concepção sobre o papel do juiz no processo penal.

A instauração do inquérito policial constitui ato de natureza evidentemente persecutória. Aliás, é o ato que deflagra a persecução criminal na fase pré-processual. Sua atribuição ao juiz ofende premissa essencial do sistema acusatório em que o juiz não pode assumir funções de natureza persecutória nem praticar atos com esse conteúdo. Basta pensar na hipótese de o juiz que requisitou a instauração do inquérito policial ser o mesmo que vai sentenciar a ação penal instaurada com base nesse inquérito que ele mesmo requisitou. Com que imparcialidade¹¹ poderá o juiz – nessa hipótese, apreciar eventual alegação da defesa de, por exemplo, atipicidade da conduta? Ora, o reconhecimento dessa alegação implicaria, logicamente, o reconhecimento do equívoco do ato requisitório praticado pelo mesmo juiz (requisição de instauração de inquérito policial para apuração de fato atípico) que, por isso mesmo, já estará psicologicamente tendente a rejeitar esta alegação.

A doutrina ainda se divide em relação a este tema.

Mirabete¹², expressamente admite a possibilidade, afirmando que o “juiz que tenha notícia da prática de um crime que se apura mediante ação pública incondicionada deve comunicar o fato ao Ministério Público (art. 40 do CPP) ou requisitar diretamente a instauração do inquérito policial”.

Em sentido contrário, Eugênio Pacelli de Oliveira¹³ afirma:

¹¹ E a preservação da imparcialidade do juiz, obtida com a separação das funções de acusar, defender e julgar, é uma das vigas mestres do sistema acusatório em oposição ao sistema inquisitivo puro.

¹² In Processo penal. 16ª ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 87

¹³ In Curso de Processo Penal, 6ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 40.

“o art. 5º, II, do CPP autoriza o próprio juiz a requisitar inquérito policial. A nosso aviso, contudo, semelhante dispositivo somente tem pertinência com a ordem jurídica anterior à Constituição Federal, na qual se permitia aos magistrados até a iniciativa da ação penal (conforme o revogado art. 531, CPP) nos casos de homicídio e lesões corporais culposos. Hoje, com a afirmação da privatividade da ação penal pública para o Ministério Público, pensamos ser absolutamente inadmissível a requisição de inquérito policial pela autoridade judiciária. Tendo chegado ao seu conhecimento a possível existência de fato delituoso, o juiz deve encaminhar as peças ao órgão do Ministério Público, tal como se encontra disposto no art. 40 do CPP”.

Na mesma linha segue Afrânio Silva Jardim¹⁴, para quem igualmente deve-se repelir a possibilidade de o juiz requisitar a instauração de inquérito policial. Ao comentar o Projeto de Código de Processo Penal remetido ao Congresso Nacional em junho de 1983, sobre o mesmo afirma que:

“disciplinou o processo penal à luz do sistema acusatório. Neste particular, a proposta legislativa varrerá de nossa ordem jurídica aqueles resquícios de inquisitorialismo constantes dos arts. 5º, inc. II, 13, inc. II, 26, § 3º, do art. 10, 531 e outros do atual código e que outorgam ao juiz funções persecutórias. (...) Não resta dúvida de que o exercício daquelas funções persecutórias outorgadas ao magistrado, ao menos psicologicamente, podia comprometer a sua equidistância em relação ao conflito de interesses retratados no processo penal”.

Há tendência moderna em associar o papel do juiz na fase pré-processual a duas funções principais: a garantia de direitos fundamentais e ao provimento de medidas cautelares. Aury Lopes Jr. defende expressamente que “a atuação do juiz na fase pré – processual (seja ela inquérito policial, investigação pelo MP etc.) é e deve ser muito limitada. O perfil ideal do juiz não é como investigador ou instrutor, mas como controlador da legalidade e garantidor do respeito aos direitos fundamentais do sujeito passivo”¹⁵.

Na legislação especial, por exemplo, a doutrina criticava severamente a figura do inquérito judicial previsto no Decreto - Lei 7661 / 45, por incompatibilidade com o sistema acusatório. De fato, em um sistema que prima pela preservação da imparcialidade do juiz, não se afigura compreensível que o juiz seja o presidente de

¹⁴ In Direito processual penal: estudos e pareceres. 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 181 - 182

¹⁵ Sistemas de investigação preliminar no processo penal. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris. 2006, p. 171

procedimento destinado à apuração de elementos no sentido da prática de crime falimentar.

Neste sentido a lição de Paulo Rangel que assim se manifesta quanto ao fato de o Decreto – Lei 7661 / 45 atribuir a presidência do inquérito ao juiz:

“há flagrante violação ao sistema acusatório, que tem como escopo afastar ao máximo o juiz da persecução penal. Assim, o inquérito judicial deveria receber uma nova roupagem, afastando o juiz de sua presidência e entregando ao Ministério Público a sua direção, deixando ao órgão jurisdicional apenas a análise das medidas cautelares que, por acaso, fossem requeridas. Só assim, pensamos, estaríamos atendendo ao sistema acusatório”¹⁶.

Em boa hora a Lei 11101 / 2005 revogou, embora tardiamente, esta figura própria de modelo processual penal inquisitivo.

Na disciplina do curso do inquérito policial, o Código de Processo Penal revela outro traço de sua concepção marcadamente inquisitiva ao atribuir ao juiz a possibilidade de determinar de ofício a produção de provas no curso do inquérito (art. 13 – II CPP). Além do delegado de polícia, autoridade que preside o inquérito policial, somente o titular da futura e eventual ação penal tem interesse em requerer provas ainda na fase do inquérito policial. Incumbe ao delegado de polícia, porque preside o inquérito policial, e ao Ministério Público, por ser quem vai oferecer, futuramente, a denúncia ou a promoção de arquivamento, determinar quais diligências são ou não necessárias ao esclarecimento dos fatos, tratando-se de crime de ação pública.

A evolução doutrinária do processo penal, depurando-o de alguns elementos inquisitivos – especialmente os que atribuem função persecutória ao juiz, comprometendo sua imparcialidade -, reforça a idéia de que o papel do juiz no inquérito policial deve ficar reservado à função de prover medidas cautelares e garantir a observância de direitos fundamentais, como buscas e apreensões, interceptações telefônicas, etc.¹⁷. A possibilidade de determinar, de ofício, meios de prova a serem

¹⁶ in Direito Processual Penal, 3ª ed., Rio de Janeiro: Editora Lúmen Iuris, 2000, p. 46 – 47.

¹⁷ Nessa linha de pensamento, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do art. 3º da Lei 9034/95, na parte que se refere à quebra de sigilos fiscal e eleitoral (ADI 1570). O fundamento da propositura da ADI 1570, ajuizada pelo Procurador - Geral da República, foi justamente o fato de que

produzidos no curso do inquérito policial deve ficar adstrita aos órgãos próprios da persecução criminal.

Este tema leva diretamente à análise de outro correlato, qual seja, o da determinação do destinatário do inquérito policial. Trata-se de indagação que ainda se apresenta, na doutrina, com resquícios de feição inquisitiva do Código de Processo Penal. Em uma concepção acusatória do processo penal, não pode haver dúvidas de que o destinatário do inquérito policial é o titular da eventual e futura ação penal. O juiz não pode, por isso mesmo, ser destinatário do inquérito policial pela simples razão de que o inquérito tem por finalidade principal recolher elementos mínimos de prova que viabilizem a persecução criminal – da qual o juiz, à toda evidência, a menos que se corrompa a premissa do sistema acusatório, não pode fazer parte.

Há, contudo, na doutrina, diversidade de posicionamentos sobre o tema.

Eugênio Pacelli de Oliveira¹⁸ afirma expressamente:

“o juiz, nesta fase, deve permanecer absolutamente alheio à qualidade da prova em curso, somente intervindo para tutelar violações ou ameaça de lesões a direitos e garantias individuais das partes, ou para resguardar a efetividade da função jurisdicional, quando, então, exercerá atos de natureza jurisdicional”.

Em sentido oposto, Mirabete¹⁹ afirma que o destinatário imediato do inquérito policial é o Ministério Público, na ação penal de iniciativa pública, ou o ofendido, na ação penal de iniciativa privada, sendo o juiz destinatário mediato, na medida em que no inquérito policial o juiz também pode encontrar elementos para julgar.

Em relação à promoção de arquivamento do inquérito policial feita pelo Ministério Público, e à possibilidade de o juiz aplicar o disposto no art. 28 CPP,

citado artigo, ao conferir poderes instrutórios ao juiz, o teria transformado em juiz - investigador, nos moldes de sistema inquisitorial, com ofensa ao princípio do devido processo legal (comprometimento da imparcialidade do juiz). Entendeu o STF, na ocasião, que a atribuição ao juiz da função de diligenciar pessoalmente o procedimento de obtenção de provas relativas à investigação de atos de organizações criminosas, não se sustenta em face das normas constitucionais que consagram modelo acusatório.

¹⁸ In Curso de Processo Penal, 6ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 37.

¹⁹ In Processo Penal. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 82.

percebe-se a atribuição ao juiz de função de conteúdo não jurisdicional que resvala em comprometimento de sua imparcialidade.

De fato, o juiz, ao discordar das razões do arquivamento requerido pelo Ministério Público, pratica ato denominado pela doutrina de *judiciariforme*. Diz-se *judiciariforme* o ato porque praticado pelo juiz, assumindo, por isso, feição judicial apenas em sua forma exterior. Contudo, embora o ato seja judicial, porque emanado do juiz, não possui natureza jurisdicional, porque processo, ainda, não há. Trata-se de atribuição de função de natureza administrativa ao juiz, ligada ao controle e fiscalização do princípio da obrigatoriedade. Nessa hipótese, o juiz exerce função atípica de fiscal do princípio da obrigatoriedade, evitando que seja arquivado o inquérito policial em hipótese na qual deveria ter sido oferecida a denúncia.

Embora louvável, e até mesmo necessária, a existência de forma de controle do arquivamento requerido pelo Ministério Público, externo à instituição, a atribuição dessa função ao juiz pode implicar em comprometimento de sua imparcialidade.

Isto se explica pelo fato de que, para discordar da promoção de arquivamento feita pelo Ministério Público, o juiz deve raciocinar como se órgão acusador fosse. Suponhamos que a instância superior do Ministério Público (Procurador Geral de Justiça, na dicção do art. 28 CPP, referente, contudo, exclusivamente ao âmbito estadual), decida, concordando com o juiz, no sentido do oferecimento da denúncia, é de se indagar: qual será a imparcialidade do juiz ao receber o feito para julgamento, para apreciar eventual tese da defesa, por exemplo, de atipicidade do fato? Ora, se antes do início da ação penal o juiz discordou do arquivamento, implicitamente reconheceu estar diante de crime em tese, estando, por isso mesmo, psicologicamente tendente a reconhecer a tipicidade do fato posteriormente.

Embora os requisitos necessários ao oferecimento da denúncia sejam muito mais brandos que os necessários à condenação, a incursão do juiz, nesta fase, sobre elementos como tipicidade, ilicitude, punibilidade, pode comprometer sua imparcialidade para eventual julgamento futuro, pois essas matérias podem ser ventiladas pelo réu como teses defensivas. Não se trata de igualar este juízo a um prejulgamento da causa, até porque o juiz que recebe a denúncia não tem sua imparcialidade comprometida para o

juízo, mas sim, de evitar que o juiz incursione fundamentadamente sobre temas que dizem respeito ao mérito da pretensão punitiva.

Ao comentar o Projeto enviado ao Congresso em 1983, assim se manifesta Afrânio Silva Jardim²⁰:

“O Projeto de Código de Processo Penal, embora mantenha o juiz na função anômala de fiscalizar o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, afasta-o de tudo o mais que tenha pertinência com a atividade persecutória da polícia, em prol de sua indispensável neutralidade e imparcialidade. Ademais, o Projeto torna impedido o juiz que tenham anteriormente à propositura da ação, indeferido o requerimento de arquivamento formulado pelo Ministério Público (arts. 227 § 2º e 63, inc. III)”

A modificação proposta, ao passo em que não retira a função do art. 28 CPP conferida ao juiz, mantendo salutar forma de controle externo, reconhece que seu exercício realmente pode, ao menos em tese, em alguns casos, comprometer sua imparcialidade.

O atual Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal (projeto de lei do Senado n.º 156 / 2009), contudo, optou por modelo diametralmente oposto ao atual, retirando totalmente do juiz a função prevista no art. 28 CPP.

A Seção VI do referido anteprojeto trata da disciplina do arquivamento. No art. 37 se afirma que “compete ao Ministério Público determinar o arquivamento do inquérito policial, seja por insuficiência de elementos de convicção ou por outras razões de direito, seja, ainda, com fundamento na provável superveniência de prescrição que torne inviável a aplicação da lei penal no caso concreto, tendo em vista as circunstâncias objetivas e subjetivas que orientarão a fixação da pena”.

Desde logo duas observações podem ser feitas. A primeira, referente à utilização da palavra *determinará*, reflete a concepção do Anteprojeto no sentido de transformar o arquivamento de ato complexo (atualmente sujeito ao requerimento do Ministério Público e decisão de acolhimento pelo juiz) em ato que se insere na exclusiva atribuição do Ministério Público. A segunda se refere à inclusão expressa da hipótese que a

²⁰ In Direito processual penal: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 166

doutrina convencionou denominar *prescrição pela pena em perspectiva* como causa para o arquivamento.

Ao passo em que o Anteprojeto prevê o arquivamento como ato exclusivo do Ministério Público, prevê em seu art. 38 que após o mesmo, o “Ministério Público comunicará a vítima, o investigado, a autoridade policial e a instância de revisão do próprio órgão ministerial, na forma da lei”. Diz o § 1º que “se a vítima, ou seu representante legal, não concordar com o arquivamento do inquérito policial, poderá, no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica”. E o § 2º que “nas ações penais relativas a crimes praticados em detrimento da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a revisão do arquivamento do inquérito policial poderá ser provocada pela chefia do órgão a quem couber a sua representação judicial”.

O modelo contido neste Anteprojeto, sob a inspiração no sentido de dar a máxima efetividade ao sistema acusatório, parece ter ido além do necessário. O Ministério Público, como aliás todos os órgãos que exercem parcelas de poder no Estado Democrático de Direito, deve estar sujeito a formas de controle de seu exercício proporcionais à magnitude do poder exercido. Em um processo penal democrático o Ministério Público não pode estar imune às formas de controle necessárias, seja em relação aos atos mais representativos da persecução (denunciar e pedir condenação), seja em relação aos atos de arquivamento e pedido de absolvição.

Deixar a iniciativa da provocação do reexame sobre a determinação de arquivamento somente à vítima não parece a solução mais adequada. Nem sempre a vítima terá o discernimento e o acompanhamento técnico e jurídico para agir em casos que tais. Por outro lado, se a revisão se proceder de forma automática pelas instâncias superiores do Ministério Público, pode-se criar gargalo de congestionamento nos órgãos da administração superior do Ministério Público em razão do elevado número de inquéritos policiais que tramitam na primeira instância, com repercussões graves, inclusive, na fluência da prescrição.

Por isso, a solução intermediária retratada no anteprojeto de 1983 parece a mais adequada. Apenas nos casos em que houver discordância do juiz sobre a promoção de arquivamento feita pelo Ministério Público, e a instância superior da instituição determinar o oferecimento da denúncia, é que o juiz que manifestou a discordância ficará impedido para a futura ação penal. Essa solução evita que o juiz antecipe conclusões de fato e de direito sobre o fato investigado que, em caso de futura imputação, poderiam ser objeto de discussão pela defesa.

Em relação à deflagração da ação penal, os artigos 26 e 531 CPP previam a possibilidade de o juiz, mediante simples portaria, iniciar a ação penal pela prática de contravenção. Evidente ofensa à imparcialidade que deve revestir a atuação do juiz.

Neste sentido, a justificativa da exposição de motivos do Código de Processo Penal é absolutamente contraditória²¹, valendo a pena, novamente proceder à sua transcrição:

“O projeto atende ao princípio *ne procedat iudex ex officio*, que, ditado pela evolução do direito judiciário penal e já consagrado pelo novo Código Penal, reclama a completa separação entre o juiz e o órgão da acusação, devendo caber exclusivamente a este a iniciativa da ação penal. O procedimento *ex officio* só é mantido em relação às contravenções, que, dado o caráter essencialmente preventivo que assume, na espécie, a sanção penal, devem ser sujeitas a um processo particularmente célere, sob pena de frustrar-se a finalidade legal”²².

Afigura-se evidentemente contraditório afirmar que o projeto atendeu ao princípio *ne procedat iudex ex officio*, reclamando “a completa separação entre o juiz e o órgão da acusação” e, ao mesmo tempo, em nome da celeridade (como se a celeridade

²¹ A contradição entre o que se afirma criar e o que efetivamente se criou pode ser explicada pela acurada afirmação de Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró: “Atualmente, todo sistema processual aspira ao rótulo de processo acusatório. Há um inegável significado emotivo na contraposição entre o sistema acusatório e o inquisitório: aquele é sinônimo de garantismo e defesa da liberdade do imputado, enquanto este é caracterizado por uma conotação negativa, de uma técnica de investigação que visa principalmente a valores de defesa social. Por tais motivos, os diversos países que têm efetuado reformas legislativas sempre trazem como ponto fundamental a adoção de um ‘processo penal acusatório’. Falar atualmente em processo inquisitório chega a ser algo pejorativo e nenhum legislador admite que instituiu um processo penal inquisitório” (in *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 107 – 108). Somente nessa perspectiva é que se compreende uma exposição de motivos que tão ostensivamente defende o princípio dispositivo e a “completa separação” entre as funções de acusar e julgar para, nas regras processuais estabelecidas, tão sorrateiramente contrariar esta finalidade.

²² Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, Decreto – Lei n.º 3.689 de 03.10.1941, publicado no Diário Oficial da União de 13.10.1941, parte V.

não fosse necessária a todo o processo penal) quebrar este princípio no processo por contravenções.

Prosseguindo, em relação ao ato processual do interrogatório, a concepção original do Código de Processo Penal novamente revela sua postura autoritária na posição que atribui ao juiz e ao acusado. O ato do interrogatório, em sua concepção original, antes das alterações introduzidas pela Lei 10792 / 2003, foi concebido mais como meio de prova, conduzido pelo juiz direta e pessoalmente (característica da judicialidade), sem intervenção das partes, e menos como meio de defesa. A forma do ato em sua concepção original quase fazia lembrar a figura do juiz inquisidor, inquirindo o acusado sem que a lei exigisse estar o mesmo acompanhado de advogado.

Sem intervenção das partes, ou melhor, sem intervenção do Ministério Público, porque a presença de advogado sequer era necessária na concepção original - tanto assim que era justamente ao final do interrogatório que o juiz indagava ao acusado se tinha advogado ou condições para constituir um. Em relação ao Ministério Público, por outro lado, alastrou-se indevida prática na atividade jurisdicional de não comparecer, via de regra, aos interrogatórios. Ou, o que é pior, não comparecer e depois passar no cartório para assinar uma ata de audiência à qual não compareceu. O fato de não haver direito de fazer perguntas nunca retirou do Ministério Público o dever de participar do ato de interrogatório, ao menos para fiscalizar a regularidade do ato como fiscal da lei. A presença do Ministério Público é indispensável em todos os atos e termos do processo penal. Agora, com a redação, e mais que simples alteração de redação, com a nova configuração dada ao interrogatório, marcado pelos princípios do contraditório (direitos das partes de sugerirem pontos a serem esclarecidos pelo juiz) e da ampla defesa (necessidade de advogado presente), com muito mais razão não há motivo para o injustificado desinteresse de alguns membros do Ministério Público pelo ato do interrogatório, sendo sua presença imprescindível.

Em verdade, antes da Lei 10792 / 2003, importante modificação já havia sido feita pelo art. 81 da Lei 9099 / 95 quando, ao dispor sobre o procedimento da ação penal no rito do juizado especial criminal, introduziu inovação consistente no deslocamento do ato do interrogatório para o final da audiência de instrução e julgamento, após oitiva do ofendido e testemunhas e, portanto, com a obrigatória presença do advogado.

Realçou-se, dessa forma, o interrogatório como meio de defesa, não somente pela presença necessária do advogado, mas também, pela possibilidade de o acusado dar sua versão pessoal dos fatos (defesa material ou autodefesa) após conhecer todo o conjunto probatório dos autos.

Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes e Ada Pellegrini Grinover²³, já afirmavam que, por força dos dispositivos trazidos pela Constituição de 1988, o interrogatório deveria ser encarado, essencialmente, não como meio de prova (como o quis considerar o Código de Processo Penal de 1941), mas sim, em meio de defesa, expressão da ampla defesa em seu aspecto de autodefesa ou defesa material, ou seja, aquela exercida pelo próprio acusado, pessoalmente. O direito ao silêncio seria a garantia que representaria a expressão do interrogatório como expressão da ampla defesa. Como decorrência, necessária a assistência de advogado para “que se faça a interação entre a autodefesa e a defesa técnica”.

No mesmo sentido caminha Guilherme de Souza Nucci²⁴, para quem, “em verdade, o interrogatório é, fundamentalmente, um meio de defesa. Em segundo plano, trata-se de um meio de prova”. De fato, como bem ressalta o autor, os dois aspectos, meio de prova e meio de defesa, não são inconciliáveis.

Deve-se registrar que a legislação processual brasileira tem caminhado no sentido de dar ênfase ao interrogatório como meio de defesa: (1) fortalecendo o direito ao silêncio com o expurgo da possibilidade de que o mesmo possa ser interpretado em seu desfavor, (2) exigindo a presença de advogado no ato, e (3) transpondo o interrogatório para o final da instrução (passo inicialmente dado pelo art. 81 da Lei 9099 / 95 e atualmente adotado como regra geral no art. 400 CPP com a redação da reforma introduzida pela Lei 11719 / 2008).

Por outro lado, a incongruente e contraditória concepção de 1941 sobre o direito ao silêncio fazia com que o acusado fosse avisado de que tinha o direito de permanecer

²³ In As nulidades no processo penal. 6ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 79 – 83

²⁴ In NUCCI, Guilherme de Souza. O valor da confissão como meio de prova no processo penal. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 163.

calado, mas seu silêncio poderia ser interpretado em desfavor de sua defesa (redação original do art. 186 CPP, notoriamente incompatível com a Constituição de 1988²⁵), em inegável resquício inquisitivo²⁶.

Em relação à concepção original do legislador sobre a prisão cautelar, igualmente percebe-se sua feição autoritária. Depreende-se que, como bem ressaltado por Eugênio Pacelli de Oliveira, “ao simples exame do Título IX do CPP, ‘Da Prisão e da Liberdade Provisória’, o ordenamento processual de 1941 (Código de Processo Penal), na configuração de seu sistema de prisões antes do trânsito em julgado, partia de uma premissa básica: a prisão em flagrante delito autorizava o juízo de antecipação da responsabilidade penal (autoria, tipicidade, culpabilidade e existência do fato), com força suficiente para a manutenção da custódia do apripsonado como decorrência única da situação de flagrante. Por isso, a atribuição do predicado *provisória* para a liberdade, e não para a prisão”²⁷.

Isso fica bem claro se for anotado que, na redação original do Código de Processo Penal, sem as alterações posteriores, quem fosse preso em flagrante delito, não sendo a infração afiançável, nem sendo caso de excludente de ilicitude (caso em que seria concedida a liberdade provisória sem fiança do art. 310 – que na redação original não possuía o § único), permaneceria preso sem maior necessidade de demonstração da necessidade da prisão cautelar (*periculum in mora* ou *periculum libertatis*). Presunção legal de necessidade da prisão que guardava consonância com o antigo artigo 312 (redação anterior à alteração pela Lei 5349 / 67) que estabelecia obrigatoriedade de decretação de prisão preventiva em relação aos crimes com pena máxima igual ou maior a dez anos de reclusão.

²⁵ “Por isso, nova leitura exige o art. 186 do CPP (...). Somente a primeira parte do dispositivo há de ser observada pelo juiz, em face da Constituição superveniente, não sendo de se aplicar qualquer ameaça ou alusão velada que possa coibir o acusado” (in GOMES FILHO, Antônio Magalhães, FERNANDES, Antônio Scarance e GRINOVER, Ada Pellegrini. As nulidades no processo penal. 6ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 81).

²⁶ “Quanto ao direito ao silêncio, a primeira observação que merece ser feita diz respeito ao seu fundamento, que é a cláusula de que *ninguém será obrigado a testemunhar contra si próprio num processo criminal*. A origem desse princípio está na Inglaterra do final do século XVI, em protesto contra os métodos inquisitoriais dos tribunais eclesiásticos” (in NUCCI, Guilherme de Souza. O valor da confissão como meio de prova no processo penal. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 167).

²⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal, 6ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 413.

O sistema de prisão cautelar de 1941 estava, portanto, nitidamente dissociado da demonstração concreta do requisito da necessidade da prisão. A construção da feição cautelar da prisão de natureza processual foi sendo introduzida lentamente, por modificações posteriores ao Código.

A Lei 6416 / 77 introduziu o § único ao art. 310, determinando a concessão de liberdade provisória sem fiança no caso de inoccorrência dos motivos que autorizam a prisão preventiva.

A prisão preventiva obrigatória (prevista no art. 312 original), que pressupunha presunção absoluta de necessidade da prisão pela tão só gravidade do crime, foi revogada, subsistindo, apenas, a decretação em virtude da presença de seus requisitos.

A prisão decorrente de sentença²⁸ de pronúncia, prevista no art. 408 § 1º (anterior à alteração promovida pela Lei 11689 / 2008) passou a admitir juízo de necessidade com o acréscimo do § 2º pela Lei 5491 / 73 – embora a definição da desnecessidade da prisão tenha sido feita por remissão aos conceitos de primariedade e bons antecedentes, o que não se revela preciso. A aplicação literal do antigo art. 408 § 2º levava a resultados práticos indesejáveis: (1) aquele que foi processado solto durante a primeira fase do procedimento do júri poderia ser preso em decorrência de pronúncia pelo tão só fato de não ser primário ou ter maus antecedentes, ainda que a prisão fosse efetivamente desnecessária e, o que é pior, (2) aquele que foi processado preso, com a superveniência da decisão de pronúncia, poderia ser solto pelo tão só fato de ser primário e ter bons antecedentes.

²⁸ O Código de Processo Penal indevidamente denominava a pronúncia de sentença – imprecisão técnica corrigida pela Lei 11689 / 2008. Antes da reforma do procedimento do júri, a doutrina já afirmava que a pronúncia tinha natureza de decisão interlocutória mista. Não se trata de sentença, porque a pronúncia não encerra o processo com ou sem resolução de mérito; ao contrário, a pronúncia determina justamente que o processo prossiga, admitindo a acusação, e remetendo o seu julgamento ao seu juiz natural, o Tribunal do Júri. Neste sentido a lição de Guilherme Nucci quando afirma: “é decisão interlocutória mista, que julga admissível a acusação, remetendo o caso à apreciação do Tribunal do Júri. Trata-se de decisão de natureza mista, pois encerra a fase da formação da culpa, inaugurando a fase da preparação do plenário, que levará ao julgamento de mérito. Chama-se *sentença* de pronúncia, porque possui *formalmente* a estrutura de uma sentença, isto é, relatório, fundamentação e dispositivo” (in Código de Processo Penal comentado. 6ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 685).

Finalmente, o juízo de necessidade foi aperfeiçoado com a reforma empreendida pela Lei 11689 / 2008, substituindo-se a remissão à primariedade e aos bons antecedentes pela avaliação concreta e específica da necessidade da prisão por decisão motivada do juiz (art. 413 § 3º CPP).

Pelo que se extrai do tema das prisões cautelares, parece que o princípio reitor do tema, segundo a concepção original do Código, a estender conseqüências para todo o processo penal, era o da presunção de necessidade da custódia cautelar para aqueles que foram presos em flagrante delito ou praticaram crimes graves. Isto se revela nitidamente na relação criada entre a prisão decorrente de sentença condenatória e os requisitos de admissibilidade recursal – exigência do recolhimento à prisão para o exercício das vias recursais. Tão forte era para o Código de Processo Penal de 1941 o princípio de presunção de culpabilidade, que se forma a partir da instauração da ação penal, e se reafirma com mais intensidade na sentença condenatória, que o princípio da ampla defesa – do qual o exercício das vias recursais ordinárias é clara manifestação, àquele deveria ceder espaço.

Inicialmente a doutrina, começou a elaborar trabalho de separação da questão da prisão – que se afirma cada vez mais cautelar e não execução antecipada de pena, da questão da admissibilidade recursal. Merece destaque a análise sobre o tema realizada por Antônio Scarance Fernandes²⁹, ao cabo da qual conclui: “Fica mais patente a inconstitucionalidade do art. 594 quando se verifica que constitui, na realidade, cláusula de impedimento ao direito de recorrer, cerceando o acesso ao segundo grau”.

Posteriormente a jurisprudência³⁰ consagrou este entendimento.

²⁹ In Processo penal constitucional. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 344

³⁰ Em 23 de abril de 2008, embora tardiamente, o STJ editou súmula de jurisprudência predominante nº 347, por meio de sua Terceira Seção, segundo a qual “o conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão”. Da leitura do HC 45.869-SP, que teve por relator o Min. Hamilton Carvalhido, julgado em 29/11/2007, percebe-se serem exatamente estes os fundamentos que levaram à edição da súmula. No voto condutor afirmou-se que a prisão do réu, antes da verificada o trânsito em julgado da condenação, por força do princípio da não – culpabilidade, somente pode ter fundamento, após a Constituição de 1988, a título de medida cautelar, com fundamentos nos requisitos remetidos aos motivos legais descritos no art. 312 do CPP. Afirmou-se, ainda que os artigos 594 e 595 do CPP não foram recepcionados pela Constituição, pois a prisão ali disciplinada nada tem que ver com os pressupostos de admissibilidade da apelação e de seu julgamento, ofendendo a garantia constitucional do direito à ampla defesa.

Por fim, a fase de prolação de sentença, na concepção original do Código, continha elementos fortemente inquisitivos, mais especificamente o instituto do art. 384 CPP.

O art. 384, *caput*, em sua redação original, permitia que o juiz se substituísse ao Ministério Público, formulando nova imputação, em decorrência de fato novo surgido durante a instrução, e condenasse o acusado por esta nova imputação, sem aditamento feito pelo órgão próprio. A principal diferença em relação ao art. 383 CPP é que neste, o fato narrado é o fato julgado (o fato é sempre o mesmo) – só haverá uma nova tipologia criminal para o mesmo. Não surgiu, aqui, prova de fato novo, que implica alteração do tipo penal narrado na denúncia. Mas no artigo 384 constata-se, durante a instrução, fato novo que constitui novo tipo penal, alterando-se (*mutatio*) a acusação (*libelli*).

Trata-se de dispositivo que nitidamente refletia a concepção autoritária do modelo inquisitivo de 1941. Numa concepção em que o juiz poderia requisitar a instauração de inquérito policial (art. 5º - II, segunda parte, CPP) até mesmo iniciar a ação penal (artigos 26 e 531 CPP) não se estranha o art. 384, *caput* (possibilidade de o juiz condenar por fato diverso do contido na acusação, sem aditamento pelo Ministério Público).

Havia duas regras no art. 384 CPP: o aditamento do parágrafo único só se exigia se o novo tipo elevasse a pena; se a pena fosse menos grave ou de igual gravidade para o réu não caberia o aditamento previsto no § único, aplicando-se a regra do *caput* (manifestação da defesa em 8 dias).

O art. 384 apresentava defeitos insanáveis diante dos princípios instituídos em 1988. Pela lei, o juiz poderia considerar (condenar) o fato novo surgido durante a instrução, e integrante de outro tipo penal não descrito na denúncia, sem que houvesse aditamento pelo órgão acusatório. Isto viola o princípio da correlação entre a acusação e a sentença (na medida em que o juiz julga fato que não foi expressamente objeto da acusação). Viola, igualmente, o princípio acusatório, tendo em vista que o juiz age complementando a acusação, em lugar do Ministério Público, praticando ato de natureza persecutória.

E mais: ainda que o juiz pudesse (na hipótese do *caput*), via despacho, complementar a acusação, deveria submeter o réu a novo interrogatório, em atenção ao princípio da ampla defesa. Se o fato não está narrado na denúncia, o réu sobre ele não foi interrogado; ainda que haja manifestação da defesa técnica em 8 dias, a defesa material restou definitivamente arranhada.

Por fim, ainda que se admitisse esta possibilidade sem reservas, parece que o art. 384 CPP, em sua redação original, admitia a acusação implícita (“circunstância elementar³¹ não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou na queixa”), o que seria evidentemente inconstitucional. A acusação não pode jamais ser implícita, estar nas entrelinhas. O princípio da ampla defesa exige que a acusação seja sempre expressa e explícita. Aliás, o próprio Código era incoerente neste ponto, pois ao mesmo tempo em que admitia, em tese, que a acusação estivesse implícita na denúncia ou queixa, exigia no artigo 41 que a denúncia ou queixa contivesse a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias.

A reforma empreendida pela Lei 11719 / 2008, em bom tempo, corrigiu os principais defeitos do antigo art. 384 CPP, pois, agora, em qualquer caso (implique a nova classificação do crime pena mais grave ou não), deverá haver aditamento pelo Ministério Público. Além disso, abre-se oportunidade para manifestação da defesa técnica e novo interrogatório, para que o réu se manifeste expressamente sobre o fato novo – elementar ou circunstância -, oportunizando a defesa material e dando plena eficácia ao princípio da ampla defesa.

Esta visão rápida e resumida da concepção processual penal inaugurada em 1941 permite fincar premissas úteis na análise da influência dos princípios penais e processuais penais introduzidos em 1988 pela Constituição, possibilitando a exploração do tema das condições da ação no processo penal.

³¹ A reforma introduzida pela Lei 11719 / 2008 afastou a incongruente e atécnica expressão “circunstância elementar”, consagrada no jargão penal. O mesmo fato não pode ser elementar (fato que constitui elemento do tipo) e circunstância (fato que está ao redor do tipo penal) ao mesmo tempo. Passou a adotar a expressão “elemento ou circunstância”.

Os temas aqui pontualmente analisados permitem concluir, na linha afirmada por Eugênio Pacelli de Oliveira, que, “inspirado na legislação processual penal italiana produzida na década de 1930, em pleno regime fascista, o CPP brasileiro foi elaborado em bases notoriamente autoritárias, por razões óbvias e de origem”³².

Se o tema das condições para o regular exercício do direito de ação tem realmente estatura constitucional, evidentemente deve-se proceder à releitura das categorias implementadas pelo legislador de 1941 à luz do ordenamento processual penal acusatório e garantista (baseado na presunção de não culpabilidade), voltado para a efetividade do processo, que se extrai a partir da Constituição de 1988. Por isso a importância em identificar as linhas essenciais do modelo traçado em 1941, para, então confrontá-lo com o modelo que surge a partir da nova ordem constitucional de 1988 e seus princípios constitucionais.

