

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Patricia Rossatto

A JUSTA CAUSA PARA O EXERCÍCIO DA AÇÃO PENAL

Carazinho
2012

Patricia Rossatto

A JUSTA CAUSA PARA O EXERCÍCIO DA AÇÃO PENAL

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação do professor Me. Gabriel Divan.

Carazinho
2012

Ao meu pai Moisés e à minha mãe Jane que, com simplicidade e amor, me ensinaram os valores que realmente importam na vida...

AGRADECIMENTOS

A Deus, por estar sempre iluminando o meu caminho e protegendo meus passos.

À minha família, por fazer minha vida tão feliz.

Ao meu irmão Augusto, por me dar a oportunidade de reviver a minha infância, ao participar da dele.

Ao Professor Orientador, Me. Gabriel Divan, pelo auxílio prestado no desenvolvimento deste trabalho, e por contagiar-me com seu amor pelo processo penal.

Aos meus amigos da Promotoria de Justiça e do Gabinete do Fórum da Comarca de Sarandi, pela cumplicidade e amizade.

À Lenara, minha amiga de infância e irmã de alma, por todos os momentos compartilhados, pelas incontáveis conversas e pela amizade sincera.

“Aviso aos delinqüentes que se iniciam na profissão: não se recomenda assassinar com timidez. O crime compensa, mas só compensa quando praticado em grande escala, como nos negócios. Não estão presos por homicídios os altos chefes militares que deram ordem de matar tanta gente na América latina, embora suas folhas de serviço deixem rubro de vergonha qualquer bandido e vesgo de assombro qualquer criminologista. Somos todos iguais perante a lei. Perante que lei? Perante a lei divina? Perante a lei terrena, a igualdade se desigualava o tempo todo e em todas as partes, porque o poder tem o costume de sentar-se num dos pratos da balança da justiça.”

Eduardo Galeano

RESUMO

A justa causa para ação penal apresenta diferentes formas de ser interpretada pela doutrina e jurisprudência. Em razão disso, surge um questionamento referente ao fato de os parâmetros utilizados para se verificar a existência de justa causa para o exercício da ação penal serem ou não suficientes para afastá-la de uma interpretação essencialmente subjetiva. Diante desse impasse acerca de quais parâmetros devem ser utilizados para fins de se averiguar a presença de justa causa para o exercício da ação penal, há quem defenda que o instituto diz respeito exclusivamente aos indícios mínimos de materialidade e autoria, suficientes a autorizar o deflagrar da ação penal. Por outro lado, existem entendimentos no sentido de que os contornos da justa causa ainda não foram delineados de forma pacífica, não havendo, portanto, critérios absolutos a serem observados. Por fim, têm-se posicionamentos no sentido de que a justa causa precisa ser explorada em sua configuração de controle do caráter fragmentário da intervenção penal, devendo, portanto, ser considerada conjuntamente aos princípios que regem o direito penal/processual penal, tenham eles índole constitucional ou não, destacando-se, dentre esses, o princípio da insignificância, da adequação social e da proporcionalidade. Assim, embora se reconheça que o mencionado impasse ainda não tenha sido solucionado, o último entendimento é o que se demonstra mais adequado para que haja o atendimento aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da presunção da inocência. Dessa maneira, considerando-se a existência dessas múltiplas hipóteses, a abordagem do trabalho foi feita através do método hipotético-dedutivo.

Palavras-chave: Ação penal. Adequação social. Fragmentariedade. Insignificância. Justa causa. Proporcionalidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 A AÇÃO PROCESSUAL PENAL: UMA ANÁLISE ACERCA DOS ASPECTOS E PRESSUPOSTOS QUE LHE SÃO ESPECÍFICOS	10
1.1 O exercício da ação penal: uma breve abordagem histórica acerca dos sistemas processuais penais	10
1.2 Condições da ação penal e condições da ação no âmbito processual civil: uma análise comparativa	17
1.3 Condições específicas da ação penal: conceituação individual e perspectivas	23
2 A TIPICIDADE PENAL À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA INSIGNIFICÂNCIA, DA ADEQUAÇÃO SOCIAL E DA OBRIGATORIEDADE	30
2.1 O princípio da insignificância como causa de exclusão da tipicidade penal.....	30
2.2 Adequação social e obrigatoriedade do exercício da ação penal: uma análise conjunta acerca de seus pressupostos	37
2.3 A tipicidade penal e seus corolários	44
3 A JUSTA CAUSA PROCESSUAL PENAL E OS PARÂMETROS UTILIZADOS PARA VERIFICAR SUA EXISTÊNCIA	49
3.1 Justa causa para a ação penal: uma breve análise histórica sobre o instituto e sua natureza jurídica.....	49
3.2 A justa causa em uma interpretação constitucional e os limites ao poder de acusar.....	56
3.3 Formas de interpretação do conceito de justa causa: possibilidade de atenuação da subjetividade intrínseca	63
CONCLUSÃO	70
REFERÊNCIAS	74

INTRODUÇÃO

A monografia se desenvolverá a partir da problemática que envolve os parâmetros a serem utilizados para fins de se verificar a existência de justa causa para o exercício da ação penal, especialmente no que diz respeito ao fato de serem ou não elementos suficientes para afastar a justa causa de uma interpretação essencialmente subjetiva.

Em razão de a justa causa tratar-se de um conceito jurídico de caráter indeterminado, estabelecer-se um parâmetro para a sua aplicação não é tarefa fácil. Tanto a doutrina como a jurisprudência corroboram esse entendimento, ao demonstrarem que a análise da justa causa para o exercício da ação penal, por muitas vezes, fica a cargo do entendimento isolado de cada intérprete.

Dentro desse contexto, há aqueles que entendem que a justa causa pode ser definida exclusivamente como a exigência de indícios mínimos de materialidade e autoria, que devem necessariamente estar presentes para fins da propositura de qualquer ação penal. Porém, existem aqueles que sustentam o entendimento de que os contornos da justa causa ainda não foram delineados de forma pacífica.

Ainda, existem posicionamentos no sentido de que a justa causa precisa ser explorada, também, em sua configuração de forma de controle do caráter fragmentário da intervenção penal, sendo necessário, portanto, que se reúnam aos critérios acima mencionados, outros, de caráter complementar, preenchendo-se as lacunas existentes por meio da observância de princípios, tenham eles índole constitucional ou não, destacando-se, dentre eles, o princípio da insignificância, da adequação social e da proporcionalidade, nos quais a monografia encontra embasamento teórico.

O fato de se incriminar alguém sem que haja suficientes indícios probatórios para tanto, ou de submeter-se determinado indivíduo a um processo que não se justifica é tema de grande relevância social, eis que não foram poucas as vezes que a própria sociedade presenciou ou acompanhou casos envolvendo indivíduos que foram processados ou até mesmo presos pela prática de um fato delituoso que, ao final, constatou-se jamais ter ocorrido. Ademais, é muito comum e de fácil visualização as incongruências cometidas no âmbito processual penal, especialmente quando a esfera penal ocupa-se de resolver questões inócuas em detrimento daquilo que realmente interessa ao direito penal, que por sua essência, deveria deter-se a sancionar apenas condutas que efetivamente causassem um dano palpável para a sociedade. Desse modo, o estudo em questão possui relevância jurídica, ao buscar

possibilidades de resolução aos impasses acima referidos e ao discutir o direito penal/processual penal e sua aplicação; e social, ao trazer informações capazes de esclarecer eventuais dúvidas da sociedade.

Assim, para executar a tarefa proposta, o texto será estruturado de modo a realizar-se, no primeiro capítulo, uma abordagem histórica acerca dos sistemas processuais penais e uma análise sobre as condições genéricas da ação, discorrendo-se, por fim, sobre as condições que seriam específicas da ação processual penal. No segundo capítulo, será realizado um estudo acurado sobre o princípio da insignificância, traçando-se, em seguida, algumas considerações acerca dos princípios da adequação social e da obrigatoriedade do exercício da ação penal, esse último, analisado conjuntamente com critérios de conveniência e oportunidade.

O terceiro capítulo, por seu turno, se ocupará exclusivamente de questões atinentes à justa causa e se iniciará com uma análise histórica acerca do instituto, realizando-se, em seguida, um exame sobre seu papel no direito processual penal e sua natureza jurídica. Ainda nesse ponto, traçar-se-ão algumas considerações acerca da justa causa em sua perspectiva de circunstância limitadora ao poder de acusar, explorando-a, também, em sua configuração de forma de controle do caráter fragmentário da intervenção penal e vinculando-a aos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal. Serão expostas, ainda, as formas de interpretação do conceito de justa causa, buscando-se demonstrar a possibilidade de atenuação da subjetividade que paira em torno do conceito. Por fim, proceder-se-á a um exame da jurisprudência que trata do tema, finalizando-se o trabalho com a realização de uma análise mais precisa a respeito da proporcionalidade, relacionando-a a justa causa.

Ainda, considerando-se as diferentes e subjetivas interpretações dadas ao conceito de justa causa e a divergência doutrinária e jurisprudencial no que diz respeito aos parâmetros que devem ser utilizados para se verificar a sua existência quando do exercício da ação penal, a abordagem do trabalho será feita através do método hipotético-dedutivo. Além disso, o método de procedimento se desenvolverá a partir da análise dos fatos que influenciaram o surgimento, evolução e questionamentos atinentes ao assunto em questão, realizando-se a necessária comparação entre os diversos entendimentos firmados sobre o tema. Dessa forma, os métodos de procedimento utilizados serão o histórico e o comparativo.

Por fim, cabe mencionar que a pesquisa não tem a pretensão de exaurir o problema, o que se demonstra inviável, ao menos por ora, diante da complexidade do tema. No entanto,

busca trazer elementos hábeis para ao menos suscitar o problema e proporcionar algumas reflexões sobre o tema.

1 A AÇÃO PROCESSUAL PENAL: UMA ANÁLISE ACERCA DOS ASPECTOS E PRESSUPOSTOS QUE LHE SÃO ESPECÍFICOS

O primeiro capítulo do presente trabalho se iniciará com uma breve abordagem histórica acerca dos sistemas processuais penais, expondo a forma como cada um deles se desenvolveu, as características que lhes são atinentes e trazendo aspectos que servirão como base de desenvolvimento para os próximos tópicos da pesquisa. Em seguida, serão abordadas as condições genéricas da ação, oportunidade em que será feita uma análise comparativa entre as condições da ação penal e as do âmbito processual civil. Neste tópico se procurará verificar a possibilidade/impossibilidade de aplicação das condições provenientes do processo civil na seara processual penal. Para tanto, as condições genéricas da ação serão analisadas de forma isolada, levando-se em consideração os diferentes posicionamentos existentes acerca de tal tema.

Por fim, se discorrerá sobre as condições específicas da ação processual penal, de acordo com o posicionamento daqueles que não se conformam com a simples importação dos conceitos do processo civil para o âmbito processual penal. Neste ponto se fará uma análise individual e aprofundada de cada uma das condições trazidas como específicas da ação penal, buscando-se pormenorizar cada uma de suas especificidades.

1.1 O exercício da ação penal: uma breve abordagem histórica acerca dos sistemas processuais penais

Os juristas se valem de registros históricos para partir do princípio de que, desde o início do desenvolvimento da vida social, as populações sempre se demonstraram preocupadas com a resolução dos conflitos que a vida em conjunto normalmente vem a desencadear. Ao longo do tempo, e dentro dos diferentes modelos de sociedade existentes, foram implantadas diversas tentativas de solucionar os conflitos e transgressões resultantes da relação humana. Neste ponto, cumpre salientar que:

(...) os primeiros grupos humanos, as primeiras tribos, desconheciam métodos mais sistematizados de solução dos conflitos de interesses penais, isto porque, como sociedades simples, rudes e incipientes, tendiam à concretização do seu direito, conforme ressaltou Luhmann, e a compreensão de uma forte relação entre o Direito, a moral e, principalmente a Religião. Trata-se, sem dúvida, do período remoto daquilo que hoje conhecemos como direito processual, cuja concreção da atuação dos atores sociais, sempre que comportamentos censuráveis eram praticados, operava a confusão entre ele próprio, direito processual, enquanto rede rudimentar de procedimentos, e o direito substantivo penal. (PRADO, 2006, p. 69-70)

Assim, ao considerarem-se válidos os mencionados registros históricos, pode-se afirmar que a moral, os costumes, a religião e as crenças, dentre outros, seriam aspectos delineadores e decisivos no momento de punir-se determinada conduta ou solucionar-se determinado conflito. No entanto, acredita-se que gradativamente, e na medida em que a sociedade passou a estabelecer-se de forma mais organizada, a necessidade de se implantar regras específicas de violação de direitos tornou-se medida indispensável.

O aperfeiçoamento da organização social, acrescido da consciência da necessidade de encontrar uma plataforma sobre a qual pudessem ser erguidos os procedimentos de resolução de conflitos, de forma a preservar tanto quanto possível a sociedade, foram as principais causas da sistematização contínua dos métodos de implementação do Direito Penal. (PRADO, 2006, p. 71)

Desse modo, iniciou-se um processo de busca das maneiras ideais para fins de reprimirem-se as práticas delitivas. Maneiras que, de acordo com a época em que estavam inseridas, pareciam as mais adequadas para fazer-se cumprir, de forma eficaz, as regras estabelecidas.

Dentro desse contexto, têm-se registros de que durante muito tempo práticas ilegítimas de acusação e de persecução penal foram permitidas ao redor do mundo. Beccaria já mencionava essas maneiras nocivas de intervenção, discorrendo sobre uma época em que até mesmo acusações secretas eram permitidas, o que, em sua visão, constituía um imenso abuso, que só se convalidava em razão da falta de solidez e das fragilidades das constituições daquele tempo (2008, p. 33).

Conforme referido alhures, na busca pela maneira ideal de proceder-se à reprimenda das práticas delitivas, surgiram diferentes sistemas processuais penais, que são, nas palavras de Rangel, o “conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas para a aplicação do direito penal a cada caso concreto” (2011, p. 49).

Durante esse processo de busca do sistema ideal, do ponto de vista político e social, por muitas vezes, o processo penal foi usado como instrumento que tinha objetivos diversos daquele que deveria ser o seu principal, qual seja, filtrar o poder punitivo do estado e proporcionar condições para que aquele que está no polo passivo da ação penal possa se defender de forma ampla e irrestrita.

Adentrando-se no estudo dos sistemas processuais penais, pode se afirmar que o mais antigo deles surgiu em Roma, sob a denominação de *cognitio*. Tal sistema se caracterizava principalmente por dar amplos poderes ao magistrado que, por ser representante do rei, dispunha de poderes quase irrestritos no que tange à iniciativa, instrução e deliberação no procedimento (PRADO, 2006, p. 74). Na *cognitio*, o magistrado tinha livres poderes de gerir o processo e conduzi-lo da forma que acreditasse ser a mais conveniente, desenvolvendo-se, desse modo, um processo visivelmente escasso de garantias, o que acabou por proporcionar poder excessivo aos magistrados da época.

Ainda no período da Alta República Romana, desenvolveu-se outro sistema, denominado *accusatio* que, por seu turno, diferenciava-se substancialmente da *cognitio* em razão de que a acusação ficava a cargo de um cidadão do povo, reduzindo, desse modo, os amplos poderes anteriormente conferidos aos juízes. Ademais, tanto a persecução quanto o exercício da ação penal eram de responsabilidade de um órgão independente do magistrado, e exercido por um representante da coletividade denominado *accusator*, o que acabou por fazer com que o poder de acusação saísse, ao menos momentaneamente, das mãos exclusivas do estado. (LOPES JR., 2010, p. 58-60)

A forma acusatória, desse modo, permitia que pessoas distintas exercessem as funções de acusação e julgamento sendo que, “prescindindo de uma investigação anterior, era dominada integralmente pelo contraditório, cumprindo às partes pesquisarem e produzirem as provas das suas alegações” (PRADO, 2006, p. 75), o que fazia com que o julgamento pudesse ser embasado e fundamentado através dos argumentos trazidos pelas partes, proporcionando um caráter de equidade entre a acusação e a defesa.

Contudo, o modelo de divisão das atribuições de acusar e julgar entre partes diversas não se sustentou por muito tempo. Na época do Império, tal sistema começou a mostrar-se incapaz de reprimir os delitos da forma entendida como a adequada naquele momento. Em face disso, os juízes passaram a tomar para si as atribuições dos acusadores privados que, conforme referido anteriormente, agiam em nome da coletividade, desenvolvendo-se desse modo, um sistema em que o mesmo órgão era responsável por exercer todas as funções

pertinentes ao andamento do processo. As acusações, desse modo, passaram a ser cada vez menos formais e o processo passou a pertencer inteiramente ao juiz, que investigava, acusava e, ao final, proferia a sentença, originando-se, assim, um procedimento extraordinário que, durante o seu desenvolver, chegou a introduzir, dentre outras, práticas de tortura no processo penal romano, dando-lhe características que podem ser consideradas prenúncio do que seria o chamado sistema inquisitorial (LOPES JR., 2010, p. 60).

Superada essa breve exposição histórica acerca do sistema acusatório, cumpre indicar seus atuais moldes e peculiaridades. Assim, pode-se afirmar que o sistema acusatório, nos dias atuais, é composto pelas seguintes características:

a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar; b) a iniciativa probatória deve ser das partes; c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo; d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo); e) procedimento é em regra oral (ou predominantemente); f) plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte); g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa); h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional; i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada; j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição. (LOPES JR., 2010, p. 59)

Retornando ao contexto histórico dos sistemas processuais penais, conforme referido anteriormente, a insatisfação com o sistema acusatório, então vigente, fez com que os juízes passassem a tomar para si as atribuições que anteriormente eram exercidas exclusivamente pelos acusadores privados. Em face disso, pode-se afirmar que o sistema acusatório apresentou-se de forma predominante até o século XII, passando, então, a ser gradativamente substituído pelo sistema inquisitório, até o século XIV. (LOPES JR., 2010, p. 63)

A modificação da forma de condução dos procedimentos, com a conseqüente instituição do sistema inquisitório deu-se ante à inatividade das partes dentro da persecução criminal, o que fez com que o Estado entendesse que a forma ideal de tornar o combate ao crime mais eficaz seria ampliar sua participação na persecução criminal, haja vista que a acusação exercida pelos particulares apresentava-se insuficiente para tal fim. Ademais, a partir da implantação desse novo sistema, houve a separação definitiva entre as searas civil e penal. Outrossim, pode-se afirmar que o primeiro sinal de transformação do sistema acusatório em sistema inquisitório foi de, ainda sob a égide do primeiro, permitir-se a realização de um processo judicial de ofício para situações de flagrante delito. Desse modo, o sistema inquisitório foi disseminando-se, paulatinamente, entre os legisladores da época, indo

além das situações de flagrância e passando a abarcar, também, as demais classes delitivas. (LOPES JR., 2010, p. 63)

Ressalte-se que a igreja católica foi uma das instituições que se utilizou amplamente das possibilidades irrestritas de acusação trazidas por esse sistema, em um processo de combate às heresias, historicamente conhecido.

Com efeito, a igreja passa a enxergar no crime não só uma questão de interesse privado mas, principalmente, um problema de salvação da alma requisitando-se o magistério punitivo como forma de expiação das culpas. O arrependimento não é mais suficiente. É necessária a penitência, motivo por que cumpre à Igreja investigar um significativo número de infrações, ratificando-se assim, politicamente, a sua autoridade. (PRADO, 2006, p. 80)

A partir da inquisição, até mesmo a denúncia anônima passou a ser aceita como motivo ensejador de uma investigação. Do mesmo modo, simples rumores públicos dando conta da prática de determinada conduta delituosa já eram suficientes para propiciar o início de um processo. Substituiu-se, ainda, a oralidade pela forma escrita, e o segredo passou a sobrepor-se à publicidade. Ademais, a então denominada verdade real era buscada inescrupulosamente, principalmente por meio da tortura, prática que visava fazer com que os acusados manifestassem obrigatoriamente a sua versão acerca dos fatos, ou, na melhor das hipóteses, confessassem a autoria da prática delituosa. (PRADO, 2006, p. 82/83)

Ademais, não havia nenhum critério específico a ser observado para determinar-se a prisão do investigado. O simples fato de ter supostamente praticado determinado crime já era motivo suficiente para fazer com que este permanecesse preso, sob a alegação de que eventual manutenção de sua liberdade poderia vir a obstaculizar a investigação da verdade. (PRADO, 2006, p. 83)

Visível, desse modo, o caráter predominantemente arbitrário do mencionado sistema que, ao permitir práticas como a tortura, e admitir a prisão do investigado em qualquer circunstância, independentemente de qualquer critério, engessou todos os meios de defesa do acusado, e excluiu o contraditório.

O sistema inquisitório muda a fisionomia do processo de forma radical. O que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre juiz-inquisidor e o acusado. O primeiro abandona sua posição de árbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, atuando desde o início também como acusador. Confundem-se as atividades do juiz e acusador, e o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte em mero objeto da investigação. (LOPES JR., 2010, p. 63)

Pode-se afirmar que, sob a égide do sistema inquisitório, o acusado perdeu todos os meios de defesa, ficando a mercê de um procedimento conduzido por um magistrado que acumulava todas as funções praticáveis dentro do processo, estabelecendo-se, desse modo, uma disparidade de grandes dimensões entre o acusado e o juiz-acusador.

