

A JUSTA CAUSA NO PROCESSO PENAL¹

Josiele Leffa da Silva²

RESUMO

A presente dissertação versa sobre a justa causa no processo penal brasileiro como condição para o recebimento da denúncia ou queixa. Assim, inicialmente, estudamos o direito de ação, o porquê de caber ao Estado o monopólio de distribuição da justiça, inclusive confrontando o direito de ação penal com ação processual penal, para em seguida se chegar ao conceito de ação, inclusive explicitando cada um de seus elementos. Também tratamos dos diferentes tipos de ação – de iniciativa pública e de iniciativa privada - suas subdivisões e os princípios que as regem. Após, analisamos a questão atinente às condições da ação, abordando desde o seu conceito ao entendimento da corrente majoritária, que compreende serem as mesmas para o processo penal e o processo civil. Em seguida, partimos para a definição de quais são as condições da ação, buscando-as dentro do próprio processo penal, para isto, partindo do já revogado artigo 43 do Código de Processo Penal. Por se tratar de matéria de extrema relevância subdividimos as condições da ação, abordando-as separadamente em prática de fato aparentemente criminoso – *fumus commissi delicti* -, punibilidade concreta, legitimidade de parte e justa causa. Neste último, em razão da extensa matéria, partimos para o estudo da justa causa em capítulo próprio, porém, devido às diversas correntes sobre o conceito e enquadramento do instituto, realizamos um fracionamento, sendo tratada como interesse de agir (*fumus bonni iuris*), prova da existência de hipótese delitiva e prova/indícios de sua autoria, uma questão de mérito, quarta condição da ação, condição de procedibilidade, síntese das condições da ação, possibilidade jurídica do pedido e interesse de agir ou ambos, e demais correntes. Por fim, expomos nossa posição, justa causa como indícios razoáveis de autoria e materialidade e controle processual ao caráter fragmentário da intervenção.

Palavras-chave: PROCESSO PENAL. AÇÃO PROCESSUAL. JUSTA CAUSA.

¹ Artigo extraído do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Aprovação com grau máximo pela banca examinadora, composta pelos professores Nereu José Giacomolli (orientador), Aury Lopes Junior e Giovani Agostini Saavedra, em 27 de junho de 2012.

² Acadêmica de Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. E-mail: josiele_leffa@yahoo.com.br

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa visa a compreensão do instituto da justa causa no processo penal brasileiro, pois embora analisada diariamente em todos os processos criminais ela não possui uma definição precisa e harmônica.

O legislador brasileiro – através da Lei 11.719 de 2008 - inseriu de forma expressa a justa causa no Código de Processo Penal, transformando-a em um requisito essencial a ser analisado para o recebimento da denúncia ou queixa, todavia, não deixou claro qual seria o seu significado, se estava se tratando de condição da ação ou apenas uma qualidade desta.

Para tanto, o objetivo da pesquisa é analisar comparativamente os argumentos utilizados pelas correntes, pois ao contrário daqueles que buscam a definição da justa causa fora das condições da ação, a proposta aqui é diversa, para enquadrar a justa causa como uma condição autônoma da ação.

O exame da temática está estruturado em três capítulos, estando o primeiro dirigido ao estudo da ação processual penal. Primeiramente, nos cabe analisar o conceito de ação e de onde surge este direito, a diferença existente entre ação penal e ação processual penal, para só após, referirmos em que casos são utilizadas a denúncia e a queixa – através dos tipos de ação.

No segundo capítulo serão analisadas as condições da ação. Para isso, preliminarmente, trataremos de sua definição, a seguir, da distinção das condições processuais penais das processuais civis, e após, quais seriam as condições da ação processual penal.

A justa causa é o que será tratado no terceiro capítulo. O objetivo será conceituá-la trazendo os principais argumentos das diferentes correntes, inclusive destacando o enquadramento da justa causa como condição da ação ou não, e por fim, expor nosso posicionamento sobre a justa causa como condição da ação independente e suas nuances.

Impende salientar que o assunto ganha especial relevo diante de sua vinculação às condições da ação, principalmente por não apresentar entendimento uníssono. Esta imprecisão conceitual, que acaba gerando posições diversas, não apresenta apenas efeitos acadêmicos, implicando também em consequências práticas, como a rejeição da denúncia ou queixa por falta de justa causa (artigo 395, III, do Código de Processo Penal), que estaria inserida dentro das condições da ação, também motivo de rejeição (artigo 395, II, do mesmo diploma).

1 DA AÇÃO PENAL

Os litígios afetavam e afetam excessivamente a segurança da ordem jurídica, então, para que fosse mantida a ordem na sociedade e, quando violada, fosse restabelecida, a justiça passou a ser exercida, administrada pelo Estado. “Foi, pois, pela necessidade de pacificar o grupo e de restabelecer, em benefício dele, a ordem jurídica, ameaçada ou violada, que o Estado interveio no campo da administração da justiça.”³

O acesso ao Poder Judiciário é um direito fundamental previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, onde está disposto: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito,”⁴ assegurando aos cidadãos, o direito de recorrer ao judiciário quando sentir necessidade. O mesmo preceituam os artigos 8º da *Universal Declaration of Human Rights*, e o artigo 24, 1ª parte, da *Costituzione italiana* de 1948.

1.2 DO CONCEITO DE AÇÃO – MAS AFINAL, O QUE É AÇÃO?

Cabe ressaltar que ao se tratar da definição de ação dentro do processo penal, deve-se “falar em ‘ação processual penal’, para não confundir com a ação punível ou delitiva, objeto do Direito Penal e não do processo penal.”⁵

Também torna-se necessário ter em mente a distinção entre processo penal e processo civil, explica LOPES JUNIOR⁶ - tendo em vista que no segundo não há o que se falar em pretensão punitiva. O direito potestativo de acusar, nasce com o delito e incumbe ao acusador. Ao juiz, de outra forma, cabe o poder de punir, sendo condição necessária a admissão da pretensão acusatória.

Outra diferença marcante entre o processo penal e o processo civil é o fato de – no processo penal - não haver lide ou conflito de interesses, por ser a liberdade do réu um direito fundamental e não um direito subjetivo, sendo a punição, tendo em vista o princípio da necessidade, tratada por meio de um processo penal. Surge aí, a pretensão acusatória, o poder de submeter o acusado ao juízo cognitivo.⁷

Deste modo, a ação penal nada mais é que

³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 30. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 06.

⁴ BRASIL. Constituição Federal de 1988. CÚRIA, Luiz Roberto; CÉSPEDES, Livia; NICOLETTI, Juliana. (Colab.). *Vade mecum compacto*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 9.

⁵ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Estudios de teoria general e historia del proceso*. v. 1. México: UNAM, 1974. p. 325-326 citado por LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 6. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 326.

⁶ LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 6. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 328.

⁷ LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 6. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 85.

el poder jurídico de promover la actuación jurisdiccional a fin de que el juzgador pronuncie acerca de la punibilidad de hechos que el titular de aquélla reputa constitutivos de delito. [...] medio de provocar el ejercicio del derecho de penar por parte del Estado.⁸

1.3 NATUREZA JURÍDICA DA AÇÃO PROCESSUAL PENAL

LOPES JUNIOR entende, de forma acertada, que a ação processual penal “é um direito potestativo de acusar, público, autônomo, abstrato, mas conexo instrumentalmente ao caso penal.”⁹ O motivo desta compreensão é o que veremos a seguir.

1.3.1 Direito potestativo de acusar

A ação penal gera ao imputado uma situação de sujeição, pois no momento em que se exerce a ação processual penal – *ius ut procedatur* – o sujeito passivo passa à posição jurídica de submetido a um processo penal.¹⁰

Tomamos a posição de LEONE ao entender a ação como “derecho subjetivo em relación al juez y derecho potestativo em relación al imputado.”¹¹ Quando referente a direito subjetivo, é a obrigação de ter a prestação da tutela jurisdiccional e emissão de uma decisão, quando direito potestativo, nada mais é que a sujeição do imputado frente as consequências processuais que foram produzidas pela ação.¹²

1.3.2 Caráter público da ação processual penal

O caráter público da ação processual penal é claro. Diz-se ser um direito público porque, “em primeiro lugar, a lei processual é matéria de ordem pública e em segundo lugar porque é conferido pelo Estado esse direito a todos, indistintamente.”¹³

⁸ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto; LEVENE, Ricardo. *Derecho procesal penal*. v. 2. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft, 1945. p. 62.

⁹ LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 6. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 337.