A compreensão do modelo processual penal acusatório estabelecido em 1988 deve ser o próximo passo.

1.2 A persecução criminal no modelo de Estado Democrático de Direito consagrado na Constituição de 1988. Sistema acusatório e sistema inquisitivo.

Diversos são os aspectos que diferenciam uma concepção inquisitiva de processo penal da acusatória. Aliás, é até mesmo incorreto dizer que o modelo processual penal acusatório, ou inquisitivo, deve ser o mesmo em todos os sistemas processuais. Cada experiência processual penal acusatória ou inquisitiva pode ter notas características, em determinados países ou determinados momentos históricos, diversas das encontradas em experiências semelhantes. Os sistemas denominados inquisitivo e acusatório são, em verdade, tipos ou modelos abstratos representativos de determinada concepção processual penal. A história tem revelado que esses modelos são concretizados não em suas formas puras, mas sim, em regimes nos quais ora prepondera o modelo inquisitivo, ora o modelo acusatório. Tão variadas são as características dos modelos abstratos que é possível a criação de um sem número de sistemas concretos combinando em maior ou menor grau as características de cada um. Neste tema, parece

³² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal, 6ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 5.

que a técnica processual é definida pelo próprio modelo de Estado, mais ou menos democrático ou autoritário, que cria o modelo processual e os padrões de relacionamento entre o poder público (no que se inclui o poder do Estado – juiz) e os cidadãos.

Uma nota característica, contudo, é predominantemente citada como diferencial entre o modelo inquisitivo e o acusatório: a concentração ou separação na mesma pessoa ou órgão das funções de acusar, defender e julgar.

Por isso mesmo, com argúcia, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró³³ compara a concentração das funções de acusar, defender e julgar nas mãos do juiz à concentração dos poderes de administrar, legislar e julgar nas mãos do ditador, nos regimes absolutistas. A separação das funções no processo penal acusatório tem a mesma finalidade da separação dos poderes no Estado Democrático de Direito, ou seja, evitar os abusos no exercício do poder que não está sujeito a mecanismos de controle e freios.

O sistema inquisitivo no processo penal é caracterizado pela concentração, em um único órgão, das funções de acusar, defender e julgar. Em conseqüência, há inegável comprometimento da imparcialidade do juiz, que assume feição de inquisidor, uma vez que o processo penal assim regido será marcado pela tendência, ao menos psicológica, da busca da confirmação da acusação anteriormente feita. O juiz inquisidor, naturalmente, dirigirá o processo de forma a confirmar a acusação que ele mesmo formulou.

O processo penal inquisitivo não considera o acusado sujeito de direitos, poderes, ônus ou faculdades processuais, mas sim, mero objeto de investigação e do processo. Por isso o processo penal inquisitivo não precisa ser público³⁴, nem assegurar as garantias de contraditório e da ampla defesa (aliás, essas garantias seriam mesmo incompatíveis com um processo que não é marcado pela oposição entre acusação e defesa). Não há porque assegurar garantias se não se reconhece a figura dos respectivos

³³ In Ônus da prova no processo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 107.

³⁴ Ilustrativa é a frase inicial da obra de Franz Kafka, O processo: “Alguém certamente havia caluniado Josef K pois uma manhã ele foi detido sem ter feito mal algum” (O processo. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 7).

sujeitos. Aliás, segundo Alcalá – Zamora³⁵, sequer se poderia falar em processo no sistema inquisitivo, pois o que havia, apenas, era uma forma “autodefensiva de administração da justiça”.

Nesse sistema, um dos principais meios de prova, senão o principal, é a confissão³⁶, que se destina meramente à confirmação da acusação anteriormente feita. Nesse sentido, a lição de Guilherme de Souza Nucci quando afirma que “o valor da confissão ganha contornos diferentes conforme o sistema típico de processo penal adotado pelo país”³⁷.

A motivação das decisões igualmente não representa exigência ou garantia para as partes. Em verdade, como bem apontado por Paulo Rangel³⁸, no sistema inquisitivo, “o juiz não forma seu convencimento diante das provas dos autos que lhes foram trazidas pelas partes, mas visa a convencer as partes de sua íntima convicção, pois, já emitiu, previamente, um juízo de valor ao iniciar a ação”. Claro, portanto, que neste sistema vigora o princípio de presunção de culpabilidade do agente (especialmente do agente preso em flagrante), com inúmeras medidas restritivas antes da condenação transitada em julgado.

Sobre o sistema inquisitivo, Pedro Demercian³⁹ assim o sintetiza:

“Nele, o juiz é o diretor do procedimento e se centra nas funções de acusar e julgar. O direito de defesa é limitado – como regra – e inexistente em algumas oportunidades. Não há publicidade, e isso conduz a uma instrução escrita do princípio ao fim. A decisão é entregue ao arbítrio do magistrado”.

³⁵ ALCALÁ – ZAMORA, Niceto. Enseñanzas y Sugerencias acerca de la Accio, in *Estudios de Derecho Procesal* em honor de Hugo Alsina, 1946, p. 791, nota 83, apud MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2ª ed., Campinas: Millennium, 2000, v. I. p. 347.

³⁶ Não por acaso, na obra de Franz Kafka, O processo, o personagem principal Josef K. é advertido pela personagem Leni: “não seja mais tão inflexível, contra esse tribunal não é possível se defender, é preciso fazer uma confissão”. As linhas gerais do “processo kafkaniano” são descritas no início do capítulo sétimo (O processo. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 115 – 124).

³⁷ In *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 147.

³⁸ In *Direito Processual Penal*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Editora Lúmen Iuris, 2000, p. 42.

³⁹ In *Regime jurídico do Ministério Público no processo penal*. 1ª ed., São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 21.

Em oposição, o sistema acusatório de processo penal é caracterizado pela separação entre as funções de acusar, defender e julgar. Busca-se a preservação da imparcialidade do juiz enquanto terceiro desinteressado em relação às partes (distanciado de funções persecutórias e integrante de carreira regida por regras de proteção contra influências e pressões externas, como a inamovibilidade, a irredutibilidade de vencimentos e a vitaliciedade).

O processo penal acusatório é público, salvo exceções legais no interesse das partes ou da sociedade. O princípio da publicidade, como, de resto, os demais princípios constitucionais, não é absoluto, comportando contenção como bem deixa entrever o art. 5º - LX da Constituição. O acusado não é mero objeto do processo, mas sim, sujeito de direitos, garantias e deveres. Há observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, da presunção de não culpabilidade e do princípio maior, do qual todos os demais decorrem, do devido processo legal.

Ao passo em que se retira do juiz qualquer função persecutória, preserva-se sua imparcialidade. O juiz, de órgão encarregado de promover a acusação (inclusive com a produção de provas destinadas à confirmação da acusação) passou a terceiro imparcial.

Os poderes instrutórios do juiz no curso da ação penal também guardam relação íntima com o sistema processual adotado.

Sobre o tema, precisa a lição de Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró⁴⁰ quando afirma que é possível identificar três grandes sistemas quanto à iniciativa da atividade probatória. No primeiro, somente o juiz tem poderes instrutórios, nada sendo permitido às partes. No segundo, somente as partes podem requerer meios de prova, ficando o juiz totalmente alijado desta função. No terceiro, a atividade é compartilhada entre as partes e o juiz. Este último, ainda, pode-se dividir em dois modelos. Um primeiro, no qual o juiz se apresenta como ator principal na determinação das provas, cabendo às partes requerimentos supletivos, e um segundo, no qual ocorre o inverso, cabendo às partes o papel principal de requerer as provas necessárias, e ao juiz a função supletiva de determinar aquelas que não o foram pelas partes e se afiguram necessárias.

⁴⁰ in Ônus da prova no processo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 77.

Tem ocupado espaço na doutrina moderna o entendimento de que o sistema processual penal que atribua poderes instrutórios ao juiz é expressão de uma filosofia autoritária ou inquisitorial. Por outro lado, seria decorrência da adoção do sistema acusatório puro a impossibilidade de o juiz determinar provas de ofício, somente podendo fazê-lo em caráter supletivo à atividade das partes.

Esta posição não parece ser a mais acertada. A solução da questão passa mais por um sistema de coordenação que de exclusão. Por isso, com acertada razão, Antônio Scarance Fernandes assinala que no processo penal se desenvolvem diversas atividades das partes (acusação e defesa) e do Estado, sendo que nenhuma delas deve ser o centro, impondo-se sobre as outras. Sobre o tema, expressamente afirma:

“O excessivo realce à predominância da jurisdição sobre as partes é reflexo do valor dado ao intervencionismo estatal na sociedade e na vida dos indivíduos. Prestigiar a ação é ressaltar a atividade do autor em detrimento da atuação do Estado e da defesa. Colocar a defesa como a razão do processo é, também, valorizar uma das partes da relação jurídica processual em prejuízo da outra”⁴¹.

Deve-se buscar o ideal de equilíbrio e cooperação no fenômeno processual – o que se mostra compatível com o sistema no qual o poder instrutório do juiz se coordena com a faculdade processual atribuída às partes.

É a lição de Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró:

“não se pode relacionar o incremento dos poderes do juiz no campo probatório com os regimes autoritários ou antidemocráticos. É comum que nos Estados sabidamente liberais os juízes sejam dotados de poderes instrutórios, podendo determinar a produção de provas *ex officio*, como ocorre, v.g., na Suíça e na França, entre outros países”⁴².

Mesmo no sistema processual penal atual, de acordo com os princípios acusatórios inscritos na Constituição de 1988, a reforma empreendida pela Lei 11690 / 2008, não só manteve como reafirmou esta possibilidade na nova redação dada ao art. 156 – II.

⁴¹ In Processo penal constitucional. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 35.

⁴² In Ônus da prova no processo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 149 – 150.

Pedro Henrique Demercian igualmente caminha neste sentido ao sustentar que o sistema processual penal acusatório brasileiro “não apresenta afinidade, quanto à iniciativa instrutória do magistrado, com o chamado *adversarial system*, predominante no direito anglo-americano (...)”⁴³.

Não se pode, com absoluta certeza, associar a presença de poderes instrutórios do juiz na legislação processual a modelos inquisitoriais próprios de regimes autoritários, nem associar a presença desses poderes com a quebra da sua imparcialidade⁴⁴. Aliás, o próprio modelo *adversarial* comporta inúmeras críticas entre as quais o fato de partir da premissa da paridade de armas e condições entre as partes, o que nem sempre se pode assegurar.

A Constituição de 1988 contém matriz principiológica que aponta no sentido de um modelo de sistema processual penal acusatório. Basicamente, esta conclusão se extrai do art. 129 – I, dispositivo que deve ser combinado com a constatação de que a própria Constituição não conferiu, em nenhum outro artigo, função persecutória ao juiz, função esta que foi precisamente atribuída a órgãos próprios (Ministério Público e polícia judiciária).

Por isso, é igualmente correta a afirmação de que os resquícios inquisitoriais do Código de 1941 que comprometam a imparcialidade do juiz devem ser reformatados, ou expurgados, se não for possível sua releitura. Contudo, isto não implica a adoção de um sistema acusatório extremo, puro, radical, como se a Constituição de 1988 tivesse trazido, a par de princípios constitucionais acusatórios, um novo Código de Processo Penal acusatório, em substituição ao vigente. A adoção repentina de um sistema

⁴³ In DEMERCIAN, Pedro Henrique. Regime jurídico do Ministério Público no processo penal. 1ª ed., São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 20.

⁴⁴ Pela simples razão de que quando o juiz determina a prova, não sabe a quem seu resultado aproveitará. Por outro lado, como agudamente aponta Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, “se o juiz está na dúvida sobre um fato e sabe que a realização de uma prova poderia eliminar sua incerteza e não determina sua produção, aí sim estará sendo parcial, porque sabe que, ao final, sua abstenção irá beneficiar a parte contrária àquela a quem incumbirá o ônus daquela prova. Juiz ativo não é sinônimo de juiz imparcial” (in Ônus da prova no processo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 83).

acusatório puro contrariaria, mesmo, a história da experiência processual penal brasileira.

Neste sentido caminha Guilherme Nucci quando afirma que “no Brasil, sem dúvida, vige o sistema misto (...). Depois de ajuizada a ação penal, há maior vigor do sistema acusatório – que, entretanto, não é puro - , onde impera a igualdade entre as partes, um juiz imparcial, mas que pode buscar provas em nome da verdade real, a publicidade, a oralidade em muitas partes, o contraditório e a ampla defesa.”⁴⁵

Pode-se afirmar que o modelo processual penal brasileiro, de uma concepção predominantemente inquisitiva originada em 1941, tem evoluído para um modelo cada vez mais acusatório – especialmente após a Constituição de 1988, quando se acelerou o processo de depuração dos resquícios inquisitivos presentes no processo penal brasileiro.

Trata-se de um sistema predominantemente acusatório em que os resquícios inquisitivos que comprometem a imparcialidade do juiz vão, pouco a pouco, seja pelo trabalho do legislador, seja pelo trabalho da doutrina e da jurisprudência, sendo expurgados.

Isto nos leva ao estudo dos princípios processuais penais constitucionais diretamente ligados ao tema dos requisitos para a deflagração da ação penal à luz do modelo acusatório em um Estado Democrático de Direito.

1.3 Princípios processuais penais: devido processo legal e presunção de inocência.

Como ressaltado nos itens anteriores, há grande tarefa para a doutrina e desafio para a jurisprudência. No primeiro caso, deve a doutrina trabalhar as regras e princípios processuais penais elaborados em 1941 à luz do modelo delineado a partir da

⁴⁵ In O valor da confissão como meio de prova no processo penal. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 151.

Constituição de 1988. No segundo caso, deve a jurisprudência incorporar as novas conclusões em decisões norteadoras de novos paradigmas.

A justa causa para a ação penal, por estar inserida no tema das condições para o regular exercício da ação penal, constitui garantia do cidadão contra ações penais temerárias, expressiva representação da tutela do direito de liberdade. Neste sentido a lição de Afrânio Silva Jardim ao afirmar que “sob certo aspecto, o processo penal representa mais uma forma de autolimitação do Estado do que um instrumento destinado à persecução criminal”⁴⁶. Com essa afirmação não se ignora que o processo penal é, sim, instrumento necessário à efetivação das normas penais incriminadoras. *Nulla poena sine iudicio*. Contudo, o processo penal democrático, marcado pela dialética dos processos acusatórios (confrontação de opostos acusação – defesa), igualmente se preocupa com o respeito às garantias fundamentais do cidadão, permitindo que a intervenção estatal na liberdade não seja nada mais que a estritamente necessária e adequada.

Essa a importância do estudo dos princípios constitucionais diretamente ligados ao tema para, a partir da visualização de sua compreensão, permitir verificar em que contribuem para o estudo da justa causa no processo penal.

1.3.1 Definição de princípios.

Por definição, princípio é o que está no início, causa primária, idéia diretora do sistema, de maior grau de abstração, que informa e baliza a interpretação das regras processuais legais, de menor abstração. Estão consagrados no ordenamento jurídico de forma explícita (via de regra) ou implícita.

A moderna teoria do direito, especialmente a partir das obras de Ronald Dworkin e Robert Alexy⁴⁷, passou a dar ênfase na distinção entre princípios e regras.

⁴⁶ In Direito processual penal: estudos e pareceres. 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 307.

⁴⁷ DWORKIN, Ronald. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999. ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2001.

Segundo Robert Alexy, “princípios são proposições normativas de um tão alto nível de generalidade que podem via de regra não ser aplicados sem o acréscimo de outras premissas normativas e, habitualmente, são sujeitos às limitações por conta de outros princípios”⁴⁸. Daí decorre a mais importante razão para diferenciar regras de princípios: solucionar casos de conflitos. Enquanto o método adequado para solução de conflitos entre princípios passa pela ponderação (verificar qual princípio, se aplicado, e em que medida, produz a máxima eficácia no caso concreto), o método de solução de conflitos entre regras passa pela regra da exclusão (a aplicação de uma regra terminantemente exclui a aplicação da outra que lhe é contrária).

E, definitivamente, não é o fato de a proposição estar contida na Constituição que, por isso mesmo, tratar-se-á de um princípio. A Constituição também contém regras. De outro lado, existem princípios que possuem sede originária apenas em lei ordinária.

A coexistência, no ordenamento jurídico, de princípios diversos, com estrutura e estatura (constitucional ou lei ordinária) igualmente diversas induz a afirmação de que somente diante do caso concreto, ponderando-se a razão subjacente decorrente da aplicação de um e de outro, será possível determinar qual princípio deverá ser aplicado. Contudo, isso não afasta a aplicabilidade, em tese, do princípio que não foi utilizado, em relação a casos posteriores (lógica da ponderação).

A técnica recursal, por exemplo, comporta rica demonstração do que afirmado. De fato, a possibilidade de impugnar decisões é expressão de dois princípios que se limitam e em relação aos quais não é possível máxima e simultânea efetividade: busca pela justiça das decisões (inspiradora do reexame da decisão) e segurança jurídica na estabilidade das resoluções judiciais (limita ou impede o reexame). Quanto maior o número de possibilidades de reexame de uma decisão judicial, maior a probabilidade de que a última e definitiva seja a que mais perto chegou do ideal de justiça. Por outro lado, quanto maior o número de decisões, reexaminando a mesma matéria controvertida, em determinado processo judicial, maior a insegurança que é gerada nos jurisdicionados pois, afinal, pode surgir a dúvida sobre qual é, realmente, a decisão mais justa, a

⁴⁸ ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2001, p. 248.

reformada ou a reformadora. O problema da obtenção da justiça nas decisões judiciais revela importantes questões teóricas afetas à filosofia do direito e à ponderação de princípios.

É bem verdade que a distinção entre princípios e regras possui evolução muito mais complexa, tendo sido objeto de estudos ao longo do tempo, em busca do critério perfeito de distinção. Apenas para visualizar de modo mais amplo o tema, percebendo sua complexidade, vale a pena registrar que Humberto Ávila menciona 3 critérios para a distinção: critério do caráter hipotético condicional, critério do modo final de aplicação e critério do conflito normativo⁴⁹.

Além da já citada importância do estudo do tema dos princípios para o processo penal, tendo em vista a evolução da cultura jurídica brasileira pós 1988 em face do modelo processual penal consagrado em 1941, é relevante ressaltar, igualmente, a influência crescente da eficácia das normas relativas aos direitos fundamentais do homem sobre o processo penal, do que a elevação ao nível constitucional das normas sobre direitos humanos contidas em tratados e convenções, prevista no art. 5º § 3º da Constituição, com a redação da EC 45 / 04, é exemplo.

1.3.2 O princípio do devido processo legal.

O princípio do devido processo legal está previsto no art. 5º - LIV da Constituição (“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”). Foi a primeira aparição do princípio em textos constitucionais brasileiros.

A cláusula foi introduzida no texto da Constituição por iniciativa do Deputado Federal Vivaldo Barbosa sob o fundamento de que o princípio, oriundo do direito anglo – saxão, é reconhecido pela maioria dos sistemas jurídicos dos povos ocidentais, de onde se originou o ramo luso – brasileiro, sendo sua inclusão no texto motivo de avanço na proteção das liberdades públicas.

⁴⁹ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2006, p. 40 - 52.

A definição deste princípio tem sido objeto de diversas abordagens na doutrina brasileira.

Nada obstante a observância do devido processo legal implique, evidentemente, a observância das formalidades e procedimentos previstos em lei para que haja restrições a bens ou liberdade do indivíduo, o conteúdo do princípio, forçoso reconhecer, aí não se esgota. Se assim fosse seria desnecessária a inclusão do adjetivo *devido*. Bastaria que se fizesse referência ao princípio do processo legal; por outro lado, a força obrigatória dos procedimentos previstos em lei decorre da própria força coativa da norma que prevê o procedimento, não sendo necessária a existência de um princípio para corroborar a obrigatoriedade de sua observância.

O princípio do devido processo legal também não se restringe ao conteúdo dos demais princípios constitucionais, especialmente o da ampla defesa e do contraditório – embora a ofensa a estes princípios implique ofensa ao devido processo legal, o que demonstra, em relação a este, sua estatura de superprincípio em relação aos demais. Assim fosse e não haveria necessidade de nomear princípio que não inova em nada os já existentes. Como bem ressaltam Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly, “o pleonasma é uma figura de linguagem que não se coaduna com a boa técnica legislativa”⁵⁰.

Neste sentido é a lição de Afrânio Silva Jardim quando afirma:

“o devido processo legal não pode ser resumido à consagração do princípio do ‘Juiz Natural’, à vedação de provas ilícitas, ou mesmo à impropriamente chamada presunção de inocência. (...) o que denota que o princípio que ora nos ocupa tem campo de incidência mais abrangente, campo mais fértil”⁵¹.

Trata-se de princípio fundamental para o direito processual civil e penal. Ensina Nelson Nery Junior⁵²:

“bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que

⁵⁰ In Curso de Processo Penal. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2001, p. 44.

⁵¹ In Direito Processual Penal. 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 318.

⁵² In Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 8ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 60.

garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies”.

No mesmo sentido a lição de Márcia Dometila quando afirma:

“na realidade, o princípio é de compreensão bastante ampla, dele se deduzindo vários outros princípios ou regras de caráter processual penal. Não se pode olvidar, inclusive, que o princípio básico do Direito e Processo Penal, o princípio da legalidade, expresso na consagrada fórmula: *nullum crimen, nulla poena sine lege* é, nada mais, nada menos, do que um desenvolvimento do princípio do devido processo legal”⁵³.

Esta breve exposição já demonstra a necessidade de buscar nas origens históricas do princípio do devido processo legal a diretriz que informa seu verdadeiro conteúdo.

A origem histórica do princípio do devido processo legal é geralmente apontada pela doutrina como sendo a Magna Carta de 1215, mais precisamente seu art. 39, elaborada na Inglaterra por João Sem Terra.

Neste sentido aponta a maioria da doutrina brasileira, da qual podemos citar a lição de Antônio Scarance Fernandes⁵⁴:

“A garantia do devido processo legal tem como antecedente remoto o art. 39 da Magna Carta, outorgada em 1215 por João Sem – Terra a seus barões na Inglaterra. Falava-se inicialmente em *law of the land*. Textos posteriores é que mencionaram o *due processo of law*”.

O tema foi tratado com profundo rigor científico e excelente pesquisa histórica por Ruitemberg Nunes Pereira⁵⁵. Em sua obra, o autor demonstra que a cláusula da qual derivou o moderno princípio do devido processo legal, e que é genericamente apontada pela doutrina como tendo raízes na Inglaterra, já havia sido escrita na Alemanha, no reinado de Conrado II, fundador da dinastia Franca, muito antes da Magna Carta de 1215.

⁵³ In Fundamentação constitucional do Direito Penal. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992, p. 78.

⁵⁴ In Processo penal constitucional. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 47.

⁵⁵ In O princípio do devido processo legal substantivo. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

Por volta do século X, Alemanha e Inglaterra possuíam características políticas e focos de tensão similares. Eram reinos compostos por vários estados menores submetidos ao poder do governo central (tensão entre o poder central e os Estados menores) e sofriam diversas ameaças externas (invasões bárbaras) – a Inglaterra por escandinavos e a Alemanha pelos húngaros (tensão entre os Estados centrais e os países vizinhos).

Na história da Alemanha, o Império Franco se iniciou com o governo de Conrado II, em 1024 – o qual foi marcado por muita instabilidade política -, e durou até a morte de Henrique V, em 1125. Afirma Ruitemberg Nunes Pereira:

“o que planejava Conrado II, por intermédio da instituição de uma Administração forte e estruturada, era alcançar uma maior estabilidade política, fundada numa espécie de lealdade sólida e sustentável por parte dos condes e vassalos, regida pela exigência de adimplemento de obrigações mútuas, sob o modelo feudal”⁵⁶.

Assim, em 1037 é editado um decreto cujo conteúdo se destinava a registrar as práticas relativas à transmissão da propriedade no direito feudal. Este decreto, porém, foi além, exteriorizando normas de caráter geral que expressavam valores sociais e ideais de justiça da época. Entre essas normas gerais, eis a que de perto interessa ao tema:

“Segundo a primeira ordenança do Imperador, nenhum homem seria privado de um feudo sob o domínio do Imperador ou de um senhor feudal (mesne lord), senão pelas leis do Império (laws of empire) e pelo julgamento de seus pares (judgment of his peers) (...)”⁵⁷.

A leitura do texto acima transcrito permite visualizar, imediatamente, a semelhança de estrutura e conteúdo com o art. 39 da Magna Carta. As expressões *laws of the empire* e *judgement of his peers* correspondem, exatamente, àquelas que seriam, quase duzentos anos depois, registradas no pacto inglês, que fazia referência, além do núcleo relativo ao julgamento por pares (matriz do princípio do juiz natural), à cláusula

⁵⁶ In O princípio do devido processo legal substantivo. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 16.

⁵⁷ In PEREIRA, Ruitemberg Nunes. O princípio do devido processo legal substantivo. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 20.

do julgamento conforme *law of the land*. A razão da influência germânica no texto inglês pode ser explicada pelo fato de que no século XI a Inglaterra sofreu a influência de diversos costumes e hábitos germânicos, inclusive jurídicos. Esta a razão pela qual a Magna Carta de 1215 foi inspirada no decreto de Conrado II.

Isto permite concluir que o marco histórico de relevantes princípios modernos (devido processo legal e juiz natural), em verdade, foi apenas um capítulo de uma longa história de evolução e positivação de valores dominantes em determinada época. Ainda, deve-se ressaltar que a construção teórica destes princípios foi nitidamente marcada por aspectos políticos envolvendo focos de tensão entre forças então em conflito. O momento político conturbado por disputas sobre transmissão de propriedade, e pelo enfraquecimento do poder dos reinos (seja por disputas internas, seja por ameaças externas), criou o cenário propício à positivação de princípios que reduzissem essas tensões.

Na Inglaterra, os barões feudais, como salienta Ruitemberg Nunes Pereira⁵⁸, pressionavam João Sem – Terra no sentido da edição de um decreto que assegurasse as liberdades civis, sob pena de ruptura do compromisso de fidelidade e guerra contra o Reino, o que veio a acontecer com a chancela da carta de exigências dos barões em 15 de junho de 1215 que, em seu art. 39 assim dizia:

“Nenhum homem livre será detido ou preso ou tirado de sua terra ou posto fora da lei ou exilado ou, de qualquer outro modo destruído (arruinado), nem lhe imporemos nossa autoridade pela força ou enviaremos contra ele nossos agentes, senão pelo julgamento legal de seus pares ou pela lei da terra”.

Devido à instabilidade política, a Magna Carta tinha que ser reeditada sempre que novo governante assumia o poder. A expressão *due process of law* apareceu pela primeira vez na reedição da Magna Carta por Eduardo III em 1354. Fundamental para a compreensão atual do princípio do devido processo legal é a observação de Ruitemberg Nunes Pereira quando afirma:

“a maior demonstração de que a expressão *due process of law*, em sua primeira aparição e texto positivo (Magna carta de 1354) já nasceu com a dúplici natureza material e processual está no fato de que o texto de Eduardo III não mais contemplava as duas expressões *per legale iudicium parium*

⁵⁸ In O princípio do devido processo legal substantivo. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 43.

suorum (by the lawful judgment of his peers) – aspecto exclusivamente processual – e *per legem terrae (by the law of the land)* – aspecto material. Entendeu-se que bastava inserir no texto da carta de 1354 a expressão *due process of law*, no que se estaria alcançando tanto o elemento processual quanto o material”⁵⁹.

Dessa observação resulta a percepção de que a cláusula contém, desde sua origem, dois núcleos de princípios, que influenciaram, posteriormente, o Direito norte-americano: o primeiro, de índole predominantemente material, relativo à observância das normas vigentes (*secundum constitutionem antecessorum nostrorum, law of empire, per legem terrae, law of the land*); o segundo, de índole predominantemente processual, relativo à expressão *judicium parium suorum*, a implicar a necessidade de um juízo procedimental ou processual de aplicação das normas.

O passo seguinte na evolução histórica do princípio do devido processo legal foi seu surgimento no direito norte-americano, o que ocorreu pela primeira vez com a Declaração de Direitos do Estado da Virgínia de 1776 (que, contudo, fez referência à já superada expressão *law of the land* da Magna Carta de 1215, nada obstante a expressão *due process of law* já existisse desde 1354).

Houve intensos debates entre federalistas e não-federalistas em torno da ratificação do texto constitucional, por no mínimo nove dos trezes Estados americanos. Nestes debates sobressaíram as figuras de Alexander Hamilton, James Madison e John Jay. O princípio do devido processo legal passou a assumir o aspecto que caracterizaria sua aplicação pela Suprema Corte americana nos próximos 200 anos. Além de seu aspecto procedimental, com raízes na expressão *pelo julgamento de seus pares*, alcançou aspecto material consistente na supremacia das normas constitucionais, fundamento do *judicial review* pelo Poder Judiciário das leis estaduais e federais que violassem a Constituição.

A análise da evolução histórica do princípio do devido processo legal permite concluir que seu conteúdo está definitivamente associado à necessidade de dar efetividade às demais garantias constitucionais (âmbito procedimental) e aos mecanismos de controle dos atos do poder público (no plano material). Em última

⁵⁹ In O princípio do devido processo legal substantivo. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 82

análise, significa a afirmação dos princípios fundamentais do Estado consagrados na Constituição.

A exposição da evolução do princípio do devido processo legal é essencial à compreensão de sua origem, conteúdo e alcance. É, verdadeiramente, um superprincípio, do qual advém muitos outros⁶⁰, especialmente em sua faceta substancial (controle material dos atos administrativos e legislativos em face dos princípios fundamentais da Constituição).

O devido processo legal possui direta aplicabilidade em relação ao tema das condições para o regular exercício da ação penal enquanto meio de controlar os atos de promoção da persecução criminal. O preenchimento da justa causa para a ação penal assume, por isso mesmo, nítida estatura constitucional pela necessidade de conformação dos atos de persecução aos princípios constitucionais.

1.3.3 O princípio da presunção de inocência.

O princípio da presunção de inocência é daqueles que suscitam diversos questionamentos referentes ao seu próprio conceito e à extensão de seu conteúdo.

Seu próprio nome já é objeto de discordâncias na doutrina. Parte da doutrina prefere a expressão *não-culpabilidade* à expressão *inocência*⁶¹; outros preferem o termo *estado* ou *situação jurídica* ao invés de *presunção*⁶². Seja qual for o nome pelo qual o princípio seja designado, duas são as decorrências de sua aceitação.

⁶⁰ Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. O valor da confissão como meio de prova no processo penal. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 32 - 37.

⁶¹ Há controvérsias na doutrina quanto à diversidade de conteúdo das expressões “não culpável” e “inocente”. Os que defendem a diversidade de conteúdo afirmam que a expressão “não culpável” é mais ampla que “inocente”. Seja como for, a carga histórica que a expressão “inocência” carrega tem sido suficiente para justificar sua manutenção. Basta mencionar que sua primeira aparição em textos normativos, que ocorreu no art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1798, mencionava que todo homem deveria ser considerado inocente até que fosse declarado culpado.

⁶² Cf. DEMERCIAN, Pedro e MALULY, Jorge Assaf. Curso de Processo Penal. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2001, p. 32 e, ainda, OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal, 6ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 32.

A primeira decorrência diz respeito à perspectiva de tratamento do réu. Neste sentido, qualquer medida restritiva de liberdade, durante o processo penal, antes de sentença condenatória transitada em julgado, somente se admite e legitima a título de medida cautelar. Não se pode impor medida que pressuponha o *status* de condenado a quem não tenha sentença condenatória com trânsito em julgado contra si, como a inscrição do nome do réu no rol dos culpados.

Nessa linha, coloca-se a crítica da utilização do processo e de vários de seus institutos como forma de pena antecipada e, em contrapartida, a afirmação de que qualquer prisão, antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, somente se legitima e justifica ante sua natureza cautelar, a exigir a fundamentação de sua rigorosa necessidade.

Trata-se de garantia política do cidadão⁶³. Todo cidadão nasce livre e, embora a liberdade não seja um bem jurídico absoluto, podendo sofrer restrições, estas somente podem ocorrer nas hipóteses legais e de acordo com o devido processo legal.

A segunda decorrência consiste na distribuição do ônus da prova no processo penal. O ônus da prova em relação à existência do crime é da acusação. Para a condenação é necessária a certeza; a dúvida se resolve em favor do acusado (regra de julgamento que se expressa por meio da fórmula *in dubio pro reu*).

Nessa linha, ganha vulto a resolução dos problemas “acusar / não acusar” e “condenar / absolver” no modelo processual acusatório. Trata-se de princípio que constitui “componente basilar de um modelo processual penal que queira ser respeitador da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana”⁶⁴.

Sob o enfoque do princípio da presunção de inocência, compreende-se porque o modelo processual penal brasileiro instituído em 1941 era fortemente inquisitivo.

⁶³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da prova no processo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 283.

⁶⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da prova no processo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 284.

Guilherme de Souza Nucci afirma em termos claros a inversão: no sistema inquisitivo, o acusado é culpado até que prove sua inocência, enquanto no sistema acusatório o acusado deve ser considerado inocente até que se prove o contrário⁶⁵. É claramente incompatível com o sistema acusatório, e via de consequência, com o princípio da presunção de inocência, sistema prisional que possibilite prisões processuais obrigatórias ou vedações à concessão de liberdade provisória (prisão sem demonstração de necessidade ou, como denominado pela doutrina, *periculum libertatis*).

Do princípio da presunção de inocência como premissa de um sistema acusatório decorre, portanto, a conclusão de que deflagração da ação penal condenatória não pode ocorrer dissociada de requisitos mínimos.

⁶⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. O valor da confissão como meio de prova no processo penal. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 147.

CAPÍTULO 2 – AÇÃO PENAL

A ação penal possui as mesmas características básicas do instituto do direito de ação, nada obstante especificidades próprias do Direito Processual Penal devam ser observadas. Neste sentido a lição de José Frederico Marques quando afirma:

“a ação penal é o direito de agir exercido perante os juízes e tribunais da justiça criminal. Sua natureza jurídica em nada difere do direito de ação que se exercita no juízo civil. Do ponto de vista processual, ação civil e ação penal só se diversificam *ratione materiae*, uma vez que apresentam as mesmas linhas conceituais e idênticos caracteres jurídicos. Diverso, porém, é o fundamento jurídico – constitucional de cada uma dessas ações”⁶⁶.

De forma correlata ao surgimento do monopólio estatal sobre o exercício da função jurisdicional (em oposição às formas de autocomposição, das quais a autodefesa era a expressão mais prejudicial ao convívio social) encontra-se o direito de o cidadão invocar a tutela jurisdicional estatal através do direito de ação. Neste sentido a lição de Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly⁶⁷ quando afirmam:

“O Estado, portanto, aboliu a vingança privada como forma de composição dos litígios e avocou o monopólio da administração da Justiça. Surgiu, nesse passo, para o cidadão, impossibilitado de fazer justiça com as próprias mãos, o direito de se dirigir a ele, o Estado, exigindo-lhe a garantia jurisdicional.”

