



**Centro Universitário de Brasília - UniCEUB**  
**Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais - FAJS**

**CAIO ANDRÉ WASSILEVSKI**

**A CHANCE DE ÊXITO COMO ELEMENTO DA JUSTA CAUSA PARA O  
EXERCÍCIO DA AÇÃO PENAL**

Brasília

2015

CAIO ANDRÉ WASSILEVSKI

**A CHANCE DE ÊXITO COMO ELEMENTO DA JUSTA CAUSA PARA O  
EXERCÍCIO DA AÇÃO PENAL**

Projeto de monografia apresentado como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Ms. Georges Carlos Fredderico Moreira Seigneur.

Brasília

2015

Agradeço primeiramente aos meus pais, Marcos Maurício Palharini Wassilevski e Jaira Nogueira André, que me proporcionaram, além do acesso à educação, todo o carinho e suporte necessários para tornar possível esta conquista.

À minha namorada, Ana Carolina Veiga de Oliveira, que esteve ao meu lado desde o início do curso, alegrando o meu dia a dia e me dando forças para superar todas as adversidades, obrigado pelo seu amor e apoio incondicional.

À Denise Rosa Veiga pelo suporte, incentivo e contribuição decisiva para conclusão deste curso.

Ao meu orientador, Georges Carlos Fredderico Moreira Seigneur, por toda ajuda, atenção e pelo privilégio dos ensinamentos diários na Promotoria de Justiça do Paranoá.

Por fim, agradeço profundamente a todos meus amigos que, de alguma maneira, contribuíram me motivando na conclusão deste trabalho.

*"Não há nada como o sonho para criar o futuro.  
Utopia hoje, carne e osso amanhã."*

- Victor Hugo

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a possibilidade de que a “chance de êxito” passe a ser considerada um requisito para configuração de justa causa para o oferecimento da ação penal. Utilizando a metodologia de revisão bibliográfica, a pesquisa tem início pela compreensão do conceito de ação penal, seguido pelas condições genéricas da ação, analisando o conceito subjetivo aberto e indefinido de justa causa, bem como sua relação com o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Por fim, concluiremos sobre a interpretação do conceito de justa causa a fim de flexibilizar o princípio da obrigatoriedade em face do princípio da eficiência, além de resguardar o *status dignitatis* do acusado em relação ao ajuizamento de ações penais baseadas em um acervo probatório frágil que, apesar de inúteis para se consumar a pretensão punitiva, são capazes de causar um dano irreparável ao indivíduo.

Palavras-chave: Justa Causa. Princípio da Obrigatoriedade. Princípio da Eficiência. Ação Penal Pública. *Status Dignitatis*.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	6
<b>1 DA AÇÃO PENAL</b> .....	08
<b>1.1 Condições genéricas da ação penal</b> .....	14
1.1.1 <i>Possibilidade jurídica do pedido</i> .....	16
1.1.2 <i>Legitimidade das partes</i> .....	19
1.1.3 <i>Interesse de agir</i> .....	22
<b>2 JUSTA CAUSA E PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE NA AÇÃO PENAL PÚBLICA</b> .....	25
<b>2.1 Justa causa</b> .....	25
<b>2.2 Princípio da obrigatoriedade</b> .....	34
2.2.1 <i>Aplicabilidade</i> .....	36
<b>3 DA CHANCE DE ÊXITO COMO ELEMENTO DA JUSTA CAUSA</b> .....	43
<b>3.1 Princípio da eficiência</b> .....	46
<b>3.2 A atuação do Ministério Público em face do princípio da eficiência</b> .....	50
<b>3.3 A inserção da chance de êxito como elemento da justa causa para um processo penal eficiente</b> .....	53
<b>CONCLUSÃO</b> .....	58
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	60

## INTRODUÇÃO

A motivação para o presente trabalho surgiu da experiência prática de estágio na área criminal da Promotoria de Justiça do Paranoá, onde, diante de uma elevada demanda de inquéritos e processos penais, constatamos que a aplicabilidade atual do princípio da obrigatoriedade para a instauração da ação penal pública, não considera prejudicial o oferecimento de uma denúncia com ínfimas chances de condenação, mesmo diante do enorme dispêndio de recursos públicos (da Polícia, do Ministério Público e do Judiciário).

O tema reveste-se de suma relevância também pelo fato de que o mero ajuizamento da ação penal é, por si só, extremamente gravoso para o acusado, afetando diretamente seu *status dignitatis*.

Atualmente, em razão da sua indefinição legal, a justa causa possui um conceito subjetivo aberto que dá ensejo a inúmeras divergências doutrinárias acerca de seu entendimento, porém, tem sido simplificada apenas como acervo probatório mínimo necessário para instauração do processo penal, ou seja, provas de materialidade do delito e indícios de sua autoria.

Partindo da máxima de que, por força do princípio da obrigatoriedade, uma vez configurada a justa causa exige-se a atuação do Ministério Público, a pesquisa terá como enfoque a análise da possibilidade de consideração da “chance de êxito” como um requisito para configuração de justa causa, objetivando restringir a obrigatoriedade de instauração do processo penal apenas para as demandas com maior probabilidade de condenação.

O trabalho está dividido em três capítulos. No capítulo inicial trataremos da ação penal e das demais condições genéricas da ação, visando compreender a finalidade do processo como uma ferramenta meio para o atingimento do objetivo final.

O segundo capítulo consiste na análise dos diversos entendimentos doutrinários acerca do conceito de justa causa, bem como a análise do princípio da obrigatoriedade e a correlação entre justa causa e obrigatoriedade na ação penal pública.

Por fim, no terceiro e último capítulo, sustentaremos a viabilidade da chance de êxito como elemento da justa causa, para flexibilização do princípio da obrigatoriedade, em face do princípio da eficiência, buscando o melhor interesse público.

Desta forma, faz-se necessário o aprofundamento no tema para vislumbrar o cabimento da hipótese de consideração da chance de êxito como elemento necessário para configuração da justa causa, possibilitando a flexibilização do princípio da obrigatoriedade na ação penal pública, tornando-a mais eficiente.



## 1 DA AÇÃO PENAL

O direito de ação é previsto e garantido pelo art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que dispõe: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”<sup>1</sup>

A ação penal é o direito decorrente de uma infração penal precedente, quando ocorre a subsunção do fato típico ao caso concreto, legitimando que o Estado-acusação ou o ofendido requisite a prestação jurisdicional para atingir a pretensão de punir o infrator.<sup>2</sup>

“É o direito de pedir ao Estado-Juiz a aplicação do direito penal objetivo a um caso concreto. É também o direito público subjetivo do Estado-Administração, único titular do poder-dever de punir, de pleitear ao Estado-Juiz a aplicação do direito penal objetivo, com a consequente satisfação da pretensão punitiva.”<sup>3</sup>

A finalidade da ação penal é consolidar a pretensão acusatória, através da aplicação de uma pena ao autor do delito, tornando realidade o denominado *jus puniendi*, ou direito de punir, que apenas pode ser exercido pelo Estado.<sup>4</sup>

Em face da ação penal tutelar a liberdade pessoal do indivíduo, torna-se forçoso o monopólio Estatal do *jus puniendi*, garantindo que o indivíduo seja julgado de forma justa e segura, por um julgador neutro e imparcial, exigindo uma instrução correta, buscando a verdade real, sob a luz dos princípios da ampla defesa e do contraditório.<sup>5</sup>

Segundo Guilherme de Souza Nucci, a classificação mais comum das ações penais é feita em virtude da titularidade do seu exercício, sendo que a ação penal

---

<sup>1</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 22 dez. 2014.

<sup>2</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. – 11. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 138.

<sup>3</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. – 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 162.

<sup>4</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 173.

<sup>5</sup> JARDIM, Afrânio Silva. Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 17.

pública é exercida pelo Ministério Público, enquanto a ação penal privada compete ao particular promovê-la.<sup>6</sup>

“Em suma, pode-se dizer que as ações são: a) públicas, quando promovidas pelo Ministério Público, subdivididas em: a.1) incondicionadas, quando propostas sem necessidade de representação ou requisição; a.2) condicionadas, quando dependentes da representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça.”<sup>7</sup>

A subdivisão da ação penal pública supracitada está prevista no art. 24, do Código de Processo Penal, que determina a denúncia como petição inicial oferecida pelo *parquet*, confira-se:

“Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.”<sup>8</sup>

O foco de estudo deste trabalho é a ação penal pública, independente da subdivisão, que está prevista como regra, no art. 100, *caput*, do Código Penal: “A ação penal é pública, salvo quando a lei, expressamente, a declara privativa do ofendido”.<sup>9</sup>

“Como se sabe, por força de dispositivo constitucional expresse (art. 129) a regra é a persecução penal a cargo do Estado, por meio da ação penal pública, somente admitindo-se a iniciativa exclusivamente privada para crimes cuja publicidade, a partir da discussão judicial, seja particularmente gravosa aos interesses do ofendido, deixando-se a este, portanto, o juízo de conveniência e oportunidade da resposta penal. É o que ocorre, por exemplo, em relação aos crimes contra a honra.”<sup>10</sup>

---

<sup>6</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. – 11. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 138.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 139.

<sup>8</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 22 dez. 2014.

<sup>9</sup> BRASIL. Código Penal (1940). Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 22 dez. 2014.

<sup>10</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 104.

Apenas a título de curiosidade, o exemplo retromencionado dos crimes contra a honra, demonstra nitidamente a excepcionalidade do instituto da ação penal privada, que concede a vítima o direito de ação independentemente do juízo de valor do Ministério Público, pois apenas ela seria capaz de mensurar o grau de ofensa à sua honra em razão do delito.<sup>11</sup>

Em que pese tal classificação, salienta-se o caráter público de toda ação penal, mesmo as de iniciativa privada, pois apenas o ajuizamento de uma ação é capaz de provocar a função jurisdicional e permitir que o Estado exerça sua função punitiva.<sup>12</sup>

Conforme anteriormente citado, a legitimidade para o exercício do direito da ação penal pública está prevista no art. 129, inciso I, da Constituição Federal, que preceitua como função do Ministério Público: “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”.<sup>13</sup>

Neste diapasão, existe ainda a subdivisão de ação penal pública em incondicionada e condicionada à representação da vítima. A ação pública incondicionada tem como fundamento o impacto do crime na estrutura social, ou seja, o crime sofrido pelo indivíduo ultrapassa a esfera individual e atinge o interesse geral, tornando forçoso o dever do Estado de agir para punir o crime, independente da vontade da vítima.<sup>14</sup>

“A primeira (ação penal pública incondicionada) é aquela promovida pelo Ministério Público sem a interferência de quem quer que seja. É irrelevante, para a sua promoção, a vontade de contrária do ofendido.”<sup>15</sup>

Entretanto, existem opiniões doutrinárias que divergem quanto à irrelevância da vontade da vítima, por exemplo, José Frederico Marques, sustenta que, dependendo do tipo penal, caso os particulares se entendam, a persecução da ação

---

<sup>11</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 42.

<sup>12</sup> LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 359.

<sup>13</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 22 dez. 2014.

<sup>14</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. – 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 163.

<sup>15</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 167.

penal seria mais gravosa para a sociedade, pois trariam mágoas que poderiam refletir em maior abalo à paz social.<sup>16</sup>

Posicionamento que entendemos como lógico, haja vista a incoerência na aferição de disponibilidade dos bens jurídicos tutelados. Denota-se tal desproporcionalidade, por exemplo, quando o tipo penal de apropriação indébita, previsto no art. 168, do Código Penal (que tutela o bem jurídico patrimônio, de livre disponibilidade) seja um crime de ação penal pública incondicionada, enquanto o crime de lesão corporal leve, previsto no art. 129, do Código Penal (que tem como bem jurídico tutelado a integridade física, portanto indisponível) seja de ação penal privada.

Divergências doutrinárias à parte, evidencia-se que o princípio da obrigatoriedade (tema do capítulo seguinte) é o norteador da ação penal pública incondicionada, determinando que uma vez colhidas as provas, o Ministério Público deverá se manifestar sobre a viabilidade do oferecimento da denúncia e prosseguimento da ação.<sup>17</sup>

Entretanto, frisa-se que, em tese, o referido princípio não restringe a autonomia do Ministério Público, que, diante de provas frágeis, poderá optar, por exemplo, pelo não oferecimento da denúncia e arquivamento do inquérito, conforme explica José Frederico Marques:

“A ação penal é obrigatória e indeclinável: existindo a *opinio delictis*, o Ministério Público não pode deixar de agir. Todavia, a convicção do órgão da acusação estatal é algo que não se impõe, bastando dizer que, pedido o arquivamento, o Procurador da Justiça, se entender necessária a propositura da ação, designará a um outro promotor para funcionar no processo e iniciar a ação penal.”<sup>18</sup>

Nada obstante de ser o único legitimado à acusação nos crimes de ação penal pública, nada impede que o Ministério Público escolha arquivar o inquérito, ou até mesmo pugnar pela absolvição do acusado, quando devidamente convencido de

---

<sup>16</sup> MARQUES, José Frederico. Estudos de direito processual penal. 2.ed. Campinas: Millenium, 2001, p. 100.

<sup>17</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.140.

<sup>18</sup> MARQUES, José Frederico. Estudos de direito processual penal. 2.ed. Campinas: Millenium, 2001, p. 108.

sua inocência, podendo inclusive, impetrar ordem de *habeas corpus* em benefício do acusado ou pleitear pela produção de provas que o inocentem.<sup>19</sup>

Neste íterim, Marques alega que o princípio da obrigatoriedade no processo penal brasileiro é, de certa maneira, mitigado, ou relativo, pois a ação penal poderia deixar de ser proposta caso o interesse geral fosse melhor resguardado sem seu ajuizamento.<sup>20</sup>

Nos interessa saber em quais hipóteses o Ministério Público poderia, ou deveria, dispor do direito de propositura da ação penal, e quais os limites impostos hoje que deveriam ser relativizados, tema sobre o qual externarei opiniões embasadas nos próximos capítulos.