¹⁰ LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 6. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 331.

¹¹ LEONE, Giovanni. *Tratado de derecho procesal penal*. v. 1. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1963. p. 130.

¹² LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 6. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 332.

¹³ PRADO, Amauri Renó do; BONILHA, José Carlos Marcari. *Manual de processo penal: conhecimento e execução penal*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 83.

O próprio artigo 100 do CP estabelece a regra, “a ação penal é pública.”¹⁴ Por isso não se deve falar em ação penal pública e privada, já que

toda ação penal é pública, posto que é uma declaração petitoria, que provoca a atuação jurisdicional para instrumentalizar o Direito Penal e permitir a atuação da função punitiva estatal. Seu conteúdo é sempre de interesse geral.¹⁵

Deste modo, “o correto seria então, classificar-se *acusação pública e acusação privada*, ou, se preferirem seguir classificando a partir do crime, teremos *ação penal de iniciativa pública e ação penal de iniciativa privada*.”¹⁶

1.3.3 Autônomo

O caráter autônomo da ação processual penal surge da separação do direito processual do direito material que, por consequência, atribuiu este caráter autônomo à ação.¹⁷ Trata-se de um direito autônomo, porque distinto do direito ou interesse que ele tende a tornar efetivo em juízo.”¹⁸

1.3.4 Abstrato, mas conexo instrumentalmente ao caso penal

Como bem adverte LOPES JUNIOR¹⁹, há necessidade de se buscar um entreconceito, entre o abstrato e o concreto, já que os conceitos tradicionais de abstrato e de direito concreto não satisfazem a necessidade do processo penal.

Esta conexão instrumental ao caso penal seria uma exigência do princípio da necessidade, pois a apuração do delito somente pode ocorrer no curso do processo, tendo em vista que fora do instrumento processo o Direito Penal não possui poder coercitivo. Vinculando-se ainda à ideia de instrumentalidade constitucional, pois o processo é um

¹⁴ BRASIL. Código Penal. CÚRIA, Luiz Roberto; CÉSPEDES, Livia; NICOLETTI, Juliana. (Colab.). *Vade mecum compacto*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 489.

¹⁵ LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 6. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 331.

¹⁶ LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 6. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 331.

¹⁷ LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 6. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 333.

¹⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 30. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 313.

¹⁹ LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 6. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 336.

instrumento de apuração do fato, mas se encontra rigorosamente condicionado à observação do sistema de garantias constitucionais.²⁰

O caráter abstrato, na ação processual penal, coexiste com o fato aparentemente delituoso, que é a vinculação a uma causa. Portanto, uma causa concreta. “Existe assim uma limitação e vinculação a uma causa concreta que deve ser demonstrada, ainda que em grau de verossimilhança, ou seja, de *fumus commissi delicti*.”²¹

1.4 TIPOS DE AÇÃO PENAL

Conforme já dito anteriormente, a ação penal, conforme o delito, pode ser classificada em ação penal de iniciativa pública e ação penal de iniciativa privada. Adiante veremos as especificidades de cada uma delas.

1.4.1 Ação penal de iniciativa pública

A ação penal de iniciativa pública deve obedecer a algumas regras ou princípios para que seja válida, quais sejam: oficialidade ou investidura, obrigatoriedade ou legalidade, indisponibilidade, indivisibilidade e intranscendência.

1.4.1.1 Princípio da oficialidade ou investidura

Cabe ao Ministério Público, sendo esta sua atribuição, a ação penal de iniciativa pública, nos termos do artigo 129, I, da Constituição Federal²². Isto quer dizer que “somente os membros do Ministério Público estadual ou federal, devidamente investidos no cargo, é que podem exercê-la através da ‘denúncia’.”²³ O Ministério Público é o órgão “oficial”²⁴ do Estado que propõe a ação penal pública incondicionada.

²⁰ LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 6. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 337.

²¹ LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 6. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 337.

²² São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei. (BRASIL. Constituição Federal de 1988. CÚRIA, Luiz Roberto; CÉSPEDES, Livia; NICOLETTI, Juliana. (Colab.). *Vade mecum compacto*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 48.

²³ LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 6.ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 356.

²⁴ Expressão de TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 30. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 334.

1.4.1.2 Princípio da obrigatoriedade ou legalidade

O princípio da obrigatoriedade traduz-se na obrigação do Ministério Público de “promover a ação penal, se diante de fato que, a seu juízo, configure um ilícito penal.”²⁵ Esta obrigatoriedade do exercício da ação penal pública “decorre do caráter cogente das normas penais.”²⁶

Logo, sempre que estiverem presentes as condições legalmente estabelecidas para a propositura da ação penal, esta deverá ser interposta pelo representante do Ministério Público.²⁷ Caso estejam ausentes essas condições, o promotor deve postular o arquivamento do inquérito policial ao juiz, sendo a decisão de arquivamento de competência do magistrado.²⁸

1.4.1.3 Princípio da indisponibilidade

O princípio da indisponibilidade refere que além de obrigado a denunciar, ou pedir o arquivamento, o Ministério Público não pode desistir da ação penal ou dispor dela.²⁹

Cumprе salientar que não está o Ministério Público impedido de pedir a absolvição do réu, em plenário ou nas alegações finais orais, pois, como agente público, deve observar os princípios da impessoalidade, objetividade e legalidade. Portanto, seria ilegal acusar ou pedir a condenação de alguém quando não existirem as condições da ação.³⁰

1.4.1.4 Princípio da indivisibilidade

O princípio da indivisibilidade – artigo 48 do CPP - está relacionado “à autoria (*lato sensu*) da infração penal a ser apreciada.”³¹ Por indivisibilidade

²⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. *Curso de processo penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 110.

²⁶ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 132.

²⁷ FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Investigação criminal e ação penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 99.

²⁸ LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 6. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 356.

²⁹ LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 6. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 358.

³⁰ LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 6. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 358.

³¹ FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Investigação criminal e ação penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 101.

deve-se entender a impossibilidade de se fracionar a persecução penal, isto é, de se escolher ou optar pela punição de apenas um ou alguns dos autores do fato, deixando-se os demais, por qualquer motivo, excluídos da imputação delituosa.³²

O princípio da indivisibilidade não tem aplicação pacífica na ação penal de iniciativa pública.³³ Em vários acórdãos do Egrégio Supremo Tribunal Federal³⁴, encontra-se a afirmativa de que o “princípio da indivisibilidade da ação penal não se aplica à ação penal pública.”

1.4.1.5 Princípio da intranscendência

O princípio da intranscendência dispõe que a acusação não pode passar da pessoa do imputado. Por conseguinte, “o demandante só pode propor ação em face do agente que cometeu o delito,”³⁵ conforme previsão constitucional, artigo 5º, XLV.

Em consequência disso, “o falecimento do réu acarreta [...] a extinção da punibilidade – salvo, por óbvio, a hipótese de outros réus ainda figurarem no polo passivo.”³⁶ Conforme artigo 107 do Código Penal.

1.4.2 Espécies/subdivisão de(a) ação penal de iniciativa pública

A ação penal de iniciativa pública se subdivide em duas espécies: incondicionada e condicionada, e segundo o artigo 24 do CPP, ambas iniciam-se por meio de denúncia.³⁷

1.4.2.1 Ação penal de iniciativa pública incondicionada

A ação penal de iniciativa pública incondicionada é a regra do sistema penal brasileiro, sendo uma atribuição exclusiva do Ministério Público (art. 129, I, CF).³⁸

³² OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. *Curso de processo penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 139.

³³ LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 6. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 359.

³⁴ Habeas corpus nº 104356, 1ª. Turma, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 19 de outubro de 2010, e o Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 95141, 1ª. Turma, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 06 de outubro de 2009.

³⁵ PRADO, Amauri Renó do; BONILHA, José Carlos Mascari. *Manual de processo penal: conhecimento e execução penal*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 51.

³⁶ FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Investigação criminal e ação penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 104-105.

³⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 30. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 401.

O artigo 41 do CPP traça um rol de requisitos que deverão conter na denúncia, e a ausência de qualquer um desses elementos conduz à inépcia da inicial acusatória, “devendo o juiz rejeitá-la, conforme determina o art. 395, I, do CPP. Essa decisão produz apenas coisa julgada formal, não impedindo nova acusação desde que satisfeito o requisito.”³⁹

1.4.2.2 Ação penal de iniciativa pública condicionada

A ação penal de iniciativa pública condicionada se difere da incondicionada pela exigência de que o ofendido (ou seu representante legal) faça uma representação (ou por requisição do Ministro da Justiça), para só após o Ministério Público poder oferecer a denúncia, segundo dispõe o artigo 24 do CPP.⁴⁰

Diz-se que esta ação penal é “pública, porque promovida pelo órgão do Ministério Público; condicionada, porque este não poderá promovê-la sem que esteja satisfeita a condição exigida pela lei.”⁴¹

Podem ocorrer casos em que a ação penal é proposta sem a representação, sobrevindo uma nulidade absoluta, caso isto ocorra, a denúncia deverá ser rejeitada.