Assim, o processo assumiu caráter unilateral haja vista que as funções de acusar, defender e julgar ficaram concentradas em um só sujeito, abrindo-se a possibilidade, inclusive, de o processo ter início por vontade do próprio juiz, que podia colher material para seu convencimento, bem como introduzir outros meios de prova, sem a intervenção/invocação de qualquer outra pessoa, já que o acusador privado veio a assumir uma posição visivelmente secundária. De se ressaltar que, em sua época, a inquisição era vista como forma racional de sistema da perseguição da verdade em contraponto à irracionalidade das antigas ordálias. (PRADO, 2006, p. 82-87)

O sistema inquisitório prevaleceu até o final do século XVIII e início do século XIX, quando a Revolução Francesa e seus ideais passaram a influenciar e repercutir no processo penal, retirando, gradativamente, as características e preceitos que lhe eram peculiares, e iniciando um processo de transição para o sistema hoje denominado misto. (LOPES JR., 2010, p. 68)

Com o fracasso dos modelos anteriormente adotados, o Estado buscou implantar novas formas de procedimento, mantendo-se, contudo, na titularidade da persecução penal, já que não havia mais interesse em entregar nas mãos de particulares tal atribuição. Desse modo, entendeu-se necessária a divisão do processo em fases, ao mesmo tempo em que as atividades de acusar e julgar passaram a ser direcionadas a pessoas distintas, ambas vinculadas ao Estado, medida que deu origem ao Ministério Público. O modelo misto teve origem no ordenamento jurídico Francês, que foi o primeiro a adotar tal sistema, sendo pioneiro na cisão das fases de investigação e judicial, tendo, posteriormente, se difundido e sendo, atualmente, o sistema mais utilizado em todo o mundo. (LOPES JR., 2010, p. 68-69)

Ao discorrer sobre tal modelo, Prado diferencia as duas fases a serem desenvolvidas no sistema misto, aduzindo que na primeira delas, chamada de instrução, os atos de investigação referentes à apuração da materialidade, autoria e das demais circunstâncias atinentes à qualificação jurídica da prática criminosa, ocorriam de forma secreta, sob o comando de um juiz-instrutor que buscava as provas necessárias ao exercício da ação penal. Na segunda etapa, denominada de juízo, as atuações se davam de forma pública, diante de um

tribunal colegiado ou júri, garantindo-se o contraditório e o amplo debate entre as partes, de modo a proporcionar-se um maior nível de equidade entre a defesa e a acusação. (2006, p. 91)

No entanto, embora seja o modelo mundialmente predominante, o sistema misto causa divergências doutrinárias no que diz respeito à forma como é desenvolvido, sendo que, enquanto alguns doutrinadores o consideram o sistema processual ideal, outros o apontam como um sistema falho. Nesse contexto, pertinente o raciocínio de Jardim, ao mencionar que:

Nele, não se retirou do órgão jurisdicional a atividade persecutória preliminar, embora se crie uma fase acusatória para o julgamento. Dispondo de uma instituição como o Ministério Público, não vemos vantagem alguma em colocar o Juiz como órgão investigador, em que pese se distinguiem os sistemas legislativos no sentido de criarem mecanismos que procuram manter a indispensável imparcialidade do órgão julgador. (2002, p. 43)

Por seu turno, Lopes Jr. faz uma crítica no que tange ao reducionismo ilusório e insuficiente do conceito de sistema misto. Afirma o autor, que nesse modelo a acusação permanece como monopólio estatal, porém, é exercida por sujeito distinto do juiz, quem seja, o representante do Ministério Público, que seria, na verdade, uma parte fabricada, com o fim de garantir a imparcialidade por parte do juiz, o que, de fato, não existe, já que mesmo com essa divisão o magistrado pode vir a tomar medidas que caberiam ao órgão acusador. (2010, p. 68-69)

Nesse sentido, necessário referir que a maior parte das provas a serem analisadas pelo juiz, quando do julgamento da ação penal, são colhidas na fase inquisitorial, durante o inquérito policial, haja vista que as mesmas normalmente são trazidas de forma integral para a chamada fase judicial, sendo o julgamento, desse modo, baseado em atos de investigação, que se desenvolveram em fase puramente inquisitiva, motivo pelo qual o processo pode ser considerado uma verdadeira repetição da primeira fase. Ademais, as provas coligidas em sede policial, mesmo que não sejam expressamente referidas, podem influenciar a decisão a ser proferida pelo juiz, disfarçadas dentro de uma fundamentação no sentido de que as provas coligidas em juízo corroboram aquelas colhidas na etapa anterior. (LOPES JR., 2010, p. 71)

Dentro desse mesmo raciocínio, há que se levar em conta que, embora o juiz deva primar pela análise das provas produzidas em juízo, não há nada que o impeça de levar em conta aquilo que se fez constar no inquérito policial. Isso faz parte da análise subjetiva que o julgador, inevitavelmente, faz do processo. Assim, mesmo que as declarações prestadas em

juízo devam se sobrepor àquilo que foi referido na fase policial, nada garante que o magistrado não leve essas últimas em consideração quando do julgamento da ação penal.

Predominantemente, a doutrina assinala que a divisão do processo penal em duas fases, quais sejam, pré-processual e processual, é circunstância que permite o predomínio da forma inquisitiva na primeira fase e acusatória na segunda, revelando, assim, o seu caráter misto. No entanto, no entendimento de Lopes Jr., acreditar que o modelo brasileiro seja misto ou acusatório formal significa incorrer em erro, já que em sua concepção o modelo aqui adotado é (neo)inquisitório, em razão da existência de dispositivos que dão ao juiz poderes instrutórios que acabam por aproximar o processo penal brasileiro do sistema inquisitório. (2010, p. 68-69)

Por fim, importa salientar que embora não haja menção expressa, o processo penal brasileiro, a partir da Constituição Federal de 1988, adotou o modelo acusatório, ao assegurar, dentre outros, a privatividade do exercício da ação penal pública ao Ministério Público, o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório, a imparcialidade do juiz e a presunção da inocência. Assim, qualquer ato por parte do juiz que fuja do que foi estabelecido pela norma constitucional iria de encontro ao sistema acusatório por ela adotado, motivo pelo qual o julgador deve atuar dentro dos limites de suas atribuições, não interferindo na atuação do órgão ministerial e mantendo-se afastado das investigações penais. (PRADO, 2006, p. 172-179)

1.2 Condições da ação penal e condições da ação no âmbito processual civil: uma análise comparativa

Primeiramente, antes de adentrar-se na análise das condições específicas da ação penal, é necessário que se faça uma análise acerca das condições da ação em uma perspectiva geral, valendo-se, para tanto, daquilo que está inserido na chamada teoria geral do processo.

Sem maiores delongas, já que o objeto principal de análise do presente trabalho refere-se ao que diz respeito especificamente à ação processual penal, pode-se afirmar que, dentro da concepção de teoria geral do processo, a ação “é o direito ao exercício da atividade jurisdicional (ou o poder de exigir esse exercício). Mediante o exercício da ação provoca-se a jurisdição, que por sua vez se exerce através daquele complexo de atos que é o processo” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 267). Desse modo, a ação pode ser considerada o meio pelo qual o indivíduo busca a concretização de um direito que entende

ser-lhe devido, bem como a resolução de um conflito que tenha se estabelecido. Dentro desse contexto, no que tange a sua natureza jurídica, pode-se afirmar que a ação

Trata-se de direito ao provimento jurisdicional, qualquer que seja a natureza deste – favorável ou desfavorável, justo ou injusto – e, portanto, direito de natureza *abstrata*. É, ainda, um direito *autônomo* (que independe da existência do direito subjetivo material) e *instrumental* porque sua finalidade é dar solução a uma pretensão de direito material. Nesse sentido, é *conexo a uma situação jurídica concreta*. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 273-274, grifos do autor)

Feitas essas breves considerações, é necessário que se discorra sobre as condições gerais da ação, de acordo com a forma como costumeiramente são divididas pela doutrina.

Nesse diapasão, seriam, então, as condições genéricas da ação, a legitimidade, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido, dispostas no artigo 267, inciso VI do Código de Processo Civil¹, que teriam, em tese, sido importadas ao processo penal, de acordo com o disposto no inciso II do artigo 395 do Código de Processo Penal². (TÁVORA, 2011, p. 146)

Assim, na concepção dos juristas que se mantêm vinculados aos ditames do processo civil, as condições da ação seriam “exatamente as mesmas para a ação civil e a ação penal, pois a ação, como direito ao provimento jurisdicional, é instituto geral de direito processual-constitucional” (GRINOVER, 2007, p. 183), ou seja, as condições previstas no âmbito processual civil se estenderiam também ao processo penal, de forma a permitir uma uniformização no que diz respeito às condições da ação, em todos os ramos do direito.

Iniciando-se pela análise da condição relativa à possibilidade jurídica do pedido, cumpre destacar, desde logo, que tal requisito é proveniente da construção de Enrico Tullio Liebmann, que quando do lançamento da terceira edição de seu *Manuale*, eliminou a possibilidade jurídica, incorporando-a ao interesse de agir. (GRINOVER, 2007, p. 185-186)

Nas palavras de Grinover (2007, p. 186), “a possibilidade jurídica do pedido significa a existência do provimento desejado no ordenamento jurídico: só haveria possibilidade jurídica quando o pedido fosse admitido, em tese, pelo direito objetivo material”. Desse modo, pode-se concluir que a possibilidade jurídica do pedido está delimitada por aquilo que

¹ Art. 267. Extingue-se o processo sem resolução de mérito: [...] VI – quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual.

² Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: [...] II – faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal. [...]

está expressamente previsto pelo direito material, não havendo como admitir-se a existência de uma ação que estivesse calcada em circunstância não prevista e admitida por lei.

Relevante frisar que para alguns doutrinadores, dentre eles Grinover, a falta de tipicidade da conduta importaria em impossibilidade jurídica do pedido, sendo que “enquanto no processo civil a possibilidade jurídica é configurada negativamente (impossibilidade jurídica), no processo penal sua conceituação seria positiva, como previsão expressa, pelo ordenamento jurídico, do pedido condenatório” (2007, p. 188), isto é, no processo civil carece de possibilidade jurídica a ação fundada em circunstância não prevista em lei, ao passo que no processo penal, o pedido somente será possível quando a conduta praticada pelo acusado esteja revestida de tipicidade, ou seja, sempre que determinada ação importar em conduta típica.

Em outras palavras, no processo penal, de modo diverso ao que ocorre no processo civil, para que a acusação possa ser processada e julgada, é imprescindível que haja previsão expressa na Lei Penal de punibilidade da conduta imputada, isto é, haja previsão de um tipo penal que incida sobre tal conduta. Desta forma, enquanto no processo civil basta que a lei **não vede** o provimento jurisdicional visado pelo autor, no processo penal exige-se que haja **expressa permissão** do processamento do fato imputado como decorrência lógica do princípio da legalidade [...], sendo necessário que o fato imputado na acusação seja definido como crime na Lei Penal. (LUCCHESI, 2009, p. 15, grifos do autor)

Em posicionamento contrário ao acima mencionado, há quem defenda que a categorização da possibilidade jurídica do pedido, que já se demonstra frágil no próprio processo civil, assim seria, inclusive em maior grau, no processo penal. Nesse sentido, traz-se à colação o magistério sempre lúcido de Lopes Jr., ao aduzir que:

[...] o pedido da ação penal, no processo penal de conhecimento, será sempre de condenação, exigindo um tratamento completamente diverso daquele dado pelo processo civil, pois não possui a mesma complexidade. Logo, não satisfaz o conceito civilista de que o pedido deve estar autorizado pelo ordenamento [...] (2010, p. 356)

Dentro desse contexto, e considerando que o pedido na ação penal será sempre o mesmo, qual seja, o de condenação do acusado, não há como se falar em impossibilidade jurídica do pedido, mesmo porque o pedido é genérico, ou seja, não se especifica no que consistirá a condenação postulada.

Ultrapassadas as questões atinentes à possibilidade jurídica do pedido, cabe discorrer acerca do interesse de agir, que também faz parte do rol de condições genéricas da ação.

Tal condição está intimamente ligada às questões referentes à necessidade e adequação da prestação jurisdicional. Assim, pode-se dizer que embora o Estado tenha interesse na função jurisdicional, não a exercerá em qualquer situação, haja vista que em determinados casos não lhe convém acionar o aparato judicial sem que de tal atividade se possa extrair algum resultado útil. Desse modo, a necessidade da tutela jurisdicional estaria presente nos casos em que o direito pleiteado por aquele que busca tal prestação não pudesse se concretizar senão por intermédio do Estado, cabendo ressaltar, inclusive, que determinados direitos somente podem ser buscados pela via judicial, por exigência da própria lei. Já no que tange à adequação, pode-se dizer que tal circunstância estaria presente quando o provimento judicial se demonstrasse o meio adequado para fins de obter-se a satisfação da pretensão solicitada. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 277-278)

Nessa linha de pensamento, há quem defenda o posicionamento sustentado por Liebman, no sentido de que a pretensão precisa apresentar-se de forma digna de ser julgada, caso contrário, não haveria interesse de agir. Assim, no âmbito processual penal, a ausência de justa causa para o exercício da ação caracterizaria verdadeira falta de interesse processual, haja vista que o interesse de agir diz respeito à própria idoneidade do pedido, e a falta de um lastro probatório mínimo para o exercício da ação iria de encontro a tal exigência. (TOURINHO FILHO, 2011, p. 248)

Neste ponto, não se pode deixar de mencionar que em entendimento diverso, a doutrina abalizada por Afrânio Silva Jardim sustenta o posicionamento de que a justa causa constitui uma quarta ação para o regular exercício da ação penal, consistindo, portanto, em “um lastro probatório mínimo que deve ter a ação penal relacionando-se com indícios da autoria, existência material de uma conduta típica e alguma prova de sua antijuricidade e culpabilidade”. (JARDIM, 2002, p. 97)

Por fim, cumpre ressaltar que a questão da importação do interesse de agir para o âmbito processual penal, não é matéria pacífica dentro da doutrina, sendo que há quem entenda que tal condição da ação seria inaplicável à seara penal, sustentando que o interesse de agir, seria inerente ao processo penal.

O processo penal vem marcado pelo princípio da necessidade, algo que o processo civil não exige e, portanto, desconhece. Se o interesse, civilisticamente pensando, corresponde à tradicional noção de utilidade e necessidade do provimento, não há nenhuma possibilidade de correspondência no processo penal. O princípio da necessidade impõe, para chegar-se à pena, o processo como caminho necessário e imprescindível, até porque o Direito Penal somente se realiza no processo penal. Está relacionado à impossibilidade de autocomposição, isto é, a partir do momento em que o Estado chamou para si o poder-dever jurisdicional e a exclusividade da aplicação da lei penal, o processo passou a ser o caminho necessário para a imposição da pena. É através do processo penal que a parte exerce uma pretensão acusatória que irá permitir ao Estado atuar seu poder de penar. (LOPES JR., 2010, p. 683)

Assim, em decorrência do princípio da necessidade, próprio do direito processual penal, é imprescindível que haja um processo, eis que o Estado tem o poder exclusivo de aplicar a lei penal, motivo pelo qual, neste ramo do direito, não há a possibilidade da autocomposição, que é comumente aceita na seara civil.

Feitas essas considerações a respeito da possibilidade jurídica do pedido e do interesse de agir, resta, agora, manifestar-se acerca da última das condições genéricas da ação, qual seja, a legitimidade *ad causam*.

A legitimidade diz respeito à titularidade, seja do direito subjetivo material ou da obrigação correspondente, sendo que, com relação à primeira situação a legitimidade será ativa, ao passo que na segunda, será passiva. Assim, somente aquele que for legitimado ativo estaria autorizado a intentar a ação e buscar a tutela jurisdicional. Cumpre esclarecer, neste ponto, que a última parte do disposto no artigo 6º do Código de Processo Civil³ traz a possibilidade da legitimação extraordinária, na qual a lei permite que determinada pessoa ingresse com a ação em nome próprio, mas na defesa de direito alheio. Seria o caso da ação popular, onde o indivíduo defende o interesse da Administração Pública, em nome próprio e da ação penal privada, quando o querelante postula a condenação do autor da infração. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 278)

De acordo com o entendimento acima exposto, em matéria penal, poder-se-ia dizer que o Ministério Público seria o legitimado ativo ordinário, em se tratando de ação de iniciativa pública, ao passo que no caso da ação penal privada, haveria um caso de legitimação extraordinária, onde o querelante faria o papel de substituto processual, haja vista que, neste caso, a legitimidade seria conferida a quem não é titular do direito de punir. (BADARÓ, 2009, p. 137-138)

³ Art. 6.º Ninguém poderá pleitear em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

Contudo, mais uma vez, em posicionamento diverso, pode-se afirmar que a legitimidade, em seu conceito processual civil, seria inaplicável ao processo penal, haja vista que naquele, diferentemente deste, o titular do direito material, em regra, será o legitimado ativo para buscar a tutela jurisdicional. Ocorre que o Ministério Público não pode ser visto como o titular do direito de punir, eis que tal atribuição compete ao Estado. Ao órgão ministerial cabe apenas a titularidade para a propositura/exercício da ação penal. O direito material, neste caso, pertence exclusivamente ao Estado. (BADARÓ, 2009, p. 138)

Desse modo, fica clara a necessária diferenciação que deve ser feita ao conceito de legitimidade no processo penal e no processo civil. Pertinente esclarecer que o ponto de discussão não está inserido no direito de estar em juízo, mas no que tange a titularidade do direito material, que conforme já referido, no processo penal, não pertence à parte que propõe a ação.

Assim, somente no sentido de ser o titular da pretensão processual posta em juízo, é que se pode considerar o Ministério Público um “legitimado ordinário”. Mas, nesse conceito, na ação penal de iniciativa privada, em que, excepcionalmente, o poder de perseguir em juízo é conferido à vítima, ela também seria um “legitimado ordinário”. E, diante de tal quadro, conclui-se que, se ambos são os legitimados ordinários, não existiria situação de “legitimado extraordinário” ou substituto processual, pelo que a distinção entre legitimação ordinária e extraordinária é destituída de todo e qualquer significado. (BADARÓ, 2009, p. 138-139)

Como se pode notar, a doutrina se divide ao tentar estabelecer quais seriam as condições da ação, sendo que, enquanto por um lado se sustenta que o interesse de agir, a possibilidade jurídica do pedido e a legitimidade para a causa seriam condições gerais e aplicáveis a toda e qualquer ação, independente do ramo do direito a que pertençam, por outro, a importação de tais conceitos, provenientes do direito processual civil é criticada pelo fato de que as mencionadas condições, conforme considerações acima expostas, não seriam aplicáveis ao processo penal, exceto quanto à legitimidade, que embora difira em alguns aspectos com relação ao processo civil, poderia ser aproveitada na ação penal. Em razão de tais divergências, se passará, no próximo tópico, à análise daquelas que seriam as condições específicas da ação penal.

1.3 Condições específicas da ação penal: conceituação individual e perspectivas

Ao falar-se especificamente acerca das condições que seriam próprias da ação penal, é necessário que se faça uma análise mais estendida e aprofundada, haja vista que parte da doutrina insere a justa causa, questão central do presente trabalho, em meio a essas condições.

Inicialmente, é necessário referir que a ação processual penal “[...] circunscreve-se a um poder jurídico constitucional de invocação da tutela jurisdicional e que se exterioriza por meio de uma declaração petitória (acusação formalizada) de que existe o direito potestativo de acusar e que procede a aplicação do poder punitivo estatal” (LOPES JR., 2010, p. 343). Assim, dentro desse contexto, e em uma linguagem mais simples, pode-se afirmar que a ação penal é o meio pelo qual se invoca a tutela jurisdicional do Estado, por meio de uma acusação formalizada, quando há a prática de um delito previamente tipificado.

Feita essa breve consideração, é pertinente que se discorra sobre a natureza jurídica da ação processual penal haja vista que as questões relativas à natureza jurídica da mesma, embora pacificadas em alguns aspectos, causam divergências em outros. Dentro desse contexto, é possível afirmar que o caráter público da ação penal é evidente, não havendo espaço para discussões acerca da existência de um caráter privado, já que o direito de ação faz com que o Estado fique na obrigação da prestação da tutela jurisdicional sendo que sua atuação instrumentaliza o direito penal e permite que a função punitiva estatal seja promovida, caracterizando-se, desse modo, o interesse geral em seu conteúdo. Assim, pode-se dizer que toda ação penal é pública, contudo, diferentemente da ação, a acusação pode ser pública ou privada, dependendo de quem a estiver promovendo, considerando-se pública quando intentada pelo Ministério Público e privada quando couber à vítima exercê-la através do aforamento de queixa-crime (LOPES JR., 2010, p. 344-345).

Prosseguindo-se no estudo da natureza jurídica da ação processual penal, no entendimento de Lopes Jr., a ação seria um direito subjetivo com relação ao Estado e um direito potestativo no que diz respeito ao imputado. Subjetivo em relação ao Estado porque caberia a este a obrigação de prestação da tutela jurisdicional, com a emissão da respectiva decisão, e potestativo no que diz respeito ao imputado, pelo fato deste ter de submeter-se às consequências processuais causadas por sua ação, advertindo-se, contudo, que o caráter potestativo não significa dizer que o acusado se sujeita ao acusador, mas sim ao processo e a todos os seus atos. (2010, p. 345-346)

Por fim, cumpre abordar o problema centrado no caráter abstrato ou concreto do direito de ação, já que não se tem nenhuma dúvida no que tange ao seu caráter autônomo, tendo em vista que a ação é regida por normas processuais, desvinculadas do direito material. Assim, tem-se que o caráter autônomo e abstrato da ação foi defendido por Degenkolb e Plóz, ao afirmarem que o direito de ação pode ser exercido mesmo que o autor não tenha razão, ou seja, mesmo que a decisão final venha a negar o que por ele foi postulado e absolver o réu, a ação terá sido exercida. Nessa concepção, o direito existiria antes mesmo do nascimento do processo e independeria da circunstância de ter-se ou não razão. De outra banda, a tese sustentada por Wach defende a idéia de que a ação é um direito autônomo, mas concreto, já que somente existirá ação quando ao autor for dada uma sentença de procedência, ficando evidenciado, portanto, o entendimento de que a ação somente compete àqueles que têm razão. (LOPES JR., 2010, p. 346-348).