Dando prosseguimento, enfatiza-se que a ação penal pública condicionada à representação decorre também de um crime que atinge o interesse geral, entretanto, visando preservar a intimidade da vítima, devido à natureza do crime, o Estado lhe proporciona a decisão de representação a favor do início da ação penal, porém, a titularidade de exercício da ação permanece do Estado (Ministério Público).<sup>21</sup>

“O prisma da ação penal pública – condicionada ou incondicionada – volta-se ao interesse da sociedade na apuração e punição do infrator. Quando se permite ao ofendido o direito de representar, legitimando o Ministério Público a atuar, nada mais se faz que resguardar a mescla de interesses: público e privado. Nos crimes contra a dignidade sexual, de ação pública condicionada à representação da vítima, vislumbra-se interesse público, como a punição do esturador, mas também se pretende proteger a intimidade da pessoa ofendida, quando não deseja se expor. Por isso, a vítima de estupro pode representar, possibilitando ao Ministério Público ingressar com ação penal.”<sup>22</sup>

---

<sup>19</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 100.

<sup>20</sup> MARQUES, José Frederico. Estudos de direito processual penal. 2.ed. Campinas: Millenium, 2001, p. 101.

<sup>21</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 100.

<sup>22</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.140.

Entretanto, salienta-se que o Promotor de Justiça não se vincula à vontade de representação da vítima, que serve apenas como simples “condição de perseguibilidade”, que consiste em legitimar a acusação pública.<sup>23</sup>

Enquanto que a ação penal privada é respaldada pelo princípio da oportunidade, que dá legitimidade para a vítima decidir ingressar com a ação penal ou dispor desse direito livremente, desde que, obviamente, disponha de provas suficientes da ocorrência do delito.<sup>24</sup>

Por conseguinte, a ação penal pública condicionada é regida pela “junção” de ambos os princípios, pois, para a instauração da ação penal é necessária a representação da vítima (princípio da oportunidade), entretanto, uma vez iniciada a ação penal, não cabe mais à vítima dispor de tal direito, pois transfere-se a titularidade para o Ministério Público que deverá agir por força da lei (princípio da obrigatoriedade).<sup>25</sup>

Faz-se mister ressaltar que o processo penal não tem como única função desempenhar o regramento da aplicação do Direito Penal, conforme explica Eugênio Pacelli de Oliveira:

“O processo penal, de modo muito particular, não cuida de uma disputa entre partes e nem de um duelo entre aqueles que, dissentindo quanto à titularidade de um direito subjetivo e/ou acerca de uma obrigação jurídica, são obrigados a resolver seu conflito perante um árbitro, ou, mais especificamente, diante do Poder Judiciário. O acusado não pode estar entregue, nem à (má) sorte da (in)eficácia da atuação de seu defensor e tampouco à ira de um acusador movido pelo desejo de vingança.”<sup>26</sup>

Do mesmo modo, Marques corrobora o entendimento ao sustentar a distinção com a ação civil, confira-se: “Não se confunde, assim, a ação penal com o direito

---

<sup>23</sup> MARQUES, José Frederico. Estudos de direito processual penal. 2.ed. Campinas: Millenium, 2001, p. 108-109.

<sup>24</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.140

<sup>25</sup> *Idem.*

<sup>26</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 98.

punitivo material do Estado, da mesma forma que se apresentam distintos os direitos subjetivos privados e a ação civil”.<sup>27</sup>

Neste sentido, para existir a possibilidade de punição, deve-se proporcionar ao acusado o direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa, configurando o denominado devido processo legal.<sup>28</sup>

Para que haja o devido processo legal, além da observância das garantias fundamentais em fase pré-processual, é imperioso que a petição inicial - denúncia ou queixa - esteja munida de todos os requisitos para persecução do processo, como veremos no item subsequente.

Ademais, verifica-se que o Ministério Público não é um órgão que visa acusar e punir a todo custo, tendo em vista que exerce a função principal de fiscal da lei. Diante disso, tem-se que o *parquet* deve observar inúmeras questões antes de dar início à ação penal, primeiramente as denominadas condições da ação.

### 1.1 Condições genéricas da ação penal

O recebimento da petição inicial (denúncia para ações penais públicas e queixa para as ações penais privadas) pelo juiz é o feito que determina o início da ação penal, que tem como marco a transformação do status do sujeito passivo de indiciado, em via de regra, para réu.

“Desta forma, para que exista juridicamente um processo penal, se faz necessário uma demanda onde se exteriorize uma pretensão punitiva ou de liberdade, um órgão investido de jurisdição e partes que tenham personalidade jurídica, ao mesmo formal, no plano do processo.”<sup>29</sup>

Para José Frederico Marques a indicação clara do objeto, dos fundamentos e dos sujeitos ativos (Ministério Público nas ações penais públicas) e passivo (denunciado), são elementos necessários para demonstração da pretensão punitiva,

---

<sup>27</sup> MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal Volume II. 2. ed. Campinas: Millenium, 2003, p. 349.

<sup>28</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.143.

que tem por objetivo tornar apta a denúncia que irá instrumentalizar o direito de ação.<sup>30</sup>

“O direito de ação, embora autônomo e abstrato, está conexo instrumentalmente a uma pretensão pelo que liga a uma situação jurídica concreta sobre a qual deve incidir a prestação jurisdicional invocada.”<sup>31</sup>

Dessarte, somente poderá ser recebida a denúncia ou queixa que contenha os requisitos mínimos indispensáveis para o ajuizamento da ação, que demonstrem capacidade para consumação da pretensão punitiva, denominados de condições da ação.<sup>32</sup>

São consolidadas pela doutrina majoritária as seguintes condições da ação do Processo Penal: a) a possibilidade jurídica do pedido; b) a legitimidade das partes; e c) interesse de agir.<sup>33</sup>

“São as chamadas condições da ação que, na realidade, não são condições para a existência do direito de agir, mas condições para seu regular exercício. Por ser abstrato, o direito de ação existirá sempre. Sem o preenchimento destas condições mínimas e genéricas, teremos o abuso do direito trazido ao plano processual.”<sup>34</sup>

Portanto, a inobservância na configuração de quaisquer dos requisitos implicará em causa de rejeição da denúncia ou queixa por inépcia, ausência de pressuposto processual, falta de condição para o exercício da ação penal e ausência de justa causa para o exercício da ação penal.<sup>35</sup>

Consoante Mougnot, a utilização do termo “condições da ação” é usado equivocadamente pela doutrina, pois não é o direito de propositura da ação que

---

<sup>29</sup> JARDIM, Afrânio Silva. Direito processual penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 56.

<sup>30</sup> MARQUES, José Frederico. Estudos de direito processual penal. 2.ed. Campinas: Millenium, 2001, p. 30.

<sup>31</sup> MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal Volume II. 2. ed. Campinas: Millenium, 2003, p. 353.

<sup>32</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.143.

<sup>33</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 245.

<sup>34</sup> JARDIM, Afrânio Silva. Direito processual penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 92-93.



estaria condicionado, mas sim o direito da ação se desenvolver, por meio do processo, em julgamento de mérito.<sup>36</sup>

“Nesse sentido, a definição de Liebman, segundo a qual as condições da ação constituem as “condições essenciais para o exercício da função jurisdicional com referência à situação concreta deduzida em juízo.”<sup>37</sup>

Aprofundaremos nos itens subsequentes o conceito e as características de cada condição genérica da ação.

### 1.1.1 Possibilidade jurídica do pedido

A possibilidade jurídica do pedido existe quando a pretensão do autor resta amparada pelo direito material objetivo, ou seja, quando a conduta perpetrada pelo acusado é típica, antijurídica e culpável.<sup>38</sup>

“Se no processo civil o conceito de possibilidade jurídica é negativo, isto é, ele será juridicamente admissível desde que, analisado em tese, o ordenamento não o vede, no processo penal seu conceito é aferido positivamente: a providência pedida ao Poder Judiciário só será viável se o ordenamento, em abstrato, expressamente a admitir.”<sup>39</sup>

Portanto, para Fernando Capez, a análise dessa condição estaria diretamente ligada à causa de pedir (*causa petendi*), não se confundindo com o mérito da causa, devendo se desconsiderar, em tese, toda prova existente, analisando o fato “*tal como narrado na peça inicial*, sem se perquirir se essa é ou não a verdadeira

---

<sup>35</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.144.

<sup>36</sup> BONFIM, Edilson Mougnot. Curso de processo penal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 198-199.

<sup>37</sup> LIEBMAN *apud* BONFIM, Edilson Mougnot. Curso de processo penal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 198.

<sup>38</sup> MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal Volume I. 2. ed. Campinas: Millenium, 2003, p. 354.

<sup>39</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. – 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 164.

realidade, a fim de concluir se o ordenamento penal material comina-lhe, em abstrato, uma sanção.”<sup>40</sup>

Entretanto, para Guilherme de Souza Nucci, nada impede a antecipação do julgamento de mérito na análise da condição, desde que existam provas concretas, uma vez que apenas anteciparia a causa de absolvição sumária prevista no art. 397, inciso III, do Código de Processo Penal, eis o teor de seu posicionamento:

“A possibilidade jurídica do pedido liga-se apenas à viabilidade de ajuizamento da ação para que, ao final, seja produzido um juízo de mérito pelo magistrado, não significando que não possa haver, desde logo, quando for possível, a antecipação dessa avaliação de mérito, encerrando-se de vez a questão, quando as provas permitirem, no interesse do próprio indivíduo.”<sup>41</sup>

Dessarte, Tourinho Filho vai além e sustenta que o advento da Lei nº. 11.719/2008, que trata da rejeição da denúncia ou queixa, excluiu a possibilidade de rejeição da denúncia por impossibilidade jurídica do pedido, pois as expressões “se o fato evidentemente não constituir crime” e “estar extinta a punibilidade”, que, anteriormente, autorizavam sua rejeição foram deslocadas do art. 43 para o art. 397, ambos do Código de Processo Penal, perdendo assim o sentido de condição genérica da ação penal dado pela doutrina majoritária, pois agora configura causa de absolvição sumária.<sup>42</sup>

Neste mesmo sentido, o entendimento supracitado é corroborado pela afirmação de Eugênio Pacelli de Olivera, que defende que diante de um caso de ausência de tipificação prevista no ordenamento jurídico vigente para determinada conduta descrita na inicial, a melhor medida seria o julgamento antecipado do processo para absolver o acusado e não a rejeição da denúncia por impossibilidade jurídica do pedido.<sup>43</sup>

Para Maria Thereza Rocha de Assis Moura, o debate comparativo com o processo civil, sobre a possibilidade jurídica do pedido, é irrelevante para o processo

---

<sup>40</sup> *Idem.*

<sup>41</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 146.

<sup>42</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 247.

penal, pois o poder de punir do Estado limita-se à lei, por força do princípio da legalidade, previsto no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, que preceitua: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”<sup>44</sup>, sustentando portanto, que tal condição estaria relacionada como elemento da justa causa, senão vejamos:

“Para o processo penal, a discussão acerca da possibilidade jurídica como condição da ação e sua identidade ou não com a tipicidade. Esta – não há como deixar de reconhecer – integra o juízo de legitimidade da acusação. E, uma vez ausente, possibilita o trancamento da ação penal por falta de justa causa.”<sup>45</sup>

Em que pese exista a possibilidade de *emendatio libelli*, prevista no art. 383, do Código de Processo Penal<sup>46</sup>, que permite ao juiz adequar o fato narrado na denúncia à norma penal correspondente, sem a necessidade de rejeitá-la, ainda que contenha pedido juridicamente impossível, como, por exemplo, a pena de morte em crimes comuns.<sup>47</sup>

“A observação que se impõe, então, desde logo, é que, em tema de pedido, na ação penal condenatória, a exigência de previsibilidade abstrata de providência requerida não constitui óbice à admissibilidade da ação e ao conhecimento da pretensão. E assim é também porque a regra é que se apresente ao juízo criminal o pedido de condenação do acusado, pouco importando o eventual descompasso entre a sanção pretendida e aquela cominada no tipo penal previsto para o fato imputado.”<sup>48</sup>

Desta maneira, restando devidamente comprovado que o fato pelo qual o acusado foi denunciado não constitui crime, ou seja, não se tratando de hipótese de

---

<sup>43</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 109-110.

<sup>44</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 22 dez. 2014.

<sup>45</sup> MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Justa causa para ação penal – Doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 188-189.

<sup>46</sup> Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 22 dez. 2014.

<sup>47</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 109-110.

<sup>48</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 110.

*emendatio libelli*, vislumbra-se a hipótese de pedido juridicamente impossível, pois configura nitidamente violação ao princípio da legalidade, incapacitando a consumação da pretensão acusatória.<sup>49</sup>

### 1.1.2 Legitimidade das partes

A condição de legitimação para agir (*legitimatío ad causam*) refere-se à titularidade dos polos ativo (acusação) e passivo (réu) da ação penal, denominada de “*pertinência subjetiva da ação*”.<sup>50</sup>

O Ministério Público é o titular da ação penal pública, portanto, em regra, apenas ele, na figura de seu representante legal, possui legitimidade para atuar no polo ativo da referida ação penal, enquanto na ação penal privada o ofendido é o legitimado ativo, conforme preceituam os artigos 24, 29 e 30, do Código de Processo Penal.<sup>51</sup>

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

Art. 29. Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal.

Art. 30. Ao ofendido ou a quem tenha qualidade para representá-lo caberá intentar a ação privada.”<sup>52</sup>

Porém, Tourinho Filho ressalta que a legitimidade do Ministério Público para promover a ação penal pública não decorre de interesse no conflito entre agressor e

---

<sup>49</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 145.

<sup>50</sup> BUZAID *apud* MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal Volume I*. 2. ed. Campinas: Millenium, 2003, p. 356.

<sup>51</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. – 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 165.