1.5 AÇÃO PENAL DE INICIATIVA PRIVADA

Os delitos de ação penal de iniciativa privada são de iniciativa privada da vítima (ou seu representante legal, ou sucessores), sendo exercida através de queixa-crime.⁴² Entende-se por queixa “a peça jurídica ofertada perante o magistrado para iniciar o processo penal em se tratando de ação penal privada, por parte do ofendido ou seu representante legal.”⁴³

1.5.1 Regras que orientam a ação penal de iniciativa privada

³⁸ LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 6. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 362.

³⁹ LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 6. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 364.

⁴⁰ LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 6. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 366.

⁴¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 30. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 357-358.

⁴² FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Investigação criminal e ação penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 140.

⁴³ PRADO, Amauri Renó do; BONILHA, José Carlos Mascari. *Manual de processo penal: conhecimento e execução penal*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 94.

Assim como na ação penal de iniciativa pública, na ação penal de iniciativa privada também existem regras (o que alguns consideram princípios) que devem ser observados no exercício e desenvolvimento de tal ação.

1.5.1.1 Oportunidade e conveniência

Ao contrário da ação penal de iniciativa pública, esta ação é regida pela oportunidade e conveniência, isto é, “a vítima não está obrigada a exercer a ação penal,”⁴⁴ pois não há obrigatoriedade, mas sim uma faculdade, é uma opção do ofendido - artigos 30, 33 e 34, todos do CPP.

1.5.1.2 Disponibilidade

A ação penal de iniciativa privada é plenamente disponível, ou seja, este princípio permite ao ofendido ou seu representante legal, dispor e abdicar da ação e do processo, ele poderá renunciar ao direito de ação, desistir do processo dando causa à perempção (artigo 60, CPP), bem como perdoar o réu (artigo 51 do CPP).

1.5.1.3 Indivisibilidade

Por indivisibilidade da ação entende-se que “sendo várias as pessoas que praticaram a infração penal, o ofendido, quando for oferecer queixa-crime, não poderá eleger um só deles [...], excluindo os demais co-autores ou partícipes, do polo passivo da ação penal.”⁴⁵ Remetemos o leitor à ação penal de iniciativa pública, onde exploramos mais o tema.

1.5.1.4 Intranscendência

É um princípio previsto constitucionalmente no rol de direitos fundamentais, artigo 5º, XLV, não poderá a pena e a acusação passarem da pessoa do autor do fato. Conforme visto na ação penal de iniciativa pública.

⁴⁴ LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 6. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 379.

⁴⁵ PRADO, Amauri Renó do; BONILHA, José Carlos Mascari. *Manual de processo penal: conhecimento e execução penal*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 95.

1.5.2 Titularidade

Querelante é o nome dado ao titular da queixa-crime, sendo o réu designado *querelado*. “No caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou prosseguir na ação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.”⁴⁶ Ou ainda, segundo o artigo 44 do CPP, a procurador com poderes especiais.

1.5.3 Espécies de ação penal de iniciativa privada

A ação penal de iniciativa privada poderá ser: originária ou comum, personalíssima, ou subsidiária da pública.

1.5.3.1 Originária ou comum

A ação penal originária ou comum é a “ação penal de iniciativa privada tradicional, sem qualquer especificidade, podendo ser ajuizada através da queixa, no prazo decadencial de 6 meses, pelo ofendido ou seu representante legal.”⁴⁷

1.5.3.2 Personalíssima

Personalíssima, conforme LOPES JUNIOR⁴⁸, é a ação penal de iniciativa privada restrita à iniciativa pessoal da vítima. Em qualquer hipótese, o direito de queixa é “intransmissível; ou seja, a incapacidade da vítima, bem como a sua morte, não autorizam o início da ação penal por terceiros; só à vítima é que incumbe o direito à queixa-crime.”⁴⁹ O único exemplo que se tem no direito pátrio é a ação penal no crime de induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento - parágrafo único do artigo 236 do CP.⁵⁰

⁴⁶ Artigo 31 do CPP. (BRASIL. Código de Processo Penal. CÚRIA, Luiz Roberto; CÉSPEDES, Livia; NICOLETTI, Juliana. (Colab.). *Vade mecum compacto*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 557).

⁴⁷ LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 6. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 383.

⁴⁸ LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 6. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 383.

⁴⁹ FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Investigação criminal e ação penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 141.

⁵⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 30. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 471.

1.5.3.3 Subsidiária da pública

Também conhecida por queixa substitutiva, segundo LOPES JUNIOR⁵¹, nos exige maior atenção por ser uma legitimação extraordinária para o exercício, por parte do ofendido, da ação penal em crimes de iniciativa pública.

Cabe ressaltar, que esta ação penal é essencialmente pública, sendo considerada privada somente em razão de sua iniciativa (queixa), cuja origem é a inércia do Ministério Público. E “só é admissível quando há desídia do Ministério Público.”⁵²

A ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública é uma garantia individual fundamental, prevista no artigo 5º, LIX, da Constituição Federal. Consagra-se ainda nos artigos 29 do CPP, e 100, §3º, do CP.⁵³

“A legitimidade ativa para o oferecimento da queixa subsidiária é da vítima ou de algum representante legal ou sucessor, não se admitindo a sua propositura por terceiro interessado.”⁵⁴

2 DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO PROCESSUAL PENAL

As condições da ação são “os elementos e requisitos necessários para que o juiz decida do mérito da pretensão, aplicando o direito objetivo á uma situação contenciosa.”⁵⁵ Essas condições “estão relacionadas com a pretensão que se deduz em juízo,”⁵⁶ faltando qualquer um destes requisitos, o Juiz impede que esta relação prospere, ocorrendo “à carência do direito de ação.”⁵⁷

Conforme o pensamento majoritário, estas condições da ação são requisitos para que haja uma manifestação sobre o mérito da causa, não o integrando.⁵⁸ Pois “antes de decidir do

⁵¹ LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 6. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 383.

⁵² PRADO, Amauri Renó do; BONILHA, José Carlos Mascari. *Manual de processo penal: conhecimento e execução penal*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 88.

⁵³ LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 6. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 383.

⁵⁴ FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Investigação criminal e ação penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 164.

⁵⁵ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 1. ed. v. 1. São Paulo: Bookseller, 1997. p. 292.

⁵⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 30. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 521.

⁵⁷ PRADO, Amauri Renó do; BONILHA, José Carlos Mascari. *Manual de processo penal: conhecimento e execução penal*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 83.

⁵⁸ LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 6. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 337.

mérito, para julgar procedente ou improcedente a pretensão, o juiz examina se o processo está regular.”⁵⁹ Após isso, se regular o processo, passa a examinar as condições da ação.

Como dito anteriormente, o direito de ação é um direito fundamental disposto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal,⁶⁰ e neste “plano constitucional, o direito de ação é abstrato, indeterminado e incondicionado.”⁶¹

Com isso, não se pode no plano constitucional falar em condições da ação, pois “não há como proibir ou impedir alguém de ajuizar uma queixa-crime ou de o Ministério Público oferecer uma denúncia.”⁶²

Cumpra destacar, como bem explica JARDIM⁶³, que essas condições da ação “não são condições para a existência do direito de agir, mas condições para o seu regular exercício,”⁶⁴ ao regular nascimento do processo. Como lembra, o direito de ação é abstrato, por isso existirá sempre. Não estando preenchidas estas condições mínimas e genéricas teríamos o abuso desse direito trazido ao plano processual.

Há, no entanto, um segundo momento, não mais constitucional, mas de natureza processual penal, como explica LOPES JUNIOR⁶⁵, é no plano processual que se permite falar em condições da ação, já que delas depende o nascimento do processo. É então neste plano onde se efetiva ou não a tutela postulada.

2.1 CONDIÇÕES DA AÇÃO PENAL

Antes de entrarmos na exposição das condições da ação, cabe esclarecer que grande parte da doutrina adota para o processo penal as mesmas condições da ação do processo civil,

⁵⁹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 1. ed. v. 1. Campinas: Bookseller, 1997. p. 292.