Como se percebe, os conceitos de abstração e concreção da ação penal estão situados em pontos opostos e foram desenvolvidos a partir da simples circunstância de ter-se ou não razão na pretensão, fator que, evidentemente, demonstra-se insuficiente para definir a existência ou não da ação.

Desse modo, a fim de estabelecer-se um ponto de intersecção entre tais conceitos, foi desenvolvida a concepção de direito conexo instrumentalmente ao caso penal, a qual adverte que

O fato de ser um direito abstrato não significa que seja ilimitado e incondicionado. Deve ser dosado e condicionado, somente podendo exercê-lo aquele que preencher determinadas condições. Está vinculado a um caso concreto, determinado e exatamente individuado. Assim, abstração é admitida (pois não há como negar que a ação existe e foi devidamente exercida ainda que a sentença seja absolutória), bem como a autonomia (pois o direito potestativo de acusar não se confunde com poder [material] de punir), mas ambas são atenuadas – aproximando-se do conceito de direito concreto – na medida em que se exige que a ação processual penal demonstre uma conexão instrumental em relação ao caso penal. (LOPES JR., 2010, 350-351)

Em conclusão, a ação penal pode ser vista como um direito abstrato tendo em vista que a ação existe independentemente do fato da sentença ser absolutória ou condenatória, e instrumentalmente ligado ao caso concreto, eis que para que o processo se desenvolva é necessário que fiquem demonstrados os indícios mínimos da efetiva prática/existência do delito.

Ultrapassada essa análise acerca da natureza jurídica da ação penal, cabe discorrer, isoladamente, sobre cada uma das condições que lhe são específicas.

Inicialmente, cumpre referir que as condições da ação são os requisitos que obrigatoriamente devem estar preenchidos quando do oferecimento da acusação, permitindo, desse modo, o seu processamento. Assim, para que determinada prática delitiva, devidamente descrita na peça inicial acusatória, possa ser julgada em seu mérito, é necessário que se preencham tais requisitos. (LUCCHESI, 2009, p. 11)

No entanto, conforme referido em tópico anterior, diferentes são os entendimentos ao se definir quais seriam as condições da ação penal, eis que para alguns doutrinadores dever-se-ia observar as mesmas condições tanto no processo civil quanto no penal. Nas palavras de Grinover “o valor e o significado das condições da ação devem ser os mesmos no processo civil e no processo penal. Sua configuração há de obedecer a um só critério em ambos os processos” (2007, p. 187). Deste modo não haveria que se falar em condições próprias da ação penal já que elas seriam as mesmas presentes no processo civil.

Este é o entendimento de juristas que, como Grinover, se mantêm vinculados a conceitos próprios do processo civil e, em razão disso, tentam trazer para a seara do processo penal institutos, princípios e condições que, salvo melhor juízo, não se adequam perfeitamente ao mesmo. Contudo, não se pode olvidar que “Devemos trabalhar sem preconceitos e utilizar tudo aquilo de realmente útil, venha do processo civil ou de quem quer que seja. Só não cabe malabarismo linguístico, contorcionismos para uma adaptação impossível” (COUTINHO, 1989, p. 142). Desse modo, buscar categorias próprias à realidade do processo penal não significa dizer que nada do que seja proveniente de outros ramos do direito possa vir a ser aproveitado por aquele.

A refutar a tese de que as condições da ação seriam iguais em todo e qualquer ramo do direito, há aqueles que buscam desconstruir a pretensa teoria geral do processo, apontando os equívocos em que se incorre quando tais conceitos são importados do processo civil.

Há grande controvérsia entre a doutrina acerca de quais seriam as condições da ação no Direito Processual Penal. Hoje a ampla maioria da doutrina processual penal brasileira defende as condições da ação assim como concebidas no Direito Processual Civil, desta forma contribuindo, em parte, para a perpetuação da malfadada “teoria geral do processo”, pois universalizam a aplicação de um instituto do processo civil, estendendo-a ao processo penal. (LUCCHESI, 2009, p. 13)

Na tentativa de desvincular o processo penal daquilo que está inserido dentro da teoria geral do processo, buscou-se, pela análise dos dispositivos legais que o regulam, estabelecer-se quais seriam as condições próprias da ação penal.

Desse modo, especialmente a partir da revogação pela Lei nº 11.719/08 do artigo 43 do Código de Processo Penal⁴, passou-se a discutir quais seriam e por que meios poderiam ser identificadas as condições da ação penal, já que era daquele dispositivo legal que estas eram extraídas e, principalmente, porque a nova redação dada por tal Lei ao artigo 395, do Código de Processo Penal⁵ trouxe de forma bastante genérica as hipóteses de rejeição da peça inicial acusatória, ao elencar como uma delas a falta de condição para o exercício da ação, sem discriminar, contudo, quais seriam estas. No entanto, embora o mencionado dispositivo não exponha com clareza quais seriam as condições da ação penal, não resta dúvida de que tais condições não se tratam daquelas trazidas pela teoria geral do processo. (LUCCHESI, 2009, p. 13-14)

Assim, ao observar-se o que dispunha o revogado artigo 43 do Código de Processo Penal é possível identificar as condições da ação penal, quais sejam: a prática de fato aparentemente criminoso, a punibilidade concreta, a legitimidade e a justa causa. Cumpre referir, contudo, que em que pese a revogação do mencionado dispositivo legal, as condições da ação penal em nada foram alteradas, o que pode ser verificado através da análise da redação do artigo 395 do Código de Processo Penal e seus incisos. (LOPES JR., 2010, p. 356-357)

No tocante à prática de fato aparentemente criminoso, pode-se dizer, sucintamente, que tal condição diz respeito ao dever que tem a acusação em demonstrar que a imputação feita na peça acusatória constitui fato típico. Em razão dessa condição, se o julgador verificar, quando do recebimento da denúncia ou queixa, que há suporte probatório a indicar que o acusado agiu sob o manto de uma excludente de ilicitude ou de uma excludente de culpabilidade, poderá, em face disso, rejeitar a inicial. Se as excludentes forem constatadas após o recebimento da denúncia e a resposta do acusado, entende-se que seria caso de absolvição sumária pelo julgador. (LOPES JR., 2010, p. 357-359)

Assim, o fato descrito na denúncia deve, necessariamente, constituir infração penal. Não se pode admitir que um indivíduo seja submetido a um processo criminal sem que sua ação tenha violado norma de direito penal material, descrita como fato típico. Nesse diapasão, Lucchesi (2009, p. 22) refere que é inconcebível um juízo de admissibilidade da acusação em

⁴ Art. 43 – A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I – o fato narrado evidentemente não constituir crime; II – já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa; III – for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal. Parágrafo único – Nos casos do nº III, a rejeição da denúncia ou queixa não obstará ao exercício da ação penal, desde que promovida por parte legítima ou satisfeita a condição.

⁵ 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.

caso de visível atipicidade, mesmo porque tal condição da ação decorre do princípio da reserva legal, expressamente consagrado no inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição Federal⁶.

Por seu turno, a falta de punibilidade concreta, expressamente prevista como uma das causas de rejeição da denúncia no revogado artigo 43, inciso II, do Código de Processo Penal, se traduz na impossibilidade de instauração de processos referentes a casos penais onde já tenha se operado a extinção da punibilidade do agente, haja vista que para que se admita uma acusação é necessário que o julgador vislumbre a possibilidade de aplicação de punição criminal ao acusado, em caso de condenação. Desse modo, é imprescindível que o julgador, no momento do juízo de admissibilidade da acusação, verifique se não está presente nenhuma das circunstâncias previstas no artigo 107 do Código Penal⁷. Assim, pode-se afirmar que a punibilidade concreta é considerada condição da ação porque sem ela o processo jamais poderia atingir o seu fim. (LUCCHESI, 2009, p. 23-24)

Neste ponto, cumpre referir que a falta de punibilidade concreta também é tida como causa de absolvição sumária, constante no inciso IV do artigo 397 do Código de Processo penal⁸. Contudo, isso não significa dizer que tal condição somente possa ser reconhecida em sede de absolvição sumária haja vista que quando reconhecida no momento do juízo de admissibilidade da denúncia/queixa, será caso de rejeição da peça inicial acusatória. Por outro lado, em sendo a causa de extinção da punibilidade reconhecida em momento posterior, o acusado deverá ser absolvido sumariamente. Ou seja, a absolvição sumária caberá apenas quando a prova de extinção da punibilidade for produzida após o recebimento da denúncia/queixa. (LOPES JR., 2010, p. 359-360)

A exigência de legitimidade de parte, como já referido em tópico anterior, consiste na necessidade de se observar se os polos passivo e ativo da ação estão sendo ocupados por partes legítimas para tanto. Neste sentido, o polo ativo geralmente será ocupado pelo Ministério Público, quando se tratar de delitos sujeitos à ação penal pública incondicionada ou de iniciativa pública condicionada, bem como pelo querelante ou seu representante legal, em

⁶ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; [...]

⁷ Art. 107. Extingue-se a punibilidade: I – pela morte do agente; II – pela anistia, graça ou indulto; III – pela retroatividade da lei que não mais considera o fato como criminoso; IV – pela prescrição, decadência ou preempção; V – pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada; VI – pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite; [...] IX – pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.

⁸ Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: [...] IV- extinta a punibilidade do agente.

caso de delito sujeito à ação penal de iniciativa privada. O polo passivo da ação, por sua vez, deverá ser ocupado pelo autor da prática delituosa, contra quem será exercida a pretensão acusatória. A falta dessa condição pode levar tanto à rejeição da denúncia ou queixa, como ao trancamento do processo, que se dará por meio de *habeas corpus*. De se ressaltar, ainda, que a rejeição da peça inicial acusatória em razão desta condição somente faz coisa julgada formal, motivo pelo qual é possível que haja o ajuizamento de nova ação (LOPES JR., 2010, p. 361-363).

Por fim, a justa causa para o exercício da ação penal, que por constituir assunto central de capítulo posterior, será analisada, neste primeiro momento, de modo mais sucinto. Tal condição, nas palavras de Lopes Jr. (2010, p. 364), “está relacionada, assim, com dois fatores: existência de indícios razoáveis de autoria e materialidade de um lado e, de outro, com o controle processual do caráter fragmentário da intervenção penal”. Nesse contexto, a justa causa pode ser definida, basicamente, como os indícios mínimos de autoria e materialidade a indicar que determinada pessoa praticou um ilícito penal, buscando coibir, desse modo, possíveis abusos no direito de acusar.

Feitas essas considerações, é possível afirmar que são evidentes as diferenças existentes entre as esferas processual civil e processual penal, demonstrando-se inviável a importação das condições da primeira seara para a segunda já que, como restou amplamente argumentado, o processo penal, nesse aspecto, é independente de qualquer outro ramo do direito, motivo pelo qual é possível que se desvincule das condições gerais da ação, extraindo-se as que são próprias a sua realidade, do texto da lei que o regula.

Por fim, cumpre mencionar que o Tribunal de Justiça Gaúcho, *ad exemplum*, em julgamento de apelação crime⁹, reconheceu as condições da ação penal do modo como foram

⁹ APELAÇÃO CRIME. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. RECEBIMENTO DA QUEIXA-CRIME. PRESENÇA DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO PROCESSUAL PENAL: FATO APARENTEMENTE CRIMINOSO, PUNIBILIDADE CONCRETA, LEGITIMIDADE DE PARTE E JUSTA CAUSA. 1. No que concerne à primeira condição da ação processual penal, isto é, a prática de fato aparentemente criminoso, há que se considerar a tipicidade aparente da conduta, que não haja elementos probatórios de que o acusado agiu ao abrigo de uma causa de exclusão da ilicitude, sob pena de rejeição, com fundamento no artigo 395, II, do Código de Processo Penal, bem como que não exista prova acerca da exclusão de culpabilidade. A conduta, portanto, deve ser aparentemente típica, ilícita e culpável. 2. No que diz respeito à segunda condição da ação, para que não haja rejeição da denúncia ou queixa, não deve estar presente nenhuma causa genérica de extinção da punibilidade, tais como a prescrição, decadência ou renúncia. 3. A legitimidade ativa é ocupada pelo titular da pretensão acusatória, seja o Ministério Público, nas ações penais de iniciativa pública, seja o ofendido ou seu representante legal, nas ações penais em que a iniciativa é privada. A legitimidade passiva está relacionada à autoria do delito, pólo ocupado pelo réu. 4. Por fim, a justa causa deve ser entendida como um lastro probatório mínimo de prova, consubstanciado na existência do delito e em indícios suficientes da autoria. 5. No caso em apreço, presentes as condições da ação processual penal. Mesmo que se leve em conta a estigmatização sofrida pelo sujeito passivo por tão-somente responder a um processo criminal, não há como negar a presença de indícios suficientes de autoria, devido às declarações da vítima na polícia, no sentido de ter o acusado passado a mão nas suas partes íntimas e nos seus seios. Isso, por si só, não quer dizer que o imputado seja condenado ao final do processo. Pode ser que no decorrer da instrução não se produzam provas extreme de dúvidas acerca da autoria. Mas, nesse momento processual, acredito haver indícios de autoria para dar início ao processo penal. APELO PROVIDO. POR MAIORIA. (Apelação

expostas no presente tópico, considerando-as, assim, como: prática de fato aparentemente criminoso, punibilidade concreta, legitimidade de parte e justa causa.

2 A TIPICIDADE PENAL À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA INSIGNIFICÂNCIA, DA ADEQUAÇÃO SOCIAL E DA OBRIGATORIEDADE

O segundo capítulo do presente trabalho se iniciará com o estudo do princípio da insignificância, realizando-se uma análise acurada, que abrangerá desde o seu surgimento até a atual interpretação jurisprudencial e doutrinária que é dada ao instituto, delineando-se, nesse ínterim, o seu conceito e seus critérios e vetores de aplicabilidade. Ainda dentro deste primeiro tópico, será abordada a natureza jurídica de excludente de tipicidade penal do mencionado princípio, discorrendo-se, também, sobre os seus fundamentos jurídicos.

Em seguida, traçar-se-ão algumas considerações acerca dos princípios da adequação social e da obrigatoriedade do exercício da ação penal. Neste ponto, a adequação social será analisada a partir de sua conceituação e origem histórica, buscando-se demonstrar, no desenvolver do texto, o significado da realidade social dentro da dogmática jurídico-penal. Quanto à obrigatoriedade, será verificada, de modo mais específico, a possibilidade de atribuir-se um caráter menos rígido ao instituto, ao analisá-lo conjuntamente com critérios de conveniência e oportunidade.

Por fim, se discorrerá sobre a tipicidade penal e seus corolários, explorando-se, inicialmente, o conceito de tipo penal para, em seguida, adentrar-se no estudo isolado da tipicidade. Dentro deste tópico, se buscará afastar a tipicidade penal do enfoque meramente formal que comumente lhe é atribuído, ao defender-se o entendimento de que esta é produto da soma de aspectos formais e materiais.

2.1 O princípio da insignificância como causa de exclusão da tipicidade penal

Embora não elencado explicitamente na legislação pátria, o princípio da insignificância vem sendo reconhecido, há tempos, tanto pela doutrina como pela jurisprudência como um importante princípio do direito penal, e sua aplicação vem sendo objeto de discussão que se torna cada vez mais ampliada.

O princípio da insignificância foi inicialmente proposto pelo jurista alemão Claus Roxin que, em 1964, “o formulou como base de validade geral para a determinação do injusto, a partir de considerações sobre a máxima latina *minima non curat praetor*”. (SILVA, 2004, p. 87). Desse modo, Roxin buscou assinalar a necessidade de se desvincular do ramo do direito

penal as ações consideradas insignificantes, ao afirmar que nem sempre a ofensa aos bens jurídicos protegidos é suficiente para configurar um fato típico.

Ao propor a introdução do mencionado princípio no sistema penal, Roxin procurou fazê-lo de forma que este viesse a complementar o princípio da adequação social, sobre o qual se discorrerá em momento oportuno, ao referir que

[...] hacen falta principios como el introducido por Welzel, de la adecuación social, que no es una característica del tipo, pero si un auxiliar interpretativo para restringir el tenor literal que acoge también formas de conductas socialmente admisibles. A esto pertenece además el llamado principio de la insignificância, que permite em la mayoría de los tipos excluir desde un principio daños de poca importancia: maltrato no es cualquier tipo de daño de la integridad corporal, sino solamente uno relevante; análogamente desonesto em el sentido del Código Penal es sólo la acción sexual de una cierta importancia, injuriosa em una forma delictiva es sólo la lesión grave a la pretensión social de respeto. Como ‘fuerza’ debe considerarse únicamente un obstáculo de cierta importancia. Igualmente también la amenaza debe ser ‘sensible’ para pasar el umbral de la criminalidad. Si com estos planteamientos se organizara de nuevo consecuentemente la instrumentación de nuestra interpretación del tipo, se lograría, además de una mejor interpretación, una importante aportación para reducir la criminalidad em nuestro país¹⁰. (2002, p. 73-74)

Fica claro, desse modo, que a principal intenção ao aplicar-se o referido princípio é evitar a penalização de condutas cujo resultado seja de pouca importância. O princípio da insignificância busca a equidade entre a ação praticada e a sanção que será atribuída ao autor de tal conduta. Desse modo, quando a ofensa ao bem jurídico protegido não for de relevo, nenhuma sanção penal deve ser aplicada ao agente, especialmente em observância ao caráter de *ultima ratio* que é atribuído ao direito penal.

Vale ressaltar, ainda, que o princípio da insignificância foi reconhecido, em primeiro lugar, pelo Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do Habeas Corpus nº 66.869-PR, na data de 06.12.1988, em um caso de lesão corporal culposa decorrente de acidente de trânsito. Naquela ocasião, a insignificância foi reconhecida ao levar-se em conta exclusivamente o desvalor do resultado da conduta. (GOMES, 2010, p. 36-37)

¹⁰ Tradução nossa: “[...] fazem falta princípios como o introduzido por Welzel, da adequação social, que não é uma característica do tipo, mas sim um auxiliar interpretativo para restringir o teor literal que acolhe também formas de condutas socialmente admissíveis. A isto pertence o chamado princípio da insignificância, que permite na maioria dos tipos excluir, desde logo, danos de pouca importância: mau-trato não é qualquer tipo de dano à integridade corporal, senão somente o relevante; analogamente, desonesta no sentido do Código Penal é só a ação sexual de certa importância; uma forma delitiva de injúria é só a lesão grave à pretensão social de respeito. Como ‘força’ deve ser considerada unicamente um obstáculo de certa importância. Igualmente, a ameaça deve ser ‘sensível’ para ultrapassar o umbral da criminalidade. Se com esses fundamentos se organiza de novo, consequentemente, a instrumentalização de nossa interpretação do tipo, se alcançaria, ademais de uma melhor interpretação, uma importante contribuição para reduzir a criminalidade em nosso país”.

Em termos conceituais, nas palavras de Toledo “Segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas” (1994, p. 133). Logo, entende-se que o referido preceito incidirá nos casos em que o desvalor da conduta praticada e a consequente inexpressividade da lesão provocada apresentem-se evidentes.

Nesse mesmo sentido, Silva conceitua o princípio da insignificância “como aquele que interpreta restritivamente o tipo penal, aferindo qualitativa e quantitativamente o grau de lesividade da conduta, para excluir da incidência penal os fatos de poder ofensivo insignificante aos bens jurídicos plenamente protegidos” (2004, p. 95).

Pode-se afirmar, portanto, que a aplicação do princípio da insignificância aos casos concretos terá vez sempre que a conduta praticada pelo agente atinja de forma tão ínfima o bem juridicamente tutelado, a ponto de não se justificar qualquer repressão a nível de direito penal.

Essas ações/infrações de pouca relevância ou insignificantes consistem naquilo que a doutrina e jurisprudência comumente chamam de infrações bagatelares ou crimes de bagatela que, como a própria denominação já sugere, são aquelas condutas tão irrelevantes que dispensam a intervenção penal, a qual se demonstraria desproporcional nesses casos. (GOMES, 2010, p. 21)

No entanto, embora o reconhecimento da incidência do princípio da insignificância em determinados casos seja imperiosa, “é recorrente a crítica contra a sua aceitação no sistema penal pátrio sob o argumento de que não fora incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro porque ainda não devidamente legislado” (SILVA, 2004, p. 101). Contudo, admitir tal hipótese interpretativa não se mostra a melhor maneira de exaurir o assunto, já que sabidamente a ordem jurídica não se resume apenas àquilo que prevê expressamente. É preciso interpretar as entrelinhas e o que está inserido implicitamente dentro do ordenamento jurídico pátrio.

Assim, pode se afirmar que a ordem jurídica constitucional é composta também por princípios implícitos que “são encontrados através da interpretação e concretização judicial (sentenças e acórdãos) das normas constitucionais que lhes definem os limites e conteúdo com o decorrer do tempo” (SILVA, 2004, p. 43). O fato de não estar expressamente previsto na Constituição Federal não é motivo para que o princípio da insignificância não seja

reconhecido pelos tribunais, já que, consoante acima referido, está contido, mesmo que implicitamente, em nosso ordenamento jurídico.

Ademais, a doutrina e jurisprudência vêm cumprindo satisfatoriamente a função de formular um conceito objetivo para o princípio em comento, já que, sabidamente, a norma escrita não contém todo o direito. Ademais, a existência de princípios implícitos, como é o caso do da insignificância, é expressamente prevista na cláusula constitucional de reserva, preceituada pelo art. 5º, § 2º da Constituição Federal¹¹. (SILVA, 2004, p. 101-102)

Necessário frisar, dentro deste contexto, que a intenção ao defender-se a aplicação do referido princípio não é de afastar do agente toda e qualquer espécie de sanção, mas sim atribuir a que melhor se coadune com a conduta praticada, observando-se, necessariamente, o critério de proporcionalidade entre a ação e sua respectiva punição.