O direito de ação possui inegável estatura constitucional diante da garantia prevista no art. 5º - XXXV da Constituição. O direito de ação é definido como um

⁶⁶ In Elementos de Direito Processual Penal. 2ª ed., Campinas: Millennium, 2000, v. I, p. 344. Mais a frente, o mesmo autor diz que “a ação como direito abstrato, fundado nas normas de Direito Constitucional, é uma só como instituto jurídico em que se contêm as regras sobre o direito de invocar a prestação jurisdicional do Estado” (op. cit., p. 358).

⁶⁷ In DEMERCIAN, Pedro e MALULY, Jorge Assaf. Curso de Processo Penal. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2001, p. 110.

direito público, subjetivo e abstrato do cidadão pleitear ao Estado – juiz a aplicação do direito objetivo. É o direito à jurisdição.

O adjetivo abstrato, embora não seja o que mais propriamente defina o conceito, significa que o direito de ação e seu regular exercício são independentes da existência do próprio direito material objeto da pretensão. Sua origem teórica remonta à autonomia do direito de ação em relação ao direito material consagrada na obra de Adolf Wach em 1888. A obra de Wach sobre a ação declaratória, contudo, representa, em verdade, o deslinde de numerosas discussões que, na época existiam sobre o direito de ação. A concepção romanista (que associava o direito de ação ao direito material defendido, como se ambos fossem uma coisa só) foi amplamente discutida na famosa polêmica entre Windscheid e Muther sobre o conceito de *actio* romana. A partir da obra de Wach, diversas correntes surgiram sobre a autonomia do direito de ação, todas partindo da premissa da independência entre o direito de agir e o direito material. As obras de Plóz e Degenkolb são geralmente apontadas como as que angariaram maior aceitação, vindo a inspirar a moderna teoria processual italiana e brasileira, surgida ao final da primeira metade do século XX, e posteriormente revisada por Liebman.

Na esfera penal, o poder de punir, do qual é titular o Estado, somente pode ser exercido em juízo, após o controle de seus requisitos pelo exercício da função jurisdicional. Ao contrário da maioria dos atos do poder público, não é auto-executável. *Nulla poena sine iudicio*.

A ação penal consiste no direito provocar o Estado – Juiz para a aplicação do direito penal objetivo ao fato praticado por determinada pessoa. Se diferencia das ações de natureza civil pelo fato de que nela, a pretensão deduzida é de natureza penal, vale dizer, pretensão de aplicação de sanção de natureza penal prevista no Direito Penal objetivo. Ao contrário, as ações de natureza civil são fundadas em pretensões de natureza extrapenal.

2.1 Espécies de ação penal.

Não constitui objeto deste trabalho a análise exaustiva das espécies de ação penal condenatória, pelo que este tópico se destina, apenas, a dar uma visão geral sobre o tema.

A ação penal pode ser de iniciativa pública ou privada. Em sua essência, toda ação penal condenatória é pública, pois pública é a pretensão de punir, que tem o Estado por titular. Pública ou privada, para fins de classificação das ações penais condenatórias é a iniciativa para promovê-la. Assim, deve-se registrar que a classificação em ação penal pública ou ação penal privada tem em foco, tão somente, o aspecto subjetivo relativo ao titular do direito de ação.

Como regra, a ação penal é de iniciativa pública incondicionada, cabendo ao Ministério Público promovê-la com exclusividade em conformidade com o artigo 129 - I da Constituição. Excepcionalmente, nas hipóteses legais, a ação penal pública se subordina à representação do ofendido ou à requisição do Ministro da Justiça, ou, ainda, pode ser promovida pelo ofendido.

A disciplina, pelo Código Penal de 1940, de assuntos relativos à ação penal, nos artigos 100 a 106 somente se justifica por herança do Código Penal de 1890. De fato, afirma José Frederico Marques⁶⁸:

“justificava-se a atitude do legislador de 1890, que procurou firmar preceitos uniformes relativamente à persecução penal, num sistema normativo de caráter pluralista para o Direito Processual, uma vez que a idéia federativa dos albos da República acabou por deixar aos Estados – membros a competência exclusiva para legislar sobre o processo civil e penal. Com a unificação operada após 1934, do Direito Processual, não mais se explica a regulamentação geral da ação penal fora dos quadros do Direito Processual Penal. (...) na legislação penal deveriam permanecer tão-somente os preceitos da parte especial que discriminam, nos delitos em espécie, os casos de ação penal pública, dependente de representação do ofendido, e os casos e ação penal privada, dependente exclusivamente do sujeito passivo do delito”

Esta relação regra / exceção se extrai nitidamente da dicção do art. 100 do Código Penal: a ação é sempre pública incondicionada salvo quando a lei expressamente exigir condição especial para o exercício do direito de ação ou a declarar

⁶⁸ In MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. 2ª ed., Campinas: Millennium, 2000, v I, p. 343.

de iniciativa do ofendido. Nada falando a lei, é porque a ação penal pela prática de determinado crime é pública incondicionada.

Na maioria das vezes, pelo que se extrai da técnica do Código Penal, a regra expressa sobre a necessidade de condição especial para o exercício do direito de ação vem inserida no próprio artigo relativo ao crime ao qual se aplica (como, por exemplo, no § único do art. 147 CP). Contudo, por vezes, o legislador insere a regra em artigo em separado, ressaltando sua aplicabilidade a determinado conjunto de crimes (como no caso dos crimes contra a dignidade sexual definidos nos capítulos I e II do Título VI do Código Penal, em relação aos quais o art. 225 CP trata da ação penal de forma conjunta). Por fim, ainda sobre o tema, deve-se notar que o legislador, por vezes, equivocada e tecnicamente, emprega o termo *representação* em sentido impróprio, a expressar não condição para o regular exercício da ação penal pública, mas como sinônimo do direito de petição (como no caso do art. 2º da Lei 4898 / 65).

Deve-se registrar que o instituto da ação penal *ex officio*, prevista nos artigos 26 e 531 do Código de Processo Penal, não foi recepcionado pela nova ordem constitucional, face ao monopólio da ação penal pública atribuído ao Ministério Público no artigo 129 - I da Constituição da República e por flagrante ofensa ao sistema acusatório (atribuição de função persecutória ao juiz). Neste sentido a lição de Guilherme de Souza Nucci⁶⁹ quando afirma que a norma do art. 26 do CPP foi revogada pela Constituição de 1988, especialmente pelo art. 129 - I. Menciona, ainda, que este entendimento somente prevaleceu de forma unânime a partir de 1988 pois, antes, “entendia o Supremo Tribunal Federal, a despeito de duntas opiniões em contrário da doutrina, que era viável o início da ação penal por portaria da autoridade judiciária ou policial”.

A ação penal de iniciativa pública pode ser condicionada à representação ou à requisição do Ministro da Justiça, nos termos dos artigos 24 CPP e 102 § 1º CP.

Na ação penal de iniciativa privada verifica-se o fenômeno da substituição processual, cabendo ao ofendido, legitimado extraordinário, promover a ação penal.

⁶⁹ In Código de Processo Penal comentado. 6ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 123.

Nestes casos, o Estado se demite da acusação, facultando-a ao particular. Contudo, o Estado permanece como titular do direito de punir (aplicação da pena por meio da execução penal). O que se transfere ao ofendido é somente a iniciativa para deflagrar a ação penal. O fenômeno da substituição processual, presente na ação penal de iniciativa privada, não se confunde com outro fenômeno, o da sucessão processual, previsto no art. 31 do Código de Processo Penal.

Por critério de conveniência e oportunidade, o ofendido, na ação penal de iniciativa privada, pode dispor da ação penal, com a finalidade de resguardar sua intimidade do denominado *strepitus fori* ou *strepitus iudicii*.

Se o Ministério Público não intentar ação penal de iniciativa pública no prazo legal o ofendido ou seu representante poderá oferecer queixa subsidiária (artigos 5º - LXI da Constituição, 100 § 3º do Código Penal e 29 do Código de Processo Penal).

Instituto que tem previsão constitucional com amparo no princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional⁷⁰, a ação penal privada subsidiária da pública se aplica a qualquer crime que se proceda mediante ação pública por não contemplar a Constituição possibilidade de limitação. Seu pressuposto é a inércia do órgão do Ministério Público ante o escoamento do prazo para oferecimento da denúncia, sem requisição de diligências ou promoção de arquivamento.

Já estão superadas as antigas discussões sobre o cabimento de ação penal privada subsidiária da pública em caso de arquivamento requerido pelo Ministério Público. O que legitima a ação do ofendido, nesses casos, é a inércia do Ministério Público (ausência de formação de *opinio delicti*, seja no sentido do oferecimento da denúncia, seja no sentido do requerimento de arquivamento). Como bem aponta Afrânio Silva Jardim⁷¹, o art. 38 CPP, ao regular o prazo decadencial da queixa subsidiária, somente menciona o fim do prazo para o oferecimento da denúncia, nada falando sobre

⁷⁰ Neste sentido a lição de Guilherme de Souza Nucci quando afirma que “o ofendido tem um instrumento útil à disposição para controlar abusos do Estado – acusação quando houver demora excessiva para dar início à ação penal, embora não haja notícia de sua utilização freqüente” (in Código de Processo Penal comentado. 6ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 128).

⁷¹ In Direito processual penal: estudos e pareceres. 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 303 – 305.

a hipótese de requerimento de arquivamento, pela simples razão de que neste último não cabe a queixa subsidiária.

José Frederico Marques⁷² registra que, ele próprio, já havia defendido a interpretação no sentido da possibilidade da propositura de ação penal privada subsidiária em caso de promoção de arquivamento do Ministério Público. Contudo, posteriormente reviu este posicionamento para defender, em definitivo, a impossibilidade, concluindo que “o particular não pode sobrepor-se ao Ministério Público, nos crimes em que este é o senhor da ação”.

Mas, em sua essência, a ação é pública, pelo que, oferecida a queixa, e dada vista ao Ministério Público, este pode: (1) aditar a queixa (incluir fato, autor, qualificadora ou aperfeiçoar a peça, tudo de acordo com as provas do inquérito, adequando a queixa à imputação que desde o início deveria ter sido formulada); (2) oferecer denúncia substitutiva (a queixa é imprestável para lastrear a acusação); (3) repudiá-la e; (4) intervir em todos os atos do processo e, a todo o momento, retomar a titularidade da ação, se houver negligência do querelante, não havendo que se falar em perempção (o princípio de disponibilidade não se aplica à ação privada subsidiária da pública, que se rege pelos princípios da ação penal de iniciativa pública).

2.2 Princípios da ação penal.

Dentre os princípios que regem a ação penal, serão abordados, somente, pela correlação com o tema da justa causa e das condições para o regular exercício da ação penal, os princípios da obrigatoriedade, indivisibilidade e indisponibilidade, propiciando a introdução do tema que será feita nos capítulos seguintes.

2.2.1 Princípio da obrigatoriedade.

O princípio da obrigatoriedade, aplicável à ação penal de iniciativa pública, tem levantado interessantes questões doutrinárias relativas à sua conceituação e definição.

⁷² In Elementos de Direito Processual Penal. 2ª ed., Campinas: Millennium, 2000, v 1, p. 396.

Segundo Afrânio Silva Jardim⁷³, o conceito de Estado de Direito é caracterizado pela limitação legal do exercício do poder, limitação que possui raízes, e somente se tornou possível, a partir da teoria da separação dos poderes de Montesquieu, cunhada na obra clássica *Do espírito das leis*⁷⁴ (o equivalente doutrinário do *checks and balances* do constitucionalismo norte-americano). É a consagração do velho ideal de “governo de leis ao invés de governo de homens” que, em última análise, tem por finalidade instituir regramento das ações do poder público com fundamento na ordem jurídica ao invés da vontade discricionária ou mesmo arbitrária do monarca.

O tema revela a importância dos conceitos de lei (em razão do princípio da legalidade que rege as relações entre Estado e indivíduo) e legitimidade (no Estado Democrático de Direito, a lei deve propiciar a liberdade jurídica e material dos indivíduos). Sem o aspecto ligado à legitimidade, qualquer atuação legal do poder público, ainda que de natureza eminentemente autoritária ou mesmo totalitária, teria algum fundamento legal.

O princípio da legalidade pode ser definido em duas vertentes. A primeira vertente se dirige ao cidadão, e geralmente é estatuída na conhecida expressão de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer nada senão em virtude de lei (princípio da reserva legal). A segunda vertente se dirige ao Estado e, em relação a este, o princípio da legalidade consiste no dever de agir nos casos legais (o Estado só pode fazer o que a lei permite, segundo as formas prescritas em lei, nos casos legalmente previstos).

⁷³ In Direito processual penal: estudos e pareceres. 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 69 e seguintes.

⁷⁴ Neste sentido a lição de Jorge Miranda (in Formas e sistemas de governo. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 14) quando afirma que, da classificação das formas políticas em república, monarquia e despotismo, Montesquieu passa “para uma segunda classificação, agora sob prisma prescritivo e valorativo, declarando a monarquia e a república governos moderados e contrapondo-lhes o governo despótico. E é nesta distinção fundamental que vai entroncar a separação dos poderes, porque os governos moderados se definem não já pela titularidade ou pelo exercício, mas sim pela limitação do poder”.

A atuação do poder de punir do Estado somente pode ocorrer por meio do processo penal, para que a liberdade dos indivíduos não sofra prejuízos, na maioria das vezes irreparáveis, diante de eventuais abusos por parte dos órgãos persecutórios.

Se há divergência doutrinária sobre a existência de dispositivo legal expresso na assunção do princípio da obrigatoriedade no sistema processual penal brasileiro⁷⁵, é praticamente unânime na doutrina que o princípio decorre das normas adotadas pelo sistema.

Pode-se afirmar, sem sombra de dúvida, que o princípio da obrigatoriedade, que rege a ação penal condenatória de iniciativa pública, possui nítida estatura constitucional, por ser decorrência do conceito de Estado Democrático de Direito e da assunção do princípio da legalidade⁷⁶. Opõe-se às arbitrariedades que, de certo, seriam praticadas se a aplicação da lei penal e a deflagração da ação penal se submetessem a critérios políticos e de conveniência. O sistema do Código de Processo Penal consagra, em linhas gerais, o modelo segundo o qual o agir (denunciar) e o não – agir (requerer arquivamento) somente podem ocorrer nas hipóteses legais; o não – agir deve ser motivado na ausência de em uma das hipóteses legais que autorizam o agir (“razões invocadas” mencionadas no art. 28 CPP).

Pelo princípio da obrigatoriedade, o Ministério Público não pode deixar de oferecer denúncia por critério de conveniência, oportunidade ou política criminal, nem

⁷⁵ Para uma visão geral sobre os termos da discussão sobre a admissibilidade do princípio da obrigatoriedade, confira-se FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 210 - 212.

⁷⁶ Segundo Manoel Franklin Nogueira, “a doutrina, de um modo geral, usa as expressões ‘princípio da obrigatoriedade’ e ‘princípio da legalidade’ como sinônimas para se referir ao dever que tem o Ministério Público de exercer a ação penal condenatória pública” (in *Transação penal*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2003, p. 44). Em sentido contrário, Antônio Scarance Fernandes sustenta que “é comum a doutrina denominar o princípio ora estudado de princípio da legalidade. Não é, contudo, a melhor nomenclatura. Tanto o princípio da obrigatoriedade como o da oportunidade estão presos aos termos da lei, sendo, portanto, princípios legais. Mais expressa o conteúdo do princípio a denominação princípio da obrigatoriedade, ou seja, princípio segundo o qual há obrigatoriedade de ser ajuizada a ação penal pelo Ministério Público” (in *Processo penal constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 206 – 207).

por qualquer motivo não previsto em lei. Neste sentido a lição de Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly⁷⁷ discorrendo sobre as funções do órgão acusador:

“Não lhe cabe, outrossim, a teor dos arts. 24, 28 e 29, do CPP, perquirir a utilidade da medida proposta ou, ainda, por ‘motivos de política criminal’, pautar-se na eventual insignificância do resultado para deixar de exercer seu poder-dever de instaurar a ação penal”.

Por outras palavras, o Ministério Público somente pode promover o arquivamento nos casos legais. Mas o princípio da obrigatoriedade não retira do Ministério Público a liberdade para apreciar os pressupostos e condições para a demanda, o que faz com independência funcional. Após formada sua convicção sobre os fatos investigados é que atua o princípio da obrigatoriedade, retirando ao Ministério Público qualquer margem de discricionariedade, vinculando as consequências legais às premissas antes afirmadas. O princípio da obrigatoriedade é a expressão mais específica do princípio da legalidade em relação à deflagração da persecução criminal pública em juízo. Manoel Franklin Nogueira afirma:

“segundo este princípio, praticada uma infração penal, e estando presentes as condições da ação, obriga-se o órgão estatal (Ministério Público, em nosso caso) a promover a ação penal respectiva, objetivando tornar efetivo o *jus puniendi* do Estado”⁷⁸.

O princípio da obrigatoriedade se aplica também aos órgãos da Polícia Judiciária que devem instaurar de ofício inquérito policial em caso de crime de ação pública (art. 5 – I CPP)⁷⁹.

O regime da ação penal pública, regido pelo princípio da obrigatoriedade, opõe-se nitidamente em relação ao regime da ação penal de iniciativa privada, na qual o ofendido exerce ou não o direito de queixa com base, exclusivamente, em critério de

⁷⁷ In DEMERCIAN, Pedro e MALULY, Jorge Assaf. Curso de Processo Penal. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2001, p. 125.

⁷⁸ In NOGUEIRA, Manoel Franklin. Transação penal. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2003, p. 44.

⁷⁹ Pertinente, contudo, a crítica de Antônio Scarance Fernandes quando afirma que “na prática diária a autoridade policial tem, até com o assentimento público, oportunidade de não instaurar inquéritos policiais em várias ocasiões, em virtude da pequena gravidade dos fatos noticiados. Acaba, por isso, existindo grande discricionariedade da autoridade policial ante o inevitável fato de que o elevado número de crimes noticiados não permite que sejam todos objeto de investigação e processo” (in Processo penal constitucional. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 208).

conveniência e oportunidade, ressalvado o prazo decadencial⁸⁰. Presentes as condições para o exercício do direito de ação, ou seja, para que o ofendido ofereça a queixa (no que se inclui a existência de indícios de autoria e materialidade do delito), pode o mesmo deixar de fazê-lo, sem qualquer necessidade de fundamentação ou motivação expressa (ao contrário do regime da ação pública onde o não - agir está sujeito à disciplina do arquivamento como meio de controle).

Mas o princípio da obrigatoriedade não subtrai ao membro do Ministério Público o poder - dever de examinar os pressupostos técnicos para o regular exercício da demanda, entre os quais a existência de suporte probatório mínimo afirmando autoria e materialidade delitivas. Não há dever de agir se o membro do Ministério Público não verifica a presença das condições da ação. O princípio da obrigatoriedade não obriga o Ministério Público a deflagrar demandas temerárias. Nem o fato de o Ministério Público se manifestar pela absolvição do acusado em alegações finais guarda qualquer relação com o princípio da obrigatoriedade. O binômio obrigatoriedade / oportunidade representa a configuração de dois modelos antagônicos, que se excluem reciprocamente, mas que possuem seu campo específico de atuação no momento da propositura da ação penal (oferecimento de denúncia ou queixa). Após este momento, a ação penal passa a ser regida pelo binômio indisponibilidade / disponibilidade, que responde à questão de prosseguir ou não prosseguir na ação penal já instaurada. O fato de o Ministério Público pedir a absolvição em alegações finais não afeta o princípio da indisponibilidade previsto no art. 42 CPP, uma vez que, mesmo neste caso, pode o juiz condenar o acusado, demonstrando que não houve disposição sobre a pretensão punitiva deduzida em juízo.

Neste sentido a lição de Frederico Marques quando afirma:

⁸⁰ O regime da conveniência e oportunidade não se aplica ao Ministério Público. Seu destinatário é o ofendido quando a este incumbe a promoção da ação penal privada. O critério de conveniência e oportunidade tem por fundamento não a gravidade do crime (basta lembrar que o estupro – crime inegavelmente grave, pode ser perseguido via ação penal privada), mas sim, o interesse da própria vítima. Segundo Manoel Franklin Nogueira, “o que leva o Estado, em determinados delitos, a condicionar o exercício da ação penal à representação do ofendido, ou deixar a atividade persecutória à própria vítima, ou seus representantes, são considerações de outra ordem. De fato, às vezes há uma colisão de interesses entre a exigência de repressão ao crime e o interesse da própria vítima, de tal forma que o Estado, atendendo ao fato de que a conduta atinge mais diretamente a esfera íntima da vítima, prefere deixar a esta o exercício da persecução criminal” (in Transação penal. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2003, p. 51-52).

“disso não se deve inferir que, em todo o procedimento investigatório ou informativo, que lhe venha às mãos, deva o Ministério Público oferecer denúncia. A obrigação de propor a ação penal somente surge quando se forma a suspeita da prática de crime. O princípio da legalidade não subtrai do Ministério Público, como notou Vassali, o poder de apreciar os pressupostos técnicos do exercício da ação penal. E, nessa operação não pode deixar de entrar, como de início salientamos, certa dose de fator subjetivo”⁸¹.

Importante frisar que o subjetivismo que existe na apreciação dos pressupostos técnicos que ensejam a demanda (condições da ação, pressupostos processuais, justa causa para a ação penal), atualmente revestido de estatura constitucional em face do princípio da independência funcional, não afeta nem mitiga o próprio princípio da obrigatoriedade, que atua em momento posterior à formação do convencimento, vinculando a ação do Ministério Público às conclusões firmadas anteriormente sobre os fatos investigados.

Com a edição da Lei 9099 / 95, especialmente seu art. 76, prevendo o instituto da transação penal, convencionou-se afirmar que a legislação brasileira teria consagrado o princípio da obrigatoriedade mitigada, regrada ou controlada⁸².

Contudo, apesar da inegável aceitação que a expressão adquiriu na doutrina processual penal brasileira, não é tecnicamente correto falar em exceção ou mitigação ao dever de agir consubstanciado no princípio da obrigatoriedade. O princípio da obrigatoriedade, por sua própria definição, não comporta mitigação. Ou se está em regime de obrigatoriedade (no qual existe o dever de agir, desde que verificados seus pressupostos e condições), ou se está em regime de discricionariedade (no qual a possibilidade de agir, embora presentes seus requisitos técnicos, como as condições da ação e a justa causa, depende da vontade do titular da ação, que pode agir ou não por motivos de política criminal). Entre estes conceitos não é possível a criação de meio termo ou *tertium genus*. A conjugação dos sistemas da obrigatoriedade (legalidade ou

⁸¹ In Elementos de Direito Processual Penal. 2ª ed., Campinas: Millennium, 2000, vol. I, p. 378 - 379.

⁸² Neste sentido a lição de Eugênio Pacelli quando afirma que “na busca da definição conceitual dos diversos institutos e categorias jurídicas trazidas pela nova lei, a doutrina logo cuidou de classificar o novo modelo processual como instituidor de suposta discricionariedade regrada, que viria, assim, a mitigar o princípio da obrigatoriedade da ação penal, impondo ao Ministério Público uma nova postura em relação à sua iniciativa penal” (in Curso de Processo Penal, 6ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 108).

vinculação) e da oportunidade resultaria na paradoxal afirmação de que o membro do Ministério Público estaria obrigado a agir se entendesse conveniente.

Não há, por isso, no art. 76 da Lei 9099 / 95, espaço para o exercício de faculdade discricionária. Se não for cabível a proposta de transação penal (pela presença de qualquer motivo impeditivo), e se existir justa causa para a ação penal (se estiverem presentes as condições da ação penal), deverá ser oferecida a denúncia (art. 77). Se for cabível a proposta de transação esta deverá ser proposta. Sendo caso de arquivamento, não deve ser oferecida a transação penal, nem, muito menos (pelo óbvio), denúncia, mas sim, promovido o arquivamento. Absurda interpretação do art. 76 da Lei 9099 / 95 é a que permite ao Ministério Público propor proposta de transação penal e, ante eventual recusa por parte do suposto autor do fato, requerer o arquivamento por falta de base para o oferecimento da denúncia. Se faltar base para o oferecimento da denúncia, deve-se de plano requerer o arquivamento. Por isso o legislador ressaltou, no art. 76 da Lei 9099 / 95, que a possibilidade de propositura da transação penal somente ocorre “não sendo caso de arquivamento”.

Em quaisquer dessas hipóteses, não há espaço para discricionariedade, conveniência ou oportunidade – sequer de forma mitigada. O que há é o princípio da obrigatoriedade em sua forma pura. Por outro lado, para que o princípio da obrigatoriedade fosse afastado, seria preciso que o Ministério Público pudesse deixar de agir, por motivos de conveniência, mesmo estando presentes todos os pressupostos técnicos para o oferecimento da denúncia. Mas mesmo neste caso seria incorreto falar em mitigação do princípio da obrigatoriedade, pois se estaria no campo do princípio da conveniência ou oportunidade em sua forma pura. Qualquer exercício para imaginar um sistema misto ou intermediário é pura especulação sem resultados práticos possíveis.

Neste sentido a lição de Eugênio Pacelli quando afirma:

“Por mais que a doutrina citada, sobretudo Ada Pellegrini Grinover (1998, p. 18), tenha se esforçado na tentativa de visualizar a existência de uma discricionariedade – regrada – supostamente atribuída ao Ministério Público, o fato é que nenhum deles admite que o membro do *parquet* possa escolher

livremente qual a solução mais adequada ou conveniente à administração da jurisdição e/ou aos interesses da Justiça Penal”⁸³.

Por isso, apesar da notável aceitação que a expressão referente à obrigatoriedade mitigada, regrada ou controlada teve no meio doutrinário, parece mais adequado visualizar no art. 76 da Lei 9099 / 95 não uma mitigação ao princípio da obrigatoriedade, mas sim, a própria consagração do princípio para as hipóteses de infração de menor potencial ofensivo.

Ademais, aplica-se ao Ministério Público a exigência de fundamentação de suas manifestações.

O princípio da obrigatoriedade possui estreita relação com o tema da justa causa, uma vez que a formação da *opinio delicti* passa pela aferição das condições para o regular exercício da ação penal, dos pressupostos processuais, da justa causa.

2.2.2 Princípio da indivisibilidade

Pelo princípio da indivisibilidade, a imputação contida na ação penal deve abranger todos os autores do fato, desde que os autores sejam conhecidos e em relação aos mesmos exista suporte probatório mínimo relativo à respectiva autoria.

No campo da ação penal de iniciativa pública, o princípio da indivisibilidade é verdadeiro consectário lógico do princípio da obrigatoriedade (obrigatoriedade de agir contra todos os autores). Não se admite juízo de conveniência ou oportunidade em relação a quais agentes será oferecida a denúncia. Não há espaço para a discricionariedade na escolha de quais agentes serão denunciados. Ou há elementos para denunciar todos os investigados – caso em que todos deverão ser denunciados, ou em relação a alguns não há, e todos os demais deverão ser denunciados.

Já na ação penal de iniciativa privada, na qual a deflagração da ação penal é ato praticado por particular e regido por critério de conveniência e oportunidade, entendeu o

⁸³ In Curso de Processo Penal, 6ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p 108.

legislador que seria necessário vedar a possibilidade de o ofendido escolher contra quais agentes ofereceria a queixa. Diversos dispositivos do Código de Processo Penal tutelam a indivisibilidade da ação penal privada. O art. 48 CPP expressamente consagra o princípio da indivisibilidade da ação penal privada. Os demais artigos se destinam a vedar violação oblíqua do princípio da indivisibilidade por meio do instituto da renúncia ao direito de queixa (art. 49 CPP) e do perdão do ofendido (art. 51 CPP).

Contudo, parte da doutrina, seguindo nesse ponto decisões do STF e do STJ, tem afirmado que o princípio da indivisibilidade somente se aplica à ação penal privada (art. 48 CPP), não se aplicando à ação penal de iniciativa pública. Dois são os fundamentos usualmente utilizados para a defesa da inaplicabilidade do princípio da indivisibilidade à ação penal de iniciativa pública. Pelo primeiro, tendo em vista que a denúncia pode ser aditada a qualquer momento para incluir co-réus, seu oferecimento contra um dos autores do crime não impediria o oferecimento de denúncia (ou aditamento) contra os demais. Pelo segundo, tendo em vista que o processo penal por ação penal de iniciativa pública pode ser desmembrado a qualquer tempo, não haveria campo para aplicação do princípio da indivisibilidade⁸⁴.

Na esteira do posicionamento firmado jurisprudencialmente, o pensamento de Mirabete parece exteriorizar a doutrina tradicional, quando afirma:

⁸⁴ São antigos os precedentes do STF nos quais se afirma que o princípio da indivisibilidade não se aplica à ação penal de iniciativa pública. Cf. HC 64357 / SP, DJ 14.11.1986, de onde se transcreve: “o princípio da indivisibilidade da ação penal não se aplica aos crimes de ação pública. Precedente do STF: AI-99303 (RTJ-112/749)”. No julgamento do HC 68730 / DF, o STF explicitou o motivo pelo qual entende que o princípio contido no art. 48 do CPP somente se aplica à ação penal de iniciativa privada: “O princípio da indivisibilidade da ação penal, art. 48 do CPP, refere-se aos crimes de ação privada, não alcançando os de ação pública, eis que o Ministério Público pode denunciar posteriormente os demais autores do crime”. Recentemente, no recebimento de denúncia oferecida nos autos do inquérito 2245 / MG (caso conhecido como “mensalão”), no longo e extenso acórdão de recebimento (vários delitos imputados e diversos agentes), restou reafirmado: “Também não procede a alegação de que a ausência de acusação contra dois supostos envolvidos - beneficiados por acordo de delação premiada - conduziria à rejeição da denúncia, por violação ao princípio da indivisibilidade da ação penal. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido da inaplicabilidade de tal princípio à ação penal pública, o que, aliás, se depreende da própria leitura do artigo 48 do Código de Processo Penal. Precedentes.”. No julgamento da apelação criminal interposta nos autos do processo 200270050019180 / PR, a 7ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região enfrentou o tema acrescentando outro fundamento – o da possibilidade de separação de processos: “Não há falar em ofensa ao princípio da indivisibilidade da ação penal, primeiro porque predomina o entendimento de que na ação penal pública vige o princípio da divisibilidade (STF, RTJ 91/477, 94/137, 95/1389 e RT 593/459) e, segundo, porque justificada razoavelmente a separação dos processos, nos termos do art. 80 do CP.”

“fala-se também no princípio da divisibilidade, oposto ao princípio da indivisibilidade da ação privada (item 4.5.3). Por esse princípio, o processo pode ser desmembrado, o oferecimento de denúncia contra um acusado não exclui a possibilidade de ação penal contra outros, permite-se o aditamento da denúncia com a inclusão de co-réu a qualquer tempo ou a propositura de nova ação penal contra co-autor não incluído em processo já sentenciado etc.”⁸⁵.

Este não é o melhor entendimento. A justificativa confunde dever de agir contra todos (desde que exista justa causa para tanto) e os fenômenos estritamente processuais do aditamento e do desmembramento de processos.

Se quatro agentes praticam um delito, e as investigações somente apuram a autoria de três deles, é óbvio que a denúncia somente poderá alcançar estes três, sem ofensa ao princípio da obrigatoriedade. Se no curso do processo novos elementos forem descobertos e for identificada a autoria do quarto agente, é claro que a denúncia deverá ser aditada para sua inclusão. Mas o fato de a denúncia ter sido originariamente oferecida contra somente três dos quatro agentes não implica que houve ofensa ao princípio da obrigatoriedade ou que houve divisibilidade da ação penal. O quarto agente não foi denunciado porque não havia justa causa para fazê-lo. Ofensa ao princípio da obrigatoriedade e divisibilidade da ação penal haveria se, existindo elementos para denunciar o quarto agente, deixasse o Ministério Público de fazê-lo.

A análise do campo de incidência dos princípios da obrigatoriedade e da indivisibilidade somente pode ser feita a partir da premissa de que existem elementos que permitam denunciar os agentes (condições da ação e justa causa). E, nesse contexto, não pode o Ministério Público deixar de oferecer a denúncia contra nenhum dos agentes (o princípio da indivisibilidade decorre do próprio princípio da obrigatoriedade).

Neste sentido a lição de Afrânio Silva Jardim⁸⁶ quando afirma:

“a ação pública é tão indivisível quanto a ação privada (...). Tendo em vista o princípio da oportunidade da ação penal provada, tornou-se imperativo ao legislado regular a matéria de forma expressa no art. 48 do Código de Processo Penal, impedindo que o querelante utilize-se do direito de ação de

⁸⁵ In Processo penal. 16ª ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 121.

⁸⁶ In Direito processual penal: estudos e pareceres. 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 283 – 284.

forma discriminatória, em contraste com os fins colimados pela lei ao outorgar-lhe tal legitimação extraordinária. (...) Entretanto a ausência de dispositivo idêntico em relação à ação pública não pode levar jamais à conclusão de que ela seja divisível, mormente em face da combinação dos arts. 77, inc. II, e 79 do Código de Processo penal. Pode-se afirmar, sem medo de errar, que também a ação penal pública é indivisível”.

Também Fernando da Costa Tourinho Filho⁸⁷ caminha no mesmo sentido ao ensinar:

“Tal princípio, na verdade, não é exclusivo da ação penal privada, sem embargo de haver o legislador, no artigo em exame, usado da palavra ‘queixa’. De fato. Se A, B e C praticam um crime de ação pública, o órgão do Ministério Público é obrigado a oferecer a denúncia contra todos os partícipes do crime, salvo se em relação a algum deles houver empecilho à propositura da ação penal, como, por exemplo, extinção da punibilidade pela morte, impossibilidade absoluta de se conseguir, ao menos, seus sinais característicos. Caso contrário, a denúncia será oferecida contra todos”.

Assim compreendido o tema, pode-se responder claramente à seguinte pergunta: sendo a ação penal pública indivisível, por que o Código de Processo Penal somente explicitou a aplicação do princípio em relação à ação penal privada (art. 48 CPP)? Porque em relação à ação penal pública era desnecessário dizê-lo, uma vez que regida pelo princípio da obrigatoriedade (dever de agir contra um dos agentes significa dever de agir contra todos – desde que, logicamente, exista justa causa). Nem o princípio da obrigatoriedade, nem o princípio da indivisibilidade iriam tão longe a ponto de obrigar o oferecimento de denúncia temerária, sem prova mínima de materialidade e autoria. A necessidade de explicitar o princípio da indivisibilidade em relação à ação penal de iniciativa privada decorre do fato dela ser regida pelo princípio da oportunidade, evitando que o seu exercício pelo querelante seja forma de vingança particular contra apenas alguns dos agentes.