⁶⁰ “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” (BRASIL. Constituição Federal. (BRASIL. Constituição Federal de 1988. CÚRIA, Luiz Roberto; CÉSPEDES, Livia; NICOLETTI, Juliana. (Colab.). *Vade mecum compacto*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 9).

⁶¹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 1. ed. v. 1. Campinas: Bookseller, 1997. p. 289.

⁶² ARAGONESES ALONSO, Pedro. (Org.). *Jaime Guasp Delgado: pensamiento y figura*. Madrid, 2000, citado por LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 6. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 338.

⁶³ JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 37.

⁶⁴ JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 37.

⁶⁵ LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 6. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 338-339.

fazendo apenas algumas adaptações,⁶⁶ são elas: possibilidade jurídica do pedido, legitimidade para a causa (*legitimatío ad causam*) e interesse de agir (interesse legítio).⁶⁷ Havendo ainda quem acrescentasse uma quarta condição, a justa causa, que conforme JARDIM, seria um “suporte probatório mínimo que deve lastrear toda e qualquer acusação penal.”⁶⁸

2.2.1 Possibilidade jurídica do pedido

Enquanto condição da ação, por possibilidade jurídica do pedido entende-se que “ninguém pode intentar uma ação sem que peça providência que esteja, em tese, prevista, ou que a ela óbice não haja, no ordenamento jurídico material.”⁶⁹

Se por ventura o fato narrado na denúncia ou queixa não puder ser enquadrado em um tipo legal – fato narrado for atípico -, estará ausente a possibilidade jurídica do pedido, pois o que se pretende não é admitido pelo ordenamento jurídico, ou seja, a aplicação de uma pena pela prática de um ato que não constitua infração penal.⁷⁰

2.2.2 Legitimidade para a causa

A legitimidade para a causa, ou *legitimatío ad causam*, *legitimação de parte* ou, ainda, *legitimidade ad causam*, se refere à titularidade da ação, sendo ela ativa ou passiva.⁷¹

Não basta a existência de um sujeito ativo e um sujeito passivo para que o provimento de mérito seja alcançado, para isso, “é preciso que os sujeitos sejam, de acordo com a lei, *partes legítimas*, pois se tal não ocorrer o processo se extinguirá sem julgamento do mérito.”⁷²

É por meio do Ministério Público – órgão competente -, que o Estado sempre é parte legítima para agir, para promover a ação penal. No nosso ordenamento, o Ministério Público é a parte legítima para promover a ação penal pública, condicionada ou incondicionada.⁷³

⁶⁶ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 181.

⁶⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 246.

⁶⁸ JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 37.

⁶⁹ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 10. ed. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 390.

⁷⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 30. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 526.

⁷¹ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 189.

⁷² THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 49. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 65.

⁷³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 30. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 528.

Cabendo ainda a legitimidade passiva a quem praticou o fato criminoso.⁷⁴ O autor do fato criminoso será sempre o sujeito passivo – réu – da ação.

2.2.3 Interesse de agir

Antes de definirmos o interesse de agir, devemos ressaltar que há posicionamentos diferentes sobre esta condição da ação.

Para alguns autores, o interesse de agir exige a presença do binômio “necessidade + utilidade”. Enquanto outros dizem que é o resultado o binômio “necessidade + adequação”. Alguns ainda preferem condicioná-lo a um trinômio: “necessidade + utilidade + adequação.”⁷⁵

Para a grande parte dos autores, “detecta-se o interesse de agir do órgão acusatório quando houver necessidade, adequação e utilidade para a ação penal.”⁷⁶ Desdobrando-se no trinômio da “necessidade e utilidade do uso das vias jurisdicionais para a defesa do interesse material pretendido, e adequação à causa, do procedimento e do provimento,”⁷⁷ para que assim, haja a possibilidade da autuação da vontade do indivíduo conforme os parâmetros do devido processo legal.

Por pensarmos diferente desta doutrina majoritária, adotamos o posicionamento do renomado catedrático LOPES JUNIOR⁷⁸, por entender ele que as condições da ação processual civil são inaplicáveis ao processo penal, diferindo o processo penal por ser marcado pelo princípio da necessidade, que não é exigido pelo processo civil.

2.3 MAS AFINAL, QUAIS SÃO AS CONDIÇÕES DA AÇÃO?

Refere LOPES JUNIOR⁷⁹, estar o processo penal assinalado pelo princípio da necessidade, necessidade esta relacionada à imposição da pena, que só pode ocorrer através do processo. Para que possa ser aplicada pena ao delito deve-se ter um processo penal regular

⁷⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivany. *Direito processual penal*. v. 1. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 71.

⁷⁵ FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 142.

⁷⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 192.

⁷⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 114.

⁷⁸ LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 6. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 340.

⁷⁹ LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 6. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 340.

e válido. Há assim, uma complementação entre delito, pena e processo, pois se “excuido uno, no pueden subsistir los otros dos; no hay delito sin pena y proceso; ni pena sin delito y proceso, ni proceso penal sino para determinar el delito y actuar la pena.”⁸⁰

Perante esta inadequação, torna-se impossível a aplicação das condições da ação do processo civil ao processo penal, devendo-se “buscar as condições da ação dentro do próprio processo penal.”⁸¹ Para isso, LOPES JUNIOR partiu do já revogado artigo 43 do CPP.

E deste artigo já revogado ele extraiu as condições da ação penal, quais sejam:

- prática de fato aparentemente criminoso – *fumus commissi delicti*;
- punibilidade concreta;
- legitimidade de parte;
- justa causa.⁸²

2.3.1 Prática de fato aparentemente criminoso – *fumus commissi delicti*

Esta condição da ação estabelece que “a acusação deve demonstrar a tipicidade aparente da conduta”⁸³, ou seja, a conduta deve ser aparentemente típica, ilícita e culpável, isto é, não devem haver elementos probatórios que excluam a ilicitude, ou que excluam a culpabilidade.⁸⁴

Se houverem elementos probatórios indicando que o acusado agiu manifestamente sob uma causa de exclusão da ilicitude ou de culpabilidade, a denúncia ou queixa deve ser rejeitada com base no artigo 395, II, do CPP, tendo em vista a falta de uma condição da ação, qual seja, a prática de fato aparentemente criminoso.⁸⁵

O problema limita-se “ao caráter probatório e seu nível de exigência. A causa de exclusão deve ser manifesta.”⁸⁶ “Se inexistir motivo fundamentado para que o processo siga seu curso, uma vez que na esfera criminal é sempre um constrangimento grave ser acusado

⁸⁰ ORBANEJA, Emílio Gomez; QUEMADA, Vicente Herce. *Derecho procesal penal*. Madrid: Artes Graficas, 1981. p. 02.

⁸¹ LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 6. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 342.

⁸² LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 6. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 342.

⁸³ LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 6. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 343.

⁸⁴ LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 6. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 344.

⁸⁵ LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 6. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 344.

⁸⁶ LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 6. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 344.

formalmente da prática de uma infração penal, deve o juiz rejeitar a denúncia ou queixa.”⁸⁷
Ou ainda arquivar, conforme pedido feito pelo Ministério Público.

Devemos sempre nos recordar que “a ação processual penal constitui um direito potestativo, público, autônomo, abstrato, mas que **exige a demonstração de uma conexão instrumental em relação ao caso penal.**”⁸⁸

Claro está que se supõe “existente um estado de fato antijurídico, porque, se não houver tal situação de fato contrária ao direito, ninguém pode exercitar o direito de ação, que, como vimos, é instrumentalmente conexo a um caso concreto.”⁸⁹

Resume LOPES JUNIOR⁹⁰ que, com a modificação introduzida pela Lei 11.719/08, a questão deve ser analisada a partir do convencimento do juiz, pois no momento em que for oferecida a denúncia ou a queixa poderá o juiz rejeitá-la se estiver demonstrada causa de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade, com fundamento no artigo 395, II, do CPP (ausência de condição da ação).

Agora, continua o autor, se este convencimento do juiz somente sobrevier após a resposta à acusação, já tendo sido recebida a denúncia ou a queixa, a decisão deverá ser de absolvição sumária, com base no artigo 397 do CPP.

2.3.2 Punibilidade concreta

A punibilidade concreta dispõe que “a pretensão persecutória [...] só deve ser iniciada nos casos concretos em que o interesse público estatal na solução [...] esteja presente,”⁹¹ pois presente qualquer causa de extinção da punibilidade não há motivos para o exercício da pretensão persecutória.⁹² Estando presente alguma causa de extinção da punibilidade (artigo 107 do CP), “a denúncia ou queixa deverá ser rejeitada ou o réu absolvido sumariamente, conforme o momento em que seja reconhecida.”⁹³

⁸⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 189.