Segundo Gomes, o fato insignificante, não pode ser considerado um ilícito penal, mas é um ilícito, motivo pelo qual deverá receber a sanção que for proporcional ao nível de expressividade da lesão provocada. *Ipsis litteris*:

Mas ficaria impune o autor do fato insignificante ou do fato penalmente irrelevante? Não. O fato insignificante não é um ilícito penal, mas é um ilícito. Deve recair sobre seu autor todas as sanções cabíveis: civis (indenização), trabalhistas (despedida do empregado, quando o caso), sociais (admoestação), administrativas etc. O que não justifica é a aplicação do Direito penal em fatos absolutamente destituídos de significado penal). Não podemos utilizar um canhão para matar um passarinho! (JESCHECK) (2010, p. 32, grifos do autor)

Desse modo, não se quer dizer que o autor de um fato insignificante deveria, necessariamente, ficar impune em todos os âmbitos do direito. O fato seria penalmente irrelevante, o que não impede que recaiam sobre o agente sanções características de outras áreas do direito, conforme acima referido.

Assim, atenta à incidência desenfreada da norma incriminadora, a doutrina passou a defender a aplicação do princípio da insignificância aos casos concretos, vendo nele um novo meio de atenuar a incidência arbitrária das sanções penais e o vinculando, inclusive, à caracterização da tipicidade material. Nesse sentido, Carvalho *et. al.* assinala que:

¹¹ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

É o direito penal um ramo que está inspirado no princípio da fragmentariedade, ou seja, nem todos os bens tutelados o serão **pela norma penal**. Como consequência lógica dessa realidade, ofensas mínimas, em cada caso concreto analisadas, conduzirão à não incidência das normas penais, excluindo-se a tipicidade. Sendo os danos causados por atividade descrita como delito na lei penal de pequena expressão, introduz-se no sistema o princípio da insignificância. Sem esse princípio, situações beirando ao surrealismo podem se verificar, como denúncias oferecidas por “furto” de uma agulha, ou de uma “tampinha de refrigerante”; “dano” a uma tampa de caneta *Bic*; uma “ameaça” sem qualquer idoneidade real de concretização; uma “injúria” sem convicção etc. (2004, p. 77, grifo do autor)

Desse modo, se já se demonstra incoerente a providência tomada por um leigo no sentido de levar ao conhecimento da autoridade policial, ou até mesmo proceder ao registro de ocorrência de conduta cujo resultado é visivelmente ínfimo e insignificante do ponto de vista penal, é inconcebível que membros do Ministério Público, ou até mesmo magistrados permitam o prosseguimento de um expediente que verse sobre a apuração de um fato atípico ante à ausência de tipicidade material, que resta afastada pela incidência do princípio da insignificância.

A fim de melhor elucidar a questão da atipicidade decorrente da incidência do princípio da insignificância, traz-se à baila o lúcido magistério de Gomes, o qual assinala que

A consequência natural da aplicação do critério da insignificância (como critério de interpretação restritiva dos tipos penais ou mesmo como causa de exclusão da tipicidade material) consiste na exclusão da responsabilidade penal dos fatos ofensivos de pouca importância ou de ínfima lesividade. São fatos materialmente atípicos (afasta-se a tipicidade material). Na lesão ou na conduta insignificante, o fato é formalmente típico, mas não materialmente. Se tipicidade penal é (de acordo com nossa teoria constitucionalista do delito) tipicidade formal + tipicidade normativa ou material, não há dúvida que, por força do princípio da insignificância, o fato de ínfimo valor é atípico. (2010, p. 56)

Dentro desse contexto, pode se afirmar que o princípio da insignificância possui natureza jurídica de excludente de tipicidade penal, já que esta não se resume à subsunção do fato à norma incriminadora, eis que, além disso, para configurá-la por completo, é necessária a ocorrência de verdadeira e concreta lesão ao bem jurídico protegido. É preciso, portanto, conjugar-se a tipicidade formal e a tipicidade material para que possa haver a incidência da sanção penal sobre determinada conduta.

Nesse sentido, as situações em que se configure a insignificância consistiriam exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal. Desse modo, o princípio da insignificância pode dar fundamento até mesmo a um pedido de arquivamento do inquérito policial pelo próprio órgão acusador. A obrigatoriedade da ação penal é limitada, assim, pela Constituição Federal, eis que a prática de conduta situada dentro do caráter de insignificância, onde fica

afastada a tipicidade material, não se mostra razoável para que se exponha a perigo a garantia de liberdade de determinado indivíduo. (CARVALHO, *et al.*, 2004, p. 96-97)

Desse modo, sempre que o agente ministerial verificar que determinada conduta não atingiu o grau de lesividade suficiente para a incidência da norma penal, poderá requerer o arquivamento do inquérito policial, ante a ausência de tipicidade material.

Sublinhe-se, ainda, que a aplicação ou não do princípio da insignificância vai depender de cada caso concreto. Como bem referido por Gomes,

Uma bicicleta para um grande empresário é absolutamente insignificante. A mesma bicicleta para quem ganha R\$ 200,00 por mês pode não ser. Cada caso é um caso. Não existem critérios apriorísticos concretos que definem o que é insignificante: tudo depende do caso real, da vítima concreta, das circunstâncias, do local, do momento etc. Genericamente falando, o STF vem enfatizando que o princípio da insignificância requer: (a) ausência de periculosidade social da ação, (b) a mínima ofensividade da conduta do agente, isto é: a mínima idoneidade ofensiva, (c) a inexpressividade da lesão jurídica causada e (d) a falta de reprovabilidade da conduta (HC 84.412-SP, rel. Min. Celso de Mello). Cuida-se, como se vê, de um conceito normativo, que exige complemento valorativo do juiz. O princípio da insignificância tem tudo a ver com a moderna posição do juiz, que já não está bitolado pelos parâmetros abstratos da lei, senão pelos interesses em jogo em cada situação concreta. (2010, p. 25-26)

Não se têm, portanto, critérios definidos, que possam servir de parâmetro para a análise de todo e qualquer caso concreto. É necessário que se faça um exame individual de cada um deles, levando em consideração todas as circunstâncias que os envolvem. Imprescindível, contudo, que a análise acerca da incidência do princípio aos casos concretos não fique a cargo tão somente do referido complemento valorativo do juiz, que deve considerar, também, os fundamentos que vêm sendo utilizados pela jurisprudência e doutrina.

Através do exame dos critérios e vetores de aplicabilidade do princípio da insignificância, até agora analisados, é possível verificar que os mesmos levam em consideração ora o desvalor da conduta ora o do resultado, ou a ambos, o que significa dizer que o princípio da insignificância tem incidência em ambas as situações, ou até mesmo na combinação delas.

Feitas essas considerações, é necessário que se discorra, mesmo que sucintamente, acerca dos fundamentos jurídicos do princípio da insignificância. Dentre eles, os que se destacam são os princípios da fragmentariedade, proporcionalidade e intervenção mínima, conforme adiante se demonstrará.

Nas palavras de Silva, o princípio da fragmentariedade “[...] serve de fundamento para o princípio da insignificância à medida que [...] só permite a apenação de condutas típicas que materialmente lesionem o bem atacado” (2004, p. 124). Assim, evidente a relação que os mencionados princípios possuem entre si, haja vista que enquanto um (o da insignificância) afasta a tipicidade material pela infimidade da conduta praticada, ou do resultado produzido, o outro (da fragmentariedade) preceitua, justamente, que o direito penal não deve se ocupar de sancionar condutas irrelevantes.

Já no que diz respeito ao princípio da proporcionalidade, Silva leciona que o mesmo fundamenta o princípio da insignificância à medida que “[...] o realiza concretamente quando incide sobre as condutas penalmente insignificantes para excluí-las do âmbito do Direito Penal em razão de haver desproporcionalidade entre o fato praticado e a resposta penal a essa prática” (2004, p. 127). Mais uma vez, visível a relação existente entre os mencionados princípios, uma vez que sancionar condutas inseridas dentro do contexto de insignificância iria de encontro ao ideal do princípio da proporcionalidade.

Inequívoca, ainda, a relação existente entre os princípios da insignificância e da intervenção mínima, o qual, nas palavras de Bittencourt

[...] orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a *criminalização* de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. (2009, p. 13, grifo do autor)

Assim, pela análise do conceito de intervenção mínima, verifica-se que esta poderia relacionar-se ao princípio da insignificância, especificamente no que diz respeito à irrelevância da conduta praticada, haja vista que, como se percebe, tal princípio objetiva evitar que ações pouco lesivas sejam criminalizadas, buscando, portanto, limitar o poder incriminador do Estado, conforme acima referido.

Conclui-se, desse modo, que tais princípios se complementam harmonicamente no intuito de encontrar uma solução que não ofenda o sistema jurídico-penal.

Depreende-se, assim, tanto da análise isolada do conceito de insignificância quanto de sua análise em conjunto com os demais princípios que o fundamentam e lhe dão suporte, que a penalização de infrações consideradas bagatelares daria azo a males muito mais graves do que aqueles que pretende evitar. É necessário que se leve em consideração, portanto, os reflexos e os custos que o processo trará para a sociedade e, principalmente, para o acusado,

que, ao ser penalizado pela prática de uma conduta totalmente irrelevante, seria a principal vítima de tal processo, em razão da estigmatização que este sabidamente é capaz de gerar. O mais racional, portanto, é admitir o reconhecimento do princípio da insignificância como causa excludente da tipicidade material, evitando, desse modo, providências desproporcionais.

2.2 Adequação social e obrigatoriedade do exercício da ação penal: uma análise conjunta acerca de seus pressupostos

Feitas as devidas considerações sobre o princípio da insignificância, não se poderia deixar de abordar o princípio da adequação social ou a chamada teoria social da ação, eis que intimamente ligado com o conceito de insignificância, sobre o qual se discorreu de forma pormenorizada no tópico anterior.

É consabido que vivemos sob a égide de um Código Penal que ultrapassa meio século de existência, eis que publicado no ano de 1940. De lá para cá a sociedade, em geral, passou por diversas mudanças e transformações a nível comportamental. Assim, condutas que na época da publicação do referido diploma legal eram tidas como antissociais e, em razão disso, criminalizadas, passaram gradativamente a ser aceitas e/ou toleradas pela sociedade. Esse fenômeno evidentemente ocorre em diferentes locais do mundo, eis que na medida em que a sociedade evolui, suas concepções também sofrem alterações. Dentro desse contexto, Gomes e García-Pablos de Molina advertem que

A norma, inclusive a penal, não é obra da natureza. Quando é delineada, tem em sua base uma determinada “realidade social”. É em razão de uma específica realidade, isto é, de um conjunto de “fatos”, que surge a “norma”, depois de devidamente “valorados”. Da valoração de determinados fatos assim como da percepção de que sua realização ou omissão perturba a convivência social é que nasce a “norma penal”. (2007, p. 355)

Essa é a idéia do princípio da adequação social ou teoria social da ação, que surgiu na doutrina alemã e foi introduzida no direito penal por Hans Welzel. Em termos conceituais, segundo a teoria da adequação social, “as condutas que se consideram ‘socialmente adequadas’ não podem constituir delitos e, por isso, não se revestem de tipicidade” (BITENCOURT, 2009, p. 19). Em outras palavras, do conceito de adequação social é possível se extrair que não há como punir uma ação que a sociedade não tem por antissocial, ainda que se encaixe em uma descrição típica.

Dentro desse contexto, um bom exemplo de conduta socialmente aceita é a manutenção de casa de prostituição, prevista no artigo 229 do Código Penal¹². Em tais casos, o tipo penal correspondente ao ato praticado não possui efetividade na produção de seus efeitos no atual contexto social, haja vista que a manutenção de estabelecimentos desta espécie deixou de ser considerada ofensiva à moralidade pública há muito tempo. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, *ad exemplum*, em julgamento de apelação crime¹³ que versava sobre a prática do mencionado delito, reconheceu a atipicidade da conduta em decorrência da necessária aplicação do princípio da adequação social, pelos fundamentos já mencionados.

Sabidamente, o direito penal tem por finalidade a proteção de bens jurídicos entendidos como relevantes para a sociedade. A partir do momento em que esta passa a tolerar ou até mesmo aceitar a prática de determinadas condutas, a incidência do direito penal perde sua razão de ser. Nas precisas palavras de Welzel,

A adequação social é de certo modo uma espécie de pauta para os tipos penais: representa o âmbito “normal” da liberdade de atuação social, que lhes serve de base e é considerada (tacitamente) por eles. Por isso, ficam também excluídas dos tipos penais as ações socialmente adequadas, ainda que possam ser a eles subsumidas – segundo seu conteúdo literal. (2001, p. 60)

Resta claro, portanto, que a conduta socialmente adequada, por assim ser reputada, acaba destituída de conteúdo necessário para ser considerada típica.

No entanto, não se pode incorrer no erro de confundir-se adequação social com causa de justificação, desacerto que o próprio Welzel chegou a cometer inicialmente, haja vista que a conduta socialmente adequada está desde o princípio excluída do tipo penal, justamente porque se dá dentro do campo de aceitabilidade/normalidade social. Por outro lado, a conduta amparada por uma causa de justificação, embora típica e socialmente inadequada, somente

¹² Art. 229. Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente [...].

¹³ APELAÇÃO CRIME. MANUTENÇÃO DE CASA DE PROSTITUIÇÃO. ART. 229 DO CP. ATIPICIDADE. A manutenção de casa de prostituição com o pleno conhecimento da autoridade, que nenhuma restrição lhe opõe, desfigura o delito previsto no art. 229 do CPP. Conduta que, embora inscrita na norma repressiva, em atenção às transformações de toda a ordem experimentadas pela sociedade, que traçam novos rumos, a partir do redimensionamento de valores coletivos e individuais, das quais o direito penal não se pode abstrair, em face das finalidades e princípios norteadores das normas recriminadoras; deve ser visualizada dentro de uma concepção maior, buscando a verdadeira finalidade da norma que incrimina a conduta, com todas as suas circunstâncias, inclusive respeitando as transformações sociais. Princípio da adequação social. Precedentes nesta Corte. Absolvção mantida. APELO IMPROVIDO. (Apelação Crime Nº 70035963552, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Fabianne Breton Baisch, Julgado em 12/01/2011)

não é considerada crime em decorrência de uma permissão excepcional e legal para a prática de tal ação. (TOLEDO, 1994, p. 131-132)

Ainda, não se pode olvidar que o princípio da adequação social, assim como o da insignificância, é considerado um princípio implícito na ordem jurídica constitucional, já que não é expressamente previsto por ela. Contudo, conforme já fora mencionado em tópico anterior, o fato de não estar expressamente contido no texto normativo, não impede seu reconhecimento e sua aplicação aos casos concretos, eis que as normas jurídicas não se resumem apenas àquilo que está textualmente contido na legislação pátria, devendo-se levar em consideração, portanto, os princípios que se encontram inseridos de modo latente em seu interior. Outrossim, ainda dentro da análise da relação existente entre os referidos princípios, é possível constatar que os mesmos “auxiliam os operadores do direito na tarefa de reduzir ao máximo o campo de atuação do direito penal, reafirmando seu caráter fragmentário e subsidiário, reservando-se apenas para a tutela jurídica de valores sociais indiscutíveis” (PACHECO MAGALHÃES, 2009), buscando, afastar, desse modo, a tipicidade material de determinadas condutas que, embora formalmente típicas, não devem ser penalizadas.

Segundo Gomes, antes de Welzel, a teoria do delito não concedia espaço para as razões sociais, sendo uma dogmática preponderantemente positivista. Assim, com a introdução do princípio da adequação social, a realidade social passou a ter o seu significado dentro da dogmática jurídico-penal. *Ipsis litteris*:

Antes de WELZEL a dogmática jurídico-penal pouco (ou praticamente nenhum) espaço concedia para a “realidade social” dentro da teoria do delito. Também no que concerne a esse ponto, era uma dogmática “positivista” (legalista e fechada em si mesma), muito mais preocupada com a construção de um hermético “sistema”, puro e imaculado, do que com a solução justa de cada caso concreto [...] A teoria do delito, antes dele, não contava com a categoria da “referenciabilidade social”: era impoluta, intangível, mais sistematizadora que instrumentalizadora de uma solução justa para cada caso concreto. Com WELZEL, então, pela primeira vez, vincula-se o sistema do fato punível com a realidade social e hermenêutica. A consequência principal dessa conexão foi a construção de mais um critério delimitador do âmbito da normatividade do tipo penal: por razões sociais (tradição, cultura, costumes de um povo em determinado período histórico) ficam fora do âmbito do proibido [...] algumas condutas até danosas mas só aparentemente típicas [...]. (2010, p. 164-165)

Inegável, desse modo, a contribuição dada por Welzel ao propor a introdução do mencionado princípio, tendo tal iniciativa mudado substancialmente a forma de analisar-se a necessidade da criminalização de determinadas condutas, constituindo-se, tal princípio, em mais um critério balizador da normatividade dos tipos penais.

Assim, com Welzel, construiu-se a denominada teoria da adequação social, que busca afastar a incidência típica de determinadas condutas que são aceitas, praticadas, respaldadas e toleradas pela sociedade, emergindo da adoção de tal teoria a percepção de uma fundamental distinção entre a subsunção formal e a subsunção material, haja vista que dentro deste contexto de adequação social, um agir pode ser considerado formalmente típico, mas materialmente atípico, quando inserido dentro de determinado contexto histórico-cultural. (GOMES, 2010, p. 168-169)

Prosseguindo-se no estudo dos pressupostos e características do princípio da adequação social, é necessário sublinhar que para a incidência do mencionado princípio é indispensável a existência de um consenso na sociedade a respeito da conduta praticada. No entanto, é necessário ressaltar, neste ponto, que a incidência da adequação social não é regida exclusivamente pela democracia formal (a democracia da maioria), haja vista que ela também deve subordinar-se à democracia material, devendo observar, necessariamente, os direitos e garantias fundamentais constitucionalmente resguardados. É exatamente por isso que mesmo que uma maioria aprove a instituição da pena de morte no Brasil, tal sanção jamais poderá ser considerada socialmente adequada no plano jurídico, já que há uma proibição constitucional taxativa no que diz respeito a essa prática. Assim, existem práticas que, por serem taxativamente vedadas, não podem ser consideradas socialmente adequadas pelo fato de uma maioria tolerá-las/aceitá-las. Indispensável, portanto, que haja um intercâmbio entre a incidência da adequação social e os direitos e garantias fundamentais. (GOMES, 2010, p. 175)

Conclui-se, desse modo, que o princípio da adequação social serve para nortear os intérpretes da norma penal na aferição do juízo de lesividade de determinada ação, circunstância imprescindível para a configuração da tipicidade material de um fato que, conjugada com sua tipicidade formal, caracteriza a conduta como típica.

Assim, ao considerar-se que a aplicação do princípio adequação social e o princípio da insignificância aos casos concretos é circunstância capaz de afastar a tipicidade material de determinada conduta, é imperioso que se situe dentro deste contexto o princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Inicialmente, é pertinente que se refira que, de acordo com o mencionado princípio, “o Ministério Público *deve* propor ação penal pública sempre que estiver com um fato típico, ilícito e culpável nas mãos, devidamente comprovado ou com elementos que o autorizem a iniciar a persecução penal” (RANGEL, 2011, p. 233, grifo do autor), ou seja, a

obrigatoriedade diz respeito ao dever legal do Ministério Público em apresentar denúncia sempre que houver a subsunção de determinado fato a uma norma incriminadora.

Desse modo, uma vez desrespeitada a norma penal, “nasce para o Estado a pretensão acusatória, que deverá ser exercida pelo Ministério Público, através da ação penal. Não cabe ao Ministério Público deixar de propor ação penal por motivos de política criminal nem por qualquer outro que não os previstos em lei”. (RANGEL, 2011, p. 233)

A interpretação dada ao conceito de obrigatoriedade no sentido de que a adoção de tal princípio deva ser plena, defendendo-se a idéia de que o exercício da ação penal é um dever inexorável do Ministério Público, possui considerável respaldo doutrinário. Greco Filho é um dos doutrinadores que já abordou o princípio da obrigatoriedade dando-lhe essa interpretação, ao sustentar que a atuação do Ministério Público não pode basear-se em questões de oportunidade e conveniência, senão vejamos:

Existindo elementos probatórios razoáveis, o Ministério Público é obrigado a oferecer denúncia. O juízo de formação da *opinio delicti* por parte do órgão do Ministério Público é um juízo vinculado de legalidade e não de oportunidade ou conveniência. A relação entre a infração penal e a propositura da ação penal é uma relação de obrigatoriedade e não de eventualidade. (1999, p. 119)

De acordo com esse entendimento, o agente ministerial estaria proibido de agir dentro de um contexto de discricionariedade, limitando-se, obrigatoriamente, ao juízo de legalidade, não podendo considerar, desse modo, nenhum fator que não estivesse inserido dentro do critério da legalidade para aferir a viabilidade de propor uma ação penal.

No entanto, tal posicionamento vem sendo criticado pela parte da doutrina que se opõe a esse rigor de exigência do exercício da ação penal e que busca relativizar a obrigatoriedade em determinadas situações. Nesse sentido, Rangel (2011, p. 234), adverte que não se pode confundir a liberdade de agir do órgão ministerial (no que diz respeito a examinar a existência do fato) com a obrigação de ajuizar a ação penal em qualquer caso, motivo pelo qual o Ministério Público está autorizado a abster-se de promover a ação penal sempre que o fato sobre o qual verse o expediente de investigação possa ser considerado atípico, seja em razão da ação estar inserida dentro do contexto insignificância, ou quando não existir interesse público na intervenção penal, dentre outras circunstâncias que podem afastar a incidência do princípio da obrigatoriedade no exercício da ação penal. Quanto ao dever de agir, de se destacar que este efetivamente nunca deixa de existir, seja para ajuizar a ação penal ou para postular o arquivamento do expediente policial.