Esta a sempre atual lição de Frederico Marques quando afirma que

“se as normas processuais transferem ao ofendido, em determinados crimes, o exercício do *jus accusationis*, incivil seria, no entanto, que lhe outorgasse, ainda, faculdade de influir sobre a extensão subjetiva da acusação. O ofendido não pode limitar a este ou àquele, dos autores do fato delituoso, a acusação criminal”⁸⁸.

⁸⁷ In Processo Penal. 21ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 425.

⁸⁸ In Elementos de Direito Processual Penal. 2ª ed., Campinas: Millennium, 2000, v. 1, p. 403.

Ora, se em relação à ação penal privada este é o fundamento da indivisibilidade, com muito mais razão deve ser aplicado à ação penal de iniciativa pública.

De fato, a indivisibilidade da ação penal pública é consequência lógica e inegável do próprio princípio da obrigatoriedade. Dever de denunciar um dos investigados implica dever de denunciar todos os demais agentes do crime (desde que existam, evidentemente, requisitos técnicos para fazê-lo). Se não há, ainda, elementos probatórios quanto à autoria dos demais agentes do crime, o problema deixa de ser de observância do princípio da indivisibilidade para entrar no campo das condições da ação e da justa causa.

Há quem veja mitigação do princípio da indivisibilidade na possibilidade de um dos autores da infração de menor potencial ofensivo aceitar a proposta de transação penal e os outros não. Nesta linha segue o entendimento de Paulo Rangel⁸⁹. Cremos, contudo, que não há que se confundir diferenciação de institutos em decorrência da manifestação de vontade de um ou mais autores do fato com obrigação de agir contra todos (conteúdo do princípio da indivisibilidade). Houve o dever de propor a transação penal para todos os que a ela faziam jus e o de oferecer denúncia contra todos que recusaram o benefício ou a ele não tinham direito. Foram observados os princípios da obrigatoriedade e da indivisibilidade para cada um. A diferenciação que se estabeleceu (transação penal para alguns e ação penal para outros) não teve por fundamento vontade discricionária do Ministério Público, que agiu nos ditames do que legalmente exigido (obrigatoriedade). A diferenciação surgiu pela vontade dos agentes (aceitar ou recusar proposta de transação penal) ou por características pessoais suas (impeditivas ou não da transação penal).

2.2.3 Princípio da indisponibilidade.

Pelo princípio da indisponibilidade, o membro do Ministério Público não pode perdoar, transigir ou desistir da ação penal pública. Está expresso no artigo 42 CPP,

⁸⁹ In in Direito processual penal. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2000, p. 137 – 138.

alcançando, inclusive, a fase recursal (art. 576 CPP). O membro do Ministério Público não está obrigado a recorrer, mas se o fizer, não poderá desistir do recurso interposto.

O princípio da indisponibilidade decorre logicamente do princípio da obrigatoriedade. De fato, de nada adiantaria que a ação penal estivesse regida pelo princípio da obrigatoriedade (dever de oferecer a denúncia se presentes seus requisitos técnicos) se, proposta a ação penal, dela pudesse desistir em seguida o Ministério Público, por critérios de conveniência e oportunidade. Não impede, contudo, que o Ministério Público se manifeste pela absolvição do acusado em alegações finais, em atenção ao princípio da independência funcional. Nesse caso, não se trata de desistência da ação penal pública, tanto que o juiz pode proferir sentença condenatória com fundamento no art. 385 CPP⁹⁰, primeira parte. Trata-se de consequência lógica do princípio da indisponibilidade: se o juiz julgou procedente o pedido, condenando o denunciado, é porque não houve desistência nem disposição da pretensão deduzida em juízo.

Na ação penal privada, há possibilidade de, após instaurada a ação penal, dela dispor o querelante, por meio dos institutos da perempção e do perdão do ofendido. Mas na ação penal privada subsidiária da pública pode o juiz proferir sentença condenatória, ainda que o querelante tenha se manifestado pela absolvição. É que a ação penal privada subsidiária da pública se rege pelos princípios da ação penal pública. Não há perempção, retomando o Ministério Público sua posição como parte principal.

⁹⁰ A segunda parte do art. 385 CPP é extremamente problemática: nos crimes de ação pública, o juiz poderá reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada. O réu está sendo surpreendido. Embora seja circunstância agravante (não se trata de tipo diverso), eleva a pena e pode trazer diferenciação de regimes e de aplicação de vários institutos em favor do réu. O juiz atua sem qualquer lastro na acusação e o réu não tem qualquer possibilidade de pronunciamento sobre as circunstâncias. Há ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório e do sistema acusatório (demanda). O Código de Processo Penal fala em circunstâncias agravantes que não foram alegadas (não precisam estar nem na denúncia e nem nas alegações finais do Ministério Público), contradizendo-se com a sistemática do oferecimento da denúncia, que exige, no art. 41, que a denúncia ou queixa contenha a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias. Há quem admita que esta segunda parte somente se aplica às circunstâncias objetivas (o que não exclui as objeções acima apontadas), como a reincidência. Mas, mesmo assim, há ofensa ao contraditório, pois a defesa poderia alegar, entre outras questões: a condenação anterior foi rescindida por revisão criminal, que se trata de homônimo, que se passaram mais de cinco anos entre o cumprimento total da pena e a prática do novo crime, que o réu foi condenado por crime político. O fato de a circunstância ser de natureza objetiva não afasta o problema da ofensa ao contraditório.

CAPÍTULO 3 – AS CONDIÇÕES DA AÇÃO NO PROCESSO PENAL

3.1 O direito de ação e o fundamento constitucional das condições da ação.

Um dos institutos usualmente apontados pelos defensores de uma visão unitária do processo, sendo conceitualmente comum a todos os ramos do direito processual, é o direito de ação. Aliás, a existência de institutos comuns aos vários ramos do Direito Processual (ação, processo, defesa, preclusão, coisa julgada, recurso...) constitui justamente um dos principais argumentos mencionados pelos defensores da unidade do direito processual.

Contudo, a existência de institutos comuns aos vários ramos do direito processual não é suficiente para embasar a visão unitária pretendida, tendo em vista as especificidades que cada um deles assume no respectivo âmbito normativo, bem como a independência que os institutos de Direito Processual Penal guardam em relação aos correspondentes no Direito Processual Civil.

Interessante registrar que muitos autores dentre os que defendem a unidade do Direito Processual dão como título às suas obras Teoria Geral do Processual Civil⁹¹. Ou,

⁹¹ Fato observado com argúcia por Ovídio A. Baptista da Silva e Fábio Luiz Gomes (in Teoria geral do Processo Civil. 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 38), os quais se posicionam

se não mencionam o Direito Processual Civil, preferindo o título mais amplo de Teoria Geral do Processo, no decorrer do texto trabalham quase que exclusivamente com as categorias do Direito Processual Civil e artigos do Código de Processo Civil.

Este fato indiretamente traduz a falsa idéia de que os conceitos e categorias processuais penais podem ou devem ser inspirados no modelo processual civil ou, o que é pior, que o modelo processual civil deteria uma espécie de hierarquia científica sobre os demais ramos processuais. A par disso, o próprio conceito de ação não é uniforme nem pacífico sequer na doutrina processual civil⁹², o que por si só não recomenda a importação pura e simples de conceitos do Direito Processual Civil para o Direito Processual Penal.

Na lição de José Frederico Marques⁹³, embora o direito de ação seja autônomo e independente, sempre há uma conexão com o direito material. Há, assim, uma conexão entre a ação penal e a pretensão punitiva – embora o direito de agir não depende do direito de punir, pois “o direito de agir está coordenado a uma pretensão punitiva, que, em juízo, é deduzida através da acusação, a qual se torna, assim, o objeto da ação penal”.

Disposições sobre a ação penal podem ser encontradas tanto no Código Penal quanto no Código de Processo Penal. José Frederico Marques⁹⁴ menciona que o Código Criminal brasileiro de 1830, seguindo, neste passo, a orientação francesa, nada disciplinara sobre a ação penal, salvo esparsas menções ao tipo de ação na parte

contra a visão unitária, ao fundamento de que embora os diversos ramos do Direito Processual constituam “uma vasta unidade, um conjunto harmônico de normas coordenadas”, deve-se respeitar a independência de cada um (op. cit., p. 41).

⁹² Apenas a título de exemplificação, Leonardo Greco aponta cinco sentidos possíveis para o direito de ação: direito de ação como direito cívico de acesso aos órgãos jurisdicionais e de obter uma resposta do juiz de acordo com as leis; direito de ação como pretensão à tutela jurídica do direito material; direito de ação como o direito a um processo justo e aos meios de obter a prestação da tutela jurisdicional; direito de ação como demanda, delimitação feita pelo autor sobre partes, pedido e causa de pedir (limites objetivos e subjetivos da controvérsia); direito de ação como direito à prestação jurisdicional sobre a relação de direito material, exigindo o preenchimento das condições da ação (in *A teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 9-13).

⁹³ In *Elementos de Direito Processual Penal*. 2ª ed., Campinas: Millennium, 2000, v 1, p. 351.

⁹⁴ In *Elementos de Direito Processual Penal*. 2ª ed., Campinas: Millennium, 2000, v 1, v 1, p. 343.

especial, deixando para o Código de Processo Criminal de 1832 a tarefa. A razão da inclusão do tema da ação penal no Código Penal de 1890 teve por justificativa a necessidade de fixar preceitos uniformes para o exercício da ação penal em todo o território nacional, ante o sistema normativo pluralista que surgia com o nascimento da República, conferindo aos Estados competência para legislar sobre processo. Ainda segundo José Frederico Marques, após a unificação de 1934, a partir da qual cessou a competência estadual para legislar sobre Direito Processual, perdeu sentido a permanência de dispositivos sobre a ação penal na parte geral do Código Penal – herança mantida no Código Penal de 1940 mesmo com a alteração substancial que recebeu em 1984, devendo o tema ser tratado exclusivamente pelo Código de Processo Penal.

O direito de ação é o direito público subjetivo de provocar o pronunciamento judicial sobre a demanda ajuizada, de pedir tutela judicial que julgue o pedido, podendo o resultado ser de procedência ou improcedência. Aliás, esta é a nota característica das teorias abstratas do direito de ação, uma vez que o reconhecimento da existência do direito de ação, em juízo de admissibilidade da demanda realizado pelo juiz, independe da afirmação da existência do próprio direito material alegado pelo autor.

O direito de ação possui índole nitidamente constitucional na medida em que está intimamente ligado à garantia do acesso à Justiça, prevista no art. 5º - XXXV da Constituição, e a um dos fundamentos essenciais do Estado Constitucional moderno, detentor do monopólio da jurisdição, que proíbe, salvo casos excepcionais, a autotutela e a vingança privada, com a criação de órgãos jurisdicionais estruturados no Poder Judiciário.

Fundamental para o estudo do direito de ação na esfera penal é a compreensão do brocardo *nulla poena sine iudicio*. Uma vez que o poder de punir do Estado não é dotado de auto-executoriedade como os atos administrativos em geral, a ação penal representa o direito do próprio Estado ou do ofendido, nos casos em que legalmente autorizado, de pleitear ao juiz a prolação de comando condenatório pelo qual possa a

pena justa ser aplicada ao autor de infração penal. Por isso José Frederico Marques denomina a ação penal um direito de coação indireta⁹⁵.

A partir do enfoque nitidamente constitucional que se dá ao direito de ação, o instituto das condições para o seu exercício também apresentará estatura constitucional. Embora o poder de provocar a jurisdição seja incondicionado, o direito a uma prestação jurisdicional de mérito se subordina a determinados requisitos que constituem os fundamentos do juízo de admissibilidade da demanda. Contudo, se é lícito condicionar o exercício do direito de ação, deve-se pesquisar quais os limites do poder de criar essas condições, sem violar o direito de acesso à Justiça do autor, impondo barreiras indesejáveis e, ao mesmo tempo, sem permitir que o réu seja temerariamente processado, que o réu tenha sua esfera jurídica injustamente invadida por uma demanda *ab initio* inviável.

Se o acesso à Justiça é expressão de direito fundamental (art. 5º - XXXV da Constituição), o direito do réu em não ser processado temerariamente, ou de não ter sua esfera jurídica invadida por uma demanda que se pode afirmar aprioristicamente inviável, igualmente tem assento constitucional, com fundamento no princípio do devido processo legal.

Decorre da garantia do acesso à jurisdição a afirmação de que ninguém pode ser impedido de levar uma demanda ao Judiciário, de provocar a atividade jurisdicional até então inerte. O acesso à justiça independe do conteúdo da pretensão deduzida, pois se trata de garantia fundamental constitucional de provocar os órgãos do Poder Judiciário. Incumbe ao juiz, portanto, a importante função de julgar a regularidade e a admissibilidade da demanda, ou seja, se ela preenche os requisitos afetos aos pressupostos processuais e às condições da ação, sem o que deve a demanda ser inadmitida liminarmente, por meio da rejeição da peça inicial.

A compreensão da função constitucional das condições da ação passa pela constatação de que o direito de ação, vale dizer, o direito à manifestação jurisdicional sobre o mérito da pretensão deduzida, embora com fundamento constitucional na

⁹⁵ In Elementos de Direito Processual Penal. 2ª ed., Campinas: Millennium, 2000, v 1, p. 347.

garantia do acesso à Justiça, não é um direito absoluto. Para que haja a manifestação jurisdicional sobre o mérito é necessário que estejam presentes os pressupostos processuais e as condições da ação.

Neste ponto, pode-se perceber que o juízo de admissibilidade da demanda por meio do exame das condições da ação se coloca no limite entre dois direitos com igual estatura constitucional: direito fundamental de acesso à Justiça ao qual se contrapõe o direito fundamental do réu em não ter sua esfera jurídica invadida e o gozo de seus direitos turvado por um processo temerário, porque liminarmente inviável. Daí a relevância no estudo de seus limites precisos.

Mesmo quem exerce irregularmente o direito de ação (por ofensa às regras sobre a regularidade do processo – pressupostos processuais –, ou sobre sua admissibilidade – condições da ação), tem direito ao pronunciamento judicial sobre sua demanda – provimento jurisdicional liminar de inadmissibilidade, de acordo com as regras processuais e os princípios constitucionais. O exercício do direito de ação não significa necessariamente que o réu deverá ser chamado ao processo para se defender nem que o autor obterá sentença de mérito (procedência ou improcedência).

A esta altura pode-se perceber a importância do estudo do tema do direito de ação e das condições para o seu regular exercício, tendo em vista possuir inegável estatura constitucional, estando diretamente ligada à efetividade das garantias do acesso à Justiça e da tutela material dos direitos do cidadão, que não podem ter suas esferas jurídicas indevidamente restringidas por demandas infundadas.

A necessidade de resguardar a esfera jurídica do réu das conseqüências decorrentes de demandas *ab initio* inviáveis repercute, no processo penal, nas graves conseqüências que decorrem para o acusado do tão só fato de responder a um processo injusto. Se a preocupação em evitar demandas temerárias é inerente ao fenômeno do processo, com muito maior razão deve-se estudar seus desdobramentos no âmbito do Direito Processual Penal, pela maior relevância dos bens em litígio – a liberdade do cidadão, diretamente ligada ao seu *status dignitatis*. Não apenas a sentença condenatória transitada em julgado afeta diretamente a imagem e a dignidade do cidadão, rotulando-o de condenado, fazendo-o perder a primariedade para os crimes a partir de então

praticados. O curso da ação penal pode igualmente, conter elementos simbólicos de desvalia para o cidadão apenas processado ou ainda indiciado, principalmente em tempos atuais onde, em certos casos, ocorre excessiva publicidade do fato criminoso investigado e da decretação de medidas cautelares prisionais e patrimoniais.

Neste sentido caminha Aury Lopes Jr.⁹⁶ quando afirma que

“a presunção de inocência, como sistema de proteção formal, deveria ser o mais importante instrumento de proteção contra a estigmatização, de modo que, quanto maior for a eficácia real do princípio, menos deve ser o prejuízo para o indivíduo. Sem embargo, a realidade demonstra que a presunção de inocência falha nos dois planos: a) no jurídico, porque não impede as penas processuais; b) no social, porque a publicidade abusiva e os juízos paralelos condenam o sujeito passivo ainda antes mesmo de o processo penal começar, com a simples investigação policial (nesse sentido, entre muitos outros, o triste exemplo do caso da Escola de Base em São Paulo)”.

A finalidade do instituto das condições da ação é, basicamente, evitar que demandas, *a priori* visivelmente fadadas ao insucesso, nasçam e se desenvolvam até provimento final de improcedência que, desde o início, já era previsível, e até mesmo se podia afirmar inexorável, sem margem de dúvida possível - dúvida que, se existisse, justificaria o contraditório por meio do processo. Assim, tutela-se o interesse do réu em não ser importunado temerariamente, bem como, o interesse do Estado em não empregar esforço processual em uma demanda natimorta.

Por isso Leonardo Greco afirma:

“o direito fundamental de acesso à tutela jurisdicional por parte do autor encontra limite, entretanto, no direito igualmente fundamental do réu de exigir do Estado que lhe assegure o pleno gozo do seu direito e, conseqüentemente, de não ser molestado por uma demanda manifestamente infundada, cabendo às condições da ação o papel de fiel da balança entre esses dois direitos igualmente relevantes”⁹⁷.

As condições da ação possuem a missão constitucional de delimitar o campo da exigibilidade do autor, em face do Estado, de provimento jurisdicional sobre o mérito da demanda.

⁹⁶ In Sistemas de investigação preliminar no processo penal. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris. 2006, p. 62.

⁹⁷ In A teoria da ação no processo civil. São Paulo: Dialética, 2003, p. 22.

Assim, em dois grandes grupos podem ser reunidos os fundamentos para a necessidade de filtrar as demandas viáveis das inviáveis, quais sejam, princípios de justiça e economia processual.

É fundamentalmente um problema de justiça não sujeitar o réu ao processo penal, em face de uma demanda indevidamente formulada, ainda que para absolvê-lo futuramente. Deve-se resguardar a esfera jurídica do réu, que não deve ser chamado do processo senão quando revestida a demanda dos requisitos de admissibilidade. A finalidade das condições da ação consiste em não sujeitar o réu a processos temerários, convocando-o para ser processado, com todas as obrigações decorrentes da atividade defensiva que pode ser produzida no processo, sem que haja um mínimo de viabilidade em relação ao acolhimento da pretensão exposta na demanda – o que não deixa de implicar análise superficial de aspectos de direito material.

É igualmente interesse do Estado não desenvolver toda uma atividade e esforço processuais, para ao final reconhecer que a demanda ajuizada pelo autor é improcedente, quando este fato poderia e deveria ser liminarmente reconhecido, porque ausente uma das condições da ação. Há que se prestigiar a existência de mecanismos pelos quais as demandas temerárias, cuja inviabilidade é constatável *ab initio*, sejam contidas sem que o réu seja chamado ao processo. Com isso, atende-se, também, a princípios de celeridade e economia processuais, em consonância com o princípio da duração razoável do processo instituído pela EC 45 / 2004. Não é razoável que um processo evidentemente fadado ao insucesso tenha sua duração injustificadamente prolongada, postergando-se a declaração de sua inviabilidade, em detrimento do andamento dos demais processos.

As condições da ação enquanto mecanismo de controle ou filtro das demandas inviáveis possui suporte, ainda, nos princípios do devido processo legal e da instrumentalidade do processo. Evita-se a instauração e o prolongamento indevido do processo que, na hipótese, revela-se instrumento inútil à sua finalidade.

Maurício Zanoide de Moraes⁹⁸ afirma:

“os altos custos processuais (custo ético, social, político e econômico) e os próprios gravames infligidos ao acusado pela existência do feito impõem aos atos processuais, e em última análise ao próprio processo, somente serem exercidos quando a tutela jurisdicional pleiteada é necessária, adequada e útil”.

Por isso, na fase de deflagração da ação penal, a denúncia e a queixa não podem ser oferecidas sem que exista prova mínima no sentido da materialidade e da autoria do delito. Trata-se de juízo de cognição não exauriente (porque não se exige a certeza da autoria ou materialidade), que admite a acusação desde que baseada em lastro probatório mínimo, não se exigindo a prova plena para tanto⁹⁹.

3.2 A natureza jurídica das condições da ação.

A teoria das condições da ação no Direito Processual brasileiro sofreu inegável influência da escola italiana. A partir da famosa aula inaugural de Liebman na Universidade de Turim, em 24 de novembro de 1949, sob o título “*L’azione nella teoria del processo civile*”, em que o mesmo apresentou sua teoria geral sobre o direito de ação, a mesma ganhou extraordinário prestígio na doutrina brasileira, vindo a influenciar Alfredo Buzaid, um dos responsáveis pela elaboração do Código de Processo Civil de 1973.

Curiosamente, no mesmo momento em que entrava em vigor o CPC de 1973, consagrando a teoria das três condições genéricas do direito de ação, seu criador, Liebman, retrocedeu (na terceira edição de seu Manuale), deixando de incluir a possibilidade jurídica do pedido como condição genérica ante a entrada em vigor da Lei 878 / 70, que na Itália instituiu o divórcio (exemplo que encorajava a concepção deste conceito). Entretanto, a teoria das três condições foi a adotada pelo CPC / 73. Para

⁹⁸ In Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2000, p. 78.

⁹⁹ Neste sentido, Aury Lopes Jr. afirma que a expressão *in dubio pro societate* representa “equivocada repetição de um erro histórico, que infelizmente encontrou abrigo no senso comum teórico” (In Sistemas de investigação preliminar no processo penal. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris. 2006, p. 66).

Liebman, os casos de demanda não admitida, em tese, pelo ordenamento, passaram a ser tratados como falta de interesse de agir.

O tema das condições da ação não foi tratado com rigor científico pelo Código de Processo Penal de 1941. O art. 43 CPP, antes de ser revogado pela Lei 11719 / 08, ao tratar das causas que ensejam a rejeição da denúncia ou da queixa, não disciplinou de forma sistemática as condições da ação no processo penal. Pode-se dizer que o tema foi tratado de forma casuística no mencionado dispositivo, que se limitou a enumerar algumas das hipóteses concretas de rejeição da denúncia ou queixa.

Isto levou a doutrina processual penal brasileira a estudar o tema das condições da ação segundo a classificação adotada pelo Código de Processo Civil de 1973, expressa no art. 267 – VI: legitimidade, interesse e possibilidade jurídica do pedido. Nesta linha segue Afrânio Silva Jardim, para quem, “no processo penal, as condições para o regular exercício da ação não apresentam conceituações diversas daquelas forjadas pelos cultores do Direito Processual Civil”¹⁰⁰.

Desde já se deve ressaltar que se o comum fundamento constitucional para a existência das condições da ação no processo civil e no processo penal (princípios de justiça e economia processual) implica semelhanças, não necessariamente os respectivos modelos devem ser idênticos.

Com o advento da Lei 11719 / 2008, o art. 395 CPP substituiu o modelo casuístico do revogado art. 43 CPP por normas de conteúdo abrangente e genérico. Diz-se, agora, que a acusação será rejeitada quando a peça inicial for inepta, faltar algum dos pressupostos processuais ou alguma das condições da ação ou, ainda, quando faltar justa causa.

O art. 395, contudo, embora expressamente mencione a inépcia como causa para rejeição da acusação, não a define, ao contrário do CPC que define suas hipóteses (art. 295 § único). Em verdade, a inépcia formal já vinha sendo largamente utilizada na

¹⁰⁰ In Direito processual penal: estudos e pareceres. 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 95.

prática com fundamento no art. 41 CPP, que elencava os requisitos formais da denúncia ou queixa.

O art. 395 também não define quais são as condições da ação no processo penal e nem o que se deve entender por justa causa. Ou seja, a reforma empreendida pela Lei 11719 / 08 substituiu o modelo do art. 43 pelo art. 395, porém não resolveu o problema conceitual. A doutrina processual penal ainda terá que discutir quais são as condições para o exercício da ação penal e diferenciá-las da justa causa, tratada em inciso diverso. Ao introduzir o conceito de justa causa como fundamento legal para recebimento da denúncia ou queixa, o legislador utilizou expressão largamente utilizada pela jurisprudência; perdeu, contudo, excelente oportunidade de traçar o conteúdo de conceito que se apresenta com contornos tão indefinidos desde sua introdução na legislação e na prática jurisdicional brasileira.

Por isso, deve-se fazer o estudo das condições da ação em espécie, o que será feito nos tópicos a seguir, e do conceito de justa causa, o que será feito no capítulo seguinte. Não sem antes registrar que o que torna o estudo do tema das condições da ação tão interessante é justamente o fato de que existem limites imprecisos - terreno avesso às delimitações conceituais definitivas -, entre as condições da ação e os pressupostos processuais e entre aquelas e as questões de mérito da demanda.

De fato, as condições da ação estão cronologicamente colocadas entre os pressupostos processuais, que lhes antecedem, e as questões de mérito principal da demanda, que somente serão resolvidas se presentes aquelas condições.

Enquanto os pressupostos processuais dizem respeito à existência e validade da relação processual enquanto meio para o exercício da função jurisdicional, ou seja, controle da regularidade do processo e da relação processual (processo enquanto instrumento), as condições da ação dizem respeito à possibilidade de a função jurisdicional ser exercida com resolução do mérito da demanda principal, superando o juízo de admissibilidade do exame do mérito (finalidade do processo). Por isso os pressupostos processuais (requisitos referentes ao meio) estão cronologicamente em momento anterior ao das condições da ação (requisitos da finalidade do processo).

Todavia, aí já se pode observar certa imprecisão de limites distintivos, uma vez que o direito de ação, enquanto direito à tutela jurisdicional sobre o mérito da demanda, deve satisfazer determinadas condições – as condições da ação –, cuja (in) existência é analisada justamente em face de aspectos do direito material deduzida em juízo.

De fato, o tema das condições da ação contém elementos que ora se aproximam dos pressupostos processuais, ora se aproximam do mérito da demanda. A doutrina processual brasileira classifica cronologicamente a análise judicial de admissibilidade da demanda em três fases sucessivas: primeiro deve o juiz analisar a existência dos pressupostos processuais de existência e validade da relação processual; segundo analisar a existência das condições da ação e, terceiro, analisar o mérito da demanda.

Há, de fato, uma zona limítrofe entre pressupostos processuais e condições da ação, na qual surgem curiosos problemas que permitem verificar que entre ambos há uma zona cinzenta. Trata-se do problema dos pressupostos processuais negativos, ligados à ausência de fato impeditivo (litispêndência, coisa julgada e preempção). No caso de litispêndência, ao segundo processo identicamente ajuizado parece faltar também condição da ação referente ao interesse de agir. De fato, não há utilidade em pleitear provimento jurisdicional que já foi pleiteado anteriormente; a segunda demanda não coloca o autor na possibilidade de obter posição mais vantajosa, pois tudo o que pleiteia no segundo processo já pode, em tese, ser obtido no primeiro. Como exemplificação desta dificuldade, Afrânio Silva Jardim sustenta que, embora classificada pela doutrina majoritária como pressuposto processual negativo, a originalidade da demanda constituiria condição da ação. Aliás, pressuposto processual negativo constituiria, segundo o autor, contradição nos próprios termos¹⁰¹.

De outro lado, igual dificuldade surge em precisar contornos diferenciadores entre as condições da ação e as questões de mérito da demanda principal. Embora, por conceito, as condições da ação sejam questões cuja ausência justamente impede a análise do mérito, em decisão que somente se reveste da qualidade de coisa julgada formal, ao analisá-las, o juiz, por vezes, aprecia e decide questões ligadas ao direito material.

¹⁰¹ In Direito processual penal: estudos e pareceres. 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 93.

O reconhecimento da ausência de uma das condições da ação pode conter decisão sobre questão de mérito, embora não se decida exatamente a questão de mérito propriamente deduzida e afirmada na inicial, nem seja ela conhecida em toda sua profundidade. Por isso, surge a necessidade de explicitar um critério que permita aferir se a decisão versa sobre condição da ação ou sobre o mérito da demanda.

O critério do momento processual não é, a rigor, o aspecto diferencial. Embora normalmente o exercício do juízo de admissibilidade da demanda seja feito ao receber a inicial, nada impede que a matéria referente às condições da ação seja analisada posteriormente. Não é o momento em que foi proferida a decisão que vai ditar sua natureza, se negativa de uma das condições da ação ou se decisão de mérito. Aliás, a regra do art. 267 § 3º do Código de Processo Civil segundo a qual a matéria relativa às condições da ação pode ser conhecida em qualquer tempo e grau de jurisdição é expressa nesse sentido.

O melhor critério diferenciador é o grau de cognição. Ao analisar as condições da ação, o grau de cognição é sumário, não é exauriente, porque a questão de mérito não é analisada em toda a sua profundidade, mas, tão somente, no que for necessário para verificar a inviabilidade da demanda, a partir dos fatos narrados na inicial. Como exemplo, podemos citar a hipótese de o Ministério Público oferecer denúncia por determinado fato, o qual se amolda a uma das figuras típicas em relação às quais a legislação penal exige iniciativa do ofendido (crime que se sujeita à ação penal de iniciativa privada exclusivamente). Após verificar esta relação de subsunção entre fato narrado e imputado e a respectiva norma penal incriminadora, o juiz deverá rejeitar a denúncia ao fundamento da ilegitimidade ativa. Este juízo, contudo, nada diz quanto à existência do fato ou sua autoria, pelo que nada impedirá que o ofendido ofereça queixa pelo mesmo fato, enquanto não estiver extinta a punibilidade pelo decurso do prazo decadencial.

3.3 As condições da ação no Direito Processual Penal.

3.3.1 A possibilidade jurídica do pedido.

A possibilidade jurídica do pedido é seguramente a condição da ação que causa mais perplexidades na doutrina. A lição de Fernando da Costa Tourinho Filho é sempre atual ao lembrar que “de todas as condições da ação esta é a mais controvertida. A discussão não se restringe apenas ao conceito, mas também aos exemplos da doutrina”¹⁰².

Pode ser definida a partir da admissibilidade ou compatibilidade do pedido formulado em face do ordenamento jurídico. É preciso que a ordem jurídica não proíba aprioristicamente o pedido formulado pelo autor, sem maiores considerações sobre o caso concreto (se os fatos narrados na denúncia ocorreram ou não, e se o acusado é seu autor). Pedido juridicamente impossível é aquele que, independentemente de qualquer outra análise dos fundamentos de direito material alegados pelo autor, já está vedado pelo ordenamento jurídico. O término precoce da ação ajuizada se justifica porque sequer é necessário analisar os aspectos específicos de direito material narrados na denúncia (como autoria e materialidade do fato criminoso imputado), uma vez que o pedido, em nenhuma hipótese, ainda que sejam verdadeiros os fatos imputados, é admitido pelo ordenamento.

Repleta de divergências é a conceituação da possibilidade jurídica no processo penal. Tão intensas as divergências, que se pode até mesmo questionar a real possibilidade de adaptação ao processo penal da possibilidade jurídica do pedido.

Neste sentido é a posição de Maria Thereza Rocha de Assis Moura, que afirma:

“esta polêmica existente na doutrina está longe de ser solucionada, até porque se questiona – com razão, a nosso ver – se a tese da possibilidade jurídica, tal como posta para o processo civil, é aceitável para o processo penal”¹⁰³.

A primeira indagação a que se deve responder é se o Código de Processo Penal, em sua redação original de 1941 (especialmente o art. 43 – I, hoje já revogado pela

¹⁰² In Processo Penal. 21ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, v. 1, p. 489.

¹⁰³ In Justa causa para a ação penal – Doutrina e jurisprudência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 188.

reforma empreendida pela Lei 11719 / 08), consagrou a possibilidade jurídica do pedido como condição da ação.

Expressamente não o fez. Nem em sua redação original de 1941, nem mesmo após a Lei 11719 / 2008. Em sua redação original o CPP somente falava, em seu art. 43 – III, em ilegitimidade de parte ou outra condição exigida pela lei para o exercício da ação penal. A Lei 11719 / 2008 revogou o art. 43 CPP e deu nova redação ao art. 395, que diz que a denúncia ou queixa será rejeitada quando for manifestamente inepta, faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal ou faltar justa causa para o exercício da ação penal. Fez referência o legislador da reforma às condições da ação, mas não as descreveu nem conceituou - o que não deixa de constituir falha do legislador que, mais uma vez, remete o intérprete à doutrina construída para o Direito Processual Civil.

Teria o Código de Processo Penal de 1941 consagrado implicitamente a condição da ação referente à possibilidade jurídica do pedido?

Em princípio, parece que não. Isto pelo fato de que somente em 1949 Liebman formulou e tornou pública sua teoria sobre as condições da ação, na famosa e já mencionada aula inaugural na Universidade de Turim, sob o título “*L’azione nella teoria del processo civile*”. A influência no Direito brasileiro foi posterior à elaboração do CPP e se verificou na esfera processual civil em 1973.

Esta incongruência temporal foi percebida por Fernando da Costa Tourinho Filho quando afirma que “o legislador de 1941 não podia ter dedicado maiores atenções ao problema, já que a teoria da possibilidade jurídica do pedido surgiu posteriormente...”¹⁰⁴.

Por esta mesma razão, Maria Thereza Rocha de Assis Moura sustenta que o revogado art. 43 – III CPP, ao dizer *ilegitimidade de parte ou outra condição exigida pela lei para o exercício da ação penal* não se referiu às demais condições genéricas – que, de resto, somente viriam a ser expostas posteriormente na teoria de Liebman, e

¹⁰⁴ In Processo Penal. 21ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, v. 1, p. 494.

consagradas pelo Direito Processual Civil –, mas sim, às demais condições especiais previstas na legislação processual penal (representação do ofendido, requisição do Ministro da Justiça...). Além da legitimidade da parte, teria feito referência, o art. 43 – III CPP, às denominadas condições de procedibilidade¹⁰⁵.

Não obstante, o fato é que a doutrina processual penal brasileira, de forma predominante, adaptou ao Código de Processo Penal a condição consagrada posteriormente na sistemática do CPC, com fundamento na hipótese então descrita no art. 43 – I CPP (quando o fato narrado evidentemente não constituir crime).

A partir da análise deste trabalho de adaptação feito pela doutrina processual penal brasileira, pode-se perceber que as hipóteses nas quais se reconhece a impossibilidade jurídica do pedido no Processo Penal podem ser divididas em três grupos.

O primeiro se refere ao pedido de sanção penal inadmissível no ordenamento jurídico-penal brasileiro, com violação, portanto do art. 5º - XLVII da Constituição. Seria o caso do Ministério Público oferecer denúncia pela prática de determinado fato e pleitear expressamente a aplicação de pena de banimento ou acoites (pena cruel).