<sup>52</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 22 dez. 2014.

agredido, mas sim da imposição legal, e, por isso, a verdadeira parte no polo ativo seria o Estado, titular do *jus puniendi*, e no polo passivo o infrator, titular do *jus libertatis*.<sup>53</sup>

Suponhamos que o Ministério Público ofereça denúncia por crime de ação penal privada, ou que o ofendido ofereça queixa por crime de ação penal pública (ressalvada a hipótese prevista do art. 29, do Código de Processo Penal<sup>54</sup>), estaríamos diante da evidente hipótese de rejeição da petição inicial por ausência da condição da ação de legitimidade das partes, uma vez que ambos os autores não são titulares da pretensão ajuizada, faltando-lhes legitimidade para agir, ensejando a aplicação do art. 395, inciso II, do Código de Processo Penal<sup>55</sup>, para rejeitar a denúncia ou ainda, caso já recebida, decretar a nulidade absoluta do processo, nos termos do art. 564, II, do Código de Processo Penal<sup>56,57</sup>

A exceção supracitada, prevista no art. 29, do Código de Processo Penal, seria uma espécie de legitimidade ativa concorrente, conforme elucida Guilherme de Souza Nucci, eis o teor de sua explanação:

“Excepcionalmente, pode haver legitimidade ativa para a causa concorrente, ou seja, mais de uma parte está autorizada legalmente a agir. Logicamente, não podendo haver duas ações penais idênticas contra o mesmo réu, quem o fizer em primeiro lugar, afasta o outro. É o que acontece quando o membro do ministério Público ultrapassa o prazo legal para o oferecimento da denúncia (art. 46, CPP), legitimando o ofendido a ingressar com queixa-crime (art. 29, CPP).

---

<sup>53</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 246.

<sup>54</sup> Art. 29. Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 22 dez. 2014.

<sup>55</sup> Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

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

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 22 dez. 2014.

<sup>56</sup> Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

II - por ilegitimidade de parte;

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 22 dez. 2014.

<sup>57</sup> MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal Volume I. 2. ed. Campinas: Millenium, 2003, p. 356.

Se este não o fizer, continua autorizado a oferecer a denúncia o promotor, figurando, pois, uma legitimação concorrente”<sup>58</sup>

Consoante Marques, a propositura da queixa-crime na ação penal privada seria, na realidade, uma espécie de substituição processual, concomitante, que, extraordinariamente, legitima o ofendido, que não é titular do *jus puniendi*, a exercer o direito de ação e de acusar.<sup>59</sup>

“[...] o ofendido, na titularidade ação privada, é senão um substituto processual (legitimação extraordinária), visto que só possui o direito de acusar (*ius accusationis*), exercendo-o em nome próprio, mas no interesse alheio, isto é, do Estado.”<sup>60</sup>

Em sentido contrário, Aury Lopes Jr. discorre:

“Nos delitos de ação penal, o particular é titular de uma pretensão acusatória e exerce o seu direito de ação, sem que exista delegação de poder ou *substituição processual*. Em outras palavras, atua um direito próprio (o de acusar) da mesma forma que faz o Ministério Público nos delitos de ação penal pública.”<sup>61</sup>

Por sua vez, para a configuração da legitimidade no polo passivo, basta que o denunciado seja capaz de sofrer a pretensão punitiva almejada pela ação, observando o princípio da intranscendência, pois não é parte legítima passiva aquele que não praticou a conduta ou auxiliou sua realização.<sup>62</sup>

“A ação somente pode ser proposta por aquele que é titular do interesse que se afirma prevalecer na pretensão, e contra aquele cujo direito de liberdade possa ser subordinado, no caso em foco, ao interesse punitivo do Estado.”<sup>63</sup>

---

<sup>58</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 149.

<sup>59</sup> MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal Volume I. 2. ed. Campinas: Millenium, 2003, p. 356. p. 357.

<sup>60</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. – 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 166.

<sup>61</sup> LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 404.

<sup>62</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 148.

Caso a acusação impute ao acusado delito que não haja sanção penal que a ele possa ser imposta, como, por exemplo, no caso de fatos típicos praticados por menores de 18 anos, ou imunidade parlamentar para certos crimes, configura-se então falta de legitimação passiva *ad causam*.<sup>64</sup>

O conceito supracitado de legitimidade *ad causam*, que se refere a titularidade da ação, não se confunde com o conceito de legitimidade “*ad processum*”, que diz respeito ao indivíduo estar em polo ativo, defendendo seus interesses em nome próprio, conforme previsto nos artigos. 33 e 34, do Código de Processo Penal<sup>65</sup>.<sup>66</sup>

### 1.1.3 Interesse de agir

Constata-se a existência do interesse de agir quando a pretensão requerida pelo autor for útil e adequada, possibilitando, através de um pedido idôneo, a provocação e atuação jurisdicional para consumação do objetivo final da ação.<sup>67</sup>

“Em geral, o interesse de agir é entendido como a reunião de três requisitos, sejam eles: a necessidade de agir em juízo, a adequação da medida pleiteada e a utilidade do provimento jurisdicional final.”<sup>68</sup>

Destarte, Guilherme Nucci defende a *necessidade* do devido processo legal como aspecto presumido do interesse de agir, pois trata-se de uma condição de

---

<sup>63</sup> MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal Volume I. 2. ed. Campinas: Millenium, 2003, p. 356.

<sup>64</sup> MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal Volume I. 2. ed. Campinas: Millenium, 2003, p. 357.

<sup>65</sup> Art. 33. Se o ofendido for menor de 18 anos, ou mentalmente enfermo, ou retardado mental, e não tiver representante legal, ou colidirem os interesses deste com os daquele, o direito de queixa poderá ser exercido por curador especial, nomeado, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, pelo juiz competente para o processo penal.

Art. 34. Se o ofendido for menor de 21 e maior de 18 anos, o direito de queixa poderá ser exercido por ele ou por seu representante legal.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 22 dez. 2014.

<sup>66</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. – 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, 165.

<sup>67</sup> MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal Volume I. 2. ed. Campinas: Millenium, 2003, p. 355.

<sup>68</sup> BONFIM, Edilson Mogenot. Curso de processo penal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 201.

toda ação penal para que haja possibilidade de consumação da pretensão punitiva do Estado para condenar o réu e submetê-lo à sanção penal.

“Enquanto o devedor cível sempre poderá quitar voluntariamente a dívida cobrada, o infrator penal jamais poderá voluntariamente submeter-se à sanção penal sem que antes disso tenha sido devidamente julgado e condenado.”<sup>69</sup>

Neste diapasão, Tourinho Filho vai além e define o interesse de agir como “plausibilidade do pedido”, pois o art. 12, do Código de Processo Penal<sup>70</sup> dispõe que: “o inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra”, portanto, caso não sirva, o autor deverá juntar outros documentos capazes de substituí-lo, gerando respaldo e tornando o pedido plausível para o exercício do direito de ação”.

A *adequação* refere-se à aplicação das regras procedimentais do Código de Processo Penal ao caso concreto, para que o pedido, devidamente instruído em provas pré-constituídas, seja capaz de condenar o réu.<sup>71</sup>

“O pedido pode firmar-se em fato típico e, portanto, em providência do texto legal que o torne possível, mas não ser adequado à situação concreta que é deduzida da acusação. Nesse caso, faltarão legítimo interesse para propositura da ação penal. [...] Ausente o interesse de agir, falta justa causa para a propositura da ação penal.”<sup>72</sup>

Em sentido contrário, Eugênio Pacelli de Oliveira defende que o *interesse-adequação* é inútil sob a ótica do processo penal, em face que o requerimento de determinada sanção, ainda que não corresponda efetivamente àquela prevista na cominação legal pertinente ao fato imputado ao agente, não impede o recebimento da denúncia por força do art. 383, do Código de Processo Penal<sup>73, 74</sup>

---

<sup>69</sup> BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de processo penal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 201

<sup>70</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 22 dez. 2014.

<sup>71</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 147.

<sup>72</sup> MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal Volume I. 2. ed. Campinas: Millenium, 2003, p. 355-356.

<sup>73</sup> Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.



Por fim, tratando da terceira e última condição – *utilidade* -, carecerá de interesse de agir a ação penal que for inútil para consumir a pretensão punitiva Estatal, como, por exemplo, quando, ao tempo do ajuizamento, verificar-se a prescrição da mesma.<sup>75</sup>

Trataremos no capítulo seguinte da próxima condição específica da ação – a justa causa – que, em virtude da sua natureza peculiar e relação direta com o princípio da obrigatoriedade, necessita ser analisada separadamente das demais condições aqui listadas.

---

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 22 dez. 2014.

<sup>74</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 107-108.

<sup>75</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. – 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.

## 2 JUSTA CAUSA E PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE NA AÇÃO PENAL PÚBLICA

Esclarecemos que a opção de colocarmos a justa causa - que é tida como uma espécie de condição da ação única do processo penal – neste capítulo junto com o princípio da obrigatoriedade, provém da correlação de um com o outro, de modo que uma vez configurada a justa causa na ação penal pública, por força do princípio da obrigatoriedade, exige-se que o Ministério Público dê início à persecução penal, ou, entendendo não ser o caso, justifique as razões para sua inércia.

### 2.1 Justa causa

Analisaremos neste momento o objeto principal da pesquisa. Conceituarei a justa causa de maneira ampla, explanando seus diversos entendimentos doutrinários, tendo em vista tratar-se de um conceito subjetivo aberto, que comporta diversos entendimentos, conforme relata Maria Thereza de Assis Moura:

“Tentar conceituar genericamente a justa causa apenas sob um de seus diversos ângulos constitui, em nosso entendimento, o grande equívoco da doutrina, o qual tem colaborado para a considerável divergência reinante na matéria, com reflexos, inclusive, na jurisprudência.”<sup>76</sup>

A justa causa é colocada pela legislação processual penal como requisito para indiciamento em inquérito, decreto da prisão cautelar, início da ação penal e, até mesmo, da sentença penal condenatória, conforme afirma Aury Lopes Jr.: “A justa causa não está apenas para condicionar a ação penal, mas também deve ser considerada quando do decreto de uma prisão cautelar e mesmo sentença penal condenatória no caso concreto”<sup>77</sup>

---

<sup>76</sup> MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Justa causa para ação penal – Doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 173)

<sup>77</sup> LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 377

Anteriormente à sua inserção no ordenamento jurídico pela Lei nº. 11.719 de 20 de junho de 2008, a justa causa era considerada apenas uma construção doutrinária, porém, hoje encontra-se prevista no art. 395, inciso III, do Código de Processo Penal, que trata da rejeição da denúncia quando: “*faltar justa causa para o exercício da ação penal*”.<sup>78</sup>

Além de revogar o art. 43, do Código de Processo Penal, a justa causa foi expressamente inserida como uma questão preliminar, porém, para Pacelli: “Não se afirmou ali nem que se tratava de uma condição da ação e nem qual seria o seu real significado.”<sup>79</sup>

“Em profundo estudo sobre o tema, ASSIS MOURA adverte sobre a indefinição que paira em torno do conceito, na medida em que “*causa* possui significado vago e ambíguo, enquanto que *justo* constitui um valor”. E prossegue lecionando que *justa causa* exerce uma função mediadora entre a realidade social e a realidade jurídica, avizinhandose dos “conceitos-válvula”, ou seja, de parâmetros variáveis que consistem em adequar concretamente a disciplina jurídica às múltiplas exigências que emergem da trama do tecido social. Mais do que isso, figura como um “antídoto de proteção contra o abuso de Direito”.<sup>80</sup>

Essa indefinição do conceito deu origem a um grande impasse doutrinário. Parte da doutrina defende que a justa causa limita-se ao simples interesse de agir, enquanto outros alegam se tratar de uma quarta condição autônoma, e, por fim, existem doutrinadores que sustentam que a justa causa seria uma espécie de “super condição” que engloba todas as demais.

Antes mesmo da lei ser promulgada, Afrânio Silva Jardim já a enumerava como quarta condição da ação, senão vejamos:

“Como vimos três condições que classicamente se apresentam no processo civil, acrescentamos uma quarta: a justa causa, ou seja, um lastro mínimo de prova que deve fornecer arrimo à acusação, tendo

---

<sup>78</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 22 dez. 2014.

<sup>79</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 116.

<sup>80</sup> ASSIS MOURA *apud* LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 377.

em vista que a simples instauração do processo penal já atinge o chamado *status dignitatis* do imputado.”<sup>81</sup>

Dessarte, em virtude do mero ajuizamento da ação penal ser capaz de ferir o estado de dignidade do acusado, gerando consequências patrimoniais e morais graves, além de um grave impacto social perante a comunidade em que o acusado está inserido, faz-se necessário que, para ser admitida, a peça acusatória venha devidamente acompanhada de suporte probatório mínimo, ou seja, de justa causa.<sup>82</sup>

“A acusação não pode, diante da inegável existência de penas processuais, ser leviana e despida de um suporte probatório suficiente para, à luz do princípio da proporcionalidade, justificar o imenso constrangimento que representa a assunção da condição de réu.”<sup>83</sup>

A exigência do lastro probatório mínimo para configuração da justa causa é essencial para a correta persecução da ação penal, sendo a rejeição da peça acusatória, em razão da sua ausência, uma ferramenta para combater a impunidade, conforme explana Pacelli, confira-se:

“É que se admitir a rejeição da peça acusatória sob tal fundamento (falta de justa causa) iria unicamente em favor dos interesses persecutórios, dado que permitiria o novo ingresso em juízo, após nova coleta de material probatório. Ora, se a acusação não tem provas nem as declina na inicial, não deveria propor a ação. Uma vez oferecida a denúncia, ou queixa, pode-se argumentar, a ação deveria ter seguimento, com a absolvição do acusado – e não a rejeição da denúncia, por falta de justa causa -, se insuficiente a atividade probatória da acusação.”<sup>84</sup>

Em sentido contrário, Mougnot refuta o conceito de justa causa como condição da ação autônoma colocado por parte da doutrina, e sustenta que a justa causa: “não expressa mais do que a existência, em cada caso concreto do interesse de agir e da legitimidade passiva *ad causam*”.<sup>85</sup>

---

<sup>81</sup> JARDIM, Afrânio Silva. Direito processual penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 93.