É exatamente neste ponto que está inserida a intersecção entre os princípios da insignificância, da adequação social e da obrigatoriedade do exercício da ação penal, porquanto o reconhecimento e aplicação dos dois primeiros princípios aos casos concretos, conforme referido anteriormente, afasta a tipicidade material da conduta, permitindo, desse modo, que a acusação se abstenha de propor a ação penal.

Ainda com relação à rigidez do princípio da obrigatoriedade, é possível afirmar que esta foi amenizada a partir da promulgação da Lei nº 9.099/95 que rege o procedimento dos Juizados Especiais Criminais, ocupando-se de delitos de menor potencial ofensivo que, por assim serem considerados, dão ao Ministério Público a possibilidade de deixar de propor a ação penal, ofertando, em seu lugar, o benefício da transação penal. Esta seria, portanto, mais uma forma de relativizar o mencionado princípio, podendo ser considerada, ainda, uma nova concepção a ser incluída no sistema processual penal brasileiro, qual seja, a discricionariedade regrada. (LOPES JR., 2010, p. 372-373)

Prosseguindo-se no estudo da obrigatoriedade do exercício da ação penal por parte do órgão acusador, cabe referir que o caráter mitigado de referido princípio já foi sustentado com base na interpretação do próprio texto do Código de Processo Penal, quando Marques visualizou uma abertura no sistema, assinalando uma maneira de o acusador poder invocar motivos de oportunidade quando julgar que não há elementos suficientes para a propositura da ação penal. *Ispis litteris*:

Além do mais, uma certa mitigação ao princípio da obrigatoriedade se contém no artigo 28 do Código de Processo Penal, como bem demonstrou EUCLIDES CUSTÓDIO DA SILVEIRA. Fala o texto citado em “razões invocadas” para pedir o arquivamento pelo órgão do Ministério Público, - razões que o juiz examinará se são procedentes ou improcedentes. Não esclarecendo a regra legal quais essas razões, nada impede que o Promotor Público invoque motivos de oportunidade que, se forem relevantes, podem ser atendidos ou pelo juiz, ou pelo chefe do *Parquet*. (1997, p. 312)

Percebe-se, desse modo, que embora considerável parcela da doutrina considere a obrigatoriedade como um princípio que não admite relativizações, há quem defenda a possibilidade de atribuir-lhe um caráter mitigado, dando-se ao Ministério Público a opção de abster-se de propor uma ação penal com base em motivos de oportunidade e conveniência que, embora não abarcados pela legislação pátria, podem ser considerados fatores determinantes no momento de se verificar a necessidade/viabilidade de mover/acionar o poder judiciário através da instauração de um processo criminal.

A maioria da doutrina, contudo, situa os princípios da obrigatoriedade e da oportunidade em extremidades opostas, sustentando o entendimento de que o princípio da oportunidade teria incidência somente em casos de ação penal privada, onde se dá ao ofendido a faculdade de renunciar ao direito de propor a ação, ao passo que a ação penal pública seria regida exclusivamente pelo princípio da obrigatoriedade (RANGEL, 2011, p. 266-267), ressaltando-se, evidentemente, os casos de delitos de menor potencial ofensivo, que conforme referido anteriormente seguem o procedimento previsto na Lei nº 9.099/95, e podem ser objetos de transação penal quando preenchidos os requisitos necessários para o oferecimento do benefício pelo órgão ministerial, o que ocasiona uma relativização do princípio.

Nesse diapasão, surgem questionamentos referentes à própria autonomia funcional do Promotor de Justiça, que dentro do caráter inexorável do princípio da obrigatoriedade estaria engessado por um instituto que o impede de exercer plenamente suas funções. Nas precisas palavras de Azevedo:

[...] parece-nos, no todo, incompatível a convivência do princípio da independência funcional (de patamar constitucional) com uma mordaza infraconstitucional (um limitador do pensamento e da livre consciência do promotor de justiça, o qual é considerado pelo ordenamento jurídico processual nacional, de origem fascista, como ser que não pensa, mas que cumpre ordens), erradamente confundida pela maior parte da doutrina processualista nacional com o princípio da legalidade. [...] Ademais, conceber o princípio da obrigatoriedade conforme os moldes atuais é, como já dito, tomar o promotor de justiça, ou seja, o ser pensante, como mero cumpridor automático de ordens. Desta forma, segundo o nosso entendimento, com a Constituição Federal de 1988, o membro do Ministério Público não se encontra mais obrigado a ter que oferecer, de regra, a denúncia, ou a não poder desistir do recurso interposto, pois tem independência funcional [...]. (2003)

Em decorrência de sua independência funcional, o representante do Ministério Público teria, portanto, a liberdade de agir de acordo com os critérios de oportunidade e conveniência, não permanecendo atrelado unicamente ao que está legalmente previsto no ordenamento jurídico pátrio, podendo valer-se de critérios como a insignificância e a adequação social, dentre outros, para deixar de propor a ação penal. Considerar a independência funcional do agente ministerial seria, portanto, um modo de dar a este a liberdade necessária para que cumpra suas funções plenamente, independente, inclusive, da intervenção dos denominados juízes-promotores.

Por derradeiro, traz-se à baila o ilustre magistério de Ferrajoli, que pontua com precisão o significado e a razão de ser do princípio da obrigatoriedade, assim referindo:

[...] por “obrigatoriedade” da ação penal não se deve entender, como se tem dito a propósito da “não derrogação” do juízo, um irrealizável dever de proceder em todo crime “leve” ou “oculto”, mas só a obrigação dos órgãos de acusação pública de promover o juízo para toda *notitia criminis* que vier ao seu conhecimento – ainda que para requerer o arquivamento ou a absolvição caso considerem o fato penalmente irrelevante ou faltarem indícios de culpabilidade. (2002, p. 457)

Assim, de acordo com as considerações acima expostas, resta claramente demonstrado que não há radicalidade no que tange ao princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal pública, ao considerar-se que esta possui caráter mitigado, estando os seus limites de aplicação situados na Constituição Federal, podendo se citar, dentre eles, a garantia de liberdade, que é posta em risco sempre que há a deflagração de uma ação penal. (CARVALHO, *et. al.*, 2004, p. 96-97)

Verifica-se, desse modo, que a obrigatoriedade no exercício da ação penal não deve ser vista de forma absoluta, merecendo ser relativizada em situações que, por suas circunstâncias, autorizem uma ponderação sobre a necessidade de proceder.

2.3 A tipicidade penal e seus corolários

Após terem sido delineados os pressupostos atinentes aos princípios da insignificância, da adequação social e da obrigatoriedade, é imprescindível que se faça uma incursão mais acurada nos temas relacionados à tipicidade penal, que foi abordada sucintamente quando da análise dos referidos princípios, no tópico anterior.

Para adentrar-se no estudo da tipicidade penal, é necessário explorar, primeiramente, o conceito de tipo, a fim de que seja possível realizar a necessária diferenciação entre os dois institutos. Nas precisas palavras de Toledo, o tipo penal “é um modelo abstrato de comportamento proibido. É, em outras palavras, descrição esquemática de uma classe de condutas que possuam características danosas ou ético-socialmente reprovadas, a ponto de serem reputadas intoleráveis pela ordem jurídica” (1994, p. 127). O tipo penal seria, portanto, a conduta descrita na norma penal incriminadora, passível de acarretar sanções àqueles que a descumprirem, seja por comportamentos comissivos ou omissivos.

Nessa esteira, pode se afirmar que os bens jurídicos são tutelados por meio da criação de tipos penais que traçam, abstratamente, as ações que são vedadas pelo ordenamento jurídico-penal, das quais todos devem se abster. (Silva, 2004, p. 78)

Ainda dentro do estudo do conceito de tipo penal, Silva (2004, p. 79) nos atenta para o fato de que “A imprecisão legislativa e o caráter abstrato do tipo penal atribuem à descrição da conduta incriminadora uma amplitude maior que a necessária para a proteção do bem jurídico penalmente tutelado”, o que leva à necessária aplicação, em determinados casos concretos, dos princípios da insignificância e da adequação, conforme fora mencionado anteriormente, eis que, em decorrência desse caráter abstrato que os tipos penais possuem, algumas condutas irrelevantes para o direito penal, seja pela sua insignificância ou por serem socialmente toleradas, acabam sendo atingidas pela descrição típica.

Feitas essas breves considerações no que concerne ao conceito de tipo penal, torna-se imperioso ressaltar que este não pode ser confundido com a tipicidade, eis que “O tipo é a fórmula que pertence à lei, enquanto a tipicidade pertence à conduta. A tipicidade é a característica que tem uma conduta em razão de estar adequada a um tipo penal, ou seja, individualizada como proibida por um tipo penal” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 338). Assentado, portanto, que o tipo constitui um modelo legal de comportamento, ao passo que a tipicidade penal diz respeito à adequação da ação perpetrada a esta previsão legal.

Ao adentrar-se no estudo da tipicidade penal, é necessário referir os moldes que foram dados ao conceito desde as mais remotas doutrinas do direito penal, que se vinculavam à singela e objetiva previsão legal, haja vista que os doutrinadores tradicionais não se preocuparam em realizar uma análise mais precisa da tipicidade, satisfazendo-se apenas com seu caráter formal de descrição puramente abstrata, sem nenhuma análise ou estudo valorativo acerca de seu conteúdo. Assim, o mero enquadramento de determinada conduta ao tipo penal, de acordo com esse entendimento, seria circunstância suficiente para concluir-se pela existência dos elementos que compunham o fato típico, sendo que a antijuridicidade, dentro dessa interpretação, somente poderia ser excluída caso a defesa demonstrasse a existência de alguma excludente. (CARVALHO, *et. al.*, 2004, p. 69-70)

O conceito de tipicidade penal, dentro dos moldes acima referidos, ocupava-se apenas de verificar a simples adequação da conduta praticada à norma incriminadora, dando-lhe um enfoque predominantemente formal. Foi nesse sentido, que Marques formulou seu conceito de tipicidade, nos seguintes termos:

Tipicidade, portanto, é redução a categorias jurídicas, daquele princípio maior já proclamado pela Magna Carta, quando falava na lei da terra (*the law of the land*) como pressuposto da prisão e encarceramento dos homens livres. E como elemento primordial do crime, nada mais produz que a adequação de uma conduta ou ação a um tipo legal que modele e defina o fato delituoso. (1997, p. 94, grifo do autor)

No entanto, é visível que a tipicidade, vista apenas sob seu aspecto formal não preenche satisfatoriamente todos os requisitos indispensáveis para que determinada conduta seja considerada típica, haja vista que é necessário que se levem em consideração, além da simples subsunção do fato à norma, outros fatores que, somados a isso, caracterizam plenamente a tipicidade penal. É nesse ponto que se insere o conceito de tipicidade material.

A concepção material da tipicidade penal consiste na exigência de a conduta típica ser concretamente lesiva ao bem jurídico tutelado em razão do conteúdo valorativo, verdadeiro modelo de conduta proibida, do tipo penal, que não é apenas pura imagem formal, eminentemente diretiva [...] Assim, o juízo de tipicidade penal, em razão da concepção material do tipo, apenas considerará típica a conduta que concretamente lesionar o bem jurídico penal tutelado, não sendo suficiente para configurar o delito a simples tipicidade formal, que consiste na mera adequação do fato realizado com a descrição abstratamente prevista. (SILVA, 2004, p. 80-81)

Não se pode olvidar, desse modo, que o conceito de tipicidade, além de referir-se à subsunção do fato jurídico a sua descrição aposta em uma norma penal, reclama, também, um juízo de valor, para fins de aferir se a conduta praticada lesionou, efetivamente, um bem jurídico tutelado, haja vista que somente em caso positivo poder-se-ia atribuir tipicidade material a tal ação.

Nesse sentido, Gomes e García-Pablos de Molina (2007, p. 231-232) exploram a tipicidade sob o prisma da denominada teoria constitucionalista, que se funda na aproximação e na integração do direito penal com a Constituição Federal. Dentre vários aspectos referentes a tal teoria, destaca-se o fato desta rechaçar a antiga concepção estritamente formal da tipicidade, que deve ser analisada conjuntamente com seu aspecto material, sugerindo, ainda, uma tripartição da tipicidade, em formal, material ou normativa e subjetiva, esta última para o caso de crimes dolosos. A referida teoria expõe, ainda, três juízos valorativos, que compõem a tipicidade material, quais sejam, o juízo de desaprovação da conduta, o de desaprovação do resultado jurídico e, por fim, o de imputação objetiva do resultado, este último relacionado com o fato de que o resultado deve ser a realização do risco criado ou incrementado.

Dentro dessa estruturação da tipicidade penal, verifica-se que essa se apresenta de forma desmembrada, em distintas dimensões. Nas palavras de Gomes e García-Pablos de Molina:

A dimensão formal ou fática /legal (do fato materialmente típico) cuida da causação (da relação de causa e efeito e do princípio da legalidade). A doutrina penal clássica voltava-se somente para essa dimensão. Esqueceu (quase que) por completo do aspecto da desvalorização da conduta ou mesmo da atribuição (imputação) do fato ao agente. Na dimensão material, ao contrário, temos que examinar as questões relacionadas com a desvalorização da conduta e do resultado jurídico assim como com a imputação (atribuição) do fato ao seu agente (para se descobrir se o fato foi obra dele). Todo delito, destarte, possui duas dimensões. Nos crimes dolosos ainda se requer uma terceira, que é a subjetiva (que compreende o dolo e outros eventuais requisitos subjetivos). (2007, p. 237)

Superada, portanto, a concepção de que a tipicidade de determinada conduta poderia ser verificada apenas sob seu aspecto formal, haja vista que, conforme plenamente demonstrado e sustentado pela moderna doutrina penal, fatores como o desvalor da conduta e do resultado ou até mesmo a tolerância e aceitação de determinadas condutas pela sociedade - o que nos remete aos conceitos de insignificância e adequação social -, seriam aspectos que deveriam, necessariamente, ser considerados para fins de verificar a tipicidade da ação perpetrada.

Outrossim, é incontestado o fato de que o conceito jurídico de tipicidade alargou-se ainda mais após o surgimento da chamada teoria da tipicidade conglobante, elaborada pelo jurista argentino Eugenio Raul Zaffaroni. De acordo com Greco, para se falar em tipicidade conglobante é necessário que a ação do agente seja revestida de atinormatividade e que exista, no caso concreto, tipicidade material (2010, fl. 41). Assim, a tipicidade conglobante emerge sempre que for possível comprovar que a ação praticada pelo agente contraria a norma penal e que não é imposta ou fomentada por esta, devendo existir, ainda, a efetiva ofensa a bens que sejam relevantes para o direito penal.

Explicando o conceito de tipicidade conglobante, Zaffaroni e Pierangeli a apresentam como uma forma de corrigir a tipicidade legal ou encontrá-la de forma verdadeira, senão vejamos:

Isto nos indica que o juízo de tipicidade não é um mero juízo de *tipicidade legal*, mas que exige um outro passo, que é a comprovação da *tipicidade conglobante*, consistente na averiguação da proibição através da indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, e sim *conglobada* na ordem normativa. *A tipicidade conglobante é um corretivo da tipicidade legal*, posto que pode excluir do âmbito do típico aquelas condutas que apenas aparentemente estão proibidas [...] A função deste segundo passo do juízo de tipicidade penal será, pois, reduzi-la à verdadeira dimensão daquilo que a norma proíbe, deixando fora da tipicidade penal aquelas condutas que somente são alcançadas pela tipicidade legal, mas que a ordem normativa não quer proibir, precisamente porque as ordena ou fomenta. (2011, p. 400, grifos do autor)

Ao analisarem-se os pressupostos da tipicidade conglobante, acima expostos, é possível verificar a semelhança que o instituto possui com a tipicidade penal, apresentada de forma desmembrada, em formal, material e subjetiva (para os casos de delitos dolosos), conforme fora anteriormente referido. Desse modo, pode se afirmar que a tipicidade conglobante consiste na reunião da tipicidade formal e da tipicidade material, perfazendo o conjunto de critérios necessários e indispensáveis para se aferir a efetiva tipicidade de determinada conduta sendo que, quando não houver conduta que possa ser considerada formalmente e materialmente típica, o reconhecimento de sua atipicidade será medida impositiva.

Assim, não será possível considerar típica uma conduta que não esteja abarcada pela tipicidade penal em todos os seus aspectos, demonstrando-se ultrapassada a concepção de que a tipicidade pode ser verificada apenas pela mera subsunção do fato à norma. Nesse sentido, tem-se o ensinamento de Carvalho *et. al.* que enfatiza, de forma pertinente, a evolução do conceito de tipicidade penal, nos seguintes termos:

O conceito de tipicidade penal, assim, não mais se limita àquela concepção inicial de caráter meramente formalista, de subsunção mecânica, uma vez que a Ciência do Direito Penal evoluiu em sua construção epistemológica, exatamente para dar ao Direito Penal a roupagem moderna que se ancora, dentre outros, nos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição da República); da legalidade; da liberdade (art. 5º, caput, e inciso XV) etc. (2004, p. 75)

Conclui-se, portanto, que a interpretação da tipicidade penal deve ser feita sempre de acordo com todos os aspectos formais e materiais que lhe compõe, a fim de resguardar princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana, da legalidade e da liberdade, entre outros, que poderiam ser injustificadamente violados se a tipicidade penal não fosse apreciada de acordo com todos os critérios já mencionados.

Fixadas essas premissas no que diz respeito à tipicidade penal, passar-se-á, no próximo capítulo, a traçar-se as necessárias considerações acerca da justa causa processual penal, que constitui o ponto nuclear do presente trabalho de pesquisa.

3 A JUSTA CAUSA PROCESSUAL PENAL E OS PARÂMETROS UTILIZADOS PARA VERIFICAR SUA EXISTÊNCIA

O terceiro capítulo do presente estudo se iniciará com uma breve análise histórica sobre a justa causa, expondo-se o seu surgimento e a forma como se deu o processo de interpretação do instituto, até que chegasse ao seu atual conceito. Em seguida, se discorrerá sobre a justa causa de forma isolada e de acordo com os atuais contornos que lhe são atribuídos, buscando-se realizar-se uma análise sobre seu papel no direito processual penal e sua natureza jurídica.

Posteriormente, traçar-se-ão algumas considerações acerca da justa causa em sua perspectiva de circunstância limitadora ao poder de acusar, explorando-a, também, em sua configuração de forma de controle do caráter fragmentário da intervenção penal. Ainda dentro deste tópico, se abordará a justa causa em uma acepção constitucional, buscando-se demonstrar a sua vinculação aos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal.

Ao final, serão verificadas, de modo mais específico, as formas de interpretação do conceito de justa causa, oportunidade em que se discorrerá sobre a possibilidade de atenuação da subjetividade que paira em torno do conceito, buscando-se dar uma definição mais precisa ao instituto, de modo a facilitar, mesmo que minimamente, a sua interpretação pelos operadores do direito. Nesse mesmo tópico, proceder-se-á a um exame mais detido da jurisprudência que trata do tema, a fim de se conhecer quais são os parâmetros comumente utilizados para se verificar a presença/ausência de justa causa para a ação penal. Por derradeiro, far-se-á uma análise mais precisa a respeito da proporcionalidade, a fim de relacioná-la à justa causa.

3.1 Justa causa para a ação penal: uma breve análise histórica sobre o instituto e sua natureza jurídica

Ao adentrar-se no estudo da justa causa para o exercício da ação, especificamente no que diz respeito a sua origem e surgimento no contexto processual penal, é possível constatar que o instituto não foi relacionado, de imediato, com o exercício da ação penal, tendo sido interpretado de acordo com diversos entendimentos até que chegasse ao seu atual conceito.

De acordo com Moura (2001, p. 121-122), “historicamente, o significado da expressão, no processo penal, surgiu totalmente desvinculado da persecução criminal e foi

evoluindo, com auxílio importantíssimo da jurisprudência, para o entendimento que hoje se empresta ao termo”. Resta claro, portanto, que o conceito de justa causa foi sendo moldado no decorrer do tempo e vem sendo objeto de discussão que se estende até os dias atuais, especialmente no que diz respeito ao fato de poder ou não ser considerada uma das condições para o exercício da ação penal.

Em uma breve análise histórica acerca do tema, é possível verificar que o termo justa causa “está intimamente ligado ao *habeas corpus*, que foi introduzido em nosso país pelo Código Criminal do Império, de 16.12.1830. E, especificamente no Direito Processual, remonta ao Código de Processo Criminal de Primeira Instância, de 29.11.1832”. (MOURA, 2001, p. 135)

Em razão dessa conexão existente entre o surgimento do termo justa causa e o *habeas corpus*, é necessário que se faça uma incursão, mesmo que sucinta, no que diz respeito à evolução histórica do *habeas corpus*, a fim de melhor elucidar a questão.