⁸⁸ LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 6. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 344.

⁸⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 30. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 534.

⁹⁰ LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 6. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 344.

⁹¹ FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Investigação criminal e ação penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 87.

⁹² NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 192.

⁹³ LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 6. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 345.

2.3.3 Legitimidade de parte

Cabe ressaltar, que “à exceção do habeas corpus e da revisão criminal, o processo penal brasileiro impõe, como regra, a exigência de que somente determinadas pessoas possam promover a ação penal,”⁹⁴ ou seja, é imposta a exigência de legitimidade para a promoção.

Vale lembrar, que na ação penal de iniciativa pública, promovida através de denúncia, o polo ativo cabe ao Ministério Público, conforme o disposto no artigo 129, I, da Constituição Federal, sendo ele o titular.⁹⁵

Já nas ações penais de iniciativa privada, nos termos dos artigos 30 e 31 do CPP, cabe à vítima ou seu representante legal o polo ativo, o oferecimento da queixa-crime.⁹⁶

2.3.3.1 Legitimidade ativa

A legitimidade ativa é o polo ocupado pelo titular da pretensão acusatória, isto é, “está relacionada com a titularidade da ação penal, desde o ponto de vista subjetivo.”⁹⁷

No processo penal, esclarece LOPES JUNIOR⁹⁸, que esta legitimidade ativa não necessariamente decorre do interesse da parte, mas da sistemática adotada pelo legislador, sendo um imperativo legal, nos delitos de ação penal de iniciativa pública, ao Ministério Público.

Cumprе ressaltar que embora o Ministério Público possua legitimidade ativa, ele “não pode ser considerado o *titular* da relação de direito material suscitada no juízo penal.”⁹⁹ A partir do momento em que o Estado retira do particular a possibilidade de resolver o conflito de forma privada, se torna devedor da ação penal, e acaba por exercer uma função no interesse muito mais preventivo que necessariamente em favor de interesse próprio ou da vítima do fato delituoso.

⁹⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. *Curso de processo penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 92-93.

⁹⁵ LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 6. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 346.

⁹⁶ LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 6. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 346.

⁹⁷ LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 6. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 347.

⁹⁸ LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 6. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 347.

⁹⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. *Curso de processo penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 94.

Do mesmo modo que “o representante legal não é ‘substituto processual’, e não o é porque o representante age em nome do representado, ao passo que, na substituição, o ‘substituto’ age em nome próprio.”¹⁰⁰

2.3.3.2 *Legitimidade passiva*

A legitimidade será passiva em relação “ao réu ou querelado, ou seja, em relação àquele que foi deduzida a pretensão acusatória,”¹⁰¹ o réu deve ter praticado ou participado do fato delituoso.

“No polo passivo, em face do princípio da intranscendência, deve estar a pessoa contra a qual pesa a imputação, vale dizer, não é parte legítima passiva aquele que não praticou a conduta típica.”¹⁰²

A imputação é dirigida ao provável autor do fato delituoso. Na denúncia ou na queixa não há necessidade de ser realizado um juízo de certeza, mas de verossimilhança da autoria.¹⁰³

2.4 OUTRAS CONDIÇÕES DA AÇÃO PENAL

Ao lado destas condições genéricas apresentadas anteriormente, existem alguns requisitos que também condicionam a propositura da ação processual penal, são as denominadas condições *específicas* ou de procedibilidade.¹⁰⁴

Interpretando o, já revogado, artigo 43 em sua integralidade, segundo TOURINHO FILHO¹⁰⁵, notamos que aquelas condições do inciso III, *in fine*, “condição exigida pela lei para o exercício da ação penal,”¹⁰⁶ seriam as condições específicas.

As principais condições de procedibilidade estão inseridas no artigo 24 do CPP, são elas: a requisição do Ministro da Justiça¹⁰⁷ e a representação do ofendido ou de seu representante, nos crimes de ação penal pública condicionada.¹⁰⁸

¹⁰⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 30. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 530.

¹⁰¹ PRADO, Amauri Renó do; BONILHA, José Carlos Marcari. *Manual de processo penal: conhecimento e execução penal*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 85.

¹⁰² NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 194.

¹⁰³ LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 6. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 348.

¹⁰⁴ PRADO, Amauri Renó do; BONILHA, José Carlos Marcari. *Manual de processo penal: conhecimento e execução penal*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 85.

¹⁰⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 30. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 533.

¹⁰⁶ BRASIL. Código de Processo Penal. PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. (Colab.). *Vade mecum*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 628.

Além da representação e da requisição do Ministro da Justiça, a lei penal ou processual penal também exige outras condições, por exemplo:¹⁰⁹

- No caso do crime do artigo 236, parágrafo único, do Código Penal, em que se exige o trânsito em julgado da sentença que, por motivo de erro ou impedimento, anule o casamento.

- A entrada do agente no território nacional, nos casos de extraterritorialidade do artigo 7º do Código Penal, entre outros.

Assim como ocorre nas condições da ação genéricas, na ausência de qualquer um destes requisitos específicos, a denúncia ou queixa deverá ser rejeitada (artigo 395, II, do CPP). Se após instaurado o processo for percebida a falta de alguma destas condições, o processo deve ser trancado por meio de *habeas corpus*, ou ainda, extinto pelo juiz numa decisão terminativa.¹¹⁰

Caso ocorra a extinção do processo pelo juiz, por meio de uma decisão terminativa, não há julgamento do mérito, sendo assim, nada obsta que uma nova ação seja intentada depois de suprimida essa falta ou satisfeita esta condição, desde que não tenha se operada a prescrição ou a decadência.¹¹¹

3 JUSTA CAUSA

Às três condições da ação penal apresentadas anteriormente – prática de fato aparentemente criminoso, punibilidade concreta e legitimidade de parte - acrescentamos a última delas, a justa causa. Prevista no artigo 395, III, do CPP.

A justa causa foi incluída de forma expressa neste artigo pela Lei 11.719/08, que revogou o artigo 43 do CPP, porém, ao fazer isso, não afirmou que se tratava de uma condição da ação e muito menos qual seria o seu significado.¹¹²

¹⁰⁷ Como ocorre nos casos do artigo 7º, §3º, “b”, do Código Penal e do artigo 145, parágrafo único, do Código Penal. (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 96).

¹⁰⁸ BRASIL. Código de Processo Penal. CÚRIA, Luiz Roberto; CÉSPEDES, Livia; NICOLETTI, Juliana. (Colab.). *Vade mecum compacto*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 557.

¹⁰⁹ LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 6. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 353.

¹¹⁰ LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 6. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 353.

¹¹¹ LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 6. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 353.

¹¹² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 102.

A justa causa, para alguns autores, estaria fora das condições da ação, sendo apenas uma qualidade. A seguir veremos algumas teorias atinentes aos diversos posicionamentos.

3.1 A BUSCA DO CONCEITO DE JUSTA CAUSA A PARTIR DAS DIFERENTES DOCTRINAS

Dentre as diversas doutrinas referentes ao conceito e enquadramento da justa causa, abordaremos as que se referem à justa causa como interesse de agir (*fumus bonni iuris*), prova da existência de hipótese delitiva e indícios de sua autoria, como uma questão de mérito, quarta condição da ação, condição de procedibilidade, síntese das condições da ação, como possibilidade jurídica do pedido e interesse de agir, ou ambos, e demais posições.

3.1.1 Justa causa como interesse de agir – *fumus bonni iuris*

Dos diversos posicionamentos existentes sobre a justa causa, dentre eles, o adotado por grande parte da doutrina, é de que justa causa não se confundiria com condição da ação, mas estaria identificada com o *fumus bonni iuris*, pois “é preciso que haja a ‘fumaça do bom direito,’ para que a ação penal tenha condições de viabilidade.”¹¹³

Este *fumus bonni iuris* caracterizaria o legítimo interesse para a denúncia. Havendo assim, a identificação da justa causa com o interesse de agir.¹¹⁴ Para Frederico Marques ela seria o “meio termo (que é também o *justo termo*). [...] é aquele *fumus bonni iuris* a que aludimos, para assim verificar se o Estado tem legítimo interesse na propositura da ação penal. Se o entender inexistente, a denúncia será inepta¹¹⁵ por faltar uma das condições (o interesse de agir).”¹¹⁶

¹¹³ MARQUES, José Frederico. *Estudos de direito processual penal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 147.