<sup>82</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 116.

<sup>83</sup> LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 378

<sup>84</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 117.

<sup>85</sup> BONFIM, Edilson Mougnot. Curso de processo penal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 203.

Entendimento corroborado por Capez, confira-se: “[...] ausência de qualquer elemento indiciário da existência do crime ou de sua autoria. É a justa causa, que a doutrina tem enquadrado como interesse de agir [...]”.<sup>86</sup>

Contestando a ideia de que a justa causa confunde-se com o interesse de agir, Guilherme de Souza Nucci defende o posicionamento de Maria Thereza Rocha de Assis Moura, a qual afirma que a justa causa seria uma síntese de todas as condições da ação, e que caso inexista qualquer uma delas, não há justa causa para ação penal. Por fim, conclui seu raciocínio criticando a ausência de lógica na redação do art. 395, do Código de Processo Penal<sup>87</sup>, *in verbis*:

“Portanto, sob esse prisma, soa-nos ilógica a atual disposição do art. 395 do CPP. Deve-se rejeitar a denúncia ou queixa se faltar condição para o exercício da ação penal (inciso II) ou faltar justa causa para o exercício da ação penal (inciso III). Ora, um inciso se subsume no outro. Se faltar justa causa significa não haver alguma das condições para o exercício da ação penal. E, por outro prisma, inexistindo qualquer das condições para o exercício da ação penal, não há justa causa.”<sup>88</sup>

Conforme o magistério de Maria Thereza Rocha de Assis Moura:

“(...) a justa causa não constitui condição da ação, mas a falta de qualquer uma das apontadas condições implica *falta de justa causa*: se o fato narrado na acusação não se enquadrar no tipo legal; se a acusação não tiver sido formulada por quem tenha legitimidade para fazê-lo e em face de quem deva o pedido ser feito; e, finalmente, se inexistir o interesse de agir, faltarà justa causa para a ação penal.”<sup>89</sup>

Por sua vez, Aury Lopes Jr., destaca que a justa causa é, além de indícios razoáveis de autoria e materialidade, uma forma de controle processual do caráter fragmentário da ação penal, servindo como limite contra o abuso do direito de

---

<sup>86</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. – 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 211.

<sup>87</sup> Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

I - for manifestamente inepta;

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

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

<sup>88</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 150.

<sup>89</sup> MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Justa causa para ação penal – Doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 221.

acusar, ensejando, inclusive, como causa de absolvição sumária nos termos do art. 397, inciso III (atipicidade), do Código de Processo Penal<sup>90</sup>, em suas palavras:<sup>91</sup>

“Quando se fala em justa causa, está se tratando de exigir uma causa de natureza penal que possa justificar o imenso custo do processo e as diversas penas processuais que ele contém. Inclusive, se devidamente considerado, o princípio da proporcionalidade visto como proibição de excesso de intervenção pode ser visto como a base constitucional da justa causa. Deve existir, no momento em que o juiz decide se recebe ou rejeita a denúncia ou queixa, uma clara proporcionalidade entre os elementos que justificam a intervenção penal e processual, de um lado, e o custo do processo penal, de outro.

No segundo caso, controle processual do caráter fragmentário do Direito Penal, a falta de justa causa conduzirá a um julgamento antecipado de mérito, com a absolvição sumária do réu, nos termos do art. 397, III (atipicidade da conduta). Haverá, assim, a produção de plenos efeitos da coisa julgada, impedindo-se novo processo contra o mesmo réu por esse fato.”<sup>92</sup>

Divergências doutrinárias à parte, sabendo do quão gravoso é o impacto causado pela instauração de um processo penal contra um indivíduo, ou, inclusive, do seu mero indiciamento em inquérito, atingindo diretamente seu “*status dignitatis*”, restou nitidamente demonstrada a intenção do legislador em exigir um suporte probatório mínimo, tratado pela doutrina como a prova de materialidade do delito e indícios de sua autoria, demonstrando a idoneidade e verossimilhança da acusação, com intuito de autorizar e legitimar a investigação e por conseguinte ação penal, tal exigência é denominada de justa causa.<sup>93</sup>

“Sempre admitimos a existência da justa causa como condição de ação, seja como quarta condição da ação, inserida no contexto da demonstração do interesse (utilidade) de agir, seja enquanto lastro mínimo de prova, a demonstrar a viabilidade da pretensão deduzida. A questão não pode se reduzir a uma disputa entre interesses de absolvição, pela manifesta ausência de provas, e interesses de acusação, no sentido de parte.

---

<sup>90</sup> Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar:

III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime;

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 22 dez. 2014.

<sup>91</sup> LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 377.

<sup>92</sup> *Ibidem*, p. 378-379.

<sup>93</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. – 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 211.

Do ponto de vista do exercício do poder público, não se deve, com efeito, admitir o desenvolvimento de atividade jurisdicional inútil, ou útil apenas em relação a determinados fins e interesses. Não há um direito subjetivo do acusado em ver julgado o mérito da ação penal, sobretudo quando o único fundamento a legitimar tal pretensão seja a inadequação da iniciativa persecutória.”<sup>94</sup>

O inquérito policial é a principal ferramenta para configuração da justa causa, servindo como alicerce para o oferecimento da denúncia, e, dada a sua importância, o art. 12, do Código de Processo Penal, dispõe que: “o inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa sempre que servir de base a uma ou outra”<sup>95</sup>.

“Há falta de base para a denúncia quando a prova colhida no inquérito não autoriza qualquer acusação, ou por não haver indícios da autoria, ou por não demonstrar, ao de leve que seja, a prática de crime.”<sup>96</sup>

Citando o julgamento pelo STF do arquivamento do Inquérito nº. 2041/MG<sup>97</sup>, Pacelli defende que a ausência de justa causa seria capaz, inclusive, de impedir o indiciamento do acusado, confira-se:

<sup>94</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 117.

<sup>95</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 22 dez. 2014.

<sup>96</sup> MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal Volume II. 2. ed. Campinas: Millenium, 2003, p. 204.

<sup>97</sup> O Ministério Público Federal, em promoção subscrita pela ilustre Subprocuradora-Geral da República, Dr<sup>a</sup>. CLAUDIA SAMPAIO MARQUES, aprovada pelo eminente Chefe do Ministério Público da União, Dr. ANTÔNIO FERNANDO BARROS E SILVA DE SOUZA, ao manifestar-se pelo arquivamento do presente inquérito, assim se pronunciou (fls. 757/759): "Trata-se de inquérito policial destinado a apurar a prática do delito de estelionato no âmbito da empresa COVEPE - COMÉRCIO DE VEÍCULOS PESADOS LTDA, concessionária da marca SCANIA em Governador Valadares/MG. Imputa-se aos investigados, responsáveis pela administração da empresa, a realização de fraude, consistente na utilização de pessoas domiciliadas na cidade de Governador Valadares/MG, como 'laranjas', para o fim de se obter, mediante consórcios, veículos da marca SCANIA. Segundo ainda consta das investigações, após a aquisição dos veículos, seja por sorteio ou lance, a propriedade era transferida aos seus efetivos proprietários, domiciliados em outros Estados da Federação, em fraude à Convenção da Marca Scania (Código de Ética). Todas as diligências requeridas pelo Ministério Público Federal (fls. 06, 703 e 732/734) foram devidamente cumpridas. Ocorre que, diante dos elementos coligidos nos autos do presente inquérito, não é possível afirmar a participação do Deputado Federal Lael Vieira Varella nos fatos sob investigação. Com efeito, não há indícios suficientes de que o parlamentar tenha participado ou autorizado a realização da fraude ora investigada, sequer que tinha conhecimento da existência da referida fraude. Com efeito, o Deputado Federal Lael Vieira Varella, em depoimento prestado a autoridade policial (fls. 282/285), afirmou que, desde sua posse no primeiro mandato de Deputado Federal, ocorrida em 1º.2.1987, não mais praticou qualquer ato de gestão nas empresas das quais é sócio. Afirmou também que não tinha conhecimento da prática do delito. As testemunhas ouvidas no curso do inquérito também não souberam informar se o mencionado parlamentar tinha conhecimento dos fatos (fls. 169/170; 171/172; 173/174 e 176/177). Nesse mesmo sentido, Luciano Ferreira Varella e Lael Vieira Varella

“Até mesmo para o fim de impedir o indiciamento no curso de inquérito policial, parece-nos possível o manejo da ausência de justa causa, quando absolutamente inexistentes indícios probatórios para tal valoração.”<sup>98</sup>

Filho, filhos do mencionado parlamentar e sócios da empresa, em seus depoimentos, prestados às fls. 718/720 e 721/723, respectivamente, também informaram que o seu pai não praticava quaisquer atos de administração da empresa à época dos fatos. Tal afirmação também foi corroborada nos depoimentos prestados por Maria da Glória Ferreira Varella, Misael Artur Ferreira Varella e Antonio Celso Ferreira. Todos foram unânimes em afirmar que, desde 1986, quando o investigado Lael Varella ingressou na carreira política, não mais praticou atos de administração nas empresas que compõem a 'holding' de propriedade da família Varella. Na verdade, somente Paulo César Argolo de Souza, ex-gerente da empresa, afirmou que o Deputado Federal tinha conhecimento dos fatos, tendo sido, inclusive, o mentor da prática delitiva (fls. 275/276; fls. 149 e 165/167 do apenso V). Ocorre que tal afirmação não encontra respaldo nos demais elementos colhidos no curso do presente inquérito. Ademais, em se tratando de ex-empregado da empresa, e de provável executor da fraude, o depoimento deve ser visto com reserva, pois evidentemente interessa ao citado empregado dividir a responsabilidade pelo crime com o investigado. Assim, **não vê o Ministério Público justa causa para o oferecimento de denúncia contra o parlamentar, tendo por base tão-somente o referido depoimento.** Embora não se exija, nas hipóteses de crimes societários, a descrição pormenorizada da conduta de cada agente, o simples fato de o investigado ser sócio ou administrador de uma empresa, sem que exista prova da sua efetiva participação no delito, não autoriza a instauração da ação penal. Para tanto, faz-se necessário estabelecer um vínculo entre o denunciado e a empreitada criminosa a ele imputada. Com efeito, há que se demonstrar a existência de uma mínima relação de causalidade entre as imputações e a condição de dirigente da empresa, sob pena de se consagrar a responsabilidade penal objetiva. Assim, diante das provas reunidas, constata-se que o parlamentar investigado não praticou ato de gestão na empresa COVEPE, sendo os seus efetivos administradores os seus filhos Luciano Ferreira Varella e Lael Vieira Varella Filho. Desse modo, com base na fundamentação exposta, e considerando que apenas o Deputado Federal Lael Vieira Varella goza de prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, não mais há razão para que o presente inquérito policial continue a tramitar perante o Supremo Tribunal Federal. Ante o exposto, requer o Ministério Público Federal o arquivamento do inquérito em relação, tão somente, ao Deputado Federal Lael Vieira Varella, com a posterior remessa dos autos à Comarca de Governador Valadares/MG, para que, como se entender, seja dado prosseguimento ao feito em relação aos demais investigados.”(grifei) Inexistindo, pois, nos autos deste procedimento, elementos que justifiquem, a critério do Procurador-Geral, o oferecimento de denúncia, não pode, o Supremo Tribunal Federal, recusar o pedido de arquivamento deduzido pelo próprio Chefe do Ministério Público (RTJ 57/155 - RTJ 69/6 - RTJ 73/1 - RTJ 116/7, v.g.): “O PEDIDO DE ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL, MOTIVADO PELA AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE PERMITAM AO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA FORMAR A 'OPINIO DELICTI', NÃO PODE SER RECUSADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.- Se o Procurador-Geral da República requer o arquivamento de inquérito policial, de peças de informação ou de expediente consubstanciador de 'notitia criminis', motivado pela ausência de elementos que lhe permitam formar a 'opinio delicti', por não vislumbrar a existência de infração penal (ou de elementos que a caracterizem), essa promoção não pode deixar de ser acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, pois, em tal hipótese, o pedido emanado do Chefe do Ministério Público da União é de atendimento irrecusável. Doutrina. Precedentes.”(RTJ 192/873-874, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno) Sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, acolho o pedido formulado pelo eminente Procurador-Geral da República (Lei nº 8.038/90, art. 3º, I). De outro lado, e considerando a manifestação do Ministério Público a fls. 759, item n. 19, que restringiu o pedido de arquivamento ao parlamentar em questão, remetam-se os presentes autos à comarca de Governador Valadares/MG, para os fins indicados nesse mesmo item constante da promoção da douta Procuradoria-Geral da República. Publique-se. Brasília, 06 de dezembro de 2005. Ministro CELSO DE MELLO Relator (STF - Inq: 2041 MG, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 06/12/2005, Data de Publicação: DJ 14/12/2005 PP-00009).

<sup>98</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 118.



Ademais, verifica-se a relevância da justa causa quando o legislador opta por utilizá-la como marco para contagem do prazo de oferecimento da denúncia, demonstrando a impossibilidade de início da ação penal sem ela, resguardando o *status dignitatis* do indiciado, conforme dispõe o art. 46, e seu §1º, do Código de Processo Penal<sup>99</sup>:

“Art. 46. O prazo para oferecimento da denúncia, estando o réu preso, será de 5 dias, contado da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos do inquérito policial, e de 15 dias, se o réu estiver solto ou afiançado. No último caso, se houver devolução do inquérito à autoridade policial, contar-se-á o prazo da data em que o órgão do Ministério Público receber novamente os autos.