Neste sentido, Afrânio Silva Jardim¹⁰⁶ afirma que na ação penal os exemplos de impossibilidade jurídica do pedido aproximam-se do absurdo (pedido de pena de morte, de banimento, açoite, trabalhos forçados...), mas nem por isso tornam a condição dispensável. Sustenta, acompanhando a posição de Ada Pellegrini Grinover em sua obra clássica *As condições da ação penal*, que a atipicidade do fato e a extinção da punibilidade não são exemplos de impossibilidade jurídica do pedido, mas dizem respeito ao mérito, importando em sentença absolutória. Na obra acima mencionada, Ada Pellegrini Grinover sustentou que as condições de procedibilidade integram a categoria da possibilidade jurídica do pedido, vale dizer, sem sua presença, quando a lei

¹⁰⁵ In *Justa causa para a ação penal – Doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 180.

¹⁰⁶ In *Direito processual penal: estudos e pareceres*. 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 95.

a exige, não haveria possibilidade jurídica do exercício da jurisdição penal¹⁰⁷. Por outro lado, negava a atipicidade como exemplo de impossibilidade jurídica do pedido. A tipicidade seria questão de mérito, causa de pedir da condenação, e o reconhecimento de sua ausência acarretaria, inevitavelmente, sentença de mérito, nos termos do art. 386 – III CPP, ou nos termos do já revogado art. 43 – I. Somente o momento de sua prolação é que diferenciaria ambas as decisões. A extinção da punibilidade, pela prescrição ou outra causa qualquer, igualmente, não seria exemplo de impossibilidade jurídica do pedido, mas sim, de decisão de mérito.

O segundo grupo conceitua a possibilidade jurídica do pedido com referência ao fato imputado, e se refere à ausência de algum dos requisitos do crime (tipicidade, ilicitude ou culpabilidade). De fato, a grande maioria da doutrina exemplifica a impossibilidade jurídica do pedido no Processo Penal com a ausência de algum dos requisitos do crime. Neste sentido, José Frederico Marques afirma que “se a conduta descrita na peça acusatória não é típica, não pode ser pedida a aplicação de sanção penal: há, na hipótese, portanto, impossibilidade jurídica do pedido”¹⁰⁸.

Alguns autores restringem a análise da impossibilidade jurídica do pedido, neste caso, para os casos de atipicidade da conduta imputada ao acusado¹⁰⁹.

Para outra parte da doutrina, não haveria razão plausível para diferenciar os casos de atipicidade dos casos de imputação de conduta lícita ou ausência de culpabilidade do agente (salvo na hipótese de aplicação de medida de segurança, caso

¹⁰⁷ Exteriorizando este pensamento, assim se manifesta a autora: “E é exatamente nesse enfoque que as denominadas ‘condições de procedibilidade’ do processo penal podem ser reconduzidas à categoria da possibilidade jurídica (...)” (in GOMES FILHO, Antônio Magalhães, FERNANDES, Antônio Scarance e GRINOVER, Ada Pellegrini. As nulidades no processo penal. 6ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 66).

¹⁰⁸ In Elementos de Direito Processual Penal. 2ª ed., Campinas: Millennium, 2000, v 1, p. 355. No mesmo sentido Fernando da Costa Tourinho Filho entende que impossibilidade jurídica do pedido, no processo penal, consiste na formulação de acusação por fato atípico estando incluída no art. 43 – I CPP - redação anterior à Lei 11719 / 2008 (in Processo Penal. 21ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, v. 1, p. 493). Ressalta, contudo, que parte da doutrina afirma que, nesse caso, “não haveria um pronunciamento de carência da ação, mas sim, um julgamento de mérito, uma vez que o Juiz estaria apreciando a própria *causa petendi*”.

¹⁰⁹ Cf. MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo penal. 16ª ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 113.

em que a acusação deve ser recebida pois deve haver o devido processo legal para sua aplicação, nada obstante não seja o agente culpável).

Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci expressamente afirma que a imputação deve dizer respeito a um fato típico e antijurídico, sendo culpável o agente, e o pedido será juridicamente impossível quando ausente quaisquer desses requisitos, pois “não se pode pedir a condenação de alguém por ter praticado conduta penalmente irrelevante”¹¹⁰.

No mesmo sentido caminha Francisco de Assis Toledo¹¹¹ quando afirma:

“onde houver uma causa de justificação, já suficientemente caracterizada, faltará uma condição da ação penal, pois se o fato, que deve ser narrado com todas as suas circunstâncias (CPP, art. 41), não constitui crime, autorizado está o pedido de arquivamento pelo Ministério Público ou a rejeição da denúncia ou da queixa pelo juiz (CPP, art. 43 – I)”.

Este entendimento é igualmente compartilhado por Edílson Mougenot Bonfim¹¹² para quem a possibilidade jurídica do pedido abrange a exigência de que o fato narrado seja típico, ilícito, sendo culpável seu agente.

Há, ainda, na doutrina, autores que abrangem na impossibilidade jurídica do pedido ambos os casos mencionados nos dois grupos anteriores, ou seja, o pedido de aplicação de pena proibida pelo ordenamento constitucional e ausência de algum dos requisitos do crime¹¹³.

¹¹⁰ In Manual de Processo Penal e Execução Penal. 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 181.

¹¹¹ In Princípios Básicos de Direito Penal. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 169.

¹¹² In Curso de Processo Penal. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 141.

¹¹³ Neste sentido a posição de Paulo Rangel para quem “a possibilidade jurídica refere-se tanto à infração (conduta descrita como ilícito penal) como à pena requerida pelo Ministério Público ou pelo ofendido” (in Direito Processual Penal, 3ª ed., Rio de Janeiro: Editora Lúmen Iuris, 2000, p. 170) e, também, a posição de Marcellus Polastri, que sustenta que “no processo penal a condição da possibilidade jurídica do pedido está prevista no item I do art. 43 do CPP, que ao se referir a fato que evidentemente não constitui crime, quer se referir ao fato atípico e antijurídico. Obviamente que também se configurará a carência de ação, com base na falta desta condição, se a providência pedida pelo autor não encontrar previsão legal, como, v.g. pedido de aplicação de pena não prevista legalmente” (in Curso de Processo Penal. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2002, v 1, p. 201).

O terceiro grupo vê na possibilidade jurídica do pedido no processo penal as denominadas condições de procedibilidade¹¹⁴.

Em sentido substancialmente diverso das posições acima expostas, Eugênio Pacelli de Oliveira, ao discorrer sobre a adaptação do conceito de possibilidade jurídica do pedido ao processo penal, faz anotações divergentes da maioria da doutrina. Segundo o autor, o exemplo do pedido de pena proibida pelo ordenamento jurídico não pode fundamentar a impossibilidade jurídica do pedido como condição da ação penal, ao fundamento de que no processo penal o juiz, ao sentenciar, pode dar ao fato imputado e provado a correta adequação em face da norma jurídica (*emendatio libelli*, art. 383 CPP). E assim conclui que “não se podendo extinguir o processo pela impossibilidade jurídica do pedido assim aviado, não se pode, também, aceitar tal hipótese como de condição da ação penal condenatória”¹¹⁵. Quanto à atipicidade do fato, após registrar que se cuida de exemplo referente à causa de pedir e não ao pedido propriamente dito, igualmente afirma que não se trata de exemplo de carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido, mas sim, de verdadeiro julgamento antecipado da lide, porque faz coisa julgada material.

Deve-se registrar, por fim, que o *habeas corpus* e a revisão criminal, enquanto ações penais autônomas, também comportam análise quanto à possibilidade jurídica do pedido. Neste sentido, Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly mencionam a impossibilidade jurídica do pedido, em relação ao *habeas corpus*, nos casos de vedação constitucional (estado de sítio e prisão disciplinar militar)¹¹⁶. Mas, já aqui se está fora do âmbito da ação penal condenatória, objeto deste estudo.

A partir desta visão geral sobre o modo pelo qual a doutrina processual penal enfrenta a definição da impossibilidade jurídica do pedido como condição genérica para

¹¹⁴ Neste sentido a posição de Vicente Greco Filho que vislumbra na referida condição os três grupos de exemplos acima mencionados, ao sustentar que são casos de impossibilidade jurídica do pedido: pedido de sanção não prevista no ordenamento jurídico, atipicidade do fato e quando houver algum fato impeditivo da ação penal ou faltar condição de procedibilidade (in Manual de processo penal. 7ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 106).

¹¹⁵ In Curso de Processo Penal, 6ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 87.

¹¹⁶ In Curso de Processo Penal. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2001, p. 536.

o exercício da ação penal, pode-se perceber que se trata de tema sobre o qual não há consenso na doutrina. A doutrina se divide entre três grandes categorias de exemplos bem distintas entre si (penas proibidas pelo ordenamento, ausência de requisitos do crime e condições de procedibilidade) e, ainda, há autores que definem a condição pela combinação de dois ou até três dessas categorias.

De outro lado, para a parcela da doutrina que vislumbra na impossibilidade jurídica do pedido a formulação de imputação por fato em relação ao qual falta algum requisito do crime, reconhece-se de forma predominante que a decisão do juiz que rejeita a acusação por esse fundamento constitui julgamento de mérito, com possibilidade de fazer coisa julgada material, dificultando ainda mais sua colocação como condição da ação, instituto cujo reconhecimento justamente impede a análise do mérito.

Este entendimento, que já havia em relação à rejeição pelo art. 43 – I CPP antes de sua revogação foi reforçado pela reforma empreendida pela Lei 11719 / 08 ao fazer constar no art. 397 incisos I, II e III que a ausência de tipicidade, ilicitude ou culpabilidade acarreta a absolvição sumária, em evidente juízo de mérito.

Todas estas controvérsias possuem relação com o fato de que, no modelo processual penal, existem especificidades próprias decorrentes do sistema no qual a persecução criminal é regida por princípios como o da legalidade e o *non bis in idem*, estando, por isso, muito mais próxima dos princípios de Direito Penal que do modelo do Direito Processual Civil ou da pretendida Teoria Geral do Processo. A deflagração da ação penal e seu desenvolvimento guardam estreita relação com princípios de Direito Penal, e notável dessemelhança com o Processo Civil.

O pedido de condenação na ação penal é sempre genérico. Não há pedidos específicos a serem formulados na ação penal como na ação exercida no processo civil, onde o pedido formulado pelo autor pode se revestir dos mais diversos matizes, de acordo com a relação de direito material objeto da demanda. Por outro lado, os institutos da *emendatio libelli* e *mutatio libelli* representam o modo especial com que o processo penal enfoca o princípio da correlação, ao contrário do processo civil que

trabalha com o instituto da estabilização da demanda após a contestação (artigos 294 e 303 CPC).

O primeiro grupo de exemplos sobre a impossibilidade jurídica do pedido no processo penal é baseado na sanção proibida pelo ordenamento, especialmente o art. 5º - XLVII (pena de morte em tempo de paz, banimento, açoites...). Quanto a estes casos, pode-se dizer que são, quase mesmo, exemplos de laboratório. Não há notícia, na literatura, de caso concreto algum em que uma dessas penas tenha sido pedida. Assim, compreende-se porque na ação penal os exemplos de impossibilidade jurídica do pedido baseados na proibição de certas penas se aproximam da acusação absurda, exemplos meramente teóricos, sem correspondência ou utilidade prática.

Mesmo em relação à admissibilidade teórica desta categoria de exemplos, ou seja, mesmo que fosse formulada absurda demanda penal na qual fosse pedida a pena de açoites, por exemplo, ainda persistiriam sérias divergências. Embora boa parte da doutrina processual penal admita este exemplo, razoável parece a linha defendida por Eugênio Pacelli de Oliveira quando afirma que, no caso de o Ministério Público oferecer denúncia por fato típico em tese, mas pedir pena proibida (pena de morte, banimento, cruel...), deverá o juiz processar regularmente o acusado e, na sentença condenatória, adequar o pedido à pena prevista no ordenamento, no momento da fixação da pena, em consonância com o princípio da legalidade. Não será caso de rejeição da denúncia por pedido juridicamente impossível. Ora, se o processo não pode ser extinto *initio litis* por esse fundamento, não parece razoável elevar este exemplo à categoria de condição da ação¹¹⁷. Se nem o descompasso entre a conduta narrada e o tipo penal classificado constitui obstáculo ao recebimento da denúncia e processamento da ação penal (erro passível de correção por meio da *emendatio libelli* prevista no art. 383 CPP), muito menos o descompasso entre o pedido de aplicação de pena concretamente formulado na acusação e a sanção legalmente cominada pelo ordenamento o ensejará.

Parece, até mesmo, contraditório, afirmar que o pedido no processo penal é sempre genérico, pedido de condenação, e formular exemplos de impossibilidade jurídica do pedido com base em pedidos concretos e específicos de aplicação de

¹¹⁷ In Curso de Processo Penal, 6ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 87.

determinada pena proibida especificamente proibida. No sistema processual penal brasileiro, o Ministério Público se limita a pedir a condenação, sendo a fixação da pena (processo que começa com a escolha das penas dentre as cominadas e prossegue com a fixação da quantidade dentre os limites mínimo e máximo) tarefa atribuída ao juiz.

Neste sentido a sempre precisa lição de José Frederico Marques quando afirma que “a acusação contém pedido condenatório não específico no que tange à graduação da pena e imposição de outras sanções cabíveis”¹¹⁸. O que necessita ser precisa é a imputação, ou seja, a delimitação do fato narrado com todas as suas circunstâncias. A partir dela pode o juiz, até mesmo, alterar a classificação do crime *in mellius* ou *in pejus*, desde que adstrito ao fato criminoso imputado.

A admitir-se o exemplo de penas proibidas como casos de impossibilidade jurídica do pedido, outro exemplo poderia ser criado, a demonstrar a inviabilidade desta categoria de exemplos como condição da ação. Imagine-se o caso do crime cuja pena cominada é de 6 a 20 anos de reclusão. Se o Ministério Público pedisse expressamente a pena de 30 anos seria caso de rejeição da denúncia por impossibilidade jurídica do pedido, com sérias repercussões, por exemplo, sobre a interrupção da prescrição? Certamente que não. Após o devido processo legal, em sendo condenatória a sentença, fixaria o juiz a pena justa dentre dos limites cominados.

Por estas razões, a formulação de pedido de aplicação de pena proibida pelo ordenamento jurídico não pode constituir fundamento para a manutenção da possibilidade jurídica do pedido como condição para a ação penal.

O segundo grupo diz respeito aos casos em que a impossibilidade jurídica do pedido é extraída do fato narrado. Aqui já se percebe divergência na doutrina. Enquanto alguns defendem que somente a atipicidade seria exemplo de pedido juridicamente impossível, outros defendem – em posição mais acertada –, que se deve analisar o crime em todos os seus requisitos (tipicidade, ilicitude e culpabilidade).

Quanto a este grupo de exemplos, contudo, duas considerações devem ser feitas.

¹¹⁸ In Elementos de Direito Processual Penal. 2ª ed., Campinas: Millennium, 2000, v. 2, p. 185.

A primeira é de que qualquer análise que se faça sobre estes aspectos do crime deve levar em consideração, tão somente, os fatos narrados na acusação, independentemente do que estiver ou for provado. Se a análise da narração do fato for contrastada com as provas do inquérito, aí então se estará no campo da análise da viabilidade da acusação pelo existência ou ausência suporte probatório mínimo, que parte da doutrina insere no interesse de agir¹¹⁹ e parte eleva à altura de condição autônoma (justa causa enquanto condição autônoma)¹²⁰. Se a análise da narração do fato for contrastada com as provas judiciais posteriores, aí então se estará no campo da análise exauriente de mérito, gerando sentença absolutória ou condenatória.

A segunda é a de que a impossibilidade jurídica, neste caso (ausência manifesta de algum dos requisitos do crime), não é propriamente do pedido, que é sempre genérico, mas sim, da causa de pedir, ou seja, do fato imputado. A existência de crime em tese é a causa a partir da qual se pede a condenação, em pedido genérico.

De fato, trata-se de juízo que recai diretamente sobre a pretensão penal deduzida, sobre a imputação formulada, que permite verificar *prima facie*, e a partir somente do que narrado na denúncia ou queixa, a inviabilidade da acusação. É intuitivo que se o juiz reconhece, *prima facie*, que a acusação formulada pelo autor é impossível de ser acolhida pela ausência de algum dos requisitos do crime, e que se o processo prosseguir em seus ulteriores termos até a prolação de sentença esta, inexoravelmente, será pela absolvição do acusado por motivo abstratamente já antevisto ao receber a denúncia ou queixa, deve-se solucionar a demanda neste momento, ou seja, *initio litis*, para não sujeitar inutilmente o acusado ao processo penal.

Não há razão ética para sujeitar o réu a um processo no qual, ainda na fase postulatória, se reconhece que a acusação formulada tem por fundamento fato que não é

¹¹⁹ Em linha com franca aceitação na doutrina, especialmente a partir das clássicas lições de Frederico Marques, para quem a ausência de prova mínima no sentido da imputação retira o *fumus boni iuris* (viabilidade) que a acusação deve ter, afetando o interesse de agir (in Elementos de Direito Processual Penal. 2ª ed., Campinas: Millennium, 2000, v 2, p. 200).

¹²⁰ Linha defendida por Afrânio Silva Jardim para quem “a justa causa pressupõe um mínimo de lastro probatório no inquérito ou peças de informação” (in Direito processual penal: estudos e pareceres. 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 169).

crime quando contrastado pelo ordenamento jurídico. O réu somente pode ser processado se a pretensão punitiva formulada for, ao menos, viável, por ser a conduta imputada em tese considerada como crime pelo ordenamento jurídico.

A análise da atipicidade do fato se faz independentemente de qualquer juízo de valor sobre autoria e materialidade. É verdade que o antigo art. 43 – I CPP sempre foi, na doutrina, causa de rejeição da denúncia ou queixa por decisão que, transitando em julgado, tem aptidão para fazer coisa julgada material.

Eugênio Pacelli de Oliveira afirma:

“a decisão judicial que as reconhece, tanto a presença de causa extintiva da punibilidade ou da atipicidade do fato, ostenta eficácia preclusiva típica de coisa julgada material, uma vez que impede a reabertura da discussão não só naquele processo, mas em qualquer outro”.¹²¹.

É, realmente, muito difícil diferenciar teoricamente a rejeição da denúncia por impossibilidade jurídica do pedido por ser o fato atípico da sentença de mérito absolutória por este mesmo fundamento. A diferenciação praticamente passa a ser o momento processual em que reconhecida a atipicidade. Se reconhecida liminarmente, trata-se de impossibilidade jurídica do pedido; se na fase do art. 397 – III, causa de absolvição sumária; se na fase do art. 386 – III, sentença de mérito absolutória.

Contudo, o fato de a tipicidade constituir questão diretamente ligada ao mérito da pretensão punitiva não impede sua colocação na possibilidade jurídica do pedido. Neste sentido Guilherme de Souza Nucci¹²² afirma que embora a possibilidade jurídica do pedido esteja ligada à análise da viabilidade da demanda, permitindo a produção de juízo de mérito em cognição exauriente, nada impede a antecipação deste juízo de mérito, ao analisar as condições da ação, se for evidente que o fato não constitui crime, em benefício do denunciado.

¹²¹ In Curso de Processo Penal, 6ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 155. O STF já teve a oportunidade de ratificar este entendimento diversas vezes, como se depreende do julgamento do HC 80560 / GO, 1ª Turma, 20.02.2001, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, RTJ 179 / 755.

¹²² In Manual de Processo Penal e Execução Penal. 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 182.

Se o pedido formulado pelo autor é juridicamente impossível, em princípio, porque a imputação não se refere a um fato criminoso, trata-se de questão de mérito. O pedido não encontra amparo no ordenamento jurídico que, por outro lado, o proíbe. Trata-se de verdadeira rejeição liminar da acusação, porque rejeitada a imputação formulada pela acusação à luz do ordenamento jurídico. Assemelha-se a verdadeiro julgamento antecipado da lide, atualmente consagrado no art. 397, incisos I, II e III CPP. Antes da instituição da absolvição sumária para o procedimento comum ordinário, era o art. 43 – I que cumpria esta missão. Trata-se de questão de mérito que pode e deve ser analisada *initio litis*, com fundamentos em princípios éticos (não sujeitar o réu indevidamente a processos temerários) e de economia processual.

O fato de eventual rejeição da denúncia ou queixa por atipicidade do fato, por exemplo, ser por meio de decisão apta a formar coisa julgada material não afasta a natureza da decisão, que pode validamente permanecer como sendo de reconhecimento de ausência de condição da ação. Isto porque o tema da coisa julgada formal ou material não constitui elemento fundamental para decidir se a decisão é de mérito ou apenas analisa condições da ação. Fazer ou não coisa julgada é opção política do legislador.

Novamente princípio de Direito Penal, qual seja, a proibição de *bis in idem*, inspira a vedação de que alguém seja denunciado duas vezes pelo mesmo fato. O reconhecimento da atipicidade do fato na fase do recebimento da denúncia impede seja o indivíduo denunciado novamente pelo mesmo fato.

Aliás, na análise da impossibilidade jurídica do pedido, por este fundamento, não são pesquisados outros elementos da imputação, como se o autor realmente praticou o fato ou se este realmente existiu - autoria e materialidade.

O terceiro grupo de exemplos de impossibilidade jurídica do pedido, apontado por parcela da doutrina, diz respeito às denominadas condições de procedibilidade. Quanto às condições especiais da ação penal, evidentemente não se confundem com uma das condições genéricas. O fato de o legislador ter condicionado a ação penal, em certos delitos, a determinadas condições, não se confunde com a possibilidade jurídica de pedir a condenação em face da imputação formulada.

Do que foi exposto, conclui-se que a condição da ação referente à possibilidade jurídica do pedido, no Processo Penal, é fortemente marcada pelos princípios da legalidade (conformidade da acusação com o ordenamento jurídico) e do *non bis in idem*.

A transposição feita pela doutrina da condição do Direito Processual Civil para o Direito Processual Penal não é isenta de críticas. Com aguçada crítica Maria Thereza Rocha de Assis Moura¹²³ questiona “se a tese da possibilidade jurídica, tal como posta para o processo civil, é aceitável para o processo penal”. O princípio da legalidade já esgota, sem necessidade da importação de categoria da possibilidade jurídica do pedido, as formas de solução para a demanda penal indevidamente formulada, porque contendo imputação de fato atípico. Ademais, o processo penal possui especificidades que em muito o distanciam do processo civil, especialmente a desnecessidade de formulação de pedido específico. O pedido de condenação é genérico e a adaptação da possibilidade jurídica do pedido ao processo penal somente se torna viável se considerada a demanda como um todo, ou, ao menos, abrangendo a causa de pedir – o que sequer é pacífico na doutrina processual civil.

Neste sentido, a lição de Guilherme de Souza Nucci¹²⁴ quando aponta “tendência doutrinária no prisma de não mais considerar útil esse entendimento, ou seja, a possibilidade jurídica do pedido – tal como utilizado o conceito no processo civil – deveria ser deixada de lado no processo penal”, ao fundamento justamente de que o princípio da legalidade já cumpriria a função de limitar demandas inviáveis, entendidas estas como as que formulam acusação por fato atípico.

A Lei 11719 / 2008, ao mencionar genericamente as condições da ação no art. 395 – II CPP, talvez tenha contribuído para a manutenção das incertezas doutrinárias sobre o tema, na medida em que não definiu quais seriam as condições da ação penal,

¹²³ In *Justa causa para a ação penal – Doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 188.

¹²⁴ In *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 181.

sugerindo – indevidamente, deva o intérprete buscar no Direito Processual Civil a definição dos conceitos utilizados para o Direito Processual Penal.

No Direito Processual Civil, partindo-se da premissa de que o reconhecimento da impossibilidade jurídica do pedido consiste em verdadeira improcedência *prima facie*¹²⁵, por implicar juízo que se faz sobre a questão de direito material, seu reconhecimento deve ser utilizado estritamente nos casos em que a formulação de pedido vedado pelo ordenamento é flagrante. Há certo consenso na doutrina processual civil no sentido de que a rejeição liminar da inicial por este fundamento deve ser reservada para os casos extremos, evitando-se indevida limitação à garantia do acesso à Justiça¹²⁶.

Contudo, o enfoque do Direito Processual Penal necessariamente há de ser outro, a demonstrar, novamente a impropriedade da remissão de conceitos processuais penais àqueles construídos para o Direito Processual Civil.

Na fase do recebimento da acusação, não se deve “limitar ao máximo” o reconhecimento da inviabilidade da acusação por ausência de algum dos requisitos do crime. Ao contrário, se o juiz verifica nesta fase inicial que a imputação é inviável, seja porque o fato é atípico, seja porque é lícito, seja porque o agente agiu ao abrigo de excludente de culpabilidade (salvo as que ensejam a aplicação de medida de segurança), deve proferir decisão liminar de conteúdo negativo, rejeitando a acusação.

Ser réu no processo penal possui um significado muito diverso e mais denso que o de ser réu no processo civil. Não se trata de questão de mera economia processual.

¹²⁵ Apenas a título de comparação, no processo civil há, igualmente, posições semelhantes, como a de José Roberto dos Santos Bedaque para quem “assiste inteira razão a Donaldo Armelin, que vê na impossibilidade jurídica do pedido ou da causa de pedir verdadeira improcedência *prima facie*” (in Efetividade do Processo e técnica processual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 271).

¹²⁶ Nesta linha se manifesta Leonardo Greco (in A teoria da ação no processo civil. São Paulo: Dialética, 2003, p. 33), para quem a indevida extensão do reconhecimento da impossibilidade jurídica do pedido possui, entre outros inconvenientes, o de “permitir que o juiz discricionariamente denegue o exercício da jurisdição toda vez que tiver opinião jurídica contrária à pretensão do autor”. Susana Henriques da Costa igualmente defende que o magistrado deve ser cauteloso ao analisar uma hipótese de impossibilidade jurídica do pedido, pois “uma interpretação ampliativa nesta seara implicaria o fechamento das portas do Poder Judiciário aos cidadãos” (in Condições da ação. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 58).

Trata-se fundamentalmente de questão de justiça, consistente em evitar que o indivíduo seja indevidamente estigmatizado com o rótulo *processado criminalmente*.

3.3.2 Interesse de agir.

O Código de Processo Penal não fez referência expressa ao interesse de agir como condição da ação, nem em sua redação original (art. 43), nem com a reforma empreendida pela Lei 11719 / 2008, que se limitou à referência genérica de condições da ação (art. 395 – II). Contudo, não é correto afirmar que o Código de Processo Penal tenha ignorado, ou mesmo rejeitado esta condição. Ao contrário, ao tratar da teoria geral dos recursos, expressamente afirmou que não se admitirá recurso da parte que não tiver interesse em sua reforma ou modificação (art. 577 § único CPP) ¹²⁷. Também em relação ao tema das nulidades o Código de Processo Penal estabeleceu que é preciso ter interesse para alegar uma nulidade (art. 565 CPP). Ademais, o processo não se revela instrumento adequado a meras discussões acadêmicas. *Pás d'interêt, pás d'action*.

Para os adeptos das teorias concretistas sobre o direito de ação, “a ação é poder inerente ao direito e, pois, elemento mesmo do direito subjetivo. Identificar-se-ia com ele ou, pelo menos, com a sua fase correspondente à violação” ¹²⁸. Ao contrário dos que defendem o conceito concretista de direito de ação, para quem o interesse de agir é o próprio interesse material em juízo, o interesse de agir, na concepção abstrata do direito de ação, adotada pela doutrina processual brasileira, consiste na utilidade e necessidade de provocação da tutela jurisdicional para satisfação de seu interesse material. O interesse de agir se prende não ao direito material em si mesmo (como seria provável em concepções concretistas do direito de ação), mas sim, ao processo como instrumento de satisfação de interesses de direito material. Por isso se fala que o interesse de agir é um interesse de segundo grau, de índole instrumental, em relação ao interesse de direito

¹²⁷ Neste passo, deve-se registrar a analogia que Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes e Ada Pellegrini Grinover fazem entre as condições da ação e os requisitos de admissibilidade recursal (in Recursos no processo penal. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 32).

¹²⁸ MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1947, v 1, p. 90.

material. O interesse de agir é a relação de instrumentalidade entre o direito invocado e a tutela jurisdicional pleiteada.

Segundo parcela significativa da doutrina, o interesse de agir é integrado pelos conceitos de utilidade e necessidade.

O interesse-utilidade consiste na possibilidade de o autor obter situação mais vantajosa que a atual em caso de acolhimento do pedido. A utilidade é a relação entre a imputação formulada na acusação e sua consequência jurídica para o acusado, ou seja, o provimento judicial que se pleiteia para a aplicação do direito.

O interesse-necessidade consiste na impossibilidade da obtenção da situação mais vantajosa do ponto de vista do direito material sem o recurso à via jurisdicional. O interessado não pode obter a satisfação da pretensão senão pela via única da tutela jurisdicional. Neste sentido, o interesse-necessidade está intimamente ligado à proibição de autotutela e ao monopólio da Jurisdição pelo Estado. O direito de ação deve ser o meio necessário à satisfação da pretensão punitiva. Sem o processo não haveria como satisfazer a pretensão. *Nulla poena sine iudicio*.

Seu conceito é alargado, ainda, por parte relevante da doutrina, para alcançar a adequação entre a tutela jurisdicional invocada e a lesão ao direito material alegada pelo autor, embora haja autores que neguem a inclusão da adequação no interesse de agir.

A necessidade de evitar que o réu seja compelido a se defender de uma acusação temerária exige que a imputação alegada pelo autor na acusação venha acompanhada de um mínimo de provas. O juiz não pode receber a denúncia ou queixa contentando-se meramente com a simples imputação feita pelo Ministério Público ou pelo ofendido. É essencial ao recebimento da denúncia que a imputação do fato criminoso seja verossímil - o que somente pode ser controlado pelo juiz com o cotejo da acusação com as provas que acompanham a acusação.

Assim, não há como negar a existência do interesse de agir enquanto condição da ação no processo penal. Qualquer postulação feita ao Judiciário se subordina a critérios de utilidade (possibilidade de obtenção de uma situação mais favorável) e

necessidade (a situação mais favorável requerida não pode ser obtida por outra via que não a jurisdicional). É ter preciso interesse para propor ação. É preciso ter interesse para recorrer. É preciso ter interesse para pleitear provimentos jurisdicionais incidentais - do que o interesse para alegar nulidades é exemplo (art. 565 CPP). Concisa a lição de Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes e Ada Pellegrini quando afirmam que “o processo é uma atividade estatal voltada à obtenção de resultados práticos, não se prestando, assim, a discussões meramente acadêmicas das quais não seja possível extrair qualquer consequência útil”¹²⁹.

Da mesma forma que em relação à possibilidade jurídica do pedido, o Código de Processo Penal não a menciona de forma expressa como condição da ação.

Fernando da Costa Tourinho Filho entende que não é possível ler a condição inerente ao interesse de agir na segunda parte do já revogado art. 43 – III CPP (“ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal”). Se nessa cláusula se pudesse ler as demais condições genéricas (possibilidade jurídica do pedido e interesse), os demais dispositivos do Código seriam supérfluos (especialmente o art. 43 – I e III, primeira parte)¹³⁰. Esta fórmula ampla não diz respeito, segundo seu conceituado magistério, às demais condições genéricas, mas sim, às denominadas condições especiais (representação, requisição do Ministro da Justiça...). No mesmo sentido caminha Maria Thereza Rocha de Assis Moura quando afirma que nessa expressão o legislador não se referiu às chamadas condições gerais da ação, mas sim, às condições de procedibilidade¹³¹.

Em sentido contrário, o magistério sempre autorizado de Frederico Marques quando afirma que com base no art. 43 – III, segunda parte CPP pode ser rejeitada a denúncia quando ausente o interesse de agir¹³².

¹²⁹ In As nulidades no processo penal. 6ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 30.

¹³⁰ In Processo Penal. 21ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 499-500.

¹³¹ In Justa causa para a ação penal – Doutrina e jurisprudência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 180.

¹³² In Elementos de Direito Processual Penal. 2ª ed., Campinas: Millennium, 2000, v. 1, p. 356.

O interesse de agir no processo penal se reveste de contornos diferenciados em função do *nulla poena sine iudicio*. Não é possível aplicação de pena sem o devido processo legal. O requisito da necessidade é, por isso, integrante de toda ação penal. O interesse de agir está implícito em toda ação penal¹³³.

Mas esta conceituação do interesse-necessidade não esgota o conteúdo do interesse de agir no processo penal. A doutrina majoritária insere no interesse de agir a exigência de elementos mínimos de prova, conferindo viabilidade à acusação, apontando no sentido da autoria e da materialidade de crime. A exigência de prova mínima no sentido da acusação formulada tem por finalidade evitar demandas temerárias e se insere no interesse de agir.

Neste sentido Fernando da Costa Tourinho Filho afirma que o interesse de agir não se esgota na necessidade do devido processo legal para a aplicação de pena. É preciso que haja suporte probatório idôneo no sentido da materialidade e da autoria. Afirma Tourinho Filho que, “pelas peculiaridades do Processo Penal, a fumaça do bom Direito é condição *sine qua non* para o exercício do direito de ação. E esta, evidentemente, há de subsumir-se no interesse processual”¹³⁴. Diversos dispositivos do Código de Processo Penal sustentam esta exigência, especialmente os artigos 12, 16, 18, 39 § 5º e 46 § 1º.

Justamente porque a existência de suporte probatório mínimo¹³⁵ constitui objeto do juízo de admissibilidade da acusação, e não juízo de mérito, é que se permite o

¹³³ Neste sentido a lição de Tourinho Filho (in *Processo Penal*. 21ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 498) e Guilherme de Souza Nucci (in *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 4ªed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 183).

¹³⁴ In *Processo Penal*. 21ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 504. No mesmo sentido a posição de Eugênio Pacelli (in *Curso de Processo Penal*, 6ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 85). Guilherme de Souza Nucci igualmente inclui a existência de prova pré-constituída no interesse de agir, em sua vertente adequação (in. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 4ªed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 183).

¹³⁵ Parte da doutrina repele a transposição da expressão *fumus boni iuris* do Direito Processual Civil para o Direito Processual Penal, ao fundamento de que na ação penal não existe a defesa de direito do Estado, mas sim, do exercício do poder-dever de punir. Prefere-se, assim, a expressão *fumus delicti*, ou seja, a fumaça da existência de crime em tese. Neste sentido a lição de Maria Thereza Rocha de Assis Moura (in *Justa causa para a ação penal – Doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 208).

oferecimento de denúncia com base em nova prova, após anterior arquivamento por falta de provas (súmula 524 STF).

Guilherme de Souza Nucci inclui a exigência de prova mínima pré-constituída, bem como a observância das formas procedimentais no interesse – adequação¹³⁶. Na mesma linha caminha Sérgio Demoro Hamilton quando afirma que “a plausibilidade do pedido, que informa o interesse de agir, repousa no respaldo probatório mínimo, capaz de tornar idôneo o pedido do autor”¹³⁷.