Ao discorrer sobre o assunto, Moura nos atenta para o fato de que tal análise é absolutamente necessária para fins de demonstrar-se a forma pela qual o termo “justa causa” foi introduzido no direito processual penal, bem como para retratar como se deu a ampliação de sua concepção, e o papel da jurisprudência em criar uma relação entre o instituto e a ação penal. Tanto o Código Criminal do Império como o Código do Processo Criminal de Primeira Instância, de 1832, trataram da ordem de *habeas corpus*. Esse último possuía, inclusive, um dispositivo em seu texto prevendo que a prisão seria ilegal quando não houvesse justa causa para ela, ou seja, a ausência de justa causa para a prisão possibilitaria, dentre outras hipóteses, a concessão da ordem. (2001, p. 136-137)

Cumprе salientar, dentro desse contexto, que as regras relativas ao instituto, adotadas pelo ordenamento jurídico pátrio, se fundamentaram e inspiraram nas práticas inglesas, motivo pelo qual se torna necessário fazer uma incursão na história do *habeas corpus* na Inglaterra, já que o instituto teve sua origem no direito inglês, especificamente a partir da promulgação da Magna Carta do rei João Sem Terra, em 15.6.1215. No entanto, cumpre referir que a expressão *habeas corpus* somente viria a surgir em 1679, com o *Habeas Corpus Act* (TOURINHO FILHO, 2011, p. 945)

Assim, pode se afirmar que as regras estabelecidas no Código do Processo Criminal de Primeira Instância de 1832 tomaram por base as práticas inglesas de *habeas corpus*, especialmente após o surgimento do *Habeas Corpus Act* de 1679 e, depois, com o *Habeas*

Corpus Act de 1816. Pelo primeiro deles, a ordem de *habeas corpus* determinava que o indivíduo que detivesse o acusado o apresentasse à Corte, bem como que indicasse a causa de sua detenção. Assim, se o motivo revelasse uma causa legal, o acusado era mantido aprisionado. Caso contrário, se o motivo relatado fosse insuficiente ou ilegal, o acusado era liberado. Infere-se, portanto, que a Corte não se ocupava de encontrar álibis ou justificativas, mas tão somente procurava verificar a existência ou não de um caso que, à primeira vista, permitisse que o prisioneiro fosse apresentado a julgamento. (MOURA, 2001, p. 138-143)

Feitas as necessárias referências acerca das práticas inglesas no que se refere ao *habeas corpus*, cumpre fazer uma análise acerca do instituto a partir de sua inserção no direito brasileiro. Conforme já mencionado, o *habeas corpus* foi inserido no direito processual penal pela primeira vez em 1832, com a promulgação do Código de Processo Criminal. Sobre o instituto, Tourinho Filho leciona que

No Brasil, por primeiro, se conheceu o denominado *habeas corpus* liberatório, isto é, aquele que visa a fazer cessar um constrangimento à liberdade ambulatoria [...] No decorrer do ano de 1871, estendeu-se o *remédio heróico* àquelas hipóteses em que o cidadão se encontrava simplesmente ameaçado na sua liberdade de ir e vir. Era a consagração do *habeas corpus* preventivo, nem sequer conhecido na Inglaterra. A tal ponto chegou o desenvolvimento do instituto entre nós que, logo após a República, quando se organizou a Justiça Federal, o Decreto n. 848, de 11-10-1890, estabeleceu até recurso para a Suprema Corte, em todos os casos de denegação de ordem de *habeas corpus* (2011, p. 946, grifos do autor)

Percebe-se, portanto, que as finalidades do *habeas corpus* foram se aprimorando e ampliando com o decorrer do tempo eis que, além de adotar as práticas inglesas como modelo para a aplicação do instituto, o ordenamento jurídico pátrio ampliou as hipóteses em que o mesmo poderia ser utilizado, passando a atribuir-lhe, além de sua finalidade liberatória, uma finalidade preventiva.

Embora a falta da justa causa para a prisão tenha sido exposta como um dos motivos que permitiam o cabimento do *writ*, de acordo com o Código de Processo Criminal de 1832, naquela época, poucos foram os juristas que analisaram mais acuradamente a questão da justa causa, dentre eles, pode se dizer que Joaquim de Oliveira Machado foi o precursor do entendimento de que a justa causa não podia ser definida em absoluto, eis que dependeria de uma análise apreciativa do juiz para fins de verificar-se a sua existência. Cumpre ressaltar que a relação estabelecida a partir do Código do Processo Criminal de Primeira Instância, entre a justa causa e a legalidade da prisão passou a ser ampliada ainda na época do império, com o auxílio da jurisprudência, que contribuiu contundentemente para as modificações legislativas

ocorridas à época, especialmente no que diz respeito ao surgimento do *habeas corpus* preventivo. (MOURA, 2001, p. 144-149)

Essa ampliação dos limites do *habeas corpus* continuou ocorrendo após o advento da República do Brasil, especialmente em razão da Constituição da República dos Estados do Brasil de 1891, sempre contando com a contribuição da jurisprudência para tanto. Assim, a concessão de ordem de *habeas corpus* passou a ser possível, dentre outras hipóteses, quando fosse verificada a não criminalidade do fato, quando o juiz que prolatasse a sentença fosse manifestamente incompetente, quando o processo não resguardasse as solenidades substanciais ou o juiz considerasse inafiançável um delito pelo qual o réu se livrasse solto ou que permitisse o pagamento de fiança. Situações relativas à prescrição, ao cumprimento da pena durante o tempo em que o acusado estivesse preso preventivamente, bem como quando a ação penal tivesse sido iniciada por denúncia quando, na verdade, deveria ter sido iniciada por queixa, também passaram a ser fatores que poderiam fundamentar a concessão da ordem. (MOURA, 2001, p. 150-152)

Assim, a partir dessa mutação das finalidades do *habeas corpus* que deixou de ser interpretado unicamente como meio de amparar a liberdade física do indivíduo, a justa causa passou a ter seu conceito ampliado, não se relacionando apenas com a legalidade da prisão, mas também da própria ação penal. Desse modo, a justa causa, paulatinamente, passou a ser pressuposto cada vez mais presente quando da análise da petição de *habeas corpus*, sendo sua ausência fator determinante para a concessão da ordem, conforme já fora mencionado em momento anterior.

Por fim, cumpre referir que a partir do Código de Processo Penal de 1942 a justa causa passou a ser relacionada à coação ilegal, genericamente, e não mais à prisão ilegal, como estabelecia o Código de 1832. Posteriormente, com o advento das Constituições de 1946, 1967, e a vigente Constituição de 1988, o instituto do *habeas corpus* ficou limitado à proteção da liberdade de locomoção e contra a ilegalidade ou abuso de poder. Os demais direitos, não alcançados pelo *habeas corpus*, ficaram sob a proteção do mandado de segurança. (MOURA, 2001, p. 162-163)

Desse modo, não se pode olvidar que o termo “justa causa” foi inicialmente inserido dentro do direito processual penal através do instituto do *habeas corpus*, estando elencada sua manifesta ausência para o início e/ou prosseguimento da ação penal dentre as hipóteses de impetração do *writ*, previstas no artigo 648 do Código de Processo Penal, mais precisamente

em seu inciso I¹⁴. No entanto, importa referir que o trancamento da ação penal por esta via é vista majoritariamente como medida de caráter excepcional. Gerber observa que,

Muitas são as oportunidades onde, no exercício da Advocacia Criminal, deparamo-nos com uma denúncia que traduz uma narrativa fática amparada, tão-somente, no clamor público gerado pelo ato ou, quiçá, no momento político de uma determinada região. O advogado, por sua vez, e no exercício correto de suas obrigações profissionais, ingressa com o competente *habeas corpus*, alegando, justamente, ausência de base fática da acusação. Para sua “surpresa”, no entanto, recebe como resultado de seu esforço uma lacônica resposta que, sequer analisando o caso em si, alega ser inviável a análise de provas em tão estreita via. (2008, p. 117, grifos do autor)

No entanto, embora tenha sido referida pela legislação processual penal em momento anterior, quando inserida entre as hipóteses autorizadas de impetração de *habeas corpus*, é inconteste que a justa causa, no seu caráter de pressuposto essencial para o exercício da ação penal, somente veio expressamente disposta na lei processual penal a partir da alteração do artigo 395 do Código de Processo Penal, pela Lei n. 11.719/2008, que incluiu a sua ausência como um dos motivos ensejadores do não recebimento da denúncia.

Ultrapassada essa breve exposição histórica, cabe discorrer sobre a justa causa de forma isolada e de acordo com os atuais moldes que lhe são atribuídos, abordando-a em termos conceituais e fazendo uma análise sobre seu papel dentro do direito processual penal.

Não obstante existam divergências sobre sua natureza jurídica, “O estudo da doutrina demonstra que o conceito de justa causa, embora receba tratamento diferenciado dos juristas que buscam estudar o tema, abrange, em regra, conteúdo similar, consistente no mínimo de provas necessário para a propositura da ação penal” (CARVALHO, *et. al.*, 2004, p. 3). Assim, em uma conceituação modesta, pode se afirmar que a justa causa diz respeito aos mínimos indícios de materialidade e autoria de determinada ação, que devem necessariamente estar presentes para fins da propositura de qualquer ação penal.

Ao se discorrer sobre justa causa para o exercício da ação penal, é imprescindível que se traga à baila os ensinamentos de Jardim, precursor da ideia de justa causa como condição autônoma da ação penal. Nas palavras do jurista,

¹⁴ Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal: I – quando não houver justa causa; [...]

[...] a justa causa funciona como uma verdadeira condição para o exercício da ação penal condenatória, consoante adiantamos em momento anterior. Tal se depreende do sistema, resultante da conjugação dos vários dispositivos legais apontados. Na verdade, levando em linha de conta que a simples instauração do processo penal já atinge o chamado *status dignitatis* do réu, o legislador exige do autor o preenchimento de mais esta condição para se invocar legitimamente a tutela jurisdicional. [...] Desta forma, torna-se necessário ao regular exercício da ação penal a demonstração, *prima facie*, de que a acusação não é temerária ou leviana, por isso que lastreada em um mínimo de prova. Este suporte probatório mínimo se relaciona com os indícios da autoria, existência material de uma conduta típica e alguma prova de sua antijuricidade e culpabilidade. Somente diante de todo esse conjunto probatório é que, ao nosso ver, se coloca o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. (2002, p. 97)

Assim, a presença da justa causa, dentro dessa concepção, seria mais uma condição para o legítimo exercício da ação penal que, reunida às demais condições da ação, quais sejam: fato aparentemente criminoso, punibilidade concreta e legitimidade de parte - próprias da ação penal e afastadas da pretensa teoria geral do processo, conforme especificado em momento anterior - permitiria o processamento da inicial acusatória.

No entanto, conforme bem assinalado por Távora (2011, p. 151), a justa causa “não é pacificamente aceita como quarta condição da ação. Alguns a integram ao interesse de agir, ou mesmo como requisito ao desenvolvimento do procedimento, ‘e não à propositura da demanda’”. Pode se afirmar, portanto, que não há um consenso doutrinário sobre o enquadramento da justa causa entre as condições da ação. De qualquer sorte, embora não haja consenso acerca da natureza jurídica da justa causa, é predominante o entendimento de que a existência desta é fator imprescindível para a propositura da ação penal, a fim de evitar-se que acusações infundadas e dúbias possam prosperar.

Dentre os juristas que não consideram a justa causa como uma quarta condição da ação penal, cita-se Tourinho Filho. Tal doutrinador relaciona a justa causa ao interesse de agir, ao afirmar que este representa a plausibilidade e idoneidade do pedido, devendo a pretensão ser apresentada de forma digna de ser julgada e tendo o acusador a obrigação de formular o pedido de forma idônea e adequada, arrimado em elementos que convençam o juiz da seriedade da pretensão. Em outras palavras, segundo o mencionado autor, o interesse de agir se traduziria na própria justa causa. (2011, p. 248)

De outra banda, Grinover, ao discorrer sobre o tema, faz uma crítica à tendência doutrinária de identificar a justa causa com o interesse de agir, sustentando o entendimento de que a justa causa estaria atrelada à viabilidade e procedência do pedido e não a sua admissibilidade, ressaltando que a identificação do interesse de agir com a demonstração da

justa causa resultaria em uma confusão do interesse processual com o interesse material. (2007, p. 189-191)

No entanto, embora existam as mencionadas divergências, o entendimento que parece ser mais apropriado é o de que a justa causa não pode ser considerada uma condição autônoma da ação, nem de que o instituto se traduziria no próprio interesse de agir, eis que pela análise do artigo 395 do Código de Processo Penal e seus incisos¹⁵, é possível verificar que embora o legislador tenha disposto a ausência de justa causa como circunstância impeditiva do recebimento da acusação, o fez de forma dissociada das demais condições da ação penal, o que leva a crer que as condições da ação e a justa causa se tratam de coisas distintas.

Nesse diapasão, é possível afirmar que a justa causa não se identifica com nenhuma das condições da ação penal, nem constitui uma autônoma, não estando atrelada, ainda, às condições de procedibilidade da ação penal, eis que guarda relação com o mérito/prova da questão, matéria que não pode ser vista como condição da ação. A justa causa, portanto, equivale ao fundamento da acusação, ou seja, ao conjunto de elementos de fato e de direito, que, reunidos, tornam legítima a ação. Assim, a falta de qualquer uma das efetivas condições da ação penal implica na ausência da própria justa causa. (MOURA, 2001, p. 248-249)

Desse modo, a justa causa pode ser considerada um requisito que, unido às condições da ação penal, busca perfectibilizar o legítimo exercício da ação, dando o sustentáculo necessário para que determinada pretensão acusatória prospere ou, impedindo que qualquer acusação infundada tenha prosseguimento, no caso de seus elementos não restarem devidamente demonstrados.

Nesse sentido, traz-se à colação o sempre lúcido magistério de Lopes Jr., ao aduzir que:

[...] a justa causa é um verdadeiro ponto de apoio (topos) para toda a estrutura da ação processual penal [...] que, para além disso, constitui um limite ao (ab)uso do *ius ut procedatur*, ao direito de ação. Considerando a instrumentalidade constitucional do processo penal, [...] o conceito de *justa causa* acaba por constituir numa condição de garantia contra o uso abusivo do direito de acusar. (2010, p. 363, grifos do autor)

Assim, conclui-se que a melhor definição dada ao conceito de justa causa, em sentido amplo, é que tal instituto consiste em pressuposto essencial para o fim de assegurar a

¹⁵ 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

integridade da acusação, sendo indispensável a sua presença para o legítimo exercício da ação penal. Ressalte-se, por oportuno, que além da natureza jurídica da justa causa ser motivo causador de divergências entre a doutrina, conforme demonstrado anteriormente, o mesmo ocorre quanto ao exame/reconhecimento da existência/inexistência do requisito quando da análise dos casos concretos, conforme será demonstrado nos tópicos que seguem.

3.2 A justa causa em uma interpretação constitucional e os limites ao poder de acusar

Conforme sustentado até o momento, pacífico o entendimento de que a justa causa corresponde aos indícios razoáveis de autoria e materialidade, que devem necessariamente estar presentes para exercer-se, legitimamente, a ação penal. Seria, pois, um instrumento a ser utilizado para garantir que o poder persecutório estatal não seja exercido de forma abusiva, na medida em que deve ser vislumbrada tanto como meio capaz de dar base à acusação, como para atestar que este embasamento inexistente e, em razão disso, o processo não deve ser deflagrado.

Assim, a justa causa vista de forma atrelada à presença de indícios mínimos de autoria e materialidade, se traduz na necessidade de haver plausibilidade naquilo que foi trazido e alegado pela acusação. Dessa forma, acusações rasas, dúbias e imprecisas não teriam força suficiente para determinar a presença de justa causa que permitisse o exercício da ação penal. Segundo Gerber “O que não se deve admitir é que o cidadão fique à mercê de um processo (que, por si só, é uma pena) baseado tão somente, em meras possibilidades, pois ‘possível’ tudo é” (2008, p. 120). Logo, deve ultrapassar-se o nível de possibilidades e se adentrar no de probabilidades, para que se diminuam os riscos de submeter-se alguém, equivocadamente, a todo desgaste e estigmatização que um processo criminal sabidamente é capaz de gerar.

Ademais, a importância da consideração da justa causa para fins do regular exercício da ação penal demonstra-se ainda mais evidenciada quando se constata que a sociedade, em seus moldes atuais, é composta majoritariamente por indivíduos que, vez ou outra, sentem-se revestidos do poder de acusar. Carnelutti já assinalava a existência desse ânimo por parte da sociedade, ao afirmar que “O homem, quando é suspeito de um delito, é jogado às feras. A fera, a indomável e insaciável fera, é a multidão.” (2011, p. 48).

A afirmação do ilustre jurista italiano se coaduna com o atual panorama do direito processual penal brasileiro, haja vista que, quando se constata a prática de determinado fato delituoso, o primeiro impulso é o de encontrar alguém a quem atribuir a autoria da ação, e esta

ânsia de incriminar, por muitas vezes, faz com que inocentes sejam indiciados, denunciados e julgados por crimes que jamais cometeram.

Nesse sentido, Lopes Jr. adverte que

A proliferação de milhões de processos a cada ano, não seguidos de nenhuma pena, somente com o fim de gerar certificados penais e degradados *status* jurídico-sociais (de reincidente, perigoso, ou à espera de juízo etc), é sinal do grau de degeneração que alcançou o instrumento. E devemos destacar que, em muitos casos, a verdadeira punição pretendida não é dada pela condenação, mas pela simples acusação, quando o indivíduo todavia ainda deveria estar sob a esfera de proteção da presunção de inocência. Muitos processos infundados acabam em uma absolvição, esquecendo-se de que no caminho fica uma vida destruída, estigmatizada. O processo penal em si mesmo produz uma carga grave e onerosa para o acusado, que culmina com o sofrimento da alma e a penitência do espírito. (2010, p. 232-233, grifo do autor)

Desse modo, ao mesmo tempo em que se fala em processo penal como filtro do poder punitivo do Estado, tem de se reconhecer que ele também demonstra falhas dentro dessa atribuição, especialmente quando permite que a acusação se desenvolva a partir de indícios precários, sem observar, portanto, a existência de justa causa que autorize seu legítimo exercício. Nas precisas palavras de Carnelutti “a justiça humana é feita assim, que nem tanto faz sofrer os homens porque são culpados quanto para saber se são inocentes. Esta é, infelizmente, uma necessidade à qual o processo não pode se furtar, nem mesmo se o seu mecanismo fosse humanamente perfeito.” (2011, p. 48)

Assim, o fato de submeter-se alguém ao desgaste de um processo penal para atestar sua inocência vai de encontro a sua própria finalidade de base limitadora da intervenção estatal na liberdade dos indivíduos, constituindo flagrante violação aos princípios da presunção da inocência e do *in dubio pro reo*, consagrados constitucionalmente. Ademais, a aplicação, em determinadas fases processuais, do *in dubio pro societate*, que se traduz na sobreposição dos interesses da sociedade em detrimento dos interesses/direitos do réu pode ser considerada uma forma perversa de violar a finalidade do processo penal, eis que nesses casos haveria a descon sideração de um princípio que tem amparo constitucional, para aplicar-se outro, que se demonstra incompatível com a Constituição Federal.

Na prática, a violação do princípio do *in dubio pro reo* é verificada reiteradamente e em proporção muito maior do que se desejaria, especialmente quando a justa causa para a ação penal só é analisada após encerrada a instrução, quando, em sede de memoriais, o ente acusador acaba por requerer a absolvição do acusado que, nessa altura, já foi submetido a todo o desgaste e constrangimento gerados pelo processo penal, sem esquecer daqueles que, presos

preventivamente, já cumpriram parte ou quase que a integralidade de uma pena que não lhes pertence.

Assim, sempre que determinada acusação vier fundada em elementos que não sejam capazes de demonstrar a existência de indícios de autoria e materialidade do delito, em tese, praticado, caberá ao juiz rejeitá-la pela flagrante ausência de justa causa. Existe uma linha muito tênue entre a legalidade e a arbitrariedade, sendo que esta última irá sobrepor-se à primeira sempre que houver a desconsideração da justa causa como elemento necessário ao exercício/recebimento da ação penal.

Ao discorrer sobre o juízo de admissibilidade da acusação, Gerber afirma que, por mais que a prova, no que tange ao juízo de admissibilidade, seja valorada de maneira diversa da prova que se entende ser necessária para uma condenação, isso não significa que qualquer indício ou simples possibilidade de ocorrência terá força suficiente para sustentar uma acusação. Embora não se exija uma certeza absoluta por parte do juiz quando do recebimento da peça inicial acusatória, quanto mais próximo se chegar dessa certeza, mais distante se estará de um processo que desrespeite princípios constitucionais como o da presunção da inocência e do *in dubio pro reo*. Por esse motivo, deve haver uma probabilidade de que o fato delituoso ocorreu e de que ele foi perpetrado pelo acusado. Meras possibilidades não justificam a imputação. (2008, p. 118-120)

Ultrapassada essa análise acerca da justa causa como pressuposto que exige a existência de indícios razoáveis de autoria e materialidade, é necessário explorá-la, também, em sua configuração de forma de controle do caráter fragmentário da intervenção penal. Conforme referido por Batista, Binding foi o primeiro penalista que fez registrar o caráter fragmentário do direito penal, em seu Tratado de Direito Alemão Penal Comum – Parte Especial, de 1896. (2007, p. 86)

O caráter fragmentário do direito penal traduz-se no fato de que o mesmo “não deve sancionar todas as condutas lesivas dos bens jurídicos, mas tão somente aquelas condutas mais graves e mais perigosas praticadas contra bens mais relevantes” (BITENCOURT, 2009, p. 15). Assim, entende-se que não deve haver uma generalização ao se sancionar as condutas, uma vez que somente as de maior relevância/potencial ofensivo e que atinjam bens jurídicos de maior importância devem ser punidas. O princípio da fragmentariedade seria, pois, um dos balizadores da justa causa que, dentro desse contexto, não se limitaria unicamente ao conceito de suporte probatório mínimo trazido pela acusação.