“1º Quando o Ministério Público dispensar o inquérito policial, o prazo para o oferecimento da denúncia contar-se-á da data em que tiver recebido as peças de informações ou a representação”<sup>100</sup>

Neste diapasão, Pacelli vai além e sustenta que a justa causa pode ser apreciada como direito para exercício da ampla defesa, pois, apenas tendo acesso ao lastro probatório mínimo estando ciente, então, do “caminho percorrido na formação da *opinio delicti*”, o acusado poderia traçar uma estratégia de defesa capaz de impugnar corretamente cada ponto do pedido, senão vejamos:<sup>101</sup>

“Com efeito, exigir do Estado, por meio do órgão da acusação, ou do particular, na ação privada, que a imputação feita na inicial demonstre, de plano, a pertinência do pedido, aferível pela correspondência e adequação entre os fatos narrados e a respectiva justificativa indiciária (prova mínima, colhida ou declinada), nada mais é que ampliar, na exata medida do preceito constitucional do art. 5º, LV, da CF, o campo em que irá se desenvolver a defesa do acusado, já ciente, então, do caminho percorrido na formação da *opinio delicti*.”<sup>102</sup>

Portanto, evidencia-se que a ausência de justa causa constitui ilegalidade, e, apesar de inserida como condição da ação no art. 395, inciso III, do Código Penal,

---

<sup>99</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 248.

<sup>100</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 22 dez. 2014.

<sup>101</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 116.

<sup>102</sup> *Idem*.

não revogou a possibilidade de impugnação por meio de *habeas corpus*, que deverá ser impetrado nos termos do art. 648, inciso I, do Código de Processo Penal.<sup>103</sup>

“Quando se cuida da ação penal, maior peso adquirem esses argumentos, porquanto a *persecutio criminis* sempre afeta o *status dignitatis* do acusado e se transforma em coação ilegal, se inepta a acusação. A falta de *justa causa* para a coação processual, que se traduz na propositura da ação penal, é motivo, até, para impetração de ordem de *habeas corpus*, o que mostra ser inteiramente razoável que o juiz impeça a constituição da relação processual quando a denúncia se apresentar de todo não apta a produzir os efeitos jurídicos que são pedidos na acusação”<sup>104</sup>

Neste mesmo sentido, Aury Lopes Jr., citando Maria Thereza de Assis Moura, defende a viabilidade da impetração de *habeas corpus* objetivando a cessação da ilegalidade do recebimento da inicial acusatória sem justa causa, senão vejamos:

“Como adverte ASSIS MOURA, no âmbito do *habeas corpus* deve ser realizado o cotejo dos elementos colhidos na fase pré-processual, ainda que documentalmente (deve ser prova pré-constituída), com a acusação formulada em juízo, sob pena de perpetuar-se a coação ilegal (com a manutenção do processo sem justa causa) cometendo notória injustiça.”<sup>105</sup>

Ainda seguindo o raciocínio da autora podemos complementar que: “(...) a justa causa funciona como um requisito para o legítimo exercício da ação penal condenatória (...) impedindo o prosseguimento do processo em direção ao pronunciamento sobre a procedência ou improcedência do pedido”.<sup>106</sup>

Dessa forma, faz-se necessário uma interpretação sistêmica e ampla sobre a relação da justa causa como requisito para resguardar o *status dignitatis* do acusado, além de ter como objetivo conceder a possibilidade de ampla defesa,

---

<sup>103</sup> BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de processo penal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 203.

<sup>104</sup> MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal Volume II. 2. ed. Campinas: Millenium, 2003, p. 297

<sup>105</sup> LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 381

<sup>106</sup> MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Justa causa para ação penal – Doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.219.

demonstrando de maneira clara a formação da *opinio delicti* pelo órgão acusador, como dito anteriormente.

Ademais, verifica-se a importância da justa causa como elemento necessário para exigência da atuação do poder público em dar início à ação penal, razão pela qual questionarei no capítulo final desta pesquisa sua aplicabilidade atual absoluta, desconsiderando princípios constitucionais como o da eficiência administrativa, além da consequente impunidade gerada por uma acusação baseada em provas que configuram, atualmente, justa causa, mas que são incapazes de atingir a consumação da pretensão punitiva.

Entretanto, antes de dar início ao debate sobre a importância da justa causa e sua relação com a violação do *status dignitatis* do acusado, a impunidade e a eficiência no processo penal, faz-se necessário um aprofundamento do conceito e aplicabilidade do princípio da obrigatoriedade que rege a ação penal pública.

## 2.2 Princípio da obrigatoriedade

O princípio da obrigatoriedade, também denominado por parte da doutrina de princípio da legalidade, decorre do art. 24, do Código de Processo Penal<sup>107</sup>, que determina ser obrigatório, na ação penal pública incondicionada, o oferecimento da denúncia, quando o Ministério Público tiver acesso às provas mínimas capazes de amparar a acusação (prova de materialidade e indícios de autoria), ou seja, quando estiver presente a justa causa para o início da persecução penal.<sup>108</sup>

“O princípio da obrigatoriedade da ação penal significa não ter o órgão acusatório, nem tampouco o encarregado da investigação, a *faculdade* de investigar e buscar a punição do autor da infração penal, mas o dever de fazê-lo. Ocorrida a infração penal, ensejadora de ação penal pública incondicionada, deve a autoridade policial investigá-la e, em seguida, havendo elementos (prova da

---

<sup>107</sup> Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 22 dez. 2014.

<sup>108</sup> BONFIM, Edilson Mougnot. Curso de processo penal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 220.

materialidade e indícios suficientes de autoria), é obrigatório que o representante do Ministério Público apresente denúncia.”<sup>109</sup>

Contrariamente à ação penal privada, regida pelo princípio da oportunidade, que concede liberdade ao titular do direito (neste caso o particular), com base nos critérios de oportunidade de conveniência, para decidir sobre o ajuizamento da ação.<sup>110</sup>

Enquanto na ação penal pública condicionada ocorre a incidência de ambos os princípios: oportunidade para a vítima decidir sobre o oferecimento da representação e, a partir da representação, obrigatoriedade para a autoridade policial investigar, assim como, para o Ministério Público, uma vez munido de provas suficientes, dar início à ação penal.<sup>111</sup>

Neste diapasão, tem-se que o consectário lógico de legalidade e obrigatoriedade, provém de que, se não há crime sem prévia lei que o defina, nem pena sem prévia lei que a comine, em situação contrária, existindo crime definido por lei, faz-se forçosa a aplicação da pena ao autor da infração, se tratando portanto, não apenas de uma delimitação do poder do Estado mas também de exigência de sua atuação, em razão de deter, na figura do representante do órgão do Ministério Público, o monopólio da acusação nos crimes de ação penal pública incondicionada.<sup>112</sup>

Desta forma, Afrânio Silva Jardim afirma que as duas expressões (legalidade e obrigatoriedade) são tidas como sinônimas para maioria da doutrina, sendo que a o princípio da obrigatoriedade teria decorrência direta da legalidade, enfatizando que a expressão obrigatoriedade é melhor colocada para explicitar o dever legal do Ministério Público exercitar a ação penal.<sup>113</sup>

Contrariamente, Gazoto sustenta que o princípio da obrigatoriedade não decorre do princípio da legalidade, senão vejamos:

---

<sup>109</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 53

<sup>110</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. – 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 167.

<sup>111</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 53.

<sup>112</sup> *Idem*.

“Com efeito, as razões de discordância são duas: primeiro, porque o princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal pública decorre do **princípio da indisponibilidade do interesse público** e não do princípio da legalidade; segundo, porque o princípio da legalidade não significa que o agente público só possa fazer o que está expressamente previsto em lei.”<sup>114</sup>

Portanto, segundo entendimento de Gazoto, o princípio da legalidade é derivado do princípio do Estado de direito, e tem como principal objetivo a defesa do cidadão contra arbitrariedades dos agentes público, diferentemente do princípio da obrigatoriedade que controla o exercício do direito obrigação de acusar, não interferindo na esfera de individualidade de qualquer cidadão<sup>115</sup>, exemplificando seu entendimento da seguinte forma:

“Com efeito, não é no caso de inércia do Ministério Público que o princípio da legalidade encontrará aplicação, mas, sim, nos casos de efetivo exercício funcional, como na ocasião em que o promotor público requisita a instauração de inquérito policial, quando, então, somente poderá fazê-lo se houver notícia do crime, ou quando promove uma ação penal pública, pois, para tanto, deverá trazer um conjunto probatório mínimo para justificá-la (justa causa). Aqui, sim, pode-se falar em princípio da legalidade da atividade ministerial, pois, se carente de tais pressupostos haverá constrangimento ilegal sanável pela via do mandado de *habeas corpus* (CPP, art. 648, inc. I).”<sup>116</sup>

No item subsequente farei uma breve análise quanto ao entendimento atual da aplicabilidade do referido princípio.

### 2.2.1 Aplicabilidade

Verifica-se no art. 27, do Código de Processo Penal, que o legislador deixa clara a intenção de exigência da atuação do poder público, ao dizer que: “Qualquer pessoa do povo poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, nos casos em que

---

<sup>113</sup> JARDIM, Afrânio Silva. Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 50-51.

<sup>114</sup> GAZOTO, Luís Wanderley. O princípio da não-obrigatoriedade da ação penal pública: uma crítica ao formalismo no Ministério Público. São Paulo: Manole, 2003, p. 103-104.

<sup>115</sup> *Idem*, p. 104

<sup>116</sup> *Ibidem*, p. 107.

caiba a ação pública, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e a autoria e indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção.”<sup>117</sup>

Outrossim, o art. 28, do Código de Processo Penal<sup>118</sup>, confirma a aplicação do princípio da obrigatoriedade, ao exigir que o Ministério Público justifique e fundamente o pedido de arquivamento do inquérito policial, que será julgado primeiramente pelo juiz, que, exercendo função de controle anômala, caso discorde, encaminhará para decisão final do Procurador Geral de Justiça.<sup>119</sup>

“Além disso, o poder de arquivar a *informatio delicti*, o Ministério Público o não tem de maneira absoluta. Apesar de *dominus* da ação penal, ele precisa requerer o arquivamento ao juiz (Código de Processo Penal, art. 29), o que se dá justamente em consequência do princípio da legalidade. O órgão judiciário é chamado a intervir na qualidade de fiscal do princípio da obrigatoriedade penal.”<sup>120</sup>

José Frederico Marques defende que a expressão “razões invocadas” tem caráter vago e indefinido, concedendo uma certa liberdade para ao Ministério Público e ao Judiciário, adequar a aplicação da lei aos “*fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*”, conforme art. 5º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro<sup>121, 122</sup>

Desta maneira, tem-se que a indefinição do termo é, de certa forma, uma espécie de mitigação ao princípio da obrigatoriedade, pois permite que o Ministério Público formule seu pedido de arquivamento, em tese, por qualquer questão de ordem pública, que se justifique na defesa do bem comum, até mesmo, motivos de

<sup>117</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 22 dez. 2014.

<sup>118</sup> Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender. BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 22 dez. 2014.

<sup>119</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. – 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 168.

<sup>120</sup> MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal Volume I. 2. ed. Campinas: Millenium, 2003, p. 378

<sup>121</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)>. Acesso em: 15 fev. 2015.

<sup>122</sup> MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal Volume I. 2. ed. Campinas: Millenium, 2003, p. 100-101

oportunidade que forem considerados relevantes pelo juiz ou Procurador Geral de Justiça.<sup>123</sup>

“Note-se, ainda, que essa interpretação não conduz à oportunidade imoderada, com o arbítrio sem medidas do Ministério Público para arquivar, ou não, as peças da *informatio delicti*. O Promotor de Justiça fica sob o controle dos órgãos superiores do Ministério Público, a quem o juiz pode enviar o inquérito ou peças de informações se *considerar improcedentes as razões invocadas*.”<sup>124</sup>

A justificativa para aplicação deste princípio, tendo em vista que o Direito Penal tutela bens e interesses socialmente relevantes e impõem sanções gravosas (como a restrição de liberdade), decorre do fato do processo ser a única ferramenta capaz, no Estado Democrático de Direito, de impor uma pena ao indivíduo que pratica um crime, conforme dispõe o princípio do devido processo legal, portanto, apenas através do processo existe a possibilidade de consumação da pretensão punitiva com o conseqüente exercício do monopólio Estatal do *jus puniendi*.<sup>125</sup>

“Decorre da conjunção do princípio da legalidade penal associado aos preceitos constitucionais que conferem a titularidade da ação penal exclusivamente ao Ministério Público e, em caráter excepcional, ao ofendido. [...] Não se trata de mera faculdade do Poder Judiciário aplicar a lei penal ao caso concreto, embora saibamos que, atento ao princípio do devido processo legal, não poderá haver sanção sem que exista processo. Ora, se o Ministério Público é o titular exclusivo da ação penal, a única maneira viável de se aplicar a pena é através da materialização do processo criminal, exigindo-se a atuação do Estado-acusação.”<sup>126</sup>

Destarte, tendo em vista que, na ação penal pública incondicionada, o Ministério Público é, em regra, o único titular do direito de ação, não parece sensato

---

<sup>123</sup> *Ibidem*, p. 379.

<sup>124</sup> *Ibidem*, p. 101.

<sup>125</sup> JARDIM, Afrânio Silva. Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 51.