A análise da existência de suporte probatório mínimo para o oferecimento da acusação constitui juízo de cognição não exauriente. A idoneidade da acusação decorre da existência de elementos mínimos que apontem no sentido da seriedade da acusação formulada, afastando-a e diferenciando-a da acusação temerária. Contudo, a análise aprofundada da prova, em cognição exauriente, com objetivo de obter certeza de autoria e materialidade do delito, constitui juízo de mérito; o não preenchimento deste requisito enseja sentença absolutória, conforme artigo 386 incisos I, II, IV e V (redação dada pela Lei 11690 / 2008).

Outra categoria de exemplos sobre o interesse de agir no processo penal está ligada ao fenômeno da prescrição. Neste tema, dois exemplos podem ser citados.

O primeiro diz respeito à acusação formulada às vésperas de se consumar a prescrição pela pena em abstrato (prescrição virtual, pela pena antecipada ou em perspectiva, extremamente controvertida na doutrina e na jurisprudência)¹³⁸. Segundo

¹³⁶ In Manual de Processo Penal e Execução Penal. 4ªed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 183.

¹³⁷ In Estudos de Processo Penal – 3ª série. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Iuris, 2007, p. 42.

¹³⁸ Cf. GOMES FILHO, Antônio Magalhães, FERNANDES, Antônio Scarance e GRINOVER, Ada Pellegrini. As nulidades no processo penal. 6ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 65. Estaria ausente o interesse de agir pela ineficácia de eventual provimento condenatório. Eugênio Pacelli sustenta que o inevitável reconhecimento de prescrição retroativa pela pena máxima cominada poderia ensejar o arquivamento do inquérito policial, a requerimento do Ministério Público, ao fundamento de falta de interesse de agir em sua vertente utilidade (in Curso de Processo Penal, 6ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 85). No mesmo sentido, Guilherme Nucci afirma que a prescrição virtual, enquanto não regulada por lei, constitui prática ilegal, por isso que recusada pela jurisprudência. Nada impede, contudo, a promoção de arquivamento ou a rejeição da denúncia por este fundamento, que afasta o interesse-utilidade (in Manual de Processo Penal e Execução Penal. 4ªed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 184).

Guilherme de Souza Nucci¹³⁹, a denominada prescrição virtual possui relevante fundamento que deveria inspirar a disciplina pelo legislador; enquanto isso não ocorre, pode ser considerada não como causa extintiva da punibilidade, mas sim, como hipótese de ausência de interesse de agir, ensejando a rejeição da denúncia. De fato, não se trata de modalidade de prescrição consumada, por ausência de expressa previsão legal entre as modalidades extintivas da punibilidade, mas de fato (prescrição retroativa inafastável) que afeta o interesse de agir, na vertente interesse-utilidade.

Outro exemplo relacionado à prescrição é o da sentença condenatória, proferida por juiz singular, anulada em recurso exclusivo da defesa. Retomado o processo desde a anulação, a nova sentença não poderá aplicar pena mais grave que a anterior, sob pena de ofensa ao princípio da não *reformatio in pejus* por via indireta. Se desde o último ato que interrompeu a prescrição até o momento já transcorreu lapso de tempo superior ao prazo prescricional decorrente da pena imposta na sentença anulada, ausente estaria o interesse de agir no prosseguimento do feito até nova sentença condenatória que, ainda que repetisse a pena cominada anteriormente (e não poderia fixá-la em quantidade maior), estaria fulminada pela prescrição. Mas aqui já se trata, é verdade, de exemplo de ausência de interesse de agir superveniente.

É possível vislumbrar ausência de interesse de agir em requerimentos cautelares na fase pré-processual. Imagine-se a hipótese de a autoridade policial requerer ao juiz mandado de busca e apreensão em determinada residência e, pelo teor da representação, se puder verificar que existe a prática de crime na forma do art. 303 CPP. A situação de flagrância delitiva autoriza a autoridade policial a entrar na residência contra a vontade do morador, inclusive durante a noite (art. 5º - XI da Constituição). Ausência de necessidade da atuação jurisdicional para o fim objetivado pela autoridade policial. O recurso à via jurisdicional não é indispensável.

3.3.2.1 O interesse de agir e a súmula 524 do STF.

¹³⁹ In Manual de Processo Penal e Execução Penal. 4ªed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 184.

O tema da existência de elementos mínimos de prova a sustentar a imputação na ação penal, tem importante e específica abordagem no tema que veio a ser objeto da súmula 524 STF (“arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas”).

É pacífico na doutrina atual que a acusação não pode ser formulada sem apoio em prova anterior pré-constituída, no sentido da autoria e da materialidade. Não se exige prova plena para a deflagração da ação penal. Contudo, qualquer acusação deve estar baseada em um mínimo de prova que afaste a acusação temerária.

Maria Thereza Rocha de Assis Moura afirma que

“posição mais avançada da doutrina, e que também encontra algum respaldo na jurisprudência, admite que a justa causa diga respeito também a questão de fato. E, sendo assim, vincula o recebimento da denúncia ou queixa á prova da existência material de conduta típica, na hipótese, e de indícios de que o acusado seja seu autor. Ambas devem decorrer dos elementos de informação, colhidos na fase investigatória, de maneira a servir de base à acusação formulada”¹⁴⁰.

Sérgio Demoro Hamilton¹⁴¹ igualmente relata casos na jurisprudência em que se analisou a ausência de elementos de prova no sentido da acusação na perspectiva da justa causa. A “denúncia vazia” seria aquela oferecida e que, embora narrando fato delituoso, encontra-se em descompasso total com as provas produzidas na fase inquisitiva, resultando de mera criação mental de seu autor.

A súmula 524 STF foi aprovada em sessão plenária do STF realizada em 03.12.1969, a partir dos precedentes fixados nos julgamentos RHC 40421, HC 42015, RHC 42472, RHC 43541 e HC 44270.

O arquivamento do inquérito policial pode ser conceituado como a decisão que determina a cessação das atividades de investigação (fase persecutória pré – processual). É a declaração do encerramento das investigações policiais.

¹⁴⁰ In Justa causa para a ação penal – Doutrina e jurisprudência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 241.

¹⁴¹ In Temas de Processo Penal. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Iuris, 2000, p. 12.

Sobre o arquivamento do inquérito policial, preciosa e aguçada é a lição de Afrânio Silva Jardim:

“somente faz sentido estudar as causas ou casos de arquivamento em sistema processual que adote o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Naqueles ordenamentos em que vigora o princípio da oportunidade (como acontece entre nós com a ação penal privada) não há que se falar em causas de arquivamento, vez que o titular da ação deixa de exercer a *persecutio criminis in iudicio* ao seu mero alvedrio, com ou sem motivo expresse. Neste caso, poder-se-ia dizer que a causa do arquivamento é a própria vontade do titular da ação. Na verdade, as questões do arquivamento e da obrigatoriedade da ação penal pública são as duas faces da mesma moeda”¹⁴².

De fato, eventual arquivamento requerido pelo ofendido, nos autos de inquérito policial instaurado para apurar a prática de crime de ação penal privada, à falta de previsão legal, equivale à renúncia ao exercício do direito de queixa (prática de ato incompatível com a vontade de oferecê-la), causa extintiva da punibilidade. Arquivamento, no sentido técnico criado e empregado pelo Código de Processo Penal, somente tem sentido tratando-se de crime de ação penal de iniciativa pública. Cumpre ressaltar que a disciplina geral do arquivamento do inquérito policial também se aplica às denominadas peças de informação, que obedecem ao mesmo regime do arquivamento dos autos de inquérito policial, *ex - vi* do art. 28 do CPP.

Ao receber autos de inquérito policial, abrem-se três possibilidades ao membro do Ministério Público: promover o arquivamento; requisitar novas diligências imprescindíveis ao oferecimento da denúncia (art. 16 CPP) ou oferecer denúncia.

O arquivamento é ato complexo, pois somente se procede por decisão do juiz mediante promoção do Ministério Público. A autoridade policial não pode determinar o arquivamento dos autos de inquérito policial em sede policial (art. 17 CPP). O Ministério Público não pode determinar o arquivamento independentemente de autorização judicial. O juiz não pode arquivar o inquérito policial de ofício, sem manifestação do Ministério Público, titular da ação penal.

¹⁴² in Direito Processual Penal. 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 168.

Em caso de crime que se sujeita à ação penal de competência originária dos tribunais, da promoção de arquivamento do membro do Ministério Público não pode o Tribunal discordar. O contrário equivaleria à afirmação da possibilidade de o Judiciário compelir o Ministério Público a formar *opinio delicti* no sentido da persecução criminal, o que não se admite. O ordenamento jurídico não deixa esta hipótese sem forma de controle alguma, pois a pedido do legítimo interessado poderá o Colégio de Procuradores proceder ao reexame da decisão (Lei 8625 / 93, art. 12 – XI). Mas o fato de o Tribunal correspondente não poder discordar da promoção de arquivamento não afasta o dever de remeter a promoção de arquivamento ao tribunal, fundamentalmente por uma questão de publicidade.

Parte da doutrina¹⁴³ e julgados do STF¹⁴⁴ expressamente falam em coisa julgada formal e material, conforme o caso, da decisão de arquivamento (conferindo estatura semelhante à das decisões proferidas no exercício de função jurisdicional).

Além de possuir natureza administrativa, é também irrecorrível. Não porque sua natureza seja, essencialmente, administrativa. Nada impede que a lei crie recurso para decisão de natureza administrativa, como, aliás, o fez nas hipóteses do art. 5º § 2º CPP e do art. 581 – XIV CPP. É irrecorrível apenas porque a lei não previu recurso para esta decisão, já suficientemente objeto de controle (art. 28 CPP).

¹⁴³ Como a posição de Eugênio Pacelli de Oliveira, para quem “uma das argumentações possíveis é no sentido de não se tratar rigorosamente de decisão judicial, com o que não se poderia falar e coisa julgada formal. Assim não nos parece, todavia” (in Curso de Processo Penal, 6ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 43).

¹⁴⁴ No julgamento do HC 84156/MG, rel. Min. Celso de Mello, realizado em 26.10.2004, decidiu-se no sentido da impossibilidade da reabertura de inquérito policial após arquivamento com fundamento na extinção da punibilidade ou na atipicidade pois, neste caso, a decisão faria coisa julgada material. Parece que o entendimento do STF parte da premissa de que o arquivamento com fundamento na extinção da punibilidade ou atipicidade do fato atrairia os efeitos do art. 43 – I e II CPP (específico para casos de rejeição da denúncia). Realmente, a possibilidade de oferecimento de denúncia após arquivamento de inquérito policial com fundamento em atipicidade da conduta é tema diverso do tratado na súmula 524 STF (caso em que o arquivamento ocorreu por falta de prova sobre autoria ou materialidade) e controvertido na doutrina. No sentido da impossibilidade se posiciona Eugênio Pacelli de Oliveira, para quem “se o arquivamento por atipicidade faz coisa julgada material, há de ser compreendido como impeditivo de nova persecução” (in Curso de Processo Penal, 6ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 35). Em sentido contrário, Afrânio Silva Jardim afirma que “se o arquivamento tiver se baseado em mera valoração jurídica dos fatos demonstrados no inquérito ou peças de informação, logicamente não tem cabimento se exigir notícia de mesmo a demonstração de novas provas. (...) Assim, tendo havido simples erro de subsunção, à míngua de vedação legal ou existência de previsão de qualquer outro requisito, o desarquivamento se fará independentemente de qualquer outra causa que não o novo exame jurídico do resultado das investigações, tendo em vista o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública” (in Direito processual penal: estudos e pareceres. 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 177).

O arquivamento, enquanto decisão de natureza administrativa, não se reveste da qualidade da coisa julgada (o que o teor da súmula 524 STF deixa entrever); ao contrário, é decisão proferida *rebus sic stantibus*, ou seja, prevalece enquanto permanecerem os mesmos pressupostos que a ensejaram.

O Código de Processo Penal não elenca, ao menos expressamente, as hipóteses legais de arquivamento. As causas que ensejam o arquivamento são extraídas, por raciocínio *a contrario*, das hipóteses em que a denúncia deve ser rejeitada. O raciocínio é o seguinte: se a denúncia foi rejeitada é porque não deveria ter sido oferecida; se a denúncia não deveria ter sido oferecida, é porque deveria ter sido requerido o arquivamento. Neste sentido a lição de Afrânio Silva Jardim quando afirma que “se o inquérito foi arquivado à minguada de provas para justificar a acusação penal, por coerência lógica, não poderá ser formulada a denúncia sem que o autor apresente novo quadro probatório”¹⁴⁵.

O art. 18 CPP disciplina a hipótese do desarquivamento. Pode haver desarquivamento diante de notícia de prova nova. A rigor, o desarquivamento é decorrência do próprio princípio da obrigatoriedade que rege a atuação do Ministério Público e da autoridade policial em matéria de crime que se sujeita à ação penal pública incondicionada. Se diante da notícia de crime em caso de ação penal pública incondicionada deve a autoridade policial instaurar inquérito policial de ofício (art. 5º - I CPP), diante da notícia de prova nova, após regular arquivamento por falta de provas, deve a autoridade policial proceder a novas diligências.

Se o arquivamento pode ser conceituado como a decisão que determina a cessação da atividade persecutória (término das investigações), o desarquivamento consiste em decisão administrativa de natureza persecutória no sentido de modificar os efeitos do arquivamento (que é sempre decisão *rebus sic stantibus*), retomando-se as investigações policiais. Arquivou-se porque não havia elementos para denunciar nem diligências possíveis a serem realizadas; desarquiva-se ante a notícia de prova nova, alterando a situação anterior.

¹⁴⁵ In Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 251.

Arquivado o inquérito policial, por decisão do juiz, mediante promoção do Ministério Público, basta a mera notícia da existência de prova nova para que seja desarquivado o inquérito, prosseguindo-se as investigações que haviam sido encerradas com o arquivamento (art. 18 do CPP). Se o inquérito policial foi arquivado por falta de prova, isto é, por falta de base fática para o oferecimento da denúncia, é decorrência lógica que, havendo posterior desarquivamento, a denúncia não poderá ser oferecida sem provas novas. A deflagração da ação penal, com o oferecimento da denúncia, dependerá do sucesso das novas investigações, com a produção de provas novas (súmula 524 do STF). São campos de incidência distintos.

É a lição de Afrânio Silva Jardim:

“Enquanto o art. 18 fala em `novas diligências`, a súmula fala em `início da ação penal`. E mais: enquanto, para estas duas situações diferentes o art. 18 exige apenas `notícia de prova nova`, a súmula pede a existência efetiva de `novas provas`, ou seja, provas já produzidas”¹⁴⁶.

Prova nova não se confunde com prova formalmente nova. Prova nova é aquela que altera substancialmente o conjunto probatório, os elementos de convicção que ensejaram a promoção de arquivamento pelo Ministério Público e a concordância do juiz ao qual os autos foram remetidos. A prova nova modifica efetiva e substancialmente o quadro probatório que ensejou o arquivamento. Sem a prova nova, a denúncia oferecida deverá ser rejeitada sob pena de se permitir incoerência lógica: diante de determinado conjunto probatório o Ministério Público promove o arquivamento e o juiz acolhe a promoção. Após novas diligências que nada acrescentaram ao quadro probatório anterior, dessa vez o Ministério Público oferece denúncia e o juiz a recebe.

Por certo que o oferecimento de denúncia após anterior arquivamento por falta de provas, sem que o quadro probatório tenha sido modificado, ofende exigência fundamental de segurança jurídica.

¹⁴⁶ in Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 258.

Caso a denúncia seja oferecida nessa situação, deve, certamente, ser rejeitada. Para se chegar a este resultado não se precisa recorrer aos conceitos de coisa julgada e preclusão, próprios das decisões de cunho jurisdicional.

Há inegável necessidade de estabilização das relações com base no princípio da segurança jurídica. Embora não haja regra expressa que discipline o tema, esta conclusão pode ser validamente extraída do artigo 18 CPP. De fato, se a autoridade policial não pode proceder a novas diligências, ou seja, desarquivar autos de inquérito policial, sem, ao menos, a notícia de prova nova, é consectário lógico que o Ministério Público não pode fazer o mais, isto é, denunciar, sem que algo altere efetivamente o conjunto probatório.

O controle dos requisitos (prova nova para deflagração da ação penal conforme súmula 524 STF) deve ser feito pelo juiz no momento do oferecimento da indevida denúncia. Oferecida a denúncia sem prova nova, deve o juiz rejeitá-la por falta de justo fundamento para a acusação, por falta de justa causa. Recebida indevidamente, poderá o acusado manejar a via do *habeas corpus*. Neste passo, a via estreita do *habeas corpus* e o conceito de justa causa ensejarão inegavelmente a análise de prova suficiente para a acusação.

3.3.3 Legitimidade ativa e passiva.

A legitimação (*legitimatío ad causam*) ativa ordinária pode ser definida como a posição que permite ao autor pleitear ao Estado a entrega de prestação jurisdicional sobre a pretensão punitiva formulada. É a pertinência subjetiva para a lide.

A demanda será direcionada àquele sujeito que poderá sofrer as conseqüências jurídicas da sentença condenatória, surgindo a legitimação passiva ordinária decorrente da imputação. A legitimidade passiva consiste no direcionamento da acusação contra aquele que, a partir da narração dos fatos feita na denúncia ou queixa, pode sofrer em sua esfera jurídica os efeitos concretos da pena.

Da legitimação ativa ordinária diferencia-se a legitimação ativa extraordinária, na qual o titular do direito de ação não coincide com o titular do direito material

controvertido. Por diversas razões, a lei pode atribuir a sujeito diverso do titular do direito material o poder de acionar sua tutela em juízo, na qualidade de substituto processual. O legitimado ativo vai a juízo defender em nome próprio direito material alheio.

Legitimação extraordinária não se confunde com representação, caso em que o representante age em nome alheio para defender direito alheio. O representante sequer pode ser chamado de parte no processo.

No processo penal, a legitimidade ativa é determinada *ex lege* e legitimidade passiva em razão da imputação do fato contida na acusação.

Quanto à legitimidade ativa, em sua essência, toda ação penal condenatória é pública, por corresponder a determinada categoria de litígios nos quais se confrontam o direito de punir e o direito de liberdade. O poder de punir pertence ao Estado, não ao indivíduo. Pública ou privada, para fins de classificação da ação penal, é critério que tem em vista a legitimidade ou pertinência subjetiva da iniciativa para promovê-la – critério utilizado pelo legislador e que tem sua regra geral no art. 100 do Código Penal. Se não houver disposição em contrário, toda ação penal é pública incondicionada, promovida pelo Ministério Público com fundamento no art. 129 – I da Constituição. Somente será privada quando a lei expressamente dispuser que a iniciativa é privativa do ofendido (geralmente a lei diz que somente se procede mediante queixa). Será pública condicionada quando a lei dispuser que somente se procede mediante o preenchimento de alguma condição (representação, requisição do Ministro da Justiça,...).

A legitimidade ativa do ofendido para a ação penal privada (exclusiva ou subsidiária da pública) constitui manifestação do instituto da legitimação extraordinária no Direito Processual Penal. O ofendido defende, em juízo, a pretensão de punir que não lhe pertence, mas sim, ao Estado.

Já o instituto previsto no art. 31 CPP constitui exemplo de sucessão processual, em caso de morte do ofendido ou declaração judicial de ausência. Exercido o direito

por um dos sucessores, os demais nada podem fazer, senão retomarem o curso da ação, no prazo de 60 dias (art. 60 – II CPP) em caso de negligência do querelante.

A legitimação ativa do ofendido na ação penal de iniciativa privada sofreu influências em razão da redução da maioridade civil para 18 anos promovida pelo art. 5º do Código Civil de 2002, e especialmente sobre a aplicabilidade da súmula 594 do STF.

A possibilidade de legitimação concorrente entre ofendido maior de 18 anos e menor de 21 anos e seu representante legal para o exercício do direito de queixa (e outros atos do processo penal, como o oferecimento de representação) foi extinta com a redução da maioridade civil para 18 anos com o advento do novo Código Civil. Agora, o ofendido menor de 21 anos, porém maior de 18, é considerado plenamente capaz para os atos da vida civil, ao invés de relativamente capaz, como na sistemática civil anterior, não havendo que se falar em representante legal.

Importante registrar, porém, que a redução da maioridade civil trouxe implicações relevantes para o processo penal, mas não afetou a disciplina etária levada a efeito pelo Direito Penal, como, por exemplo, a incidência de atenuante genérica e redução do prazo prescricional para autor de crime que possua idade entre 18 e 21 anos.

Quanto à súmula 594 do STF, a mesma foi aprovada em sessão plenária realizada em 15.12.1976. Diz seu texto: “os direitos de queixa e representação podem ser exercidos, independentemente, pelo ofendido ou por seu representante legal”. Um dos casos que inspiraram a edição da súmula, se refere à divergência que foi instaurada a partir de casos em que a queixa tinha sido oferecida pelo representante legal, ao tempo em que a vítima era menor de 18 anos, e a defesa do acusado pretendia o reconhecimento da decadência pela não ratificação da queixa pelo ofendido 6 meses após completar 18 anos (caso do RE 81796 / PR, Rel. Min. Xavier de Albuquerque).

Após a redução da maioridade civil para 18 anos determinada pelo Código Civil de 2002, deixa de existir para o representante legal do ofendido a possibilidade de oferecer queixa ou representação quando aquele possuir idade entre 18 e 21 anos. A autonomia dos direitos de queixa e representação do ofendido e seu representante legal, estabelecida na súmula 594 do STF, somente subsiste nos casos em que o ofendido é

menor de 18 anos. Duas hipóteses podem ocorrer: (a) o representante legal tem conhecimento da infração penal sofrida pelo menor de 18 anos e se inicia o prazo decadencial de 6 meses ou (b) o representante legal não tem conhecimento da infração, por isso não se inicia prazo para ele, e o prazo para o menor somente começa a correr quando ele completar 18 anos, pois contra o menor de 18 anos não corre o prazo decadencial. Não há mais campo para concorrência simultânea quanto à titularidade para o exercício dos direitos de queixa e representação.

São as seguintes as possibilidades de promoção da ação penal privada. Pode ser promovida pelo ofendido se for maior de 18 anos e não for mentalmente enfermo ou retardado mental. Pelo representante legal se o ofendido for menor de 18 anos, pois o art. 34 CPP foi derogado em relação à possibilidade de oferecimento de queixa por representante legal sendo o ofendido maior de 18 anos e menor de 21, ou seja, plenamente capaz para os atos da vida civil e, por isso mesmo, não necessitando mais ser assistido por representante legal. Pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão se o ofendido for morto ou declarado ausente, nos termos do art. 31 CPP. Neste caso, há quem admita a sucessão do art. 31 CPP pelo companheiro definido na Lei 9278 / 96, ao fundamento de que há a mesma razão entre ambas as situações, e o CPP, que é de 1941, reclamaria, neste ponto, interpretação conforme a Constituição. Pelo curador especial nomeado pelo juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, se o ofendido for menor de 18 anos ou for mentalmente enfermo ou retardado mental e não tiver representante legal, ou colidirem os interesses dele com o de seu representante legal (art. 33 CPP).

Predomina o entendimento no sentido de que o curador especial não está obrigado a oferecer a queixa somente porque foi nomeado, vigorando o princípio da conveniência ou oportunidade.

Neste sentido Guilherme de Souza Nucci afirma que “a despeito da nomeação, não está obrigado a agir, porque pode não haver prova suficiente para isso, embora deva usar todos os instrumentos à disposição para verificar o que seria melhor aos interesses do incapaz”¹⁴⁷.

¹⁴⁷ In Manual de Processo Penal e Execução Penal. 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 207.

O artigo 35 do Código de Processo Penal, já revogado pela Lei 9520 / 1997, e que fazia depender o exercício do direito de queixa da mulher casada da autorização do marido, não foi recepcionado pela Constituição de 1988 que, no artigo 226 § 5º estabelece a igualdade de direitos entre o homem e a mulher. Ou seja, muito antes de sua revogação expressa já não havia sido recepcionado pela Constituição.

3.3.3.1 A legitimidade ativa nos crimes contra a dignidade sexual.

No tocante aos crimes contra a dignidade sexual, a Lei 12015 / 2009 trouxe importantes alterações. Antes, a regra era a ação penal de iniciativa privada, nos termos do art. 225 *caput* do Código Penal em sua redação anterior. Havia adotado, o Código Penal, a orientação no sentido de que os delitos sexuais dos Capítulos I, II e III do Título VI do Código Penal, por atingirem de forma intensa a intimidade e a imagem da vítima, deveriam ter a iniciativa da ação penal sujeita à conveniência do ofendido em avaliar a persecução criminal em face do *strepitus iudicii*.

Esta opção do legislador de 1940, ao longo do tempo, encontrou críticas e opiniões em sentido contrário na doutrina. Luiz Regis Prado, por exemplo, defende que referidos delitos deveriam se sujeitar à ação penal de iniciativa pública. Não prevaleceria o contexto social de 1940, fortemente marcado pelos valores da honorabilidade pessoal e da família, em face do regime de igualdade entre homens e mulheres estabelecido no art. 5 – I da Constituição de 1988. Por outro lado, haveria grande incongruência em submeter certos delitos ao regime dos crimes hediondos e, por outro lado, permitir que a persecução criminal fique submetida à vontade da vítima, à possibilidade do perdão do ofendido e da preempção¹⁴⁸.

Já com as alterações feitas pela Lei 12015 / 2009, todo o Título VI do Código Penal sofreu profunda reformulação. O art. 225 *caput* foi alterado e a regra geral passou a ser que todo crime previsto nos capítulos I e II (porque o capítulo III, que tratava do

¹⁴⁸ In Curso de Direito Penal Brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, v. 3, p. 273.

rapto, já havia sido inteiramente revogado pela Lei 11106 / 2005) se sujeita à ação penal de iniciativa pública condicionada à representação.

No § único do art. 225 do Código Penal estão previstos dois únicos casos em que a ação será de iniciativa pública incondicionada: se a vítima é menor de 18 anos ou pessoa vulnerável.

Com a Lei 12015 / 2009, foi extinta a possibilidade de a ação ser de iniciativa pública condicionada à representação se a vítima ou seus pais não puderem prover às despesas do processo sem privação dos recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família. Igualmente, foi extinta a hipótese de a ação ser pública incondicionada se o crime for cometido com abuso de pátrio poder ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador.

Outra importante alteração decorrente das alterações feitas pela Lei 12015 / 2009 diz respeito aos casos em que, da violência empregada, resultar lesão ou morte da vítima. Para a compreensão deste tema específico é preciso novamente visualizar as regras antes e depois da Lei 12015 / 2009.

Antes da Lei 12015 / 2009, a ação penal era pública incondicionada nas hipóteses de resultar lesão grave ou morte para a vítima, pois os delitos em suas respectivas formas agravadas estavam previstas no antigo art. 223 CP, o qual não estava “nos capítulos anteriores”, mas sim, no mesmo capítulo do anterior art. 225 CP. Por isso, a essas formas agravadas não se aplicava a regra especial do art. 225 CP, a qual era específica para os crimes definidos nos capítulos anteriores, mas sim, a regra geral do art. 100 CP (ação pública incondicionada).

Atualmente, as hipóteses de produção de resultado mais grave (lesão grave ou morte) decorrente da violência empregada contra a vítima estão previstas no corpo do próprio art. 213, §§ 1º e 2º.

Assim, pode-se concluir que também essas hipóteses, que antes se sujeitavam à ação penal de iniciativa pública incondicionada, agora se sujeitam à regra do atual art. 225, ou seja, são de ação penal pública condicionada à representação.

O conjunto das mudanças implementadas pela Lei 12015 / 2009 afetou também o campo de aplicabilidade da súmula 608 STF.

A súmula 608 do STF, aprovada na sessão plenária de 17.10.1984, estabelece que a ação penal é pública incondicionada em relação ao crime de estupro praticado mediante violência real. Prevaleceu o entendimento, na elaboração da súmula, que o art. 101 CP afastava a incidência do art. 225 CP (em sua redação original, vigente ao tempo da edição da súmula).

Mesmo este posicionamento, contudo, não era isento de críticas. Inicialmente, é de se questionar se o delito de estupro é realmente crime complexo, tal qual definido no art. 101 CP (fusão de dois delitos). Isto porque o estupro, em sua forma simples do art. 213 CP, nada mais é que o delito de constrangimento ilegal acrescido da figura da conjunção carnal que, isoladamente, não é crime.

A própria norma do art. 101 CP recebe críticas, uma vez que o sistema de regra / exceção do art. 100 CP já é suficiente, por si só, para disciplinar o tema da iniciativa da ação penal para cada delito. Todo crime, em regra, se sujeita à ação pública incondicionada, salvo quando o legislador especificar, para cada delito, que se trata de ação pública condicionada ou privada. Nada falando a lei, o crime é de ação penal pública incondicionada. Assim, não haveria necessidade de outra norma, como a do art. 101 CP, disciplinando a ação penal nos crimes complexos. Bastaria que, em relação a cada crime, o legislador explicitasse qual a forma de ação penal própria. O art. 101 CP parece desnecessário¹⁴⁹, além de não definir com clareza o conceito de crime complexo¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Neste sentido a posição de Paulo José da Costa Júnior (in Comentários ao Código Penal. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 311) e de Guilherme de Souza Nucci (in Manual de Direito Penal. 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 565).

¹⁵⁰ A doutrina diferencia o crime complexo em sentido restrito (fusão de duas ou mais figuras típicas) do crime complexo em sentido amplo (tipo penal associado a outro fato penalmente lícito).

Em relação ao crime complexo em sentido amplo, a aplicação do art. 101 CP gera inúmeras perplexidades de interpretação, como no caso do estupro com violência real.

Como bem anota Guilherme de Souza Nucci:

“não há razão técnica para considerar o estupro com violência real um crime de ação pública incondicionada, enquanto a forma praticada com grave ameaça continua a ser de ação privada. Se imaginarmos que o delito de estupro é complexo em sentido amplo, composto de um constrangimento ilegal especificamente voltada à obtenção de relações sexuais, precisamos lembrar que o constrangimento ilegal (delito que o compõe) é de ação pública incondicionada, logo deveria o estupro, em qualquer modalidade, ser também assim considerado”¹⁵¹.

Ainda que assim se admitisse, o teor da súmula 608 STF sofreu redução no campo de sua aplicabilidade em razão do advento do posterior art. 88 da Lei 9099 / 95, uma vez que a lesão corporal de natureza leve passou a ser crime de ação penal pública condicionada à representação¹⁵².

E com o advento da Lei 12015 / 2009 sua eficácia restou definitivamente afastada. De fato, todas as premissas que inspiraram a edição da súmula 608 STF foram radicalmente alteradas. Atualmente, não faria o menor sentido manter o estupro do qual resulte violência real sujeito à ação penal pública incondicionada se no caso de resultar morte a ação penal é pública condicionada à representação.

3.3.3.2 A legitimidade ativa nos crimes contra a honra.

A ação penal nos crimes contra a honra é, em regra geral, de iniciativa privada (art. 145, *caput*, primeira parte, CP).

¹⁵¹ In Manual de Direito Penal. 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 565.

¹⁵² No julgamento do HC 86058/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, o STF entendeu que, em relação à súmula 608, “na linha dos precedentes que a lastrearam, se de um lado também aplicável o enunciado ao delito de atentado violento ao pudor, de outro, escapam à sua incidência material as hipóteses de grave ameaça e de lesões corporais leves”. E, mais adiante, que “a jurisprudência sumulada ficou prejudicada pela superveniência do art. 88 da L. 9099/95, que passou a condicionar à representação do ofendido a ação penal por lesões corporais leves ou lesões culposas: premissa fundamental da Súmula 608, com efeito, era ser o delito de lesões corporais perseguível mediante ação pública incondicionada, o que a lei nova derruiu”.

A ação penal é, contudo, de iniciativa pública incondicionada no caso da injúria real de que resulte lesão corporal. Pública condicionada à requisição do Ministro da Justiça no caso de crime cometido contra Presidente da República ou chefe de governo estrangeiro, e pública condicionada à representação no caso de crime cometido contra funcionário público em razão das funções (art. 145 § único CP).

Neste último caso, a jurisprudência do STF tem admitido, nas hipóteses de ofensa dirigida a funcionário público no exercício de suas funções e em razão delas (ofensa *propter officium*), a legitimidade ativa concorrente do ofendido mediante ação penal privada. A matéria foi, inclusive, objeto da súmula 714 STF.

Nada obstante, o entendimento jurisprudencial consolidado no âmbito do STF comporta críticas. Não cabe ao Judiciário criar nova hipótese de legitimidade para ação penal além daquelas escolhidas pelo legislador, com apoio no sistema do art. 100 CP. Não consagrando o legislador hipótese de ação penal privada, é porque é caso de ação penal pública, monopólio do Ministério Público (art. 129 – I da Constituição), não podendo ser criada legitimação concorrente com o ofendido.

Por outro lado, a legitimidade concorrente entre Ministério Público e ofendido cria, na espécie, a estranha e contraditória figura do crime sujeito à ação pública e privada ao mesmo tempo. Como ressalta Guilherme de Souza Nucci, o “interesse em jogo deve ser primordialmente público ou privado”¹⁵³. É certo que a honra é direito inviolável de estatura constitucional. Contudo, muitos outros bens jurídicos penalmente tutelados ostentam esta qualidade e as respectivas ações penais não comportam a alternatividade consagrada pelo STF em relação aos crimes contra a honra.

3.3.3.3 A legitimidade passiva no processo penal.

Via de regra, tem legitimidade passiva para figurar na ação penal aquele contra quem militam indícios de autoria. A legitimidade passiva decorre, portanto, da

¹⁵³ In Manual de Direito Penal. 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 667.

imputação ser formulada contra determinada pessoa, o que não dispensa prova mínima no sentido da autoria.

A legitimidade passiva decorre do tão só fato de ter a acusação apontado determinada pessoa como sendo a que praticou a infração penal. Se a acusação é formulada contra alguém em relação à qual não existem indícios mínimos de autoria, trata-se de questão afeta ao interesse de agir (item 4.3.2 *supra*).

Percebe-se, portanto, a grave responsabilidade que pesa sobre o ato de acusar, que não pode ser temerário, sob pena de graves riscos para o acusado e, até, para o acusador, que, conforme o caso, pode responder pelo delito de denúncia caluniosa (art 339 CP).

Assim, se no curso da instrução ficar provado que o denunciado não praticou a infração, deve ser proferida sentença de mérito absolutória, com fundamento no art. 386 – IV¹⁵⁴, ao invés de se reconhecer ilegitimidade passiva. Por outras palavras, se o inquérito aponta Tício como provável autor da infração, e o Ministério Público denuncia Mévio, não se trata de problema de ilegitimidade passiva de Mévio, a qual decorre do simples fato de a acusação ter sido contra ele formulada.