Nesse sentido, a observância de princípios como o da proporcionalidade e da insignificância auxiliariam o intérprete a fazer uma avaliação adequada a respeito da necessidade de formar-se um processo em decorrência do delito, em tese, praticado. A, proporcionalidade, assim, poderia ser vista como base constitucional da justa causa e serviria como uma espécie de balança, a fim de estabelecer um equilíbrio entre os motivos que justificam a intervenção e o custo que ela geraria, devendo o magistrado, dentro desse contexto, realizar uma ponderação dos bens que estão em jogo e uma análise acerca da própria missão do direito penal. (LOPES JR., 2010, p. 364-365)

A fragmentariedade está ligada, portanto, ao caráter de *ultima ratio* que possui o direito penal, que deve ter lugar apenas quando os demais ramos do direito se revelarem incapazes de solucionar um conflito ou proteger determinado bem jurídico, devendo ser aplicada de forma subsidiária aos demais segmentos do direito.

A fragmentariedade do Direito Penal deve estar dissociada da idéia de lacunosidade na tutela de bens jurídicos. Em primeiro lugar, há que ser consignado que o bem jurídico pode e deve ser disciplinado por outros ramos do Direito e, via de consequência, por eles protegido. Por outro lado, sendo o Direito Penal a forma mais drástica de intervenção na vida social, seu caráter fragmentário, antes de representar um defeito, se apresenta como uma virtude, na medida em que impõe o limite imprescindível a um totalitarismo da proteção estatal, este sim prejudicial dentro de um Estado Democrático de Direito. Assim, é que a natureza da fragmentariedade do Direito Penal trata de um limite material do *ius puniendi*, de natureza político-criminal, que tem sua origem no princípio da intervenção mínima. (ROBERTI, 2001, p. 101-102)

Assim, a justa causa como controle processual do caráter fragmentário da intervenção penal impede que questões de somenos importância venham a ser objeto de tutela do direito penal, atuando na defesa de um direito criminal que busque tutelar os interesses mais importantes da sociedade, já que a sanção penal, dentre todas aquelas existentes no ordenamento jurídico pátrio, é a que mais limita os direitos do indivíduo, só devendo ter incidência em casos extremos e não podendo ser utilizada irrestritamente. O uso irrestrito do direito penal acaba por dar-lhe um caráter banal, que não se coaduna com sua finalidade, já que ao ocupar-se de questões que poderiam ser resolvidas por outros meios, deixa de apreciar aquilo que realmente lhe importa. Em outros termos, não parece adequado o direito penal ocupar-se de sancionar perturbações da tranquilidade, desacatos, desobediências, calúnias e difamações, dentre outros tantos tipos penais, quando tais questões poderiam ser facilmente solucionadas por outros ramos do direito.

Nesse sentido, irretocável a lição de Toledo (1994, p. 5), ao referir que,

O crime é um fenômeno social complexo que não se deixa vencer totalmente por armas exclusivamente jurídico-penais. Em grave equívoco incorrem, freqüentemente, a opinião pública, os responsáveis pela Administração e o próprio legislador, quando supõem que, com a edição de novas leis penais, mais abrangentes ou mais severas, será possível resolver-se o problema da criminalidade recente. Essa concepção do direito penal é falsa porque o toma como uma espécie de panacéia que logo se revela inútil diante do incremento desconcertante das cifras da estatística criminal, apesar do delírio legiferante de nossos dias.

Assim, o direito penal deve pautar-se na mínima intervenção na vida privada, devendo ser utilizado para proteger os bens de maior valor para a sociedade e contra ataques efetivamente graves. Desse modo, a justa causa como pressuposto intrínseco para o deflagrar da ação penal estará ausente sempre que determinada ação penal for proposta em inobservância aos critérios de proporcionalidade, haja vista que a justa causa, em seu caráter de meio de controle da intervenção penal, diz respeito à necessidade da existência, nos casos concretos, de uma causa que possa justificar o imenso custo do processo penal e a intervenção do Estado, que somente pode ser acionada quando inexistir dúvida acerca de sua efetiva necessidade.

Ademais, o exame da existência de justa causa deve ser realizado pelo próprio órgão acusador, quando da análise do expediente policial que embasará o oferecimento de eventual denúncia. Nesse caso, ao constatar que não há base para a formulação da inicial acusatória, deverá requerer o arquivamento do inquérito policial/termo circunstanciado, ante o reconhecimento da falta de justa causa para o exercício da ação penal, preservando-se, desse modo, o *status dignitatis* do indivíduo. Se o promotor de justiça furtar-se de tal procedimento, caberá ao juiz, no momento do recebimento da denúncia, deixar de fazê-lo pela flagrante ausência de justa causa, sendo este o momento derradeiro para que o feito seja extinto ainda dentro dos limites da legalidade. Se a denúncia for recebida mesmo quando faltar justa causa, estará se adentrando no terreno da arbitrariedade.

Moura vai além ao afirmar que,

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 o particular que acusa sabendo ser sem justa causa a imputação, ou se vale de acusação infiel para torná-la mais gravosa, e ainda o juiz que a recebe deveriam ser responsabilizados pela iniquidade que o excesso de acusação traduz [...] o processo é instrumento público e, necessariamente, ético. Os juízes ou os tribunais que deixam de combater, de reprimir, a improbidade ou a inconsideração do acusador, perdem toda a imparcialidade (2001, p. 245).

Uma ação penal não pode ser equiparada, por exemplo, às do ramo processual civil, onde existe a possibilidade de reconhecer-se a litigância de má-fé, inclusive por parte daquele que intenta a ação, pela deslealdade com que procede e em razão dos danos causados à parte contrária. No processo penal, mesmo que a ação tenha sido iniciada equivocadamente pelo ente acusador, quem sofrerá as consequências de tal ato é exclusivamente o acusado. Para a acusação, o simples requerimento de absolvição ao final da instrução já a exime de qualquer responsabilidade, equivalendo a um ineficaz pedido de desculpas por ter submetido erroneamente o acusado a todas as mazelas que lhe foram causadas no curso do processo.

Para finalizar o presente tópico, é imprescindível que se aborde a justa causa em uma acepção constitucional, buscando-se atribuir-lhe uma dimensão de pressuposto vinculado aos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal. Sabidamente, o Estado Democrático de Direito exige que as normas infraconstitucionais, independentemente a que ramo do direito pertençam, sejam interpretadas de acordo com a Constituição Federal. Tal interpretação constitucional demonstra-se ainda mais importante quando estas se tratam de normas penais/processuais penais, cuja incidência tem efeito imediato nos *status dignitatis* e *status libertatis* dos indivíduos.

Desse modo, as normas constitucionais relacionam-se estreitamente com o direito penal, porque atuam na proteção dos indivíduos da arbitrária definição de delitos e da imposição de suas respectivas sanções. Assim, a busca pela constitucionalização das normas penais vincula-se à já referida necessidade de tal ramo do direito ser considerado *ultima ratio*, ou seja, a última medida a ser tomada para fins de proteção de determinado bem jurídico. Pode se afirmar, portanto, que há estreita vinculação entre a justa causa e o princípio da dignidade da pessoa humana, especialmente pelo fato de que a preservação do *status dignitatis* da pessoa que é submetida ao processo penal é uma de suas principais funções. (CARVALHO, *et.al.*, 2004, p. 38-42)

A justa causa, desse modo, é um importante mecanismo de proteção ao indivíduo que é submetido ao processo penal, contribuindo na construção de seu caráter de meio de proteção e preservação da dignidade dos acusados em geral, e de filtro do poder punitivo estatal.

Assim, é possível afirmar que a justa causa, em uma perspectiva constitucional,

Funciona como um mecanismo de adesão ao processo penal constitucional, visto que impede o exercício abstrato da Justiça criminal, condicionando seu fundamento a uma concreta demonstração da necessidade da recomposição do mundo da vida pela aplicação de uma pena que atenda às suas finalidades estritas num Estado Democrático e de Direito. (CHOUKR, 2011, p. 180)

Evidentemente, o exercício da ação penal não pode dar-se de forma abstrata, circunstância que violaria nosso modelo constitucional. Desse modo, pode se afirmar que a justa causa cumpre um papel fundamental no Estado de Direito, qual seja, o de impedir que, na ação penal, as abstrações prevaleçam sobre as garantias individuais, já que admitir tal circunstância iria de encontro aos ditames eleitos por um Estado Democrático de Direito, constituindo verdadeira arbitrariedade que somente se compatibilizaria com um regime antidemocrático e com um direito autoritário.

Logo, ao considerarmos que a Constituição Federal tem a dignidade humana como seu principal fundamento, é necessário

[...] projetar a cláusula da justa causa [...] para uma sede constitucional, como princípio não expresso, mas presente na Constituição, de modo a englobar, com a força normativa de um princípio constitucional, não só a falta de interesse de agir, a falta de suporte probatório mínimo, a ausência de tipicidade, a insignificância da lesão ao bem jurídico penal, mas toda e qualquer circunstância que indique o descompromisso com a lógica do custo-benefício que deve presidir a demanda penal. Trata-se, pois, como afirmado, de uma cláusula de encerramento que visa proteger a dignidade da pessoa humana submetida ao processo criminal. (CARVALHO, *et.al.*, 2004, p. 109)

Indiscutível, desse modo, o caráter constitucional que guarda a justa causa, vez que a análise de sua existência para o exercício da ação penal engloba diversos critérios que encontram, mesmo que indiretamente, uma base constitucional que não pode ser desconsiderada. Situações como processar determinado indivíduo sem um mínimo de suporte probatório a indicar a efetiva ocorrência do delito e a possibilidade da autoria competir ao acusado, permitir o prosseguimento de uma acusação que verse sobre um fato insignificante ou ajuizar uma ação mesmo quando houver ausência de tipicidade não constitui mera imprudência por parte do órgão acusador e do juiz que admite tais situações, mas verdadeira ofensa aos princípios constitucionais que regem o processo penal. Ressalte-se, dentre eles, o da dignidade da pessoa humana.

3.3 Formas de interpretação do conceito de justa causa: possibilidade de atenuação da subjetividade intrínseca

Devidamente delineados os diferentes posicionamentos da doutrina no que se refere à justa causa, cumpre fazer uma análise de sua aplicação aos casos concretos, trazendo-a para o plano jurisprudencial a fim de demonstrar quais são os critérios majoritariamente utilizados para verificar a sua existência/inexistência.

Por todo que já foi exposto, resta claro que a justa causa trata-se de conceito jurídico de caráter indeterminado, ou seja, um conceito vago, “cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos” (ENGISCH, 1996, p. 208). Desse modo, sua definição acaba ficando a cargo do entendimento tido por cada intérprete, o que acaba por gerar certa dissonância no que diz respeito a sua aplicação aos casos concretos.

Conforme assinalado por Carvalho *et. al.* (2004, p. 1), diante da imprecisão que guarda o termo, “trataram a doutrina e a jurisprudência de buscar os contornos do instituto, sem lograr, ainda, a pacificação necessária. Com efeito, [...] não há consenso entre os doutrinadores e a jurisprudência pouco contribuiu em termos de fixação de uma segura definição”. Tal indefinição que paira em torno do instituto é de fácil visualização, tornando-se ainda mais evidente em sede de jurisprudência, onde é possível constatar as dificuldades que os intérpretes têm em estabelecer critérios capazes de facilitar e padronizar as decisões que envolvem o instituto, o que faz com que uma mesma situação fática comporte decisões divergentes entre si, embora ambas tenham sido fundadas na justa causa.

Moura também defende o posicionamento de que o instituto possui ambiguidade em seu significado, gerando controvérsias entre os doutrinadores e na jurisprudência. *Ipsis litteris*:

Afirma-se, com frequência, que até hoje ainda não se precisou bem o conceito processual penal de “justa causa”. A ambigüidade de seu significado, encontrada tanto em sentido comum como em diversos ramos do Direito, transpôs-se para o processo penal e, até hoje, acarreta inúmeras discussões. Isto explica, pelo menos em parte, porque a concepção de justa causa para a prisão, para a ação penal e para a condenação é tão controvertida, tanto entre os doutrinadores como na jurisprudência. (2001, p. 165-166)

No entanto, diante da sua importância dentro do sistema persecutório penal, não é possível admitir que a verificação da existência de justa causa para a ação penal se baseie unicamente em entendimentos particulares e isolados de cada intérprete, sendo imperioso que

se construa uma forma de reconhecer a justa causa por meio de critérios objetivos que, juntos, sejam capazes de dar uma definição mais precisa ao instituto, facilitando a sua interpretação pelos operadores do direito.

Toda essa preocupação conceitual não é, no entanto, fruto de mera elucubração acadêmica. Ao contrário, funda-se na legítima necessidade de, no processo penal de matiz constitucional, evitar-se a persecução penal infundada, visto que a existência da persecução penal inegavelmente atinge a dignidade da pessoa àquela submetida [...] Daí a preocupação com um dos possíveis desdobramentos do conceito de justa causa: o do abuso do direito de acusar. (CHOUKR, 2011, p. 167)

Assim, necessário dar a devida importância ao instituto e dispensar-lhe a merecida atenção, haja vista que, se devidamente aplicada, a justa causa constitui uma das mais eficazes barreiras ao abuso do direito de acusar. Por isso a preocupação em dar maior amplitude a sua atuação dentro da ação penal.

Ao realizar-se um apanhado na jurisprudência majoritária do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que trata do tema, é possível verificar que a justa causa é comumente assimilada à existência do fato e aos indícios de autoria¹⁶, à insignificância/bagatela do delito¹⁷ e à atipicidade da conduta¹⁸.

Ainda, estendendo-se essa análise à jurisprudência majoritária dos tribunais superiores, constata-se que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça se valem dos mesmos parâmetros para fins de verificar a existência/inexistência de justa causa para o exercício da ação penal^{19 20 21 22}.

¹⁶ APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. Não restou suficientemente demonstrada a existência do fato e os indícios da autoria são exageradamente frágeis. A vítima demorou mais de vinte dias para registrar a ocorrência e, quando o fez, indicou, inicialmente, a pessoa errada, que corrigiu posteriormente. Todavia, ambos, o primeiro acusado e o segundo, este denunciado, negaram a prática do fato, sendo que, quanto a este último, foram colhidas declarações policiais favoráveis da sua companheira. Esses elementos, vagos e imprecisos, não autorizam o recebimento da denúncia. APELO DESPROVIDO. (Apelação Crime Nº 70044781920, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em 23/05/2012)

¹⁷ APELAÇÃO CRIME. FURTO. MOMENTO PROCESSUAL. BAGATELA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. Intolerável ao bom senso admitir uma ação penal pela subtração tentada de três tijolos e uma trena. O sacrifício da forma é consequência do racional que deve impregnar o direito penal (material). Ora, observando o juiz à existência de uma ação penal que envolve uma conduta materialmente atípica, é dever seu trancar a ação, ainda que extemporaneamente, pois para ela falta justa causa. Atipicidade material pela irrelevância jurídica. RECURSO MINISTERIAL IMPROVIDO. (Apelação Crime Nº 70036946515, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aramis Nassif, Julgado em 22/09/2010)

¹⁸ Habeas corpus. Contravenção Penal. Perturbação da tranqüilidade (art. 65 da LCP). Ausência de justa causa à ação penal. Atipicidade da conduta descrita na denúncia. Trancamento da ação penal deferido. Ordem concedida. Unânime. (Habeas Corpus Nº 70040739419, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luís Gonzaga da Silva Moura, Julgado em 16/03/2011)

¹⁹ SUPOSTA PRÁTICA DO DELITO DE CORRUPÇÃO ELEITORAL (CE, ART. 299) - FORMULAÇÃO DE DENÚNCIA SEM APOIO EM ELEMENTOS PROBATÓRIOS MÍNIMOS - IMPUTAÇÃO CRIMINAL DESVESTIDA DE SUPORTE MATERIAL IDÔNEO - INADMISSIBILIDADE - CONTROLE JURISDICIONAL PRÉVIO DA PEÇA ACUSATÓRIA - NECESSIDADE DA EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS DE CONVICTÃO

No entanto, os critérios de insignificância e indícios de autoria e materialidade do delito guardam a mesma imprecisão do conceito de justa causa. O que é insignificante para determinado intérprete, pode não ser para outro. Do mesmo modo, o que constitui indícios suficientes de materialidade e autoria de determinado delito na concepção de alguns, pode não constituir na visão de outros.

MÍNIMOS QUE AUTORIZEM A ABERTURA DO PROCEDIMENTO PENAL EM JUÍZO - AUSÊNCIA, NO CASO, DE BASE EMPÍRICA QUE DÊ CONSISTÊNCIA À ACUSAÇÃO CRIMINAL - DENÚNCIA REJEITADA. - A imputação penal - que não pode constituir mera expressão da vontade pessoal e arbitrária do órgão acusador - deve apoiar-se em base empírica idônea, que justifique a instauração da "persecutio criminis", sob pena de se configurar injusta situação de coação processual, pois não assiste, a quem acusa, o poder de formular, em juízo, acusação criminal desvestida de suporte probatório mínimo. O processo penal condenatório - precisamente porque não constitui instrumento de arbítrio e de opressão do Estado - representa, para o cidadão, expressivo meio de conter e de delimitar os poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da atividade de persecução penal. O processo penal, que se rege por padrões normativos consagrados na Constituição e nas leis, qualifica-se como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu, a quem não podem ser subtraídas as prerrogativas e garantias asseguradas pelo ordenamento jurídico do Estado. Doutrina. Precedentes. - Não há justa causa para a instauração de persecução penal, se a acusação não tiver, por suporte legitimador, elementos probatórios mínimos, que possam revelar, de modo satisfatório e consistente, a materialidade do fato delituoso e a existência de indícios suficientes de autoria do crime. Não se revela admissível, em juízo, imputação penal destituída de base empírica idônea, ainda que a conduta descrita na peça acusatória possa ajustar-se, em tese, ao preceito primário de incriminação. - Impõe-se, por isso mesmo, ao Poder Judiciário, rígido controle sobre a atividade persecutória do Estado, notadamente sobre a admissibilidade da acusação penal, em ordem a impedir que se instaure, contra qualquer acusado, injusta situação de coação processual. (Inq 1978, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 13/09/2006, DJe-082 DIVULG 16-08-2007 PUBLIC 17-08-2007 DJ 17-08-2007 PP-00024 EMENT VOL-02285-02 PP-00340 RTJ VOL-00201-03 PP-00896)

²⁰ Habeas Corpus. Estelionato. Lesão patrimonial de valor insignificante. Incidência do princípio da insignificância. Atipicidade da conduta. Precedentes. Ordem concedida. Constatada a irrelevância penal do ato tido por delituoso, principalmente em decorrência da inexpressividade da lesão patrimonial e do reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, é de se reconhecer a atipicidade da conduta praticada ante a aplicação do princípio da insignificância. Ausência, na hipótese, de justa causa para a ação penal. Incidência dos princípios da subsidiariedade, da fragmentariedade, da necessidade e da intervenção mínima que regem o Direito Penal. Inexistência de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado. Precedentes. Ordem concedida para o reconhecimento da atipicidade da conduta. (HC 100937, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 07/12/2010, DJe-020 DIVULG 31-01-2011 PUBLIC 01-02-2011 EMENT VOL-02454-03 PP-00550 RB v. 23, n. 568, 2011, p. 40-42)

²¹ HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL. FURTO SIMPLES. RES FURTIVA. VALOR ÍNFIMO. CONDUTA DE MÍNIMA OFENSIVIDADE PARA O DIREITO PENAL. ATIPICIDADE MATERIAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o princípio da insignificância tem como base a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada. 2. Hipótese de furto de um pote de creme condicionador para cabelo, avaliado em R\$ 12,00 (doze reais), não havendo notícia de que a vítima tenha logrado prejuízo algum, seja com a conduta do acusado ou com a consequência dela, tendo em vista que o objeto foi recuperado, mostrando-se desproporcional a imposição da sanção penal no caso, pois o resultado jurídico mostra-se absolutamente irrelevante. 3. Embora a conduta do paciente se amolde à tipicidade formal e subjetiva, ausente, no caso, a tipicidade material, que consiste na relevância penal da ação e do resultado em face da significância da lesão produzida ao bem jurídico tutelado pelo Estado. 4. Ordem concedida para trancar a ação penal em curso contra o paciente perante o Juízo singular, dada a ausência de justa causa para a sua deflagração, em razão da atipicidade da conduta imputada. (HC 211.000/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/09/2011, DJe 19/10/2011)

²² PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E QUADRILHA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PROVIMENTO PELO TRIBUNAL A QUO. REMISSÃO AO CHAMADO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO SOCIETATE. ILEGALIDADE. RECONHECIMENTO. 1. A acusação, no seio do Estado Democrático de Direito, deve ser edificada em bases sólidas, corporificando a justa causa, sendo abominável a concepção de um chamado princípio in dubio pro societate. In casu, não tendo sido a denúncia amparada em hígida prova da materialidade e autoria, mas em delação, posteriormente tida por viciada, é patente a carência de justa causa. Encontrando-se os corréus Gualberto Gonçalves de Queiroz e Aroldo Ishii em situação objetivamente assemelhada à dos pacientes, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal, devem eles receber o mesmo tratamento dispensado a estes. 2. Ordem concedida para cassar o acórdão atacado, restabelecendo a decisão de primeiro grau, que rejeitou a denúncia em relação aos pacientes e os corréus Gualberto Gonçalves de Queiroz e Aroldo Ishii, nos autos da ação penal n. 0008955-43.2005.8.01.0001, da 1.ª Vara Criminal da Comarca de Rio Branco/AC. (HC 175.639/AC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 20/03/2012, DJe 11/04/2012)

Assim, embora os critérios considerados sejam os mesmos, é possível verificar certa dissonância entre decisões que, por tratarem de casos semelhantes, quando não idênticos, deveriam ser calcadas nas mesmas premissas. Ao proceder-se a um exame mais detido da jurisprudência majoritária do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul a respeito do assunto, é possível verificar a incongruência de decisões relativas a processos que versam sobre situações análogas. Exemplificativamente, em dois casos de furto, nos quais as *res* foram avaliadas exatamente no mesmo valor, uma das Câmaras do Tribunal reconheceu a aplicabilidade do princípio da insignificância e a consequente ausência de justa causa²³, ao passo que a outra negou provimento ao apelo defensivo, afastando a arguição de atipicidade da conduta em razão da incidência do princípio da insignificância, e reconhecendo a presença de justa causa, ao desconsiderar a inexpressividade do valor do bem furtado em razão do delito ter sido praticado em concurso de pessoas, somado ao fato de os réus estarem respondendo a outro processo por crime contra o patrimônio²⁴.