<sup>126</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 53.

que seu representante tenha total liberdade para, discricionariamente, baseado em critérios de oportunidade e conveniência, decidir dar início ou não ao processo.<sup>127</sup>

“Esse princípio fundamenta a vedação a que o órgão do Ministério Público, finalizado o inquérito policial, determine o seu arquivamento. Finalizada a investigação, caso o representante do Ministério Público entenda não haver elementos de prova suficientes para fundamentar o ajuizamento da ação penal (justa causa), deverá ele propor o arquivamento do inquérito ao juiz competente, ficando a decisão acerca do arquivamento sob o controle — exclusivamente no que tange ao atendimento do princípio da obrigatoriedade — do magistrado perante o qual oficia o órgão do Ministério Público.”<sup>128</sup>

Igualmente incoerente seria se o promotor de justiça pudesse desistir da ação que acabara de ajuizar, portanto, em decorrência lógica do princípio da obrigatoriedade, tem-se o princípio da indisponibilidade da ação penal, previsto no art. 42 do Código de Processo Penal, que determina que o Ministério Público não poderá desistir da ação penal.<sup>129</sup>

“A única distinção que se pode observar entre *obrigatoriedade* e *indisponibilidade* seria em relação ao momento processual do respectivo exercício, sendo o primeiro aplicável antes da ação penal e o segundo a partir dela.”<sup>130</sup>

Ademais, verifica-se que o princípio da obrigatoriedade não incide em grau recursal, pois, caso o representante do *parquet* concorde com a sentença, poderá manter-se inerte, porém, uma vez interposto o recurso (como a apresentação do termo de apelação), este não poderá ser abandonado, conforme dispõe o art. 576, do Código de Processo Penal: “Art. 576. O Ministério Público não poderá desistir de recurso que haja interposto.”<sup>131</sup>

---

<sup>127</sup> JARDIM, Afrânio Silva. Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 51.

<sup>128</sup> BONFIM, Edilson Mougnot. Curso de processo penal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 220-221.

<sup>129</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 53.

<sup>130</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 128

<sup>131</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 22 dez. 2014.



Entretanto, frisa-se que o referido princípio não é absoluto e sofreu nítida mitigação com a regra do art. 98, inciso I, da Constituição Federal, que deu ensejo a criação da Lei nº. 9.099/95, que trata em seu art. 76, da possibilidade de transação penal para as contravenções penais e crimes com pena máxima de dois anos, que visa a aplicação de penas restritivas de direito ou multa.<sup>132</sup>

“O princípio da obrigatoriedade, antes considerado absoluto, veio a ser mitigado com o advento da Lei n. 9.099/95, que institui um modelo consensual no processo penal, adotando o *princípio da discricionariedade regrada*, também chamado de *princípio da disponibilidade temperada*, para as infrações de menor potencial ofensivo”.<sup>133</sup>

Do mesmo modo, é cabível o arquivamento para casos de hipóteses excludentes de ilicitude ou culpabilidade, inclusive para os crimes dolosos contra a vida, apesar da existência de dispositivo constitucional que exige a competência do Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII, da Constituição Federal), em face da inutilidade prática de submissão do autor do fato (lícitos ou não culpáveis), diante de provas incontestáveis das excludentes.<sup>134</sup>

Por fim, conforme explica Capez, a inércia injustificada do Ministério Público poderá resultar na configuração do crime de prevaricação, previsto no art. 319, do Código Penal, sendo punível, em certos casos, a omissão de comunicação de crime<sup>135</sup>, confira-se:

“A omissão da comunicação de crime de ação pública é ilícito penal, quando alguém dele teve conhecimento “no exercício de função pública”, ou “no exercício da medicina ou de outra profissão sanitária” (Lei das Contravenções Penais, art. 66).”<sup>136</sup>

Neste sentido, defenderemos não a substituição do princípio da obrigatoriedade pelo da oportunidade, mas sim a necessidade de observância da chance de êxito de condenação como requisito para configuração da justa causa,

---

<sup>132</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. – 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 168.

<sup>133</sup> BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de processo penal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 221

<sup>134</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 127.

<sup>135</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. – 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 168.

visando a aplicação dos princípios da eficiência e da economia processual para evitar práticas inúteis, bem como, para resguardar a dignidade do suposto autor do delito, como veremos no capítulo final deste trabalho.

“A lei penal existe para fins de utilidade, e, por isso, deve aplicar-se sempre que se pratique uma infração penal. Determinar quando uma conduta seja danosa ou traga perigo, corresponde ao legislador; e, uma vez que este expressou seu convencimento e consagrou tal conduta como delituosa, a ação penal deve sempre ser proposta. A admitir-se o princípio da oportunidade a opinião do legislador seria substituída pela do Ministério Público, por uma opinião pessoal exposta a muitos erros, e com isso, poderia frustrar-se a defesa social.”<sup>137</sup>

Neste ínterim, o Ministério Público deveria ser livre para apresentar razões de pedido de arquivamento do inquérito policial que, objetivamente, causasse abalo a ordem pública, desde que não se tratasse de mero juízo de valor de seu representante.<sup>138</sup>

Nas palavras de José Frederico Marques: “Adotar-se o princípio da obrigatoriedade, a aplicação do Direito Penal, longe de melhor tutelar o interesse público e o bem comum, redundaria em fatal prejuízo para ambos.”<sup>139</sup>

Portanto, sustentaremos o meio termo entre o embasamento que justifica o princípio da obrigatoriedade – *nec delicta maneant impunita* (os delitos não podem ficar impunes) – e o da conveniência - *mínima non curat praetor* (o Estado não se preocupa com as coisas mínimas) -, sustentando que o Estado não deveria obrigar o Ministério Público a agir em casos de inutilidade da futura sentença condenatória, ou, ante a impossibilidade de obtenção de prova do delito<sup>140</sup>, tratando-se de casos que a inércia é benéfica para a administração pública, conforme define Gazoto:

---

<sup>136</sup> MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal Volume I. 2. ed. Campinas: Millenium, 2003, p. 377.

<sup>137</sup> FLORIAN *apud* MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal Volume I. 2. ed. Campinas: Millenium, 2003, p. 376.

<sup>138</sup> GAZOTO, Luís Wanderley. O princípio da não-obrigatoriedade da ação penal pública: uma crítica ao formalismo no Ministério Público. São Paulo: Manole, 2003, p. 201.

<sup>139</sup> MARQUES, José Frederico. Estudos de direito processual penal. 2.ed. Campinas: Millenium, 2001, p. 100.

<sup>140</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 169.

“São situações praticas que justificam o não-oferecimento de denúncia por parte do membro do Ministério Público mesmo diante da presença de indícios de autoria e materialidade de delito, por observância do princípio da eficiência da ação penal pública e por falta de interesse público: a) inutilidade da futura sentença condenatória; b) excesso e demanda aos serviços judiciários; e c) impossibilidade de obtenção de prova do delito.”<sup>141</sup>

Por fim, serão analisados os benefícios da mitigação do princípio da obrigatoriedade, denominado por parte da doutrina de oportunidade (ou discricionariedade) regrada, ou disponibilidade temperada, em relação a sua aplicabilidade atual, em face da exigência de ação, por força do princípio da obrigatoriedade e do atual entendimento quanto ao conceito de justa causa, em casos sem possibilidade de sustentação do decreto condenatório, causando grande impacto negativo, conforme explica o professor Luís Wanderley Gazoto, confira-se:

“As consequências das ações inúteis são duplamente nefastas: a) pelo desaproveitamento da atividade realizada; e b) pela ausência de atividade nos casos de que deixou de se ocupar por falta de recursos.”<sup>142</sup>

No capítulo final deste trabalho cogitaremos a necessidade de flexibilização do princípio da obrigatoriedade em prol do interesse público, utilizando conceito aberto de justa causa para sua efetivação.

---

<sup>141</sup> GAZOTO, Luís Wanderley. O princípio da não-obrigatoriedade da ação penal pública: uma crítica ao formalismo no Ministério Público. São Paulo: Manole, 2003, p. 201.

<sup>142</sup> *Idem.*

### 3. DA CHANCE DE ÊXITO COMO ELEMENTO DA JUSTA CAUSA

Conforme pontuado no decorrer do trabalho, evidencia-se que a justa causa é interpretada de diversas maneiras em razão da indefinição do seu conceito, que é tido como subjetivo e aberto pela doutrina. Contudo, não se diverge quanto ao fato da justa causa se tratar do acervo probatório mínimo necessário para o ajuizamento da ação penal, entendido como prova de materialidade do crime e indícios de sua autoria.

Após a obtenção deste acervo probatório mínimo, geralmente através do inquérito policial, o Ministério Público, na figura de seu representante, deverá dar início à instauração da ação penal pública por força do princípio da obrigatoriedade.

“Na doutrina pátria, a matéria não suscitou maiores divergências, posicionando-se os autores na direção de que, em face da legislação de 1941, vigora no processo penal brasileiro o princípio da obrigatoriedade para a propositura da ação penal pelo órgão acusador, em que pese a ausência de texto expresso que discipline a matéria.”<sup>143</sup>

Esta interpretação inflexível do princípio da obrigatoriedade pela doutrina brasileira provém, principalmente, da redação do art. 24, do Código de Processo Penal, que diz: “Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público [...]”<sup>144</sup>

Desta forma, inúmeros ilustres juristas brasileiros (dentre eles: Afrânio Silva Jardim, Hélio Tornaghi e Mirabete) consolidaram o entendimento de que o princípio da obrigatoriedade deve ser aplicado na ação penal pública de maneira absolutamente inflexível<sup>145</sup>. Nas palavras de Afrânio Silva Jardim:

“O princípio da obrigatoriedade é daqueles que não admitem a aplicação parcial, sob pena de se desfigurar.

<sup>143</sup> SILVA, Eduardo Araujo da. Ação penal pública: princípio da oportunidade regrada. São Paulo: Atlas, 1999, p. 33.

<sup>144</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 22 dez. 2014.

<sup>145</sup> GAZOTO, Luís Wanderley. O princípio da não-obrigatoriedade da ação penal pública: uma crítica ao formalismo no Ministério Público. São Paulo: Manole, 2003, p. 90.

Note-se que não estamos negando que o legislador possa, como na Alemanha, prever um poder discricionário para o Ministério Público exercitar ou não a ação penal em casos específicos, em casos determinados.

Em assim ocorrendo, temos o princípio da obrigatoriedade em toda a sua plenitude como regra geral, e a adoção expressa do princípio da oportunidade, em toda sua plenitude, para os casos alinhados pelo legislador.”<sup>146</sup>

Segundo Gazoto, o referido entendimento da doutrina majoritária ignora, de maneira errônea, qualquer hipótese de razões de interesse público que justificariam a inércia ministerial, como, por exemplo, a impossibilidade da consumação da pretensão punitiva ao final da ação<sup>147</sup>, confira-se:

“De forma geral, pode-se dizer que a doutrina jurídica brasileira, de maneira formalista e acrítica, atribui ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública sentido absolutamente inflexível, concebendo o membro do Ministério Público como um autômato formalizador de denúncias.”<sup>148</sup>

Portanto, iremos nos ater aos posicionamentos favoráveis à flexibilização do princípio obrigatoriedade, conforme o magistério de José Frederico Marques, já citado anteriormente, de que a expressão “razões invocadas”, prevista no art. 28, do Código de Processo Penal, tida como exigência de justificativa para arquivamento do inquérito policial pelo Ministério Público, é de caráter vago e indefinido, indicando a possibilidade de sua mitigação.<sup>149</sup>

[...] o art. 28 fala no arquivamento aludido a *razões invocadas* pelo órgão do Ministério Público, que o juiz examinará se são ou não procedentes. Ora, não dizendo a lei processual que razões são essas, nada impede que o Ministério Público invoque motivos de oportunidade condizentes com o que exigem o bem comum. [...] o postulado dominante do processo penal pátrio é o da obrigatoriedade mitigada ou relativa da propositura da ação penal pública. Se o exame da aplicação *bic et nunc*, da lei penal levar à conclusão de

<sup>146</sup> JARDIM, Afrânio Silva. Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 55.

<sup>147</sup> GAZOTO, Luís Wanderley. O princípio da não-obrigatoriedade da ação penal pública: uma crítica ao formalismo no Ministério Público. São Paulo: Manole, 2003, p. 91.

<sup>148</sup> *Idem*.

<sup>149</sup> MARQUES, José Frederico. Estudos de direito processual penal. 2.ed. Campinas: Millenium, 2001, p. 100-101.

que o interesse geral será mais bem resguardado sem a persecução penal acusatória, a ação penal pode deixar de ser proposta.”<sup>150</sup>

Com entendimento equivalente, Gazoto também defende a flexibilização da obrigatoriedade a fim de evitar a propositura da ação em benefício do bem público, porém baseado em argumento diverso, em suas palavras:

“[...] defendo posição não especificamente contrária, como se o Ministério Público pudesse gozar de disponibilidade da ação penal pública, mas, sim, de que o exercício desta deve ser submetido ao crivo do princípio constitucional da eficiência das instituições públicas e dos instrumentos de que as instituições dispõem para atingir seus maiores interesses”<sup>151</sup>

Logo, tendo em vista que a ação penal é o instrumento para atingir o objetivo final, consumação da pretensão punitiva na ação penal pública, deveria o princípio da obrigatoriedade submeter-se ao da eficiência em caso de colidência.<sup>152</sup>

Neste entendimento, a existência de interesse público predominante justificaria a inércia ministerial, mesmo nos casos em que estejam presentes prova da materialidade e indícios de autoria, se tratando, portanto, de causa de ressalva ao princípio da obrigatoriedade.<sup>153</sup>

“Sendo mero instrumento e não finalidade em si, a ação penal pública somente pode ser movida se, razoavelmente, houver probabilidade de produzir os efeitos desejados. Por isso, o Ministério Público, como instituição política promotora da persecução penal, deve organizar-se para bem gerir suas forças e, assim, atingir o interesse público de sua alçada.”<sup>154</sup>

Desta forma, faz-se necessária uma breve análise ao princípio da eficiência para compreender a possibilidade de reflexo do entendimento supracitado para adequação do conceito de justa causa.

---

<sup>150</sup> *Idem.*

<sup>151</sup> GAZOTO, Luís Wanderley. O princípio da não-obrigatoriedade da ação penal pública: uma crítica ao formalismo no Ministério Público. São Paulo: Manole, 2003, p. 93.

<sup>152</sup> *Ibidem*, p. 94.

<sup>153</sup> *Ibidem*, p. 53.

<sup>154</sup> *Ibidem*, p. 94.

