

**Obrigatoriedade da ação penal pública e *in dubio pro societate* no Processo Penal brasileiro:
repensando antigos mitos ^(*)^(**)**

**Obligatoriness of public criminal prosecution and *in dubio pro societate* in Brazilian Criminal Procedural
Law: rethinking old myths**

**Obligatoriedad de la acción penal pública e *in dubio pro societate* en el Proceso Penal brasileño:
repensando antiguos mitos**

Thadeu Augimeri de Goes Lima¹

Sumário: Considerações introdutórias. **1.** O exercício da ação penal de iniciativa pública e a obrigatoriedade. **2.** A falácia do *in dubio pro societate*. – À guisa de conclusão. – Referências.

(*) Recibido: 29 junio 2019 | Aceptado: 10 julio 2019 | Publicación en línea: 1ro. octubre 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

(**) Uma versão do presente artigo foi originalmente publicada em CAMBI, Eduardo; MARGRAF, Alencar Frederico (Org.). **Direito e justiça:** estudos em homenagem a Gilberto Giacoiá. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 2016. p. 493-507. O presente trabalho é uma nova versão do artigo, atualizada e reformulada.

¹ Doutor em Direito Processual pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, da Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Membro-fundador, vice-presidente e pesquisador do Instituto Ratio Juris – Pesquisa, Publicações e Ensino Interdisciplinares em Direito e Ciências Afins. Diretor e professor da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná (FEMPAR), unidade de Londrina. Promotor de Justiça de Entrância Final na Comarca da Região Metropolitana de Londrina, Paraná, Brasil.
taglima@gmail.com

Resumo: O presente trabalho, que se desenvolve na forma de breve ensaio, traça algumas linhas críticas acerca da obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública e do aforismo *in dubio pro societate*, dois temas que restaram alçados a uma verdadeira dimensão mítica na compreensão e na operacionalização do Direito Processual Penal brasileiro, em especial apontando certas disfunções que eles são capazes de ensejar na realidade do sistema de Justiça Criminal.

Palavras-chave: Processo Penal brasileiro, obrigatoriedade da ação penal pública, *in dubio pro societate*.

Abstract: The present work, which is developed in the form of a short essay, draws some critical lines about the obligatoriness of public criminal prosecution and the aphorism *in dubio pro societate*, two themes that were elevated to a true mythical dimension in the understanding and the operationalization of Brazilian Criminal Procedural Law, in particular pointing out certain dysfunctions that they are able to cause in the Criminal Justice system's reality.

Keywords: Brazilian Criminal Procedural Law, obligatoriness of public criminal prosecution, *in dubio pro societate*.

Resumen: El presente trabajo, que se desarrolla en forma de breve ensayo, traza algunas líneas críticas acerca de la obrigatoriedad de la acción penal de iniciativa pública y del aforismo *in dubio pro societate*, dos temas que quedaron elevados a una verdadera dimensión mítica en la comprensión y la operacionalización del Derecho Procesal Penal brasileño, especialmente, incidiendo en ciertas disfunciones que éstos son capaces de ocasionar en la realidad del sistema de Justicia Criminal.

Palabras clave: Proceso Penal brasileño, obrigatoriedad de la acción penal pública, *in dubio pro societate*.

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

A obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública e o aforismo *in dubio pro societate* são dois temas que restaram alçados a uma *dimensão mítica* na compreensão e na operacionalização do Direito Processual Penal brasileiro.

De fato, ambos constituem verdadeiros *mitos* que informam a teoria e a práxis da persecução penal sob a égide do ordenamento jurídico brasileiro, aqui tomado o vocábulo *mito* na acepção que lhe confere Raimon Pannikar, como “o horizonte invisível no qual projetamos nossas noções do real”.²

É fácil observar que eles desfrutam de ampla aceitação doutrinária e jurisprudencial e usualmente norteiam *in concreto* as posturas do Ministério Público e do juiz no limiar (formação da *opinio delicti*/dedução da acusação) e na etapa intermediária (juízo de admissibilidade/viabilidade da acusação) do processo penal de conhecimento condenatório, não raro sendo explicitamente invocados como fundamentos das manifestações ministeriais exaradas e das decisões judiciais tomadas durante esse íterim do curso procedimental.

O presente trabalho, que se desenvolve na forma de breve ensaio, pretende justamente traçar algumas linhas críticas acerca dos temas em apreço, em especial apontando certas disfunções que são capazes de ensejar na realidade do sistema de Justiça Criminal.

1. O EXERCÍCIO DA AÇÃO PENAL DE INICIATIVA PÚBLICA E A OBRIGATORIEDADE

Embora não haja no Código de Processo Penal brasileiro (Decreto-lei 3.689/1941) um dispositivo legal que contemple de forma expressa e inequívoca a obrigatoriedade do exercício da ação penal de iniciativa pública pelo Ministério Público, a sua encampação como paradigma pelo Direito

² Apud EBERHARD, Christoph. Para uma teoria jurídica intercultural: o desafio dialógico. *Direito e Democracia*, Canoas, v. 3, n. 2, jul./dez. 2002, p. 507.

brasileiro é reconhecida por parcela significativa da doutrina, ao menos no que tange à grande generalidade das infrações penais.³⁻⁴

Com efeito, costuma-se sustentar que, uma vez verificada, a partir dos elementos angariados em investigação preliminar ou constantes de peças informativas, a presença das condições para o regular exercício da ação

³ A obrigatoriedade do exercício da ação penal de iniciativa pública é comumente referida como um *princípio* do Direito Processual Penal brasileiro, cf. SOUZA, José Barcelos de. **Teoria e prática da ação penal**. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 17; JARDIM, Afrânio Silva. **Ação penal pública**: princípio da obrigatoriedade. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001; Idem. **Direito processual penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 85; SILVA, Eduardo Araujo da. **Ação penal pública**: princípio da oportunidade regrada: aplicação nos juizados especiais criminais. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 31-32; e MACHADO, Antônio Alberto. **Teoria geral do processo penal**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 171. Vicente Greco Filho (**Manual de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 119) e Vladimir Stasiak (**As condições da ação penal**: perspectiva crítica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004, p. 101-103), ao seu turno, preferem tratar a obrigatoriedade (ou *necessidade*) como uma *característica* da ação penal de iniciativa pública. Por fim, Rogério Lauria Tucci (**Teoria do direito processual penal**: jurisdição, ação e processo penal [estudo sistemático]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 116-120; 224-227) e Aury Lopes Júnior (**Direito processual penal**: e sua conformidade constitucional. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 1, p. 368) a concebem como uma *regra*. Para Tucci, inclusive, há *apenas um* verdadeiro princípio processual penal, aquele