A questão deve se resolver, por meio de decisão de rejeição liminar da denúncia, com fundamento em ausência de prova mínima que justifique a imputação formulada contra Mévio – o que se insere no interesse de agir.

A legitimidade passiva enquanto condição da ação se afere a partir do que afirmado na inicial. Se a acusação afirma que foi Mévio quem praticou a infração penal, sem que existam elementos seguros que lastreiem a autoria, ou a denúncia deve ser rejeitada por ausência de prova mínima contra o denunciado (ausência de interesse de agir), ou, caso a acusação seja recebida, e não sendo produzidas provas seguras para a condenação, deve o mesmo ser absolvido com fundamento no art. 386 – IV ou V.

¹⁵⁴ Em boa hora, a Lei 11690 / 2008 corrigiu defeito do art. 386 CPP que, em sua redação original, não possuía dispositivo específico para o caso de a sentença reconhecer que o réu não praticou a infração imputada, mas, somente, para o caso de não haver prova de o réu ter concorrido para a infração, em total assimetria com a materialidade, em relação à qual existem as duas hipóteses (incisos I e II).

Quanto à responsabilidade penal da pessoa jurídica, no Direito Penal brasileiro, o conceito de conduta penalmente relevante sempre foi entendido como conduta humana, expressão do antigo brocardo *societas delinquere non potest*.

O tema ganhou relevância na doutrina e na jurisprudência após o advento do art. 3º da Lei 9605 / 98 que expressamente a consagrou em nível de legislação ordinária¹⁵⁵.

Trata-se, contudo, de problema afeto ao Direito Penal. A jurisprudência tem aceitado, contudo, a responsabilidade penal da pessoa jurídica¹⁵⁶, com limitações, como a necessidade de imputação simultânea do agente da empresa com poder de gestão.

Assim, a se admitir a responsabilidade penal da pessoa jurídica, será ela parte legítima passiva para as ações penais que imputem crimes contra o meio ambiente de sua autoria.

CAPÍTULO 4 – A JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL

4.1 A origem do conceito de justa causa.

A expressão justa causa, no sentido em que se pretende estudá-lo, ou seja, enquanto conceito ligado às condições para o regular exercício da ação penal, está originalmente ligada ao instituto do *habeas corpus*.

¹⁵⁵ Segundo Luiz Régis Prado (in Curso de Direito Penal Brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, v 1, p. 219), a pessoa jurídica não tem: (1) capacidade de ação (no sentido penal estrito) pois não tem consciência, vontade e autodeterminação no sentido psicológico. Capacidade de ação, as pessoas jurídicas só a tem por meio de seus membros – o que não se confunde com capacidade de imputação (a pessoa jurídica pode ser responsabilizada, mas por atos de seus membros) ; (2) capacidade de culpabilidade (o juízo de reprovabilidade somente pode recair sobre condutas humanas, porque subjetivos são seus elementos: potencial consciência da ilicitude, imputabilidade e exigibilidade de conduta diversa) e; (3) capacidade de pena (ofensa ao princípio da personalidade, pois a responsabilidade penal da pessoa jurídica constitui responsabilidade penal por fato de terceiro, decorrendo, ainda, a inutilidade dos conceitos de prevenção geral, especial e ressocialização para a pessoa jurídica).

¹⁵⁶ Cf. Resp 585615 / SC, Rel. Min. Gilson Dipp, em cuja ementa restou explicitamente consagrado que “A pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral”.

A primeira manifestação expressa do *habeas corpus* no direito brasileiro ocorreu com o Código Criminal do Império de 1830 e com o Código de Processo Criminal do Império de 1832, embora vozes de renome apontem que na Constituição de 1824 e no anterior Decreto de 03.05.1821 já haveria previsão de ações semelhantes, sem o nome de *habeas corpus*, mas com o mesmo conteúdo¹⁵⁷.

De fato, o art. 179 da Constituição de 1824 possuía conteúdo extremamente liberal, consagrando diversas garantias penais e processuais penais do indivíduo¹⁵⁸, a partir das quais o indivíduo poderia pleitear ao Judiciário medidas que obstassem lesão à liberdade de locomoção.

Pontes de Miranda afirma:

“mesmo antes do Código de Processo Criminal do Império (1832), após o Decreto de 23 de maio de 1821, havia ação de desconstrangimento, sem o nome de *habeas corpus*, mas classificável como tal. Juízes e Tribunais atendiam aos pedidos de soltura, por ser ilegal a prisão”¹⁵⁹.

O Código de Processo Criminal de 1832 previa, no art. 340, o *habeas corpus* que qualquer cidadão podia requerer em caso de “prisão ou constrangimento ilegal em

¹⁵⁷ Neste sentido, Maria Thereza Rocha de Assis Moura (in *Justa causa para a ação penal – Doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 136-137). Também é a posição de Pontes de Miranda (in *História e prática do habeas corpus*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972, v. 1, p. 121-131), para quem o Decreto de 23 de maio de 1821 seria a nossa “Magna Charta, o primeiro grande marco histórico de nossas liberdades” (op. cit., p. 123).

¹⁵⁸ Do art. 179 da Constituição de 1824 destaco: “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte: I. Nenhum Cidadão póde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei. (...) VI. Qualquer póde conservar-se, ou sahir do Imperio, como lhe convenha, levando consigo os seus bens, guardados os Regulamentos policiaes, e salvo o prejuizo de terceiro. VII. Todo o Cidadão tem em sua casa um asylo inviolavel. De noite não se poderá entrar nella, senão por seu consentimento, ou para o defender de incendio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar. VIII. Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testermunhas, havendo-as. IX. Ainda com culpa formada, ninguem será conduzido á prisão, ou nella conservado estando já preso, se prestar fiança idonea, nos casos, que a Lei a admite: e em geral nos crimes, que não tiverem maior pena, do que a de seis mezes de prisão, ou desterro para fóra da Comarca, poderá o Réo livrar-se solto. X. A' excepção de flagrante delicto, a prisão não póde ser executada, senão por ordem escripta da Autoridade legitima. Se esta fôr arbitraria, o Juiz, que a deu, e quem a tiver requerido serão punidos com as penas, que a Lei determinar (...)”.

¹⁵⁹ In *História e prática do habeas corpus*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972, v. 1, p. 128.

sua liberdade”. Já no art. 353 entendia-se a prisão ilegal, entre outras hipóteses, “quando não houver uma justa causa para ela”.

A definição de justa causa era nitidamente atrelada à legalidade do constrangimento ou da coação. Pimenta Bueno¹⁶⁰ incluía a ausência de criminalidade do fato, falta de prova, não-identidade da pessoa, detenção indevida em uma prisão em vez de ser o réu transferido para outra a fim de ser julgado, no conceito de ausência de justa causa.

A Lei 2033 de 20.09.1871 trouxe modificações importantes para o *habeas corpus*, entre as quais a extensão ao estrangeiro, nos termos do art. 18 § 8º da Lei 2033 / 1871 que dizia que “não é vedado ao estrangeiro requerer para si ordem de *habeas corpus*, nos casos em que esta tem lugar”. Trouxe, ainda, a possibilidade de o cidadão requerer a ordem mesmo não estando preso, mas apenas ameaçado de sofrer constrangimento (art. 18 § 1º da lei 2033 / 1871). Era a expressa previsão do *habeas corpus* preventivo. Proibiu, contudo, a impetração do *writ* contra decisão de pronúncia e sentença de autoridade competente, independentemente do motivo da arguição, somente sendo possível a anulação destes atos pelos recursos próprios e ordinários (art. 18 § 2º da Lei 2033 / 1871).

Também ligado à evolução histórica do *habeas corpus* está o princípio *favor libertatis*.

Pontes de Miranda¹⁶¹ afirma que a jurisprudência da época era em sentido extremamente liberal, tanto que o Aviso de 5 de janeiro de 1876 determinava que “oferecendo o recurso de *habeas corpus* uma das mais eficazes garantias à liberdade individual, devem as autoridades antes facilitá-lo, desprezando o rigor das fórmulas, que embaraçá-los por meios que, embora não induzam criminalidade, autorizam a

¹⁶⁰ PIMENTA BUENO, José Antônio. Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro, 2ª ed. corr. e aum. Rio de Janeiro: Empresa Nacional do Diário, 1857, p. 209, apud MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Justa causa para a ação penal – Doutrina e jurisprudência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 145.

¹⁶¹ In História e prática do *habeas corpus*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972, v. 1, p. 150.

suspeita da parcialidade”. Este constitui, segundo o autor, o núcleo originário da regra que posteriormente a doutrina denominou de *favor libertatis*.

Inaugurada a República, a Constituição de 1891, em seu art. 72 § 22 elevou o *habeas corpus* à condição de garantia constitucional cujo objetivo era evitar violência ou coação, atual ou iminente, por ilegalidade ou abuso de poder.

Mas, desde antes da previsão constitucional, a hipótese de não ser crime o fato pelo qual o indivíduo foi preso já era admitida como ausência de justa causa para a coação, implicando a concessão da ordem de *habeas corpus*¹⁶². E mais, nessa hipótese, a concessão da ordem impedia o prosseguimento do feito, por se referir à questão de direito material, não se aplicando a regra do art. 18 § 2º da Lei 2033 / 1871, segundo a qual a concessão do *habeas* não suspenderia o curso do processo crime.

Neste momento, o conceito de justa causa já era largamente utilizado pela jurisprudência e sua ausência era definida pela doutrina casuisticamente, a partir de exemplos nos quais o constrangimento ou a coação seriam ilegais.

Após o advento da Constituição de 1891, o instituto do *habeas corpus* sofreu processo de alargamento de seu alcance, sob forte influência de princípios liberais então em evidência.

Ao lado dos que admitiam o instituto com alcance restrito, ou seja, como remédio para tutelar apenas o direito de liberdade física ou direito de locomoção, contra atos de encarceramento, surgiu notável corrente defendendo a ampliação do alcance do *habeas* para alcançar qualquer direito político ou fundamental do indivíduo (como a liberdade de culto e de imprensa). Célebre a polêmica instaurada entre Pedro Lessa e Rui Barbosa no qual o primeiro restringia as situações de coação ilegal e abuso de poder aos casos de violência corporal em detrimento da liberdade de locomoção e o segundo defendia, em interpretação extensiva, baseada na premissa de que a Constituição não restringia a coação ou violência aos casos de ofensa à liberdade de

¹⁶² In MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Justa causa para a ação penal – Doutrina e jurisprudência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 152.

locomoção, pelo que o *habeas corpus* poderia ser invocado para defesa de qualquer direito constitucionalmente assegurado. Esta corrente foi denominada de teoria brasileira do *habeas corpus*, justamente porque alargava e fugia dos conceitos clássicos herdados do direito inglês.

Segundo Pontes de Miranda¹⁶³, esta polêmica foi

“a mais memorável contenda jurídica constitucional do Brasil. Mais: da América Latina. Muito devemos nós, Brasileiros, em nossa cultura jurídica, a esse choque do primeiro quartel do século. Foi experiência *in vivo*, em torno de simples conceitos: liberdades, no plural; liberdade pessoal, liberdade física; direito-condição, direito-fim. Sem aquelas discussões não teríamos, mais tarde, a técnica legislativa constitucional de que se valeram os constituintes de 1934 e 1946. Não teríamos resistido à rasoura mediocrizante, liberticida, de outros momentos”

Segundo Maria Thereza Rocha de Assis Moura, decorre dessa época “o alargamento do conceito de justa causa, que, por obra da jurisprudência, passou a relacionar-se não só com a legalidade da prisão, mas também da ação penal, ao dar interpretação extensiva à expressão ‘coação ilegal’”¹⁶⁴.

No mesmo sentido Sérgio Demoro Hamilton¹⁶⁵ se refere ao lento processo pela qual a “jurisprudência dos nossos tribunais desvinculou-se das origens do conceito passando a tratar do tema de forma muito mais ampla, atingindo, já agora, o mérito da ação penal”.

O pensamento extremamente extensivo e liberal defendido por Rui Barbosa sobre o alcance da proteção do *habeas corpus* foi definitivamente resolvido, em desfavor de sua tese, pela reforma constitucional de 1925, que entre outras modificações, alterou o art. 72 § 2º da Constituição para fazer constar expressamente a referência à liberdade de locomoção, excluindo qualquer outra liberdade que não a do direito de ir, vir e permanecer.

¹⁶³ in História e prática do *habeas corpus*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972, v. 1, p. 233.

¹⁶⁴ In Justa causa para a ação penal – Doutrina e jurisprudência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 158.

¹⁶⁵ In Temas de Processo Penal. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Iuris, 2000, p. 12

Aliás, aí está a origem do mandado de segurança. Tendo a reforma de 1925 excluído expressamente da tutela do *habeas corpus* todas as liberdades que não a de locomoção, era preciso a criação de outro instrumento que tutelasse de forma eficaz as demais liberdades. No dizer de Pontes de Miranda, “fechando-se a porta que a jurisprudência abrira, era preciso abrir outra”¹⁶⁶.

Contudo, manteve-se a extensão do conceito de justa causa, jurisprudencialmente criada e trabalhada, para os casos de indevida deflagração da ação penal, ou seja, repercutindo na análise da presença dos requisitos para que alguém seja processado, e não apenas em relação à prisão ilegal. Consistia em coação ilegal não só a prisão, mas também a ação penal por fato atípico.

A Constituição de 1934 manteve o *habeas corpus* no art. 113, item 23, com a mesma expressão “Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer, ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões, disciplinares não cabe o *habeas corpus*.”. Por outro lado, no item 33 do mesmo artigo a Constituição consagrou o mandado de segurança, *in verbis*: “dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitórias competentes”.

A Constituição de 1937 manteve a previsão do *habeas* no art. 122, inciso 16. Mas declarava o país em estado de emergência no art. 186. Surgiu polêmica no seio do STF sobre a exclusão do *habeas corpus* em estado de emergência ou de guerra (posição defendida por Bento de Faria), em face do art. 170 que excluía da apreciação do Judiciário os atos praticados em virtude deles. Contudo, prevaleceu a orientação de que o *habeas corpus* não havia sido suspenso, podendo ser concedido em casos de coações ilegais que não guardassem relação com os interesses da segurança nacional.

Neste contexto e em decorrência desta evolução histórica surgiu o art. 648 – I do CPP de 1941¹⁶⁷, segundo o qual se considera ilegal a coação quando faltar justa causa.

¹⁶⁶ In História e prática do *habeas corpus*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972, v. 1, p. 235.

Assim, a justa causa passou a ser definitivamente associada a qualquer coação ilegal, e não apenas à prisão ilegal, consolidando a evolução conceitual que se iniciou desde a fase do Império.

Cometeu erro grave, contudo, o Código de Processo Penal de 1941 ao capitular o *habeas corpus* como recurso (o *habeas corpus* está Capítulo X do Título II denominado “Dos recursos em geral”). *Habeas corpus* é ação autônoma e não recurso. Mesmo quando impetrado contra decisão judicial constitui remédio jurídico mandamental de natureza constitucional, método autônomo de impugnar decisões judiciais, e não recurso propriamente dito. Isto se explica pelo critério que diferencia os recursos dos métodos autônomos de impugnação de decisões judiciais: a impetração de *habeas corpus* inaugura nova relação processual, não consistindo em mero prosseguimento da relação jurídica processual na qual foi proferida a decisão judicial impugnada.

As Constituições de 1946, 1967 e 1988 não alteraram fundamentalmente os institutos do *habeas corpus* e do mandado de segurança e o conceito de justa causa.

Por fim, deve ser feito o registro no sentido de que a Lei 5250 / 67 expressamente mencionou a justa causa como causa de rejeição da denúncia ou queixa no art. 44 § 1º, além das causas mencionadas no art. 43 CPP. Nada obstante o STF tenha decidido pela sua total incompatibilidade com a Constituição de 1988 no julgamento da ADPF 130, sua menção é importante na medida em que foi a primeira utilização da expressão justa causa no Direito Processual Penal brasileiro em hipótese estritamente vinculada à instauração da ação penal, vale dizer, às condições da ação.

A utilização da expressão justa causa neste sentido foi consagrada em termos gerais pela Lei 11719 / 2008 que alterou o art. 395 CPP, mencionando a justa causa em inciso diverso daquele que se refere às condições da ação e aos pressupostos processuais.

A reforma empreendida pela Lei 11719 / 2008, especificamente no que se refere à nova redação empregada no art. 395, optou pela não conceituação da justa causa, o

¹⁶⁷ É digno de registro, porém, a expressão utilizada pelo Código do Distrito Federal e sua Consolidação das Leis do Processo Criminal de 1910 e 1919, respectivamente, onde, por força do Decreto 16751 / 1924, se utilizou a expressão “justa causa intrínseca ou extrínseca” associada à preterição de fórmula substancial (in MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Justa causa para a ação penal – Doutrina e jurisprudência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 161).

que remete seu conceito à evolução doutrinária e, principalmente, jurisprudencial dada ao tema. Por outro lado, sua previsão em inciso diverso daquele destinado às condições da ação e aos pressupostos processuais levanta a relevante questão de se pesquisar a existência ou não de identidade entre os conceitos, vale dizer, se a justa causa corresponde ao conjunto das condições da ação, ou se, além disso, possui campo de incidência maior.

4.2 A justa causa na legislação processual penal brasileira.

Ao lado das condições para o regular exercício da ação penal, a doutrina e, principalmente, a jurisprudência, tem desenvolvido o conceito de justa causa cujos contornos, porém, não são precisos. Seu conceito é revestido de ambigüidade, seja pelo amplo alcance dos termos que compõem a expressão – “justo” e “causa”, seja pela utilização indiscriminada e assistemática por diversos ramos do Direito.

Afirma Sérgio Demoro Hamilton:

“a controvérsia em torno do exato sentido da expressão ‘justa causa’ é tradicional em nosso processo penal. Pode-se afirmar, sem receio, que a doutrina, até hoje, não encontrou uma definição em termos rígidos para conceito tão amplo, tal a variedade de matizes com que se apresenta o tema aos olhos do estudioso do problema”¹⁶⁸.

Inicialmente, vejamos como a legislação processual penal¹⁶⁹ brasileira trata do tema.

¹⁶⁸ In Temas de Processo Penal. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Iuris, 2000, p. 11.

¹⁶⁹ Referimo-nos à legislação processual penal, pois a expressão justa causa também é utilizada por outros ramos do Direito, com significados completamente diferentes. Maria Thereza Rocha de Assis Moura (in Justa causa para a ação penal – Doutrina e jurisprudência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 101-118) analisa esses diversos sentidos. O próprio Direito Penal, ramo do Direito que guarda estreita afinidade com o Direito Processual Penal, também emprega o conceito de justa causa. No Direito Penal, o conceito de justa causa vem inserido como elemento normativo de alguns tipos abertos, como o dos artigos 154 e 155 CP, que dependem de valoração de elementos do tipo penal. Paulo José da Costa Júnior, ao comentar o art. 153 CP, afirma que “o tipo em foco é aberto (anormal), uma vez que a ilicitude da divulgação só se apresenta se a ausente a justa causa. Justifica a divulgação o dever de testemunhar em juízo, a comprovação de crime, a defesa de direito legítimo etc, como qualquer outra divulgação conforme ao direito (*secundum ius*)” (in Comentários ao Código Penal. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 457).

O Código de Processo Penal, em sua concepção original, não se referiu à justa causa como condição para o regular exercício da ação penal. Isto somente veio a ocorrer com a edição da Lei 11719 / 2008 que alterou o art. 395 para fazer constar no inciso III que a denúncia ou queixa será rejeitada quando “faltar justa causa para o exercício da ação penal”. No inciso II o CPP igualmente inovou ao fazer menção expressa aos pressupostos processuais e condições da ação.

Deixou o legislador, porém, de definir quais seriam as condições da ação em espécie. Essa não foi a melhor opção do legislador, uma vez que pode ensejar ao intérprete a busca da definição das condições da ação, seus limites e alcance no Direito Processual Penal, por aplicação subsidiária do Direito Processual Civil, o que não se afigura a solução mais adequada. O Direito Processual Penal possui estrutura conceitual e princípios em muitos aspectos diversos dos que regem o Direito Processual Civil. O próprio estudo das condições da ação no Direito Processual Civil revela problemas e questionamentos inaplicáveis ao Direito Processual Penal. Veja-se o problema da legitimidade ativa e passiva no processo civil, dependente sempre da análise de intrincados detalhes da relação jurídica de direito material, ao passo que no processo penal a legitimidade ativa decorre da opção feita pelo legislador para cada crime. Veja-se, ainda, os inumeráveis questionamentos que surgem quanto à impossibilidade jurídica do pedido no processo civil, enquanto que no processo penal o pedido é sempre genérico. O processo civil trabalha com um sistema de estabilização da lide após a contestação (artigos 303 e 321 CPC) em muito diverso do consagrado no processo penal, no qual os institutos da *emendatio libelli* e da *mutatio libelli* permitem a modificação da classificação do crime e da própria imputação na fase da sentença.

O legislador, ainda, empregou o conceito de justa causa, já controvertido na doutrina e na jurisprudência, deixando de defini-lo e diferenciá-lo da hipótese do inciso II.

Ao comentar o Projeto de Lei 4895 / 95, do qual a redação do atual art. 395 CPP foi inspirada, Maria Thereza Rocha de Assis Moura afirma

“a menos que o projeto tenha sido repetitivo ao prever, em hipóteses distintas, as condições da ação e a justa causa, desvinculou ele a justa causa do ‘legítimo interesse’, tido como uma das condições da ação. Mas, em

contrapartida, deixou de conceituá-la, conservando assim a polêmica existente em torno do tema¹⁷⁰.

O CPP se refere à expressão justa causa em outras passagens, as quais não estão relacionadas com a instauração da ação penal. Nessas hipóteses, a expressão justa causa está utilizada como sinônima de motivo justo ou justificado para a não prática de algum ato processual ou não comparecimento de algum sujeito processual.

Justa causa é o motivo justificado pelo perito para não cumprir os deveres do encargo, conforme artigos 277 § único e 278 CPP.

A Lei 11689 / 2008, ao reformular o procedimento dos crimes da competência do Tribunal do Júri, não se ateu ao rigor conceitual, repetindo a variedade de expressões com o mesmo sentido. No art. 455 § único o CPP se refere à ausência não justificada do Ministério Público à sessão de julgamento como causa de adiamento e comunicação ao Procurador-Geral de Justiça. No art. 456 o CPP se refere à ausência sem escusa legítima do advogado do acusado como causa para comunicação do fato ao presidente da seccional da Ordem dos Advogados do Brasil. No art. 456 § 1º o CPP utiliza a expressão escusa legítima para, no caso anterior, determinar que o julgamento seja adiado somente uma vez, devendo o acusado ser julgado quando chamado novamente. O art. 457 § 1º fala em motivo de força maior para não oferecimento de pedidos de adiamento e respectivas justificações de não comparecimento de forma prévia. O art. 458 fala em ausência de justa causa para o não comparecimento da testemunha como fundamento para aplicação da multa prevista no § 2º do art. 436.

Aqui se percebe a indiscriminada utilização da expressão justa causa e correlatas (justo motivo, escusa legítima, motivo legítimo) como expressões sinônimas¹⁷¹.

¹⁷⁰ In Justa causa para a ação penal – Doutrina e jurisprudência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 133.

¹⁷¹ Antes das alterações promovidas pela Lei 11689 / 2008, o artigo 451 mencionava a justa causa para o não comparecimento do réu ou do acusador particular (querelante) como fundamento para o adiamento do julgamento para a seguinte sessão periódica, caso não pudesse ser realizada na que estivesse em curso. No art. 451 § 1º, o CPP utilizava a expressão motivo legítimo para a hipótese de realização de julgamento à revelia em caso de crime afiançável. O art. 452 falava em escusa legítima para o não comparecimento do acusador particular, caso em que a acusação seria devolvida ao Ministério Público, não se adiando o julgamento. O art. 453 falava em justa causa para não comparecimento de testemunhas.

O único dispositivo em que a expressão justa causa é empregada pelo CPP em sentido próximo ao emprestado atualmente pelo art. 395 – III é o art. 648 – I CPP.

De fato, ao tratar do *habeas corpus*, o art. 647 do CPP estabelece que será concedida a ordem de *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar. No art. 648 se define a coação ilegal, sendo que a primeira hipótese é a ausência de justa causa. Nos demais incisos, o art. 648 enumera casos específicos nos quais a coação é igualmente considerada ilegal.

Dispositivo semelhante é encontrado no art. 467, “c” do Código de Processo Penal Militar, ao mencionar a ausência de justa causa para a coação ou constrangimento como fundamento para a caracterização de ilegalidade ou abuso de poder.

Da ilegalidade na coação que enseja a concessão de *habeas corpus* nasceu a utilização da expressão ausência de justa causa como fundamento para o trancamento da ação penal – sentido atrelado à legalidade da ação penal que foi empregado, na legislação especial, pelo art. 44 § 1º da Lei 5250 / 67. A Lei 5250 / 67, Lei de Imprensa, contudo, foi questionada de forma ampla na ADPF 130, decidindo o STF pela sua inteira incompatibilidade com a Constituição de 1988, conforme anteriormente assinalado.

Verifica-se, a partir desta análise inicial, que o conceito de justa causa é empregado por diversos ramos do Direito com significados diversos, fenômeno que ocorre dentro do próprio Direito Processual Penal, tornando árdua a tarefa de conferir rigidez conceitual aos seus contornos.

4.3 O conceito de justa causa e a análise dos requisitos de admissibilidade da ação penal.

O conceito de justa causa, não somente pelos termos de sua expressão, mas também por sua origem histórica e evolução jurisprudencial, é daqueles que, no dizer de Sérgio Demoro Hamilton, não comportam um conceito abstrato, “ficando para o

juiz, diante do caso concreto, a tarefa, nem sempre fácil, de decidir sobre a existência ou não de justa causa”¹⁷².

Esta ambigüidade conceitual também é ressaltada por Maria Thereza Rocha de Assis Moura¹⁷³. Daí a tendência doutrinária em definir o conceito a partir de exemplos, com apoio na casuística jurisprudencial, em vez da elaboração conceitual abstrata. Mas isso não impede nem afasta a necessidade do estudo do tema. Ao contrário, recomenda, mesmo, que seus contornos sejam bem definidos.

Na maioria das vezes em que o conceito é utilizado como fundamento para atos de constrição ou coação, como a prisão e o processo penal, a justa causa possui sentido de causa ou motivo que está de acordo com a lei, com a justiça ou direito¹⁷⁴.

As decisões no processo penal obedecem a rigorosos e específicos requisitos com fundamento em regras e princípios de Direito Processual Penal e Direito Penal, e a análise de seu preenchimento constitui matéria relativa à justa causa para a coação. O conceito de justa causa no processo penal é amplo e abrange qualquer ato de coação ou constrangimento que se considere indevido. Fala-se em ausência de justa causa para a prisão ilegal (sentido que tem origem no Código de Processo Criminal de 1832), em ausência de justa causa como fundamento para a concessão de *habeas corpus* (art. 648 – I CPP)¹⁷⁵ e – sentido que de perto interessa ao tema –, em ausência de justa causa para a instauração da ação penal.

¹⁷² In Temas de Processo Penal. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Iuris, 2000, p. 12.

¹⁷³ In Justa causa para a ação penal – Doutrina e jurisprudência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 165 e, mais adiante, p. 175, quando afirma que “é profundamente errôneo decair para a casuística, na tentativa de solucionar a questão, pois isto significa desconsiderar a função do conceito”.

¹⁷⁴ Causa legal não é o mesmo que causa justa ou conforme o direito. Daí a observação de Maria Thereza Rocha de Assis Moura (In Justa causa para a ação penal – Doutrina e jurisprudência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 170-171) no sentido de que o exame da legitimidade da causa deve começar pelos princípios penais e processuais penais inscritos na Constituição, pelos tratados internacionais de que o Brasil seja parte, pelas leis, observando-se, quanto a estas, os princípios gerais de direito, a analogia e a equidade.

¹⁷⁵ Segundo Frederico Marques a expressão justa causa mencionada no art. 648 – I CPP constitui norma genérica de encerramento, englobando todas as demais previsões específicas de ilegalidades dos demais incisos (in Elementos de Direito Processual Penal. 2ª ed., Campinas: Millennium, 2000, v 4, p. 398).

De fato, em relação à instauração da ação penal, a doutrina não é uniforme na conceituação de justa causa, principalmente ante a necessidade de traçar seus contornos diferenciadores em face das condições da ação e dos pressupostos processuais.

Segundo Guilherme de Souza Nucci¹⁷⁶, a justa causa é a síntese das condições da ação. Ausente qualquer das três condições da ação, haverá ausência de justa causa.

Segundo Afrânio Silva Jardim¹⁷⁷, a justa causa constitui quarta condição genérica para o regular exercício da ação penal, não se confundindo com nenhuma das outras três condições já estudadas, consistindo no lastro probatório mínimo que dá suporte à acusação, obtido por meio do inquérito policial ou de peças de informação¹⁷⁸.

Registro deve ser feito no sentido de que é uniforme e predominantemente aceita na doutrina processual penal brasileira a afirmação de que a acusação não deve ser formulada, nem muito menos aceita pelo juiz, sem um mínimo de provas no sentido da autoria e da materialidade do delito. Não se admite acusação temerária que afrontaria diretamente o *status dignitatis* do cidadão. A questão é saber se esta exigência de prova mínima deve ser elevada à condição de quarta condição genérica para o exercício do direito de ação, e se nisso consistiria o conteúdo específico da expressão justa causa, ou se já está inserida no conceito de interesse de agir, restando à expressão justa causa outro papel na doutrina.

Há posicionamentos derivados deste, como o que considera a justa causa a resultante da aglutinação da possibilidade jurídica do pedido e do interesse de agir¹⁷⁹.

Sempre que a causa da coação ilegal não puder ser enquadrada nos demais incisos do art. 648 CPP, poderá sê-lo na hipótese ampla do inciso I.

¹⁷⁶ In Manual de Processo Penal e Execução Penal. 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 186.

¹⁷⁷ In Direito processual penal: estudos e pareceres. 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 92-93.

¹⁷⁸ Neste exato e restrito sentido a expressão foi empregada pelo STJ, na decisão de recebimento de denúncia nos autos da ação penal originária 130, Relator Min. Teori Albino Zavascki, no item 10 da ementa assim redigido: “Estando suficientemente demonstrados os pressupostos processuais e as condições para o exercício da ação penal, inclusive a justa causa (prova da materialidade e indícios suficientes da autoria), viável o recebimento da denúncia.”.

¹⁷⁹ In Silva, Luiz Renato Ferreira da. A justa causa como condição para o exercício da ação penal, RT 655 / 403-404, São Paulo, maio 1990, *apud* MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Justa causa para a ação penal – Doutrina e jurisprudência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 220.

Há, também, a posição de Vicente Greco Filho, para quem a justa causa consiste no “fundamento probatório razoável para sustentar a acusação” mas, ao contrário da posição de Afrânio Silva Jardim, para quem a justa causa constitui quarta condição autônoma, a justa causa estaria dentro do conceito do interesse de agir¹⁸⁰.

Há certa tendência doutrinária em associar a justa causa para a ação penal com alguma ou todas as condições da ação, de modo que a ausência de uma das condições da ação implicaria também ausência de justa causa e, via de consequência, a possibilidade de impetração de *habeas corpus* para trancamento da ação penal.

Esta é a posição de Maria Thereza Rocha de Assis Moura¹⁸¹ quando afirma que “a justa causa não constitui condição da ação, mas a falta de qualquer uma das apontadas condições implica falta de justa causa”.

Sérgio Demoro Hamilton, igualmente, afirma que “a falta de qualquer das condições da ação enumeradas no art. 43 do CPP como causa para o desprezo da denúncia ou da queixa retira a justa causa para a ação penal; não apenas o interesse de agir”¹⁸².

Assim, em relação à deflagração da ação penal, o conceito de justa causa permanece atrelado ao conceito de legalidade e legitimidade dos atos do poder público na esfera penal, especialmente os atos de persecução. Sempre que faltar alguma das condições da ação, será ilegal a deflagração da ação penal, devendo o juiz proferir despacho liminar de conteúdo negativo. Se, contudo, receber a denúncia nessa hipótese, a instauração da ação penal em face do acusado será considerada constrangimento ilegal, sanável pela via do *habeas corpus*.

A menção à justa causa no inciso III do art. 395 CPP, em inciso diverso daquele que menciona as condições da ação e os pressupostos processuais, ao tratar das causas de rejeição da denúncia ou queixa, parece guardar o mesmo sentido de hipótese ampla ou “norma de encerramento” a que se referia José Frederico Marques ao analisar o art.

¹⁸⁰ In Manual de processo penal. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 104.

¹⁸¹ In Justa causa para a ação penal – Doutrina e jurisprudência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 221.

¹⁸² In Estudos de Processo Penal. 3ª série. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Iuris, 2007, p. 41.

648 – I CPP. A ausência de alguma das condições da ação ou de algum pressuposto processual, longe de ser hipótese diversa da ausência de justa causa para a ação penal, constitui justamente um dos exemplos de sua ausência.

A rigor, todas as causas que ensejam a absolvição sumária do art. 397 CPP poderiam ensejar a rejeição da acusação, se verificadas *in limine*, com o oferecimento da denúncia ou queixa. A ausência de tipicidade do fato, a manifesta existência de causa excludente de ilicitude ou de culpabilidade (salvo inimputabilidade, pois nesse caso o acusado se sujeita ao processo para aferição da inimputabilidade e aplicação de medida de segurança) são situações que, segundo a doutrina majoritária, ensejam a impossibilidade jurídica do pedido e, portanto, a ausência de justa causa.

A questão relevante que se coloca, contudo, ao se efetuar a comparação entre os incisos II e III do art. 395 CPP, é se a análise das condições da ação esgota o campo de incidência possível para a justa causa ou não. Na primeira hipótese, vale dizer, se o conteúdo das condições da ação esgotar o conteúdo do conceito de justa causa, a opção diferenciadora da Lei 11719 / 2008 terá sido à toda evidência equivocada, pois a lei não pode conter palavras inúteis. Na segunda hipótese, vale dizer, se o conceito de justa causa for mais amplo que o conjunto das condições da ação, a opção do legislador do art. 395 terá sido acertada, nada obstante a omissão quanto à definição de seu conceito.

A redução do conceito de justa causa ao âmbito exclusivo da existência de lastro probatório mínimo a dar suporte à acusação, na linha defendida por Afrânio Silva Jardim, embora seguida por parte da doutrina¹⁸³ e contando com razoável acolhimento da jurisprudência, não parece ter apoio nos textos legais. O legislador processual penal, desde a edição do Código de 1941, até a reforma empreendida pela Lei 11719 / 2008, ao passo em que realmente exige suporte probatório mínimo no sentido da imputação para o recebimento da acusação, nunca sinalizou expressamente no sentido de que esta exigência constituiria exatamente o conteúdo da justa causa, que nela teria seu conceito resumido. Por outro lado, este entendimento constituiria indevida redução do conceito de justa causa e de sua função no controle das demandas penais inviáveis, na contramão de sua evolução histórica, marcada por inegável sentido ampliativo, não reducionista.