### 3.1 Princípio da eficiência

O princípio da eficiência foi expressamente inserido na Constituição Federal em 04 de junho de 1998 pela Emenda Constitucional nº 19, e está previsto no art. 37:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”<sup>155</sup>

Ademais, relaciona-se também com o tema desta pesquisa o princípio da economia processual, que decorre do princípio da eficiência. O princípio da economia processual determina que o processo, por ser instrumento para busca da pretensão, não pode ser mais dispendioso que o bem almejado pela disputa, devendo buscar sempre a máxima eficiência na aplicação do Direito, com a menor quantidade de atos processuais possíveis.<sup>156</sup> Nas palavras de Capez, eis os exemplos de sua aplicação:

“No processo penal, não se anulam atos imperfeitos quando não prejudicarem a acusação ou a defesa e quando não influírem na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa (CPP, arts. 563 e 566). Outras situações em que se aplica o princípio são: a reunião de processos conexos ou em relação de continência (CPP, arts. 76 e 77), a reconvenção, a ação declaratória incidental, o litisconsórcio etc.”<sup>157</sup>

Salienta-se, portanto, a necessidade de aplicação do princípio da eficiência aos atos administrativos praticados na esfera do Poder Judiciário, vinculando inclusive o Ministério Público, em que pese este não faça parte do Poder Judiciário, confira-se:

---

<sup>155</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 22 dez. 2014.

<sup>156</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. – 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 67.

<sup>157</sup> *Idem*.

“Os princípios da administração pública são dirigidos a todos os Poderes, abrangendo em seu âmbito o Poder Judiciário, devendo este atuar com produtividade, perfeição e adequação técnica no exercício do serviço público; orientar-se para alcançar o resultado de interesse público, conforme Moraes”<sup>158</sup>

O Ministério Público é um órgão Estatal que tem como finalidades a defesa da ordem jurídica e o exercício do direito de acusação buscando a consumação da pretensão punitiva no processo penal. Sendo assim, trata-se de um instrumento de realização da atividade estatal que deve vincular seus atos ao melhor interesse público.<sup>159</sup>

“[...] o Ministério Público não é uma partícula, mas sim, uma instituição; por isso, fere o princípio constitucional da eficiência administrativa a ação individualmente eficiente, se ela prejudicar a eficiência da ação institucional, globalmente considerada.”<sup>160</sup>

Entende-se por eficiente algo que produza o efeito almejado, com a maior rapidez e que dispenda a menor quantidade possível de recursos (visando a redução dos atos processuais). Portanto, para mensurar a eficiência no caso concreto, deverá se observar a finalidade da prática do ato administrativo. No caso da ação penal, o objetivo é a consumação da pretensão punitiva, obtendo a condenação do acusado.<sup>161</sup>

“Daí, pode-se concluir que princípio da eficiência e princípio da finalidade são faces de uma mesma moeda: eficiente é a ação que, valendo-se dos instrumentos de atuação, atingiu o fim a que se propôs; eficiência refere-se a resultado (ser), finalidade diz respeito a instrumento (dever ser).”<sup>162</sup>

---

<sup>158</sup> MORAES *apud* BRITO, Alexis Couto de. Processo penal brasileiro / Alexis Couto de Brito, Humberto Barrionuevo Fabretti, Marco Antônio Ferreira Lima. – 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2014, p. 32.

<sup>159</sup> GAZOTO, Luís Wanderley. O princípio da não-obrigatoriedade da ação penal pública: uma crítica ao formalismo no Ministério Público. São Paulo: Manole, 2003, p. 107.

<sup>160</sup> *Ibidem*, p. 112.

<sup>161</sup> *Ibidem*, p. 107.

<sup>162</sup> *Idem*.



Havemos de convir que, atualmente, o conceito do princípio da obrigatoriedade adotado pela doutrina majoritária desconsidera completamente os fundamentos do princípio da eficiência, uma vez que não há qualquer questionamento quanto a existência da real possibilidade de condenação como condição à exigência de atuação do órgão acusatório.

Nesse diapasão, diversas vezes o Promotor de Justiça se vê obrigado a ajuizar uma ação que, por experiência própria, sabe que será inútil, tendo em vista a remota probabilidade de condenação ao término da ação, como, por exemplo, no caso da denúncia baseada em inquérito que contenha como elemento probatório apenas a confissão do denunciado em fase inquisitorial, sem previsão de obtenção de novas provas no curso do processo.

“[...] quando o promotor de justiça pensa estar cumprindo papel que lhe é imposto por lei, muitas vezes está agindo de tal maneira contraproducente que está promovendo um desfavor para o interesse público”<sup>163</sup>

Então por qual razão não se observa a finalidade pública em face da obrigatoriedade do ajuizamento da ação penal pública? Nas palavras de Gazoto:

“[...] a finalidade pública não tem sido observada tomando-se como ponto de vista o macrocosmo do Estado, mas, sim, compartimentada em pequenos feixes de interesse, o que nos tem legado uma desestruturação operacional gravemente prejudicial aos seus objetivos maiores.”<sup>164</sup>

Ademais, dando continuidade ao seu raciocínio, ele afirma que atualmente adota-se uma visão estrutural do Direito para busca de efetividade e redução de inconveniências oriundas de uma especialização metodológica entre suas disciplinas, e conclui com uma citação de Menezes Cordeiro:

No período do Direito comum, os diversos ramos jurídico-normativos eram cultivados pela generalidade dos juristas. A evolução subsequente implicou um desenvolvimento sem precedentes, em

---

<sup>163</sup> *Ibidem*, p. 111.

<sup>164</sup> *Ibidem*, p. 108.

termos quantitativos, do material requerido para a solução de casos concretos. A multiplicação das fontes, da doutrina e da jurisprudência e a própria complexização das situações vocacionadas para a intervenção do Direito atingiram, ao longo deste século XX uma proporção que inviabiliza qualquer controle alargado, realizado por uma única pessoa.

A especialização fez, então uma aparição intensiva, começando, em pouco tempo, a revelar efeitos profundos. Faturas culturais acusam uma presença crescente. Num primeiro tempo, este fenômeno, inicialmente pouco patente, veio conduzir, por exemplo o Direito privado, o Direito administrativo e o Direito penal, para vias culturais diferentes; [...]

**Perante um problema a resolver, não se aplica apenas a norma, primordialmente vocacionada para a solução: todo o Direito é chamado a depor.** Por isso, há que lidar com diversos ramos do Direito em termos articulados, com relevo para a Constituição – a interpretação deve ser conforme a Constituição, os diversos dados normativos relevantes e os próprios níveis instrumentais, como o processo.<sup>165</sup>

Desta forma, assim como o autor, defende-se a relativização da obrigação do Ministério Público em instaurar a ação penal pública quando extremamente improvável que se obtenha êxito, ou, caso contrário, estaria aplicando de maneira ineficiente os recursos públicos e, por consequência, causando danos à União ou ao Estado

“Não se move a máquina judiciária em persecução penal por mero deleite, para simplesmente vê-la em movimento. Como em toda atividade estatal, subjacente a ela, existe um interesse que a motiva e a anima: a apuração da responsabilidade penal de alguém. Qualquer outro objetivo será acessório (como o interesse de reparação de dano) ou abusivo (para somente incomodar o réu). Inexistente o interesse principal, perecem todos os demais

Na comunidade forense, ninguém se diz formalista, mas, quando se está diante de hipótese de não oferecimento de denúncia por motivo que não seja a falta de indícios criminais, mesmo que justificada, quase todos dizem que o promotor não poderia fazê-lo por falta de previsão legal. Obrigar-se o exercício da ação penal pública meramente para dar cumprimento à letra da lei, prevendo-se, de antemão, o seu insucesso, em razão de fatores concretos obstaculizadores, isso é formalismo!”<sup>166</sup>

<sup>165</sup> CORDEIRO *apud* GAZOTO, Luís Wanderley. O princípio da não-obrigatoriedade da ação penal pública: uma crítica ao formalismo no Ministério Público. São Paulo: Manole, 2003, p. 109.

<sup>166</sup> GAZOTO, Luís Wanderley. O princípio da não-obrigatoriedade da ação penal pública: uma crítica ao formalismo no Ministério Público. São Paulo: Manole, 2003, p. 112.

No item seguinte listaremos as hipóteses que justificam a inércia ministerial em razão do princípio da eficiência, além de demonstrar que os efeitos negativos causados pela inobservância ao princípio da eficiência são severamente prejudiciais à administração da Justiça. Por fim, exemplificaremos o equívoco do entendimento de que promoveria a impunidade a concessão de discricionariedade ao órgão acusador para requerer o arquivamento do inquérito nestes casos.

### 3.2 A atuação do Ministério Público em face do princípio da eficiência

Inicialmente, verifica-se que a Constituição Federal de 1988, no seu art. 129<sup>167</sup>, conferiu ao Ministério Público a função institucional privativa de promover a ação penal pública na forma da lei.<sup>168</sup>

Portanto, constata-se especificamente no processo penal um antagonismo das funções do Ministério Público, tendo em vista que, além de promover a ação penal pública, deverá fiscalizar a aplicação da lei, de modo que, constatando qualquer violação à lei, necessariamente recorrerá em favor do réu.<sup>169</sup>

Diante disso, parece-nos coerente exigir que o *parquet* seja, de certa maneira, imparcial, mesmo exercendo a função de acusador, razão pela qual necessita-se que seja concedido parcela de discricionariedade para uma atuação eficiente em relação à finalidade do processo, entendimento contrário ao princípio da obrigatoriedade aplicado atualmente, que não permite qualquer margem de decisão quanto a viabilidade da demanda.<sup>170</sup>

Gazoto menciona a existência de uma obrigatoriedade finalista na atuação Ministerial, buscando harmonia entre o cumprimento do interesse público em aplicar

---

<sup>167</sup> Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 22 dez. 2014.

<sup>168</sup> GAZOTO, Luís Wanderley. O princípio da não-obrigatoriedade da ação penal pública: uma crítica ao formalismo no Ministério Público. São Paulo: Manole, 2003, p. 115.

<sup>169</sup> *Idem*.

<sup>170</sup> *Ibidem*, p. 118.

a sanção penal, desde que compatível com a função maior da administração pública: a busca do bem comum.<sup>171</sup>

“De nada adianta à sociedade o Ministério Público oferecer denúncias e mais denúncias e não conseguir obter a resposta do aparelho judicial às suas ações penais, vendo as ações terminadas em reconhecimento de prescrição. [...]

Dessa forma, não encontrando viabilidade prática para obtenção de sucesso com determinada ação penal, o membro do Ministério Público, para atender ao interesse público, não deve oferecê-la”<sup>172</sup>

Desta feita, dando continuidade ao raciocínio do autor, são citados por ele três exemplos que justificariam o arquivamento de inquéritos com prova de materialidade e indícios de autoria, mas que se mostram incompatíveis com o princípio da eficiência e por falta de interesse público: a inutilidade da futura sentença condenatória, o excesso de demanda aos serviços judiciários e a impossibilidade de obtenção de prova do delito. Nos interessando apenas o primeiro e último motivo, a inutilidade de sentença condenatória futura e a impossibilidade de obtenção de prova do delito.<sup>173</sup>

O exemplo de impossibilidade de obtenção de prova do delito é exatamente o que defendemos não configurar justa causa para instauração do processo penal, confira-se:

“A experiência revela que existem casos em que o Ministério Público reúne, no inquérito policial, indícios criminais suficientes para o oferecimento da ação penal, sabendo, porém, de antemão, não existir a mínima probabilidade de sua confirmação em juízo, sendo impossível chegar a uma sentença condenatória, como em caso de falso testemunho, em que na verdade é improvável ou em que não há meios de demonstrar o dolo do agente em falsear a verdade.”<sup>174</sup>

Da mesma forma, entende-se que a sentença condenatória é inútil quando incapaz de produzir seus efeitos, como por exemplo, em razão da inevitável prescrição retroativa – seja no curso do inquérito policial (anterior à lei 12.234/2014

---

<sup>171</sup> *Idem.*

<sup>172</sup> *Ibidem*, p. 119.

<sup>173</sup> *Ibidem*, p. 133

<sup>174</sup> *Ibidem*, p. 146

de 6 de maio de 2010, que eliminou tal hipótese), ou no curso da ação penal -, ou mesmo quando impossível a execução da pena imposta – como nos casos onde há apenas a pena de multa na qual quantia a ser executada é inferior aos custos de sua execução, sendo o pedido de arquivamento imperioso para o melhor interesse público.<sup>175</sup>

“Concluindo, a melhor opção para o interesse público quando está diante de inquérito policial cuja ação penal pública não teria probabilidade de alcançar utilidade prática, em razão da inevitabilidade da prescrição retroativa, é a de que o Ministério Público promova o seu arquivamento por falta de interesse processual, sem julgamento de mérito. Se a ação penal já estiver em curso, para não ferir o direito do réu de obter a coisa julgada de imediato, o membro do Ministério Público deve requerer o abortamento da instrução processual e a imediata decretação da extinção de punibilidade, em razão da prescrição da pretensão punitiva estatal.”<sup>176</sup>

Por fim, verifica-se que as consequências da inobservância do princípio da eficiência na instauração de ações penais inúteis são consideravelmente lesivas para o interesse público, tendo em vista que os recursos públicos dispendidos inutilmente naquela demanda – incluindo os trabalhos da Polícia, do Ministério Público e do Judiciário - deixam de ser aplicados em outros casos que, provavelmente, ficaram inertes em razão desta má utilização.<sup>177</sup>

“As consequências das ações inúteis são duplamente nefastas: a) pelo desaproveitamento da atividade realizada; e b) pela ausência de atividade nos casos de que deixou de se ocupar por falta de recursos.”<sup>178</sup>

No item final sustentarei que a exigência de chance de êxito para configuração da justa causa é compatível com a legislação processual penal vigente em face dos argumentos até então expostos, e que, conferindo parcela de

---

<sup>175</sup> *Idem.*

<sup>176</sup> *Ibidem*, p. 138.

<sup>177</sup> GAZOTO, Luís Wanderley. O princípio da não-obrigatoriedade da ação penal pública: uma crítica ao formalismo no Ministério Público. São Paulo: Manole, 2003, p. 144.