¹¹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivany. *Direito processual penal*. v. 1. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 72.

¹¹⁵ Não há que se confundir a inépcia formal com a inépcia material. “A primeira diz respeito aos requisitos da denúncia [...]. A segunda concerne à plausibilidade (viabilidade) da ação proposta, isto é, à ausência de justa causa (*de dados probatórios mínimos*). Quem oferece uma queixa ou uma denúncia sem nenhum embasamento probatório é carecedor da ação, porque inepta materialmente a peça acusatória.” (GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Justa Causa no Processo Penal: conceito e natureza jurídica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 805, p. 472-478, nov. 2002).

¹¹⁶ MARQUES, José Frederico. *Estudos de direito processual penal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 148.

O legítimo interesse é então a causa do pedido, ausente o interesse de agir, falta *justa causa* para a propositura da ação penal.¹¹⁷

A posição de Frederico Marques nos parece hoje ser defendida por TOURINHO FILHO, a justa causa estaria ligada ao interesse de agir, pois “o ‘interesse legítimo’ ou ‘interesse de agir’ descansa na idoneidade do pedido, [...] o titular da ação deve formular um pedido idôneo, arrimado em elementos que convençam o Magistrado da seriedade do que se pede.”¹¹⁸

“Não havendo demonstrabilidade de uma transgressão típica e indícios, mais ou menos razoáveis, de que o indivíduo apontado foi seu autor, o pedido de tutela jurisdicional será inadequado, incapaz de provocar a jurisdição,”¹¹⁹ e faltarão justa causa ou interesse de agir.

E assim, se identifica o *fumus boni iuris* com o interesse de agir no processo penal: como justa causa, o legítimo interesse constituiria uma condição legal para a propositura de ação penal.

3.1.2 Justa causa – prova da existência de hipótese delitiva e prova/indícios de sua autoria

Com um raciocínio próximo do anterior, CÔRREA traz o conceito de justa causa assentado em “dois sólidos pilares: a) na prova da existência de uma hipótese delitiva; e b) na prova ou, pelo menos, em indícios idôneos de sua autoria.”¹²⁰

Antes de qualquer explicação, cabe ressaltar que os indícios idôneos ou suficientes estão para a autoria, pois para o fato é necessário prova e não indício.¹²¹

O conceito de justa causa trazido pelo autor é baseado naquele recomendado pela Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas e referendado pela Associação Americana de Juristas (“Carta de Gramado”, de 02-07-95, in “Jornal do Criminalista/ACRIERGS”, 01/08), que assim dispõe: ‘Justa causa, como condição primeira para o exercício da ação

¹¹⁷ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 1. ed. v. 1. Campinas: Bookseller, 1997. p. 294.

¹¹⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 248.

¹¹⁹ MOSSIN, Heráclito Antônio. *Comentários ao código de processo penal: à luz da doutrina e da jurisprudência*. São Paulo: Manole, 2005. p. 114.

¹²⁰ CORRÊA, Plínio de Oliveira. Teoria da Justa Causa: análise do sistema processual penal brasileiro com vista à ordem jurídica dos países da América Latina. *AJURIS*, Porto Alegre, v. 24, n. 70, p. 266-280, jul. 1997.

¹²¹ CORREA, Plínio de Oliveira. Conceito de Justa Causa. In: WUNDERLICH, Alexandre. (Org.). *Escritos de Direito e Processo Penal: em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 247-262.

penal, consiste na prova indubitosa da existência de uma hipótese delitiva e, pelo menos, em indícios idôneos de sua autoria.’ (P.O.C., in “RSP”, 111/59, FUNCEP)¹²²

A justa causa [...] consiste na obrigatoriedade de que exista, no momento do ajuizamento da ação, prova acerca da materialidade delitiva e, ao menos, indícios de autoria, de modo a existir fundada suspeita acerca da prática de um fato de natureza penal. Em outros termos, é preciso que haja provas acerca da possível existência de uma infração penal e indicações razoáveis do sujeito que tenha sido o autor desse delito.¹²³

3.1.3 Justa causa - uma questão de mérito

Diferentemente de José Frederico Marques, Ada Pellegrini Grinover entende que *fumus bonni juris* – entendido como justa causa – seria uma questão de mérito, ou seja, de procedência ou viabilidade do pedido. A justa causa, em síntese, não pertenceria ao âmbito das condições da ação. Estaria atrelada à própria viabilidade do pedido.¹²⁴

Para a autora, o interesse de agir não é condição de exercício da ação penal, por ser inerente a toda acusação, é “inerente ao próprio direito de ação.”¹²⁵

“O *fumus boni iuris* diz respeito à improcedência, não à inadmissibilidade do pedido, sendo elemento pertencente ao direito material e não ao direito de ação, [...] matéria de mérito, e não condição de ação.”¹²⁶

3.1.4 Justa causa – quarta condição da ação

Dos diversos posicionamentos sobre a justa causa, cabe destacar dentre eles, o defendido por JARDIM e adotado por nós, de que a justa causa seria uma quarta condição da ação, uma condição autônoma - independente das demais.¹²⁷

No mesmo diapasão MIRABETE refere: “Parece-nos [...] mais aceitável a posição de Afrânio Silva Jardim, que afirma existir na ação penal uma quarta condição da ação.”¹²⁸ Adiante veremos esta posição de forma mais detalhada.

¹²² CORRÊA, Plínio de Oliveira. Teoria da Justa Causa: análise do sistema processual penal brasileiro com vista à ordem jurídica dos países da América Latina. *AJURIS*, Porto Alegre, v. 24, n. 70, p. 266-280, jul. 1997.

¹²³ BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 144.

¹²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As condições da ação penal: uma tentativa de revisão*. São Paulo: Bushatsky, 1977. p. 121-123.

¹²⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As condições da ação penal: uma tentativa de revisão*. São Paulo: Bushatsky, 1977. p. 109.

¹²⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As condições da ação penal: uma tentativa de revisão*. São Paulo: Bushatsky, 1977. p. 195.

¹²⁷ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 93.

¹²⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 91.

3.1.5 Justa causa – condição de procedibilidade

Já Luiz Flávio explica tratar-se a justa causa de uma condição de procedibilidade, refere o autor que

para além das condições e pressupostos eminentemente *formais e processuais* [...] o exercício *regular* do direito de ação ainda está sujeito a outros requisitos que também se denominam *condições de procedibilidade*. Dentre tantas condições de procedibilidade concernentes ao *exercício regular do direito de ação penal* [...], destaca-se a necessidade de justa causa, que, assim, configura requisito *substancial* (um *plus*) do exercício regular do direito de ação.¹²⁹

Deste ponto de vista, trata-se a justa causa de um requisito para o exercício do direito de ação, facilmente inserido na brecha: “faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal,”¹³⁰ parte final do inciso III do já revogado artigo 43 do Código de Processo Penal.¹³¹

3.1.6 Justa causa – síntese das condições da ação

Posição distinta é a adotada por MOURA, de “que a justa causa não constitui condição da ação, mas a falta de qualquer uma das apontadas condições implica *falta de justa causa*.”¹³² E, posteriormente, explica a autora

a análise da *justa causa*, vale dizer, da justa razão ou da razão suficiente para a instauração da ação penal, não se faz apenas de maneira abstrata [...], mas também, e principalmente, calcada na conjugação dos elementos [...] que demonstrem a existência de fundamento de fato e de Direito, a partir do caso concreto. Diz respeito, portanto, e de forma prevalecte, ao mérito. Daí afirmamos não constituir ela *condição da ação penal*, nem de procedibilidade.¹³³

Nesse mesmo sentido SOUZA explica que a expressão *falta de justa causa* vem se apresentando como um nome capaz de designar situações que comprometem a viabilidade do processo penal, dentre elas a falta de condição de procedibilidade ou de condição da ação,

¹²⁹ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Justa Causa no Processo Penal: conceito e natureza jurídica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 805, p. 472-478, nov. 2002.

¹³⁰ BRASIL. Código de Processo Penal. PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. (Colab.). *Vade mecum*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 628.

¹³¹ TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao código de processo penal*. v. 1. t. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1956. p. 88.

¹³² MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 221.