Assim, na tentativa de se desvincular a justa causa de interpretações subjetivas, que ficam a cargo do entendimento tido por cada intérprete, defende-se a necessidade de se suprir estas lacunas por meio da observância de princípios, sejam eles constitucionais ou não.

Conforme foi aduzido em momento anterior, existem critérios e princípios que figuram como limitadores ao poder de acusar e, em razão disso, servem de embasamento para o reconhecimento da ausência de justa causa para o exercício da ação penal. Dentro desse contexto, poder-se-ia situar princípios como o da insignificância, da adequação social e da

²³ APELAÇÃO. FURTO. TENTADO. RES FURTIVA AVALIADA EM R\$ 40,00. CRIME DE BAGATELA. A justa causa é uma importante condição da ação processual penal, sendo identificada como uma causa jurídica e fática que legitima e justifica a acusação, bem como a própria intervenção penal, servindo como garantia contra o uso abusivo deste direito. Esta condição ainda, se relaciona com dois fatores: a existência de indícios razoáveis de autoria e materialidade e o controle processual do caráter fragmentário da intervenção penal, na qual o Direito Penal não deve sancionar todas as condutas lesivas a bens jurídicos, mas tão-somente aquelas mais graves e mais perigosas praticadas contra bens mais relevantes. O furto tentado, com restituição dos objetos furtados, é crime de bagatela. APELO DESPROVIDO. (Apelação Crime N° 70027782853, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aramis Nassif, Julgado em 13/01/2010)

²⁴ APELAÇÃO CRIME. FURTO QUALIFICADO. CONCURSO DE AGENTES. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. ATIPICIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. Condutas descritas na denúncia compatíveis com a figura penal preconizada no art. 155, § 4º IV do CP. Presença inequívoca da materialidade e fortes indícios de autoria. Princípio da insignificância que não se evidencia de plano, porque, conquanto o valor da *res* (R\$ 40,00) não seja expressivo, representando cerca de 10% do salário mínimo da época (R\$ 415,00) não pode ser tido como absolutamente insignificante. Desvalor acentuado das condutas, considerando que agiram em concurso de agentes, de madrugada, quando reduzida a vigilância a vítima sobre a *res*, além de já estarem respondendo a outro processo por delito contra o patrimônio. Presença de justa causa evidenciada. Comportamento socialmente lesivo. Exigência de pronta resposta estatal. Precedentes. APELAÇÃO PROVIDA ao efeito de RECEBER A DENÚNCIA, impondo-se, a partir daí, o regular processamento do feito. (Apelação Crime N° 70031425200, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Fabianne Breton Baisch, Julgado em 09/09/2009)

proporcionalidade, que auxiliariam na composição da justa causa como controle processual do caráter fragmentário da intervenção penal.

Importante, nesse momento, fazer uma análise mais precisa a respeito do princípio da proporcionalidade, já que exposto como facilitador do exame da justa causa. No que tange ao mencionado princípio, Araújo assinala que

A proporcionalidade surge vinculada à concepção de limitação do poder estatal, tendo em vista a tutela dos interesses individuais. Sendo certo que ao Estado cabe proceder à limitação destes interesses individuais, de molde a atender ao interesse público, a proporcionalidade aparece como medida de atuação do Estado; assim, o agir estatal há de ser proporcional, proporcionalidade esta que há de ser observada entre os meios a serem empregados e os fins a serem alcançados. (2009, p. 54)

Dessa forma, entende-se que a proporcionalidade, ao limitar o poder estatal, permite uma maior ponderação acerca das providências a serem tomadas quando da prática de um ato delituoso. Permite, ainda, a análise da existência de um lastro probatório mínimo, suficiente a indicar, além da materialidade, a autoria do crime.

Neste norte, é importante que se apresentem os desdobramentos da proporcionalidade, que foram desenvolvidos pela doutrina Alemã com o objetivo de reduzir a carga de subjetividade do conteúdo da proporcionalidade. Desse modo, tal doutrina buscou desmembrar a proporcionalidade em três elementos, quais sejam: a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito. (AZEVEDO; BOÂS, 2008, p. 256)

Por meio dessa subdivisão do mencionado princípio, é possível averiguar que a noção de proporcionalidade não se restringe apenas ao delito e sua consequente pena. Estende-se, dentre outras situações, à relação entre o grau de ofensividade do ato e a real necessidade de submeter-se seu autor a um processo penal.

Nesse sentido, Araújo traz de forma individualizada cada um dos elementos componentes da estrutura do princípio da proporcionalidade, descrevendo, de forma pormenorizada, o significado de cada um deles. Assim, quanto à adequação, à necessidade e à proporcionalidade em sentido estrito, o autor assinala que

[...] um meio será considerado adequado quando for considerado apto a alcançar o resultado pretendido, ou quando a utilização deste meio, se não ensejar o alcance do objetivo, ao menos, fomente a sua realização. [...] Consoante a idéia de necessidade (exigibilidade), o meio a ser empregado deve ser o menos gravoso, dentre os disponíveis para a realização ou fomento do fim pretendido. [...] O terceiro elemento de proporcionalidade pressupõe a comparação entre os meios empregados e os fins colimados, de molde que os meios sejam os menos danosos possíveis. O meio a ser utilizado não pode apresentar-se de forma desproporcional ao fim pretendido. Enfim, há um sopesamento entre o meio a ser empregado e o fim a ser alcançado, de forma que, conquanto haja a realização ou fomento do fim perseguido, haja a menor restrição possível ao direito fundamental. (2009, p. 55-56, 58-59)

Desse modo, pelos critérios acima expostos, a ação penal obedecerá aos limites da adequação sempre que se demonstrar meio hábil para alcançar-se o resultado almejado. Já o critério da necessidade coloca em destaque a ideia de que para se ajuizar uma ação penal em desfavor de determinado indivíduo, é imprescindível a demonstração de que não foi possível adotar outro meio menos gravoso para se apurar/sancionar a prática de determinada conduta. Por fim, no que diz respeito à proporcionalidade em sentido estrito, é possível verificar que ação penal não pode constituir meio desproporcional ao fim pretendido, ou seja, deve haver uma proporção entre os meios utilizados e os fins desejados.

Sublinhe-se que essa ideia de proporcionalidade estrita relaciona-se tanto com o excesso de proteção como com a insuficiência desta. A título de exemplo, pode se afirmar que em observância aos critérios da proporcionalidade em sentido estrito demonstra-se inconcebível ofertar a determinado indivíduo, componente de grupo de extermínio, o benefício da transação penal; do mesmo modo, apresenta-se desproporcional a medida de submeter alguém a um processo penal com base em uma denúncia que, pela visível fragilidade de seus termos, não se sustentará até o final do processo, e acarretará uma tardia decisão de absolvição/extinção da punibilidade que não deveria ter sido postergada para tal momento.

Necessária, assim, a averiguação da existência de proporcionalidade entre os indícios de autoria e materialidade e a decisão do juiz em receber a inicial acusatória, eis que se trata de uma decisão importante dentro do processo penal e não de um mero despacho. É por meio dessa decisão que se submeterá uma pessoa que, em tese, foi responsável pela prática de determinado fato delituoso, a um processo criminal que traz consigo todas as aflições e estigmas que lhe são característicos. (AZEVEDO; BOÂS, 2008, p. 270-271)

Dessa maneira, não constitui equívoco afirmar-se que a justa causa constitui a própria proporcionalidade, inserida no plano do processo penal, haja vista que os parâmetros que atualmente servem de base para a sua aplicação, quais sejam a insignificância, a adequação

social, os indícios mínimos de materialidade e autoria, são abarcados pela proporcionalidade diante da amplitude do conceito que, desse modo, pode ser considerado o elemento que mais se coaduna com a ideia de justa causa, constituindo verdadeira base para a verificação da sua existência/inexistência quando do exercício da ação penal.

Percebe-se, então, que o impasse acerca dos parâmetros a serem utilizados para se verificar a existência de justa causa para o exercício da ação penal ainda não foi solucionado, uma vez que tanto a doutrina quanto a jurisprudência seguem divergindo sobre o conteúdo do instituto, o que faz crer que os critérios atualmente adotados para a mencionada averiguação não se mostram suficientes para tanto.

Desse modo, dentre todas as discussões dispostas no presente estudo, finaliza-se o mesmo defendendo-se o entendimento de que a análise da justa causa equivale à averiguação do custo-benefício da ação penal. E mais, é elemento primordial para fins de evitar-se a expansão de um sistema penal direcionado à arbitrariedade.

Assim, conclui-se que não se pode levar em conta somente os indícios de materialidade e autoria para se verificar a existência de justa causa para o exercício da ação penal. Deve somar-se a isso os princípios da insignificância e da adequação social – que já vêm sendo aplicados pela jurisprudência, mesmo que timidamente - e, primordialmente, o da proporcionalidade que, em seu sentido amplo, abarca todos os critérios que servem de base para a averiguação da presença/ausência de justa causa para o exercício da ação penal, sendo, portanto, o vetor mais importante a ser considerado quando da análise do instituto.

No entanto, embora esses sejam os critérios que, aparentemente, melhor se coadunam com a ideia de justa causa, cumpre destacar que os mesmos não podem ser considerados suficientes para uma visão substancial e verdadeiramente útil do instituto, que ainda precisa ser aprimorado em sua interpretação a fim de ter plena e ideal aplicabilidade.

CONCLUSÃO

Desde que começou a ser relacionada com o exercício da ação penal e com a persecução criminal, a justa causa passou a gerar controvérsias no que diz respeito a sua natureza jurídica e, principalmente, no que tange à interpretação que deveria ser dada ao conceito, especificamente quanto aos critérios que precisariam ser levados em consideração para fins de se verificar a sua existência/inexistência, quando do exercício da ação penal.

Assim, quanto a sua natureza jurídica, pode se afirmar que a justa causa continua sendo interpretada sob diferentes vieses. Para alguns doutrinadores, é considerada mais uma condição para o legítimo exercício da ação penal que, reunida às demais condições da ação, permitiria o processamento da inicial acusatória. No entanto, tal classificação não foi pacificamente aceita, havendo aqueles que a relacionam ao interesse de agir, ao afirmarem que este representa a própria plausibilidade e idoneidade do pedido, entendimento que também recebe críticas por parte da doutrina, a qual defende que a justa causa estaria atrelada à viabilidade e procedência do pedido e não a sua admissibilidade.

No entanto, a melhor definição dada ao conceito de justa causa não se coaduna com nenhuma das descrições acima referidas, defendendo-se, desse modo, o entendimento de que tal instituto guarda relação com o mérito/prova da questão, consistindo em pressuposto essencial para o fim de assegurar a integridade da acusação e equivalendo, portanto, ao fundamento da acusação, ou seja, ao conjunto de elementos de fato e de direito que, reunidos, tornam legítima a ação. Não se identifica desse modo, com nenhuma das condições da ação penal, nem constitui uma autônoma. No entanto, embora haja divergências no que diz respeito à natureza jurídica da justa causa, é pacífico o entendimento de que a existência desta é fator indispensável para a propositura da ação penal.

Além da natureza jurídica da justa causa ser motivo causador de divergências, esse dissentimento apresenta-se ainda mais acentuado no que tange aos critérios que são apontados como os adequados para se verificar a presença/ausência de justa causa para o exercício da ação penal. A indefinição que paira em torno do instituto é de fácil visualização, sendo mais evidente em sede de jurisprudência, onde é possível constatar de forma clara as dificuldades que os intérpretes têm em estabelecer critérios capazes de facilitar e padronizar as decisões que envolvem o instituto, o que faz com que uma mesma situação fática comporte decisões divergentes entre si, embora ambas tenham sido fundadas na justa causa.

Assim, em decorrência da mencionada dissonância interpretativa, diferentes posicionamentos acerca do instituto passaram a ser defendidos, tanto pela doutrina como pela jurisprudência. Nesse contexto, de um lado, há aqueles que entendem que a justa causa pode ser definida exclusivamente como o suporte probatório mínimo, que se traduz na existência de indícios de autoria e materialidade suficientes para embasar a propositura da ação penal pela acusação.

De outra banda, existem aqueles que se posicionam no sentido de que os contornos da justa causa ainda não foram delineados de forma pacífica, motivo pelo qual a concepção do instituto ainda é tão controvertida. E, por fim, existem posicionamentos no sentido de que a justa causa também deveria ser explorada em sua configuração de forma de controle do caráter fragmentário da intervenção penal, sendo necessário, portanto, que se reúnam aos indícios mínimos de materialidade e autoria, outros, de caráter complementar, levando-se em consideração, para tanto, princípios como o da adequação social, da insignificância e da proporcionalidade.

Diante da sua importância dentro do sistema persecutório penal, não parece correto admitir que a verificação da existência de justa causa para a ação penal se baseie exclusivamente em entendimentos particulares e isolados de cada intérprete, sendo imperioso que se construa uma forma de reconhecer a justa causa por meio de critérios objetivos que, juntos, sejam capazes de dar uma definição mais precisa ao instituto, facilitando a sua interpretação e dando-lhe maior amplitude de atuação na ação penal.

Com o estudo foi possível apurar que há uma clara necessidade de se desvincular a justa causa de interpretações subjetivas, que ficam a cargo do entendimento tido por cada intérprete. Um instrumento que, se devidamente aplicado, pode constituir uma das principais barreiras ao abuso do direito de acusar não poder revestir-se de interpretações essencialmente subjetivas.

Assim, a conclusão principal a que se chegou com o presente estudo é a de que os parâmetros utilizados para se verificar a existência da justa causa para o exercício da ação penal não são suficientes para afastá-la de uma interpretação essencialmente subjetiva, ou seja, nenhuma das definições dadas ao conceito de justa causa pode ser defendida de forma absoluta. Em primeiro lugar, porque ela não pode ser definida apenas como os indícios mínimos de materialidade e autoria, haja vista que tais critérios não se demonstram suficientes para aferir a viabilidade de uma ação penal. Em segundo lugar, embora se admita que os contornos do instituto ainda não tenham sido delineados de forma clara, não se pode olvidar

que é pacífico o entendimento de que a justa causa corresponde aos indícios razoáveis de autoria e materialidade indispensáveis ao legítimo exercício da ação penal, o que faz crer que, pelo menos nesse aspecto, não existem controvérsias. No entanto, a interpretação que parece melhor se coadunar com a ideia de justa causa é aquela que defende que os critérios de materialidade e autoria devem ser somados a parâmetros e princípios que funcionam como limitadores do poder de acusar e, em face disso, permitem o reconhecimento da ausência de justa causa para o exercício da ação penal.

Nesse diapasão, poder-se-ia situar princípios como o da insignificância e da adequação social que, por constituírem exceção ao princípio da obrigatoriedade e terem força de excludentes de tipicidade material, quando aplicáveis aos casos concretos, serviriam de fundamento para o reconhecimento da ausência de justa causa para o exercício da ação penal.

Some-se a isso, o princípio da proporcionalidade que, junto aos demais referidos, auxiliaria na composição da justa causa como controle processual do caráter fragmentário da intervenção penal, a fim de que a mesma pudesse funcionar como mecanismo de proteção aos indivíduos que são submetidos ao processo penal, contribuindo na construção de seu caráter de meio de proteção e preservação da dignidade dos acusados em geral, e de filtro do poder punitivo estatal.

Dessa forma, é possível afirmar que a justa causa constitui a própria proporcionalidade, inserida no processo penal, haja vista que em seu sentido amplo, tal princípio engloba todos os critérios que servem de base para a averiguação da existência/inexistência de justa causa para o exercício da ação penal

Assim, reconhecer que a presença/ausência de justa causa pode ser definida através de critérios como a insignificância, a adequação social e a proporcionalidade, em seu sentido amplo, é circunstância que permite que a justa causa cumpra seu papel no Estado de Direito, qual seja, o de impedir que, na ação penal, subjetividades prevaleçam sobre as garantias individuais, respeitando-se desse modo os princípios constitucionais da dignidade humana, do *in dubio pro reo* e da presunção da inocência.

Conclui-se, desse modo, que a justa causa precisa ser interpretada de forma ampla, abarcando todo e qualquer critério que possa servir de base limitadora do poder de persecução do estado, pois ao que parece, a intenção do legislador em vincular a justa causa ao exercício da ação penal foi de inserir no texto legal mais uma garantia em prol dos indivíduos que são submetidos ao processo, impedindo, desse modo, que acusações rasas, dúbias, imprecisas,

desproporcionais e/ou fundadas em fatos penalmente irrelevantes e socialmente admitidos, possam prosperar.

No entanto, embora esses sejam os critérios que, aparentemente, melhor se coadunam com a ideia de justa causa, cumpre destacar que os mesmos não podem ser considerados suficientes para uma visão substancial e verdadeiramente útil do instituto, que ainda precisa ser aprimorado em sua interpretação a fim de ter plena e ideal aplicabilidade.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. O princípio da proporcionalidade aplicado ao direito penal: fundamentação constitucional da legitimidade e limitação do poder de punir. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 80, p. 35-79, set/out. 2009.

AZEVEDO, Bernardo Montalvão Varjão de. **Ministério Público: por uma verdadeira autonomia funcional**. 2003. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/capa.php?jur_id=742> Acesso em : 31 ago. 2012

AZEVEDO, Bernardo Montalvão Varjão de; BÔAS, Marcos de Aguiar Villas. Reflexões sobre a proporcionalidade e suas repercussões nas ciências criminais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 74, p. 230-280, set/out. 2008.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Rejeição da denúncia ou queixa e absolvição sumária na reforma do Código de Processo Penal: atuação integrada de tais mecanismos na dinâmica procedimental. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Revista dos Tribunais, n. 76, p. 123-180, jan/fev. 2009.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte geral**. vol. 1, 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 09 jun. 2012.

_____. **Código de Processo Penal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del13689.htm>. Acesso em: 09 jun. 2012.

_____. **Código Penal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 09 jun. 2012.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 jun. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 175.639-AC**. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 20 de março de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 12 out. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 211.000-SP**. Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília, DF, 20 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 12 out. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 100937-RS**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 07 de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 12 out. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Inq n. 1978-PR**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 13 de setembro de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 12 out. de 2012.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. 3. ed. Leme: EDIJUR, 2011.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho. *et al.* **Justa causa penal constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Justa causa – reflexões em torno da obra de Afrânio da Silva Jardim. In: BASTOS, Marcelo Lessa; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de (Org.). **Tributo a Afrânio Silva Jardim: escritos e estudos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A Lide e o Conteúdo do Processo Penal**. Curitiba: Juruá, 1989.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de J. Baptista Machado. 7. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Estevam Xavier Tavares e Luiz Flávio Gomes. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GERBER, Daniel. O *habeas corpus* e a justa causa para a ação penal: breves considerações sobre a vinculação entre a denúncia e os elementos objetivos de convicção do Ministério Público. **Revista Jurídica**, Porto Alegre: Notadez, n. 366, p. 117-120, abril. 2008.

GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Direito penal: parte geral**. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial**. 7. ed. Vol. II. Niterói: Impetus, 2010.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. As condições da ação penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 69, p. 179-199, nov/dez. 2007.

JARDIM, Afranio Silva. **Direito Processual Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. vol. 1, 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. **As condições da ação na reforma parcial do código de processo penal**. Revista Eletrônica do CEJUR. Vol. 1. n. 4, 2009. Disponível em <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/cejur/article/view/15466>> Acesso em: 09 de jun. 2012.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Vol. I. Campinas: Bookseller, 1997.

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

PACHECO MAGALHÃES, Alex. **O princípio penal constitucional da adequação social x o princípio penal constitucional da insignificância**. Revista *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 71, dez 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6936>. Acesso em 31 ago. 2012.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **Apelação crime n. 70027782853**, da 5ª Câmara Criminal. Relator: Des. Aramis Nassif. Porto Alegre, 13 de janeiro de 2010. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 12 out. 2012.

_____, Tribunal de Justiça. **Apelação crime n. 70028524429**, da 6ª Câmara Criminal. Relator: Des. Nereu José Giacomolli. Porto Alegre, 13 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 09 jun. 2012.

_____, Tribunal de Justiça. **Apelação crime n. 70031425200**, da 5ª Câmara Criminal. Relator: Des. Fabianne Breton Baisch. Porto Alegre, 9 de setembro de 2009. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 12 out. 2012.

_____, Tribunal de Justiça. **Apelação crime n. 70035963552**, da 8ª Câmara Criminal. Relator: Des. Fabianne Breton Baisch. Porto Alegre, 12 de janeiro de 2011. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 25 ago. 2012.

_____, Tribunal de Justiça. **Apelação crime n. 70036946515**, da 5ª Câmara Criminal. Relator: Des. Aramis Nassif. Porto Alegre, 22 de setembro de 2010. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 12 out. 2012.

_____, Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 70040739419**, da 5ª Câmara Criminal. Relator: Des. Luís Gonzaga da Silva Moura. Porto Alegre, 16 de março de 2011. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 12 out. 2012.

_____, Tribunal de Justiça. **Apelação crime n. 70044781920**, da 5ª Câmara Criminal. Relator: Des. Diogenes Vicente Hassan Ribeiro. Porto Alegre, 23 de maio de 2012. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 12 out. 2012.

ROBERTI, Maura. **Intervenção mínima como princípio no direito penal**. Porto Alegre: SAFE, 2001.

ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. Traducción de Francisco Muñoz Conde. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução de Luis Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte geral. 9. ed. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.