<sup>178</sup> *Ibidem*, p. 201.

discricionariedade para o órgão acusador trará maior eficiência para o sistema processo penal como um todo.

### 3.3 A inserção da chance de êxito como elemento da justa causa para um processo penal eficiente

Partindo da máxima de que, com base no melhor interesse público, o Ministério Público sabendo que será extremamente improvável a comprovação da materialidade ou autoria do delito em juízo, não deveria sequer dar início à ação penal.

Entretanto, como tornar possível a aplicação deste entendimento sem qualquer modificação legislativa que instaure o princípio da oportunidade regrada para determinadas hipóteses da ação penal pública? Através da análise da justa causa de maneira ampla.

“Em síntese: a análise da *justa causa*, vale dizer da justa razão ou da razão suficiente para instauração da ação penal, não se faz apenas de maneira abstrata (vale dizer, em tese), mas também, e principalmente, calcada na conjugação dos elementos acima mencionados (isto é, em hipótese) que demonstrarem a existência de fundamento de fato e de Direito, a partir do caso concreto.”<sup>179</sup>

Foram citados até agora diversos argumentos que tornam viável a consideração da chance de êxito como elemento da justa causa, dentre eles: a maior precaução em não ofender indevidamente o *status dignitatis* do acusado, a relativização do princípio processual penal da obrigatoriedade em face do princípio constitucional da eficiência administrativa, a redução da impunidade por diminuir o número de denúncias formuladas com base em um acervo probatório frágil, dentre outros.

“<sup>180</sup>[...] o Ministério Público deve requerer o arquivamento do inquérito se entender que não há base para a formulação da denúncia. Sob determinado ângulo, tal procedimento dá-se porque reconhecida a

---

<sup>179</sup> MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Justa causa para ação penal – Doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 223.

<sup>180</sup> *Ibidem*, p. 243.

falta de justa causa para o processo penal, que atinge o *status dignitatis* do indivíduo.”

Valendo-se do conceito aberto de justa causa para o oferecimento da ação penal, bem como da indefinição das “razões invocadas” para justificar arquivamento do inquérito policial do art. 28, do Código de Processo Penal, e baseando-se em uma interpretação sistêmica do princípio constitucional da eficiência administrativa com o princípio processual penal da obrigatoriedade, entendemos ser plenamente possível a utilização de qualquer dos argumentos supracitados a fim de se evitar a instauração de ações penais públicas incapazes de atingir seu objetivo final de condenação.

“A denúncia ou queixa oferecida sem que exista mínima probabilidade de condenação é iníqua e profundamente imoral, razão pela qual o promotor de justiça ou particular que acusa sabendo ser sem justa causa a imputação, ou se vale de acusação infiel para torna-la mais gravosa, e ainda, o juiz que a recebe, deveriam ser responsabilizados pela iniquidade que o excesso de acusação traduz”<sup>181</sup>

Gazoto corrobora o entendimento de responsabilidade estatal nos atos jurisdicionais, sustentando que, em prol do interesse público, decidiu ao incomodar alguém que não deveria ser incomodado, devendo, por isso, ser indenizado.<sup>182</sup>

“[...] nos **atos lícitos**, praticados nas ações penais públicas, inquéritos policiais e outros procedimentos extraprocessuais penais em razão do risco produzido pela atividade estatal de persecução criminal.”<sup>183</sup>

Dando continuidade à argumentação, tendo em vista que a justa causa é requisito para existência de obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada, nada mais sensato que questionar a indefinição do seu conceito em face da obrigatoriedade sustentada atualmente.<sup>184</sup>

---

<sup>181</sup> *Ibidem*, p. 245.

<sup>182</sup> GAZOTO, Luís Wanderley. O princípio da não-obrigatoriedade da ação penal pública: uma crítica ao formalismo no Ministério Público. São Paulo: Manole, 2003, p. 163.

<sup>183</sup> *Ibidem*, p. 159.

<sup>184</sup> MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Justa causa para ação penal – Doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 222.

“A existência do fundamento de fato pressupõe a existência de acusação que guarde ressonância para com a prova, relacionada com a existência material de um fato, no caso concreto, típico e ilícito, indícios suficientes de autoria e, porque não dizer, um mínimo de culpabilidade. Somente após a análise deste conjunto probatório é que se deve cogitar a obrigatoriedade do exercício da ação penal de natureza pública ou da faculdade de propor a queixa.”<sup>185</sup>

Portanto, faz-se necessário a mensuração do que é considerado suficiente, no sistema processual penal, para legitimar a ação penal, devendo a justa causa servir para esse parâmetro de razoabilidade, nas palavras de Maria Thereza de Assis Moura: “para a coação à liberdade jurídica do indivíduo acusado da prática de uma infração penal, a partir de um processo”<sup>186</sup>

Salienta-se que não há que se falar em aumento da impunidade ao adotar tal entendimento, pois a decisão de arquivamento ou de não recebimento da denúncia nos casos de remota chance de êxito, apresenta apenas benefícios para o interesse público, conforme sustenta Pacelli:

“É que se admitir a rejeição da peça acusatória sob tal fundamento (falta de justa causa) iria unicamente em favor dos interesses persecutórios, dado que permitiria o novo ingresso em juízo, após nova coleta de material probatório. Ora, se a acusação não tem provas nem as declina na inicial, não deveria propor a ação. Uma vez oferecida a denúncia, ou queixa, pode-se argumentar, a ação deveria ter seguimento, com a absolvição do acusado – e não a rejeição da denúncia, por falta de justa causa -, se insuficiente a atividade probatória da acusação.”<sup>187</sup>

Neste sentido, Gazoto reforça o entendimento supracitado, deixando claro a inexistência de prejuízo em acolhimento do pedido de arquivamento, senão vejamos:

“A decisão judicial que acolhe tal pedido, prolatada na fase pré-processual, não implica julgamento de mérito uma vez que modificadas as circunstâncias que legitimaram a sua promoção, viabilizados estarão o desarquivamento do inquérito e a promoção da ação penal pública. Assim, não há de se falar em prejuízo ao

---

<sup>185</sup> *Ibidem*, p. 247.

<sup>186</sup> *Ibidem*, p. 237.

<sup>187</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 117.



interesse público; ao contrário, ao preservá-lo, evita-se a concorrência entre ações irrealizáveis e ações prioritárias.”<sup>188</sup>

Ademais, ao exigir como critério para configuração da justa causa a mínima possibilidade de êxito, conseqüentemente, resultará em um acervo probatório colhido em fase inquisitorial mais robusto, possibilitando ao Ministério Público demonstrar na denúncia de maneira mais clara a formação da *opinio delicti*, refletindo em benefício para o exercício de ampla defesa do acusado, conforme sustenta Pacelli:

“A nosso ver, a questão de se exigir lastro mínimo de prova pode ser apreciada também sob a perspectiva do direito à ampla defesa. Com efeito, exigir do Estado, por meio do órgão da acusação, ou do particular, na ação privada, que a imputação feita na inicial demonstre, de plano, a pertinência do pedido, aferível pela correspondência e adequação entre os fatos narrados e a respectiva justificativa indiciária (prova mínima, colhida ou declinada), nada mais é que ampliar, na exata medida do preceito constitucional do art. 5º, LV, da CF, o campo em que irá se desenvolver a defesa do acusado, já ciente, então, do caminho percorrido na formação da *opinio delicti*.”<sup>189</sup>

Portanto, a justa causa quando entendida do posto de vista negativo, nas palavras de Maria Thereza de Assis Moura : “[...] a falta desses elementos, que torna impossível submeter alguém ao processo criminal, porque nem sequer haveria probabilidade de condenação”<sup>190</sup>

Nesse sentido a autora cita Francesco Carnelutti ao analisar a gravidade de uma acusação, confira-se:

“Todos sabem, contudo, mostrar-se a ação penal de condenação sancionatória em si mesma abstração feita de seu resultado. Contém mais das vezes, carga infamante. O acusado padece o processo ainda que, ao fim, termine absolvido. Exige-se, assim, do acusador estrita moralidade. Não se lhe aceitam a malícia e a emulação. Não se lhe admite o comportamento descuidado, ou leviano, no imputar. Francesco Carnelutti, invocando Santo Agostinho, escreveu, a

---

<sup>188</sup> GAZOTO, Luís Wanderley. O princípio da não-obrigatoriedade da ação penal pública: uma crítica ao formalismo no Ministério Público. São Paulo: Manole, 2003, p. 144.

<sup>189</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 116.

<sup>190</sup> MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Justa causa para ação penal – Doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 222.

propósito, uma de suas magistrais páginas: “A tortura nas formas mais cruéis está abolida, ao menos sobre o papel; mas o processo por si mesmo é uma forma de tortura.”<sup>191</sup>

Concluindo-se portanto, que em razão da busca pelo melhor interesse público, bem como para evitar constrangimento indevido ao *status dignitatis* do acusado, e conceder maior eficiência ao processo penal, faz-se necessário a criação do critério de chance razoável de êxito para que se exija do Ministério Público a instauração da ação penal pública por força do princípio da obrigatoriedade.

---

<sup>191</sup> CARNELUTTI *apud* MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Justa causa para ação penal – Doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 246.

## CONCLUSÃO

O debate do presente trabalho tem como base a possibilidade de se considerar a chance de êxito de condenação como elemento para configuração da justa causa, de maneira que se conceda ao Ministério Público, titular da ação penal pública, parcela de discricionariedade para optar pelo não ajuizamento de ações que, nitidamente, não atingiriam seus objetivos.

Conforme demonstrado durante o trabalho, por se tratar de um conceito legal indefinido (previsto no art. 395, III, do CPP), existem diversas controvérsias doutrinárias quanto ao conceito de justa causa, cabendo uma interpretação subjetiva aberta. Entretanto, atualmente boa parte da doutrina define a justa causa apenas como acervo probatório mínimo necessário para instauração do processo penal, a saber, prova de materialidade do delito e indícios de sua autoria.

Da mesma forma, constatamos que o conceito de obrigatoriedade passou a ser adotado como absolutamente inflexível baseado, quase que unicamente, no argumento frágil de interpretação da redação do art. 24, do CPP, por dizer que a ação penal pública será promovida pelo Ministério Público, ignorando que o processo é apenas o instrumento meio para atingir a finalidade.

Contrariamente ao entendimento majoritário, José Frederico Marques defende que o termo “razões invocadas”, justificativa para o requerimento de arquivamento previsto no art. 28, do CPP, concede ao Ministério Público a liberdade de arquivar o inquérito com base em critérios de não-oportunidade e não-conveniência, tratando-se, portanto, de uma mitigação ao princípio da obrigatoriedade.

Por sua vez, Luis Wanderley Gazoto também defende a possibilidade de flexibilização do princípio da obrigatoriedade, entretanto, fundamentando na interpretação sistêmica do princípio constitucional da eficiência no processo penal.

Também contrária às posições supracitadas de conceito de justa causa, Maria Thereza Rocha de Assis Moura defende que o conceito de justa causa vai além de uma mera condição da ação, tratando-a como espécie de “fundamento da acusação”, e afirmando categoricamente a necessidade de uma mínima probabilidade de condenação, pois, caso ausente qualquer probabilidade, não

deveria sequer haver o processo penal, visando resguardar o *status dignitatis* do acusado.

Desta maneira, entendemos como completamente lógicos os argumentos de resguardo ao melhor interesse público, bem como de não violação infundada ao *status dignitatis* do indivíduo em face de ação penal com chances mínimas de êxito, haja vista que vem sendo discutido a possibilidade de responsabilidade do Estado em face dos danos gerados pela instauração do processo penal.

Ademais, salienta-se que o conceito do princípio da obrigatoriedade foi inserido pelo Código de Processo Penal em 1941, portanto em um contexto histórico completamente diferente, e se mostra atualmente totalmente inadequado, haja vista o nível de maturidade e prestígio alcançado pela instituição do Ministério Público.

Constatamos também que a mudança na interpretação do conceito de justa causa, visando acrescentar a chance de êxito como elemento para sua configuração, é a solução mais prática para os problemas atuais, pois não exigiria qualquer mudança legislativa e concederia discricionariedade não apenas para o Ministério Público não oferecer ações inúteis, mas também a possibilidade do juiz de 1º grau não receber a denúncia ou queixa que apenas dispenderia recursos e esforços inutilmente.

Por fim, ressalta-se que não há o que se falar em impunidade em face da consideração da chance de êxito como elemento da justa causa, pois além do controle judicial efetivo, salienta-se que o arquivamento do inquérito policial ou rejeição da denúncia sob tal fundamento (falta de justa causa) iria unicamente em favor dos interesses persecutórios, dado que permitiria o novo ingresso em juízo, após nova coleta de material probatório, enquanto atualmente o Ministério Público se vê forçado a dar continuidade à uma ação penal sem esperanças de obtenção de provas durante a instrução processual.

## REFERÊNCIAS

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 22 dez. 2014.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 22 dez. 2014.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)>. Acesso em: 15 fev. 2015.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 22 dez. 2014.

BRITO, Alexis Couto de. **Processo penal brasileiro / Alexis Couto de Brito, Humberto Barrionuevo Fabretti, Marco Antônio Ferreira Lima**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GAZOTO, Luís Wanderley. **O princípio da não-obrigatoriedade da ação penal pública: uma crítica ao formalismo no Ministério Público**. São Paulo: Manole, 2003.

JARDIM, Afrânio Silva. **Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade**. 4 ed.

Rio de Janeiro: Forense, 2001.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal Volume I**. 2. ed. Campinas: Millenium, 2003.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal Volume II**. 2. ed. Campinas: Millenium, 2003.

MARQUES, José Frederico. **Estudos de direito processual penal**. 2.ed. Campinas: Millenium, 2001.

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

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, Eduardo Araujo da. **Ação penal pública: princípio da oportunidade regrada**. São Paulo: Atlas, 1999.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.