¹³³ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 223.

funcionando como um rótulo para as causas de rejeição da denúncia ou queixa. “Mero rótulo que não transforma a justa causa numa condição específica da ação ou de procedibilidade.”¹³⁴

3.1.7 Justa causa – possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir, ou ambos?

Para Luís Renato Ferreira da Silva a justa causa não seria uma nova condição da ação penal, “mas se aglutinam, sob nova figura jurídica (ou, quiçá, apenas novo *nomem juris*), duas condições preexistentes: a possibilidade jurídica do pedido e o interesse de agir.”¹³⁵

Deste modo, a justa causa estaria inserida como uma das condições genéricas da ação, devido ao disposto no já revogado, artigo 43, III, do CPP, “por esta ampla porta adentra a justa causa,”¹³⁶ mencionando ainda a adesão desta, de forma expressa pelo artigo 44, §1º, da Lei 5.250/67.

3.1.8 Demais posições

Há ainda quem afirme que a “falta de criminalidade do fato que se imputa ao paciente é o caso típico de falta de justa causa.”¹³⁷ Sendo assim entendida a justa causa como uma indicação da criminalidade do fato que se imputa ao acusado.

A posição adotada por AZEVEDO é de que “não haverá justa causa quando o fato constante da acusação, queixa ou denúncia, e considerado delituoso, não constituir crime, em tese.”¹³⁸ Entendida assim como fato típico, em tese.

O que é importante deixar claro, é que a falta de justa causa para a ação penal “constitui tema que, até o momento, não encontrou uma fórmula definidora explícita tida

¹³⁴ SOUZA, José Barcelos de. *Direito processual civil e penal: nulidades, saneamento do processo, pressupostos processuais, condições da ação, condições de procedibilidade, falta de justa causa no processo penal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 78.

¹³⁵ SILVA, Luís Renato Ferreira da. A justa causa como condição para o exercício da ação penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 655, n. 79, p. 403-405, maio 1990.

¹³⁶ SILVA, Luís Renato Ferreira da. A justa causa como condição para o exercício da ação penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 655, n. 79, p. 403-405, maio 1990.

¹³⁷ ESPÍNDOLA FILHO, Eduardo. Código de Processo Penal Brasileiro. 4. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956. p. 144, citado por CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de et al. Justa Causa Penal-Constitucional. *Revista de Estudos Criminais*, Sapucaia do Sul, v. 3, n. 11, p. 30-60, out/dez. 2003.

¹³⁸ AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente de. *Curso de direito judiciário penal*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 388.

como satisfatória. E isso, por certo, em razão da multifariedade encontrada no conceito de *justa causa*.”¹³⁹

Bem como já referia Oliveira Machado: “Justa causa não póde ser definida em absoluto. Depende da inteligente e escrupulosa apreciação do juiz [...]”.¹⁴⁰

Para nós, a justa causa – quarta condição da ação - está relacionada à existência de indícios razoáveis de autoria e materialidade e ao controle processual do caráter fragmentário da intervenção, pois se identifica com a existência de uma causa jurídica e fática que legitime e justifique a acusação (e a própria intervenção penal).¹⁴¹ Adiante veremos mais detalhadamente nosso pensamento.

3.2 EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS RAZOÁVEIS DE AUTORIA E MATERIALIDADE

Explica LOPES JUNIOR¹⁴² que a acusação deve estar carregada com os elementos probatórios – geralmente extraídos da investigação preliminar – que fundamentem a admissão da acusação “devido ao caráter infamante do processo penal em si, em que o simples fato de estar sendo processado já significa uma grave ‘pena’ imposta ao indivíduo.”¹⁴³

Caso não sejam suficientes os elementos probatórios - trazidos pela acusação - para justificar a abertura do processo penal, o juiz deve rejeitar a acusação.¹⁴⁴

Cumpramos esclarecer que não se deve confundir a exigência destes indícios suficientes de autoria com “prévio indiciamento em inquérito policial, procedimento administrativo dispensável, como é cediço, quando o Ministério Público ou o querelante disponham de outros elementos que os habilitem à propositura da ação penal.”¹⁴⁵

Também destacamos a diferença entre a existência de indícios razoáveis de autoria e materialidade da prática de fato aparentemente criminoso - *fumus commissi delicti* – condição da ação. Na primeira condição da ação há a exigência de fumaça da prática do crime, ou seja,

¹³⁹ FALTA DE JUSTA CAUSA. In: FRANÇA, R. Limongi. *Enciclopédia saraiva do direito*. v. 36. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 253.

¹⁴⁰ MACHADO, Joaquim de Oliveira. *O habeas-corpus no Brasil: recurso popular e protector á liberdade individual*. Rio de Janeiro: Casa dos Editores Proprietários Eduardo & Henrique Laemmert, 1878. p.101.

¹⁴¹ LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 6. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 349.

¹⁴² LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 6. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 349.

¹⁴³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivany. *Direito processual penal*. v. 1. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 71.

¹⁴⁴ LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 6. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 349.

¹⁴⁵ FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Investigação criminal e ação penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 91.

a conduta praticada deve apresentar-se como aparentemente típica, ilícita e culpável. Aqui por outro lado, nossa análise se fixa na existência de elementos de comprovem a autoria e a materialidade.¹⁴⁶

Há a exigência de um “suporte probatório mínimo que deve lastrear toda e qualquer acusação penal.”¹⁴⁷ O inquérito policial ou as peças de informação – que devem acompanhar a acusação penal – é que nos fornecem tal prova, como demonstram os artigos 12, 39, §5º, e 46, §1º, do CPP.¹⁴⁸

Como se sabe, “a simples instauração do processo penal já atinge o chamado *status dignitatis* do réu.”¹⁴⁹ Então, para evitar que a acusação seja temerária ou leviana é que se exige que ela venha “lastreada em um mínimo de prova. Este suporte probatório mínimo se relaciona com os indícios da autoria, existência material de uma conduta típica.”¹⁵⁰

Agora, promover a instauração de processo penal sem indícios razoáveis de autoria e materialidade, destituída de qualquer suporte fático, afrontaria não só o princípio da presunção de inocência, disposto no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, de âmbito constitucional brasileiro, como também, no plano internacional, a *Universal Declaration of Human Rights*, no artigo 11.¹⁵¹

Com isso, diz-se que somente há justa causa para ação penal quando estiverem presentes “os elementos que demonstram a existência da infração penal e a sua provável autoria, mediante um suporte probatório mínimo que dê amparo, sustentação à acusação formulada.”¹⁵²

Em Portugal, no Código de Processo Penal - Decreto-Lei 78 de 17/2/1987 - nota-se facilmente este posicionamento no artigo 283.¹⁵³

Se por ventura o Ministério Público não encontrar, dentro de todos elementos dos quais disponha, um lastro mínimo de provas suficientes para dar início a ação penal, poderá requerer o arquivamento do inquérito ou de quaisquer peças de informação.¹⁵⁴

¹⁴⁶ LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 6. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 349.

¹⁴⁷ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 92.

¹⁴⁸ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 93.

¹⁴⁹ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 97.

¹⁵⁰ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 97.

¹⁵¹ CORRÊA, Plínio de Oliveira. Teoria da Justa Causa: análise do sistema processual penal brasileiro com vista à ordem jurídica dos países da América Latina. *AJURIS*, Porto Alegre, v. 24, n. 70, p. 266-280, jul. 1997.

¹⁵² CAMPIOTTO, Rosane Cima. *Ação penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 27.

¹⁵³ 1- Se durante inquérito tiverem sido recolhidos indícios suficientes de se ter verificado crime e de quem foi o seu agente, o Ministério Público, no prazo de 10 dias, deduz acusação contra aquele. 2- Consideram-se suficientes os indícios sempre que deles resultar uma possibilidade razoável de ao arguido vir a ser aplicada, por força deles, em julgamento, uma pena ou uma medida de segurança. (PORTUGAL. Código de Processo Penal. *Artigo 283*. Disponível em: <<http://www.legix.pt/docs/ CPP.pdf>> Acesso em: 14 abr. 2012).

3.3 CONTROLE PROCESSUAL DO CARÁTER FRAGMENTÁRIO DA INTERVENÇÃO

O caráter fragmentário do Direito Penal “significa que o Direito Penal 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.”¹⁵⁵ Esta fragmentariedade é decorrente do princípio da intervenção mínima e da reserva legal.