¹⁸³ Cf. RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal, 3ª ed., Rio de Janeiro: Editora Lúmen Iuris, 2000, p. 172.

É pacificamente aceito na doutrina que a justa causa abrange as condições da ação e que a ausência de qualquer das condições da ação implica igualmente ausência de justa causa. Mas outros fenômenos na esfera penal ou processual penal igualmente podem ter repercussão na admissibilidade da acusação e na justa causa, sem que estejam inseridos exclusivamente no âmbito das condições da ação.

É o caso dos pressupostos processuais. Pode-se verificar que também a ausência de pressuposto processual pode ensejar a inviabilidade da ação penal, implicando também a ausência de justa causa. Imagine-se a hipótese de ação penal ajuizada por fato já objeto de sentença penal transitada em julgado, em nítida ofensa à coisa julgada e ao princípio *non bis in idem*. Ao segundo processo penal indevidamente instaurado faltarão pressuposto processual referente à originalidade da demanda (inexistência de coisa julgada), ensejando a ausência de justa causa que poderá ser reconhecida liminarmente com a rejeição da denúncia ou em sede de habeas corpus por ausência de justa causa para a segunda ação penal¹⁸⁴. O mesmo se diga em relação à litispendência, onde ao processo instaurado posteriormente faltarão igualmente justa causa.

Prosseguindo no tema dos pressupostos processuais, outros exemplos podem ser verificados. A aptidão da petição inicial constitui pressuposto processual de validade da relação processual. No processo penal, a denúncia se considera inepta quando não atende aos requisitos formais do art. 41 CPP, especialmente a descrição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias, de modo a permitir que o acusado tenha pleno conhecimento da imputação que lhe é formulada, permitindo-lhe exercer a ampla defesa. A ação penal instaurada com base em denúncia inepta deve ser trancada por falta de justa causa¹⁸⁵.

¹⁸⁴ Neste exato sentido foi a decisão proferida pelo STJ, Relator Min. Félix Fischer, HC 58628 / PE, em 01.04.2008, na qual ficou expressamente assentado na respectiva ementa que “tendo o paciente, à toda evidência, no presente caso, respondido e sofrido condenação em duas ações penais distintas acerca dos mesmos fatos, mister reconhecer a flagrante ofensa à coisa julgada, devendo ser trancada a ação penal em trâmite perante a Justiça Federal quanto ao delito de roubo qualificado, tendo em vista a ausência de justa causa”.

¹⁸⁵ Neste sentido, o STJ, no julgamento do HC 8258 / PR, Relator Min. José Arnaldo da Fonseca, em 06.09.1999, trancou ação penal por falta de justa causa ao fundamento de que a denúncia era inepta. Tratava-se de denúncia por crime societário em que o acusado era apenas mencionado como sócio da empresa, sem descrever conduta específica de como o acusado, na condição de sócio, concorrera para o delito.

A jurisprudência igualmente estende os casos de extinção da punibilidade àqueles que podem ensejar rejeição da acusação ou trancamento da ação penal instaurada por ausência de justa causa¹⁸⁶.

Em relação aos crimes tributários previstos nos artigos 1º e 2º da Lei 8137 / 90, igualmente verifica-se campo de incidência e interessantes exemplos para a verificação da ausência de justa causa.

Nada obstante a independência entre as esferas penal e administrativa, desde a edição da Lei 9430 / 96, seu artigo 83¹⁸⁷ levantava questionamentos sobre a natureza da ação penal pública por crimes tributários previstos nos artigos 1º e 2º da Lei 8137 / 90. A doutrina e a jurisprudência se posicionaram no sentido de que a mencionada representação fiscal não constituiria condição especial da ação por crimes tributários, podendo o Ministério Público oferecer a denúncia caso tivesse conhecimento dos fatos por outros meios. A interpretação que foi dada ao dispositivo foi a de que o art. 83 havia conferido uma limitação à atuação das autoridades administrativas, somente permitindo que estas formulassem a representação fiscal para fins penais após o esgotamento do procedimento administrativo de constituição do crédito tributário. Mas a atuação do Ministério Público não havia sido limitada, podendo a denúncia ser oferecida se de outros elementos dispusesse¹⁸⁸.

¹⁸⁶ A extinção da punibilidade era expressamente mencionada no art. 43 – II CPP como causa de rejeição da denúncia ou queixa. Atualmente, não consta expressamente no art. 395, embora seja motivo expreso para a absolvição sumária prevista no art. 397 – IV CPP. No julgamento do HC 92870, Relator Min, Eros Grau, em 21.02.2008, o STF reafirmou entendimento de que “o reconhecimento da ausência de justa causa para trancar a ação penal somente é possível quando patentes a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade e a ausência de autoria ou materialidade do crime”.

¹⁸⁷ Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, será encaminhada ao Ministério Público após proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente.

¹⁸⁸ Contra o art. 83 da Lei 9430 / 96 foi ajuizada a ADIN 1571 / DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, que foi julgada improcedente em 10.12.2003, consolidando o entendimento até então construído no sentido de que a norma tinha por destinatário somente a autoridade administrativa fiscal, não limitando a atuação do Ministério Público, pois a ação, na hipótese, continuava a ser pública incondicionada.

Contudo, no julgamento do HC 81611, o STF firmou definitivamente o entendimento de que, nos casos dos crimes contra a ordem tributária previstos nos artigos 1º e 2º da Lei 8137 / 90, a ação penal somente pode ser instaurada após decisão definitiva em sede de procedimento administrativo tributário, reconhecendo a exigibilidade do crédito tributário e respectivo valor.

O esgotamento do procedimento administrativo tributário, em relação aos crimes previstos na Lei 8137 / 90, teria a natureza de condição objetiva de punibilidade, conforme assentado no citado precedente. Assim sendo, haveria ausência de justa causa para o oferecimento de denúncia por crime tributário descrito no art. 1º e 2º da Lei 8137 / 90 antes de preenchida a condição objetiva de punibilidade¹⁸⁹.

Ainda em relação aos crimes tributários, o art. 34 da Lei 9249 / 95 estipula a extinção da punibilidade se o contribuinte promover o pagamento antes do recebimento da denúncia. Parte da doutrina e da jurisprudência estende este efeito para o parcelamento requerido pelo contribuinte e concedido pela autoridade fiscal antes do recebimento da denúncia. Para aqueles que perfilham este entendimento, o parcelamento anterior ao recebimento da denúncia, implica ausência de justa causa para a ação penal¹⁹⁰.

No âmbito das infrações penais de menor potencial ofensivo, segundo o procedimento dos juizados especiais criminais, pode-se igualmente vislumbrar possibilidade de hipótese de ausência de justa causa para a ação penal.

Inicialmente, sobre o procedimento dos crimes da competência dos juizados especiais criminais, não é correto afirmar que a Lei 9099/95 representa apenas mais um novo procedimento, aplicável às hipóteses previstas em lei (infrações de menor potencial ofensivo). O procedimento dos juizados especiais criminais representa a

¹⁸⁹ Aliás, assim ficou expressamente consignado na ementa da ADIN 1571 / DF, que em seu tópico 5 assim diz: “Decisão que não afeta orientação fixada no HC 81.611. Crime de resultado. Antes de constituído definitivamente o crédito tributário não há justa causa para a ação penal. O Ministério Público pode, entretanto, oferecer denúncia independentemente da comunicação, dita “representação tributária”, se, por outros meios, tem conhecimento do lançamento definitivo.”

¹⁹⁰ Neste sentido decisão do STJ no julgamento do RESP 249796 / SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, em 22.08.2000.

introdução, no ordenamento jurídico – penal, de um novo modelo de justiça criminal, que se apresenta como alternativo ao modelo criminal clássico.

O STF, no julgamento do Inq. 1055 / AM, Rel. Min. Celso de Mello, assim se manifestou:

“A Lei n. 9.099/95, que constitui o estatuto disciplinador dos Juizados Especiais, mais do que a regulamentação normativa desses órgãos judiciários de primeira instância, importou em expressiva transformação do panorama penal vigente no Brasil, criando instrumentos destinados a viabilizar, juridicamente, processos de despenalização, com a inequívoca finalidade de forjar *um novo modelo de Justiça criminal*, que privilegie a ampliação do espaço de consenso, valorizando, desse modo, na definição das controvérsias oriundas do ilícito criminal, a adoção de soluções fundadas na própria vontade dos sujeitos que integram a relação processual penal”.

Ao contrário do modelo criminal clássico, baseado nos conceitos de prevenção geral e especial da pena, o modelo introduzido pela Lei 9099 / 95, na parte criminal, é baseado justamente na premissa de evitar a aplicação da pena, especialmente a pena privativa de liberdade, prestigiando a reparação dos danos (valorização da figura da vítima) e a solução consensual dos conflitos. Por isso, a interpretação de seus institutos exige que o intérprete conheça as premissas que informam este novo modelo de justiça criminal. Constitui grave equívoco interpretar os institutos da Lei 9099 / 95, inspirados por novo modelo de justiça criminal, sob a ótica das premissas do modelo criminal clássico, ao qual representa alternativa. Provavelmente grande parte das críticas que seus institutos (especialmente a transação penal) receberam, no sentido de que levariam à impunidade generalizada, foi fruto desta equivocada compreensão.

De fato, a finalidade do modelo criado pela Lei 9099 / 95 é justamente evitar a aplicação de pena, especialmente a privativa de liberdade, por meio de soluções de natureza consensual. Analisar a transação penal sob a ótica do sistema criminal clássico implica sério erro metodológico que leva a conclusões equivocadas. Sua interpretação não pode ser realizada com base nas categorias científicas e dogmáticas que fundamentam o sistema criminal clássico, uma vez que constitui alternativa em relação ao mesmo. Talvez por isso equivocadamente tenha se pretendido converter em pena privativa de liberdade a proposta de transação penal aceita pelo suposto autor do fato, mas não cumprida – entendimento superado pela jurisprudência que predominantemente

defende que, nestes casos, cabe ao Ministério Público, somente, o caminho do oferecimento de denúncia¹⁹¹.

A sistemática dos juizados especiais criminais rompeu em vários aspectos com a sistemática tradicional consagrada no Código de Processo Penal, implicando, também, interessantes repercussões na configuração da justa causa.

O art. 77 § 1º da Lei 9099 / 95 expressamente dispõe que o oferecimento da denúncia, pode se lastrear no termo circunstanciado de ocorrência, lavrado nos termos do art. 69 (com dispensa do inquérito policial), bem como, a desnecessidade de exame de corpo de delito quando a materialidade do delito estiver demonstrada por boletim médico ou prova equivalente.

Referidos dispositivos representam inegável influência dos princípios da informalidade e da oralidade sobre os requisitos probatórios exigidos para o oferecimento da denúncia, quanto à prova da materialidade do crime e, via de consequência, sobre a justa causa para a ação penal nos juizados especiais criminais.

É certo que o inquérito policial já é dispensável na própria sistemática do Código de Processo Penal, embora, em regra, seja com base nele que Ministério Público ofereça a denúncia. Pode Ministério Público oferecer a denúncia, dispensando o inquérito policial, desde que haja outros elementos de convicção, que o Código denomina genericamente de peças de informação, que preencham sua finalidade precípua: demonstrar a existência de fundamento razoável para o exercício da ação penal.

Na sistemática dos juizados especiais criminais, o termo circunstanciado de ocorrência (documento no qual a autoridade policial colhe oralmente as informações sobre a ocorrência do fato, diretamente das testemunhas, e as condensa em uma só narrativa) substitui o inquérito policial. A materialidade do delito pode ser demonstrada com base em boletim médico ou prova equivalente. Afastou-se a formalidade referente

¹⁹¹ Cf. HC 84775 / RO, Rel. Min. Carlos Velloso, no qual se afirmou na ementa: “A conversão da pena restritiva de direitos, objeto de transação penal, em pena privativa de liberdade ofende os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”

à realização do exame de corpo de delito, incompatível com os princípios que regem os juizados.

Também em relação aos aspectos que circundam a transação penal podemos visualizar campo de incidência para a justa causa.

O membro do Ministério Público não pode oferecer proposta de transação penal quando for caso de arquivamento. Isto decorre da expressão “não sendo caso de arquivamento” do art. 76 da Lei 9099 / 95. O raciocínio é o seguinte: na fase do art. 76 da Lei 9099 / 95 deve o Ministério Público indagar se está presente alguma das causas que autorizam o arquivamento (ou seja, ausência de alguma das condições da ação). Caso afirmativo, deverá promover o arquivamento; caso negativo deve o Ministério Público indagar se estão presentes os requisitos subjetivos e objetivos para a proposta de transação penal. Caso afirmativo deverá fazer a proposta de transação penal; caso negativo, deverá oferecer denúncia.

À toda evidência, é indevida a atuação do Ministério Público que, exemplificativamente, faça proposta de transação penal e, ante a eventual recusa do suposto autor do fato, manifeste-se em seguida no sentido do arquivamento ante a atipicidade do fato. Se o fato é atípico, deveria ter promovido o arquivamento desde logo. Somente deve ser feita a proposta de transação penal na hipótese em que, caso não houvesse a presença dos requisitos objetivos e subjetivos para a transação, fosse caso de oferecer denúncia.

Por outro lado, caso o Ministério Público ofereça denúncia em desfavor do suposto autor do fato, sem se manifestar e fundamentar a recusa em oferecer a transação penal ou, mesmo fazendo-o, caso a fundamentação não seja justa, pode-se afirmar que falta justa causa à ação penal assim deflagrada.

Assim, em síntese, pode-se verificar que as hipóteses de rejeição da acusação contidas nos incisos I e II do art. 395, embora também possam constituir causa de rejeição pelo inciso III – ausência de justa causa, não esgotam as possibilidades de rejeição da denúncia, reservando-se o inciso III para os demais casos. Reforça-se, assim, o conceito de justa causa para a ação penal como norma de encerramento a que José

Frederico Marques se referia ao comentar o art. 648 CPP, ou seja, como hipótese genérica para a rejeição da acusação, com fundamento nos princípios da legalidade e do devido processo legal, abrangendo os casos específicos expressamente previstos nos incisos I e II, e sempre que estes incisos não forem suficientes para fundamentar a rejeição.

Para que seja recebida a acusação não basta que a peça acusatória seja formalmente perfeita, ou seja, que atenda a todos os requisitos do ponto de vista de sua regularidade formal, de acordo com os requisitos do art. 41 CPP. Mesmo que a peça acusatória não seja inepta, é necessário igualmente que haja um conjunto de elementos de ordem material, abrangendo elementos mínimos de prova de autoria e materialidade de fato em tese criminoso. A justa causa represente a fusão de todos esses elementos formais e materiais que emprestam viabilidade à acusação.

CONCLUSÃO

O juízo liminar sobre a admissibilidade da acusação constitui importante mecanismo de controle do exercício do poder punitivo do Estado. Trata-se de filtro que se exerce sobre demandas penais *ab initio* inviáveis e que tem por fundamento princípios constitucionais ligados à proteção da dignidade da pessoa humana.

A acusação indevidamente recebida sujeita o acusado, ainda que o mesmo seja posteriormente absolvido, a um intrincado sistema de restrições que repercutem em sua dignidade, imagem, liberdade e patrimônio.

Embora o princípio da presunção de inocência tenha claro assento constitucional, o mesmo falha no campo social da efetividade na medida em que o

simples trâmite de inquérito policial ou ação penal já constituem estigma que perturba a vida psicológica e social do indiciado ou acusado. O modelo processual penal brasileiro comporta um conjunto de sanções processuais, que distorcem o real alcance do princípio.

A promoção da ação penal somente pode ocorrer ante a presença de prova mínima da autoria e materialidade que aponte no sentido da existência de crime. Para que sobre a acusação formulada seja proferida decisão liminar de conteúdo positivo é necessária a presença das condições da ação. É preciso haver justa causa para a ação penal.

O tema das condições para o regular exercício da ação penal possui enfoque constitucional, firmemente lastreado nos princípios do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana, vetores constitucionais para a tutela da liberdade individual no processo penal, razão pela qual o estudo científico de seus conceitos deve ser feito à luz do princípio da legalidade. A importação de estrutura teórica e conceitual do Direito Processual Civil sobre o tema não se mostra adequada às peculiaridades do processo penal.

É justamente nesta perspectiva que se deve compreender a reforma empreendida pela Lei 11719 / 2008, no que se refere ao juízo de admissibilidade da acusação, substituindo o modelo originário do Código de Processo Penal, formado pelos artigos 41 e 43, pelo modelo dos artigos 41 e 395, à luz dos conceitos de condições da ação e justa causa.

De um modo geral, em relação ao juízo de admissibilidade da acusação, pode-se perceber que foi intenção da Lei 11719 / 08 trazer para o Direito Processual Penal categorias próprias da Teoria Geral do Processo. Esta, talvez, possa ser a principal crítica a ser feita à reforma, senão vejamos.

Do ponto de vista da regularidade formal da peça acusatória, o Código de Processo Penal sempre exigiu (art. 41) que a peça inicial acusatória contivesse determinados requisitos, especialmente a descrição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias, de modo a permitir ao acusado o pleno conhecimento da imputação que

em seu desfavor foi formulada, tendo em vista o exercício do contraditório e da ampla defesa.

O art. 41 não foi revogado pela Lei 11719 / 08. Contudo, a Lei 11719 / 2008, ao disciplinar as causas de rejeição da denúncia no art. 395, mencionou no inciso I a inépcia da inicial, sem definir seu conceito e alcance ou, ao menos, fazer referência ao artigo 41, que foi mantido pela reforma. Isto pode implicar a indevida remissão às categorias do Código de Processo Civil sobre a inépcia da inicial, as quais, contudo, são evidentemente impróprias para o processo penal.

Segundo o art. 286 do CPC, o pedido deve ser certo e determinado. No processo penal, ao contrário, o pedido é sempre genérico, não sendo necessário que a acusação especifique qual espécie de pena em concreto, dentre as abstratamente cominadas pelo legislador, pretende ver aplicada ao acusado. Ao contrário da sistemática processual civil, na qual a demanda deve ser estabilizada após a contestação (art. 303 CPC), no processo penal a imputação pode sofrer alteração a qualquer tempo antes da sentença, por força da *mutatio libelli* (art. 384 CPP).

As especificidades próprias do processo civil permitem concluir que as hipóteses de inépcia da inicial do art. 295 § único CPC foram construídas de forma voltada para o próprio processo civil, não sendo aplicáveis ao processo penal senão, e mesmo assim somente algumas delas, por notável esforço de interpretação e adaptação.

A inépcia da denúncia ou queixa por ofensa ao art. 41 CPP sempre foi reconhecida pela doutrina e jurisprudência. Por isso, a interpretação do art. 395 – I CPP deve ser no sentido de que a inépcia da peça acusatória deve ser buscada no conceito já exteriorizado no art. 41 CPP, e sedimentado na jurisprudência, firme nos princípios do devido processo legal, e do respeito ao contraditório e à ampla defesa.

Não foi apenas do ponto de vista da regularidade formal da peça acusatória que a reforma empreendida pela Lei 11719 / 2008 abriu a possibilidade de aproximação com as categorias do Direito Processual Civil e da Teoria Geral do Processo – opção a nosso ver equivocada.

A nova redação empregada no art. 395 – II faz referência a duas categorias genéricas da Teoria Geral do Processo: pressupostos processuais e condições da ação.

Em relação às condições da ação, o inciso II não faz menção alguma às denominadas condições especiais da ação – próprias do processo penal, como a representação e a requisição do Ministro da Justiça, como outrora fazia o revogado art. 43, especialmente seu parágrafo único. O já revogado art. 43, especificamente seu parágrafo único, ressalvava a possibilidade de novo oferecimento de denúncia, após o preenchimento da condição faltante em caso de rejeição pelo art. 43 – III. Era o caso, por exemplo, da denúncia oferecida na ausência de representação sendo a mesma necessária, hipótese em que a acusação originalmente formulada poderia ser oferecida novamente.

Mesmo em relação às condições genéricas para o regular exercício da ação penal, o art. 395 – II não as especifica nem define seu conteúdo e alcance. Se há certo consenso em relação a alguns de seus aspectos, em relação a outros reina a incerteza doutrinária.

Em relação ao interesse de agir, por exemplo, não há dúvida de que a pretensão penal deduzida em juízo deve se submeter às exigências de necessidade, utilidade e adequação. Boa parte da doutrina processual penal chega mesmo a afirmar que o interesse de agir, na ação penal, é sempre presumido. Somente em alguns casos pontuais ligados ao fenômeno da prescrição é que surge campo próprio para a discussão da existência desta condição.

Por outro lado, ainda resta a dúvida conceitual sobre a natureza jurídica do requisito da exigência de prova mínima de materialidade e respectiva autoria para o oferecimento da acusação, se insere no interesse de agir, na linha classicamente defendida por José Frederico Marques, ou se este requisito integra o conceito de justa causa, na linha defendida por Afrânio Silva Jardim.

A inspiração da Lei 11719 / 2008, neste ponto nitidamente voltada à incorporação ao Direito Processual Penal dos conceitos clássicos da Teoria Geral do Processo, pouco pode ajudar. Perdeu o legislador a oportunidade de disciplinar o tema,

de forma voltada às peculiaridades do processo penal. Atualmente, mesmo após a reforma, ainda persistirá a dúvida sobre a hipótese correta de rejeição da denúncia por falta de base probatória, se com fundamento no inciso II ou III do art. 395 CPP.

Em relação à possibilidade jurídica do pedido – condição que no próprio âmbito do Direito Processual Civil levanta as mais sérias controvérsias, a questão se afigura realmente digna de nota.

O Código de Processo Penal em 1941, de fato, não poderia ter consagrado esta condição, pela simples razão de que sua sistematização somente se tornaria pública com a obra de Liebman em 1949, quando o autor expôs sua teoria sobre as condições da ação na famosa aula inaugural na Universidade de Turim, sob o título “*L’azione nella teoria del processo civile*”. Contudo, a doutrina processual penal brasileira se encarregou de adaptar ao processo penal a condição consagrada posteriormente na sistemática processual civil, associando-a à hipótese do art. 43 – I CPP (“quando o fato narrado evidentemente não constituir crime”).

Evidentemente, esta adaptação não ficaria isenta de perplexidades doutrinárias. Duas podem muito bem ser apontadas.

A primeira diz respeito ao próprio conteúdo da impossibilidade jurídica do pedido no Direito Processual Penal, em relação ao qual a doutrina se dividiu em três grupos. A impossibilidade jurídica do pedido consiste em (1) pedido de aplicação de sanção penal inadmissível no ordenamento jurídico, ou (2) ausência de algum dos requisitos do crime – especialmente a tipicidade – e (3) ausência de alguma das condições de procedibilidade. Ao lado destas correntes doutrinárias, há, ainda, os que expressamente defendem a inadequação desta condição ao processo penal, justamente em face de uma de suas peculiaridades mais marcantes – a ausência de pedido certo e específico na peça acusatória.

A segunda diz respeito aos efeitos da decisão na hipótese de rejeição da acusação pela ausência de algum dos requisitos do crime, especialmente a tipicidade, e que anteriormente à reforma correspondia à hipótese do art. 43 – I CPP.

A doutrina sempre entendeu de forma pacífica que nessa hipótese de rejeição a decisão era apta a forjar a coisa julgada material, não podendo a denúncia ou queixa ser oferecida novamente após o trânsito em julgado da decisão que rejeitava a denúncia pelo fato evidentemente não constituir crime. Justamente por isso, houve quem sustentasse que essa hipótese cuidava de autêntico julgamento de mérito antecipado, em juízo cognitivo de igual profundidade ao efetuado no art. 386 – III CPP (absolvição por “não constituir o fato infração penal”) e próximo da hipótese de absolvição sumária do novo art. 397 – III CPP. Trata-se de efeito em princípio incompatível com o instituto da condição da ação, tendo em vista que, classicamente, a decisão que reconhece sua ausência somente faz coisa julgada formal.

Assim, pode-se afirmar que a importação da possibilidade jurídica do pedido enquanto condição da ação, do processo civil para o processo penal, cria inevitável perplexidade conceitual, que pode ser resumida da seguinte forma.

Ou se reconhece que a rejeição da denúncia por atipicidade do fato constitui julgamento antecipado de mérito no processo penal, por meio de decisão que faz coisa julgada material, não podendo a mesma acusação ser renovada após seu o trânsito em julgado. Como decorrência, se esvaziaria por completo a possibilidade jurídica do pedido enquanto condição da ação no processo penal, uma vez que, em tese, o reconhecimento da ausência de condição da ação se faz por decisão que não produz coisa julgada material. Ou se reconhece que a rejeição da denúncia por atipicidade do fato constitui hipótese de impossibilidade jurídica do pedido, restando por explicar porque, nesse caso, a decisão faz coisa julgada material, já que seria claramente ofensiva ao devido processo legal e à garantia do *non bis in idem* a possibilidade de renovação da imputação já declarada atípica pelo Judiciário.

Neste ponto, a reforma empreendida pela Lei 11719 / 2008 deixou em aberto todas estas questões, permitindo que seja reforçada a integração dos conceitos da Teoria Geral do Processo sobre o juízo de admissibilidade da acusação no Direito Processual Penal. A Lei 11719 / 2008 perdeu boa oportunidade de registrar que no modelo processual penal existem especificidades diretamente ligadas a princípios de ordem penal e processual penal (como o princípio da legalidade e o *non bis in idem*), estando, por isso, muito mais próxima dos princípios de Direito Penal que do modelo da Teoria

Geral do Processo. A deflagração e o desenvolvimento da ação penal são regidos por princípios de Direito Penal, em notável dessemelhança com o Processo Civil.

Quando ainda em vigor o art. 43 CPP, duas eram as possibilidades que se abriam à doutrina. A primeira pode ser resumida na concepção de que as hipóteses do art. 43 seriam as verdadeiras condições da ação para o processo penal, respeitando-se suas peculiaridades. A segunda consiste na afirmação de que as condições da ação no processo penal são teoricamente as mesmas do processo civil, não passando o art. 43 CPP de mera tentativa imperfeita de exemplificá-las.

O revogado art. 43 CPP, embora não contivesse de modo exaustivo e sistematizado todas as hipóteses de rejeição da denúncia ou queixa, atendia aos fins do juízo negativo de admissibilidade de forma bem satisfatória, malgrado sua feição casuística, porém voltada à realidade do processo penal. A prática jurisprudencial aplicava o art. 43 CPP sem maiores dificuldades. Já o art. 395 – II, segunda parte, ao fazer referência genérica às condições da ação, sem definir seu conteúdo e alcance no Direito Processual Penal, parece ter firmado opção pela segunda hipótese acima mencionada, ou seja, de que as condições da ação no processo penal seriam as mesmas do processo civil e que, ante a ausência de definição, por empréstimo do processo civil seus conceitos devem ser tomados. Essa opção abre incontáveis questionamentos teóricos.

Por fim, o art. 395 – III CPP fez referência inovadora à justa causa como fundamento cuja ausência enseja a rejeição da acusação, em inciso autônomo em relação ao inciso II que trata dos pressupostos processuais e das condições da ação.

O conceito de justa causa, originalmente criado para definir hipótese genérica de coação ilegal que enseja o *habeas corpus*, foi paulatinamente ampliado pela prática jurisprudencial para alcançar, inclusive, a hipótese de não ser crime o fato pelo qual o indivíduo foi denunciado ou preso. Seu âmbito de incidência deixou de se relacionar tão somente com a legalidade da prisão para alcançar a legalidade da própria ação penal instaurada.

Na doutrina, surgiram diversas definições sobre o conceito de justa causa, desde concepções mais amplas, como a que identifica a justa causa com o conjunto das condições da ação penal, até concepções mais restritas, como a que identifica a justa causa com o suporte probatório mínimo necessário ao oferecimento da acusação, na linha defendida por Afrânio Silva Jardim. Na reforma empreendida pela Lei 11719 / 2008, o legislador empregou o conceito de justa causa – controvertido na doutrina e na jurisprudência quanto ao seu conteúdo e alcance -, deixando de defini-lo e diferenciá-lo da hipótese do inciso II.

Nada obstante, é inegável a associação feita pela doutrina entre o a justa causa e uma ou todas as condições da ação. A ausência de uma das condições da ação implica também ausência de justa causa.

A posição mais restritiva de seu conceito, que identifica a justa causa com o suporte probatório mínimo de autoria e materialidade exigido para o oferecimento da acusação, contudo, sem embargo da autoridade de seu principal defensor e do respeitável acolhimento doutrinário e jurisprudencial, não parece ser a mais coerente com a sistemática processual penal. Vai de encontro à própria evolução doutrinária e jurisprudencial sobre o conceito de justa causa, sempre marcada por sentido ampliativo. Retiraria, por exemplo, a possibilidade de se incluir a rejeição da denúncia por atipicidade do fato na ausência de justa causa, por exemplo – fenômeno já reconhecido pela jurisprudência desde 1890 aproximadamente. Tampouco esta conclusão pode ser extraída do art. 395 e seus incisos II e III. Não foi intenção da Lei 11719 / 2008 sustentar tal posição.

Há, é verdade, certo campo de superposição entre os incisos II e III – fato inevitável tendo em vista que os conceitos do inciso II (pressupostos processuais e condições da ação) são decorrentes de construção teórica e o conceito do inciso III decorre de firme construção jurisprudencial a partir da casuística relacionada com a ilegalidade dos atos de prisão e acusação.

O conceito de justa causa constitui a mais ampla expressão da legalidade e legitimidade dos atos persecutórios do poder público na esfera penal, especialmente os relativos à prisão e à deflagração da ação penal. Refere-se à totalidade dos requisitos para admissibilidade da acusação, estejam eles incluídos conceitualmente nas

condições da ação, nos pressupostos processuais, ou em questões processuais ou de mérito que impedem o recebimento da denúncia ou queixa. A hipótese da justa causa mencionada no inciso III do art. 395 CPP constitui norma genérica destinada a ser utilizada sempre que as anteriores (incisos I e II) não forem suficientes para fundamentar a rejeição da acusação.

As hipóteses de rejeição da acusação contidas nos incisos I e II do art. 395 também constituem causa de rejeição pelo inciso III – ausência de justa causa. Porém, sempre que não forem suficientes, será possível rejeitar a denúncia pelo inciso III, como hipótese genérica para o reconhecimento da ausência de algum requisito para a admissibilidade da acusação.

Não se pode emprestar ao art. 395 interpretação que venha a reduzir o conceito de justa causa, tão largamente desenvolvido e ampliado pela jurisprudência ao longo de quase 200 anos. Trata-se de conceito associado aos princípios do devido processo legal e da legalidade no processo penal, especificamente voltado à tutela das liberdades individuais no papel de filtro das demandas processuais penais inviáveis. Aliás, nesse sentido, a justa causa cumpre função bem mais adequada que a possibilidade jurídica do pedido enquanto condição importada do Direito Processual Civil. As condições da ação e os requisitos da admissibilidade da demanda penal, de um modo geral, devem estar sempre voltados aos princípios constitucionais, penais e processuais penais.

A reforma empreendida pela Lei 11719 / 2008, embora tenha sido inspirada por princípios ditados pela Teoria Geral do Processo, e tido a intenção de reforçar seus conceitos no processo penal, mesmo assim, não impede – nem poderia fazê-lo, que os conceitos ligados à admissibilidade da acusação sejam referidos aos princípios penais e processuais penais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2001.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2006.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da prova no processo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas. 8ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do Processo e técnica processual. São Paulo: Malheiros, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal comentado. São Paulo: Saraiva, 2002.

BONFIM, Edílson Mougenot. Curso de Processo Penal. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

BOSCHI, José Antônio Paganella. Das penas e seus critérios de aplicação. 4ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BRUNO, Aníbal. Direito Penal, parte geral, tomo 1º. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. Fundamentação constitucional do Direito Penal. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós – moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CERVINI, Raúl. Os processos de descriminalização. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

COSTA, Susana Henriques da. Condições da ação. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. Comentários ao Código Penal. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

DEMERCIAN, Pedro. Regime jurídico do Ministério Público no processo penal. 1ª ed., São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

DEMERCIAN, Pedro e MALULY, Jorge Assaf. Curso de Processo Penal. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2001.

DIDIER Jr., Fredie. Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 3ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

----. Nova era do processo civil. 2ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

DWORKIN, Ronald. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FEITOZA, Denílson. Direito processual penal: teoria, crítica e práxis. 6ª Ed., Niterói, RJ: Impetus, 2009.

FELDENS, Luciano. A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERNANDES, Antônio Scarance. Processo penal constitucional. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. Teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GIANNETTI, Eduardo. Auto-engano. 12ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães, FERNANDES, Antônio Scarance e GRINOVER, Ada Pellegrini. Recursos no processo penal. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

----. As nulidades no processo penal. 6ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães, PRADO, Geraldo, BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, SANTOS, Leandro Galluzi dos, BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Coordenação Maria Thereza Rocha de Assis Moura. As reformas no processo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GRECO, Leonardo. A teoria da ação no processo civil. São Paulo: Dialética, 2003.

GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HAMILTON, Sérgio Demoro. Temas de Processo Penal. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Iuris, 2000.

----. Estudos de processo penal. 3ª série. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Iuris, 2007.

HUNGRIA, Néelson. Comentários ao Código Penal. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. vol. IX

JARDIM, Afrânio Silva. Direito processual penal: estudos e pareceres. 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.

KAFKA, Franz. O processo. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do Estado. 4ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, v. 1.

LIMA, Marcellus Polastri. Curso de Processo Penal. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2002.

LOPES JR., Aury. Sistemas de investigação preliminar no processo penal. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris. 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de processo civil, volume 1: teoria geral do processo. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. 2ª ed., Campinas: Millennium, 2000, 4v.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo penal. 16ª ed., São Paulo: Atlas, 2004.

MIRANDA, Jorge. Formas e sistemas de governo. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1947, 6 v.

----. História e prática do *habeas corpus*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972, 2 v.

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.

NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 8ª ed. São Paulo: RT, 2004.

NOGUEIRA, Manoel Franklin. Transação penal. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

----. Código de Processo Penal comentado. 6ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

----. Leis penais e processuais penais comentadas. 1ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

----. Manual de Direito Penal. 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

----. O valor da confissão como meio de prova no processo penal. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

----. Individualização da pena. 2 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal, 6ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. O princípio do devido processo legal substantivo. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, 4 v.

----. Bem jurídico – penal e Constituição. 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo. O princípio Nemo tenetur se detegere e suas conseqüências no processo penal. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal, 3ª ed., Rio de Janeiro: Editora Lúmen Iuris, 2000.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da, GOMES, Fábio Luiz. Teoria geral do Processo Civil. 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. 21ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, 4 v.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Nulidades do processo e da sentença. 6ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)