Estão aqui situadas as questões atinentes à insignificância ou a bagatela. Porém, nada obsta que o juiz as analise baseado na primeira condição da ação – prática de fato aparentemente criminoso – ou ainda, atrelado a proporcionalidade, pois quando fizer isto “estará atuando na justa causa para a ação processual penal.”¹⁵⁶

Cumprir referir a lacuna existente no que pertine a absolvição sumária, o artigo 397 do CPP não prevê, dentre suas hipóteses, a falta de justa causa, fazendo com que ela seja analisada em somente um momento – no recebimento da denúncia – e não em dois momentos – no recebimento da denúncia e após a resposta à acusação -, como ocorre com as demais condições da ação.¹⁵⁷

E se após a resposta à acusação o juiz se convencer de que não há justa causa?

LOPES JUNIOR¹⁵⁸ trabalha hipóteses cabíveis, podendo o juiz:

- anular a decisão de recebimento e, em seguida, decidir pela rejeição da denúncia, nos termos do artigo 395, III, do CPP;
- após o recebimento da acusação, decretar a decisão de absolvição sumária aplicando-se, por analogia, o artigo 397, III, do CPP;
- proferir uma decisão de extinção do processo sem julgamento de mérito.

Outra opção é o trancamento da ação penal por falta de justa causa, um “constrangimento ilegal sanável por via de *habeas corpus*,”¹⁵⁹ conforme dispõe o artigo 648, I do CPP: “A coação considerar-se-á ilegal: I – quando não houver justa causa.”¹⁶⁰

¹⁵⁴ ACOSTA, Walter P. *O processo penal: teoria, prática, jurisprudência, organogramas*. 13. ed. Rio de Janeiro: Editora do Autor, 1978. p. 157.

¹⁵⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 13. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 15.

¹⁵⁶ LOPES JUNIOR. Aury Celso Lima. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 6. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 350.

¹⁵⁷ LOPES JUNIOR. Aury Celso Lima. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 6. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 351.

¹⁵⁸ LOPES JUNIOR. Aury Celso Lima. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 6. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 351-352.

¹⁵⁹ JESUS, Damásio Evangelista de. *Código de processo penal anotado*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 63.

¹⁶⁰ CÚRIA, Luiz Roberto; CÉSPEDES, Lívia; NICOLETTI, Juliana. (Colab.). *Vade mecum compacto*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 604.

Destaca MOURA que no âmbito do *habeas corpus* deve ser realizado o cotejo dos elementos colhidos na fase pré-processual, ainda que documentalente (deve ser prova pré-constituída), com a acusação formulada em juízo, sob pena de perpetuar-se a coação ilegal (com a manutenção do processo sem justa causa) cometendo notória injustiça.¹⁶¹

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo presente trabalho, procuramos demonstrar a grande divergência encontrada no conceito e no enquadramento da justa causa como condição autônoma da ação. Para isto, além da análise de doutrina e legislação, brasileiras e estrangeiras, apresentamos as diversas posições existentes, de modo a comprovar, inclusive por meio de jurisprudência, a imprecisão que permeia o conceito de justa causa.

Dentre os assuntos abordados estava a ação processual penal como um direito potestativo de acusar, público, autônomo, abstrato, mas conexo instrumentalmente ao caso penal, pois através desta explicação chegamos aos tipos de ação - ação penal de iniciativa pública e ação penal de iniciativa privada - e demonstramos em que casos são utilizadas a denúncia ou a queixa - tendo em vista que a justa causa se enquadra como um dos requisitos para seu recebimento.

Impende salientar que esta inexatidão também recai sobre as condições da ação. Debruçamo-nos sobre o tema com a finalidade de esclarecer o porquê de não se utilizar as condições da ação processual civil ao processo penal – tendo em vista que não há o que se falar em pretensão punitiva no primeiro nem lide no segundo, e que este é regido pelo princípio da necessidade, algo que o processo civil desconhece.

Já no segundo capítulo, buscamos as condições da ação processual penal dentro do próprio processo penal – a partir do já revogado artigo 43 – e concluímos serem quatro as condições da ação: prática de fato aparentemente criminoso – *fumus commissi delicti* -, punibilidade concreta, legitimidade de parte, e justa causa.

O que nos cumpre destacar, porém, é que “sob esse prisma, soa-nos ilógica a atual disposição do art. 395 do CPP. Deve-se rejeitar a denúncia ou queixa se faltar condição para o exercício da ação penal (inciso II) ou faltar justa causa para o exercício da ação penal (inciso

¹⁶¹ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 292.

III).¹⁶² Tendo em vista que um inciso se reputa ao outro – estando a justa causa, inciso III, inserida no inciso II. Assim, faltando justa causa não haverá uma das condições da ação.

De todo o estudo realizado, extraímos o entendimento de que apesar dos juristas que buscam estudar o tema tratem a justa causa ou como condição da ação, de procedibilidade, como uma questão de mérito, síntese das condições da ação, entre tantos outros, via de regra, ela apresenta um conteúdo muito similar, qual seja, a justa causa consistente num lastro probatório mínimo necessário para amparar toda e qualquer acusação.

REFERÊNCIAS

ACOSTA, Walter P. *O processo penal: teoria, prática, jurisprudência, organogramas*. 13. ed. Rio de Janeiro: Editora do Autor, 1978.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto; LEVENE, Ricardo. *Derecho procesal penal*. v. 2. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft, 1945.

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 10. ed. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente de. *Curso de direito judiciário penal*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1958.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivany. *Direito processual penal*. v. 1. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 13. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2008.

BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Código Penal. CÚRIA, Luiz Roberto; CÉSPEDES, Livia; NICOLETTI, Juliana. (Colab.). *Vade mecum compacto*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Código de Processo Penal. CÚRIA, Luiz Roberto; CÉSPEDES, Livia; NICOLETTI, Juliana. (Colab.). *Vade mecum compacto*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Código de Processo Penal. PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. (Colab.). *Vade mecum*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. CÚRIA, Luiz Roberto; CÉSPEDES, Livia; NICOLETTI, Juliana. (Colab.). *Vade mecum compacto*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁶² NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 195.

CAMPIOTTO, Rosane Cima. *Ação penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CORRÊA, Plínio de Oliveira. Teoria da Justa Causa: análise do sistema processual penal brasileiro com vista à ordem jurídica dos países da América Latina. *AJURIS*, Porto Alegre, v. 24, n. 70, p. 266-280, jul. 1997.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; CHAGAS, Fernando Cerqueira; FERRER, Flávia; BALDEZ, Paulo de Oliveira Lanzelotti. Justa Causa Penal-Constitucional. *Revista de Estudos Criminais*, Sapucaia do Sul, v. 3, n. 11, p. 30-60, out/dez. 2003.

FALTA DE JUSTA CAUSA. In: FRANÇA, R. Limongi. *Enciclopédia saraiva do direito*. v. 36. São Paulo: Saraiva, 1977.

FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Investigação criminal e ação penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação*: enfoque sobre o interesse de agir. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Justa Causa no Processo Penal: conceito e natureza jurídica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 805, p. 472-478, nov. 2002.
GRINOVER, Ada Pellegrini. *As condições da ação penal*: uma tentativa de revisão. São Paulo: Bushatsky, 1977.

JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública*: princípio da obrigatoriedade. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Código de processo penal anotado*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

LEONE, Giovanni. *Tratado de derecho procesal penal*. v. 1. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1963.

LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 6. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MACHADO, Joaquim de Oliveira. *O habeas-corpus no Brazil*: recurso popular e protector á liberdade individual. Rio de Janeiro: Casa dos Editores Proprietários Eduardo & Henrique Laemmert, 1878.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 1. ed. v. 1. São Paulo: Bookseller, 1997.

MARQUES, José Frederico. *Estudos de direito processual penal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOSSIN, Heráclito Antônio. *Comentários ao código de processo penal: à luz da doutrina e da jurisprudência*. São Paulo: Manole, 2005.

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

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. *Curso de processo penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ORBANEJA, Emílio Gomez; QUEMADA, Vicente Herce. *Derecho procesal penal*. Madrid: Artes Graficas, 1981.

PORTUGAL. Código de Processo Penal. *Artigo 283*. Disponível em: <<http://www.legix.pt/docs/ CPP.pdf>> Acesso em: 14 abr. 2012.

PRADO, Amauri Renó do; BONILHA, José Carlos Marcari. *Manual de processo penal: conhecimento e execução penal*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

SILVA, Luís Renato Ferreira da. A justa causa como condição para o exercício da ação penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 655, n. 79, p. 403-405, maio 1990.

SOUZA, José Barcelos de. *Direito processual civil e penal: nulidades, saneamento do processo, pressupostos processuais, condições da ação, condições de procedibilidade, falta de justa causa no processo penal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 49. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao código de processo penal*. v. 1. t. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

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

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 30. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2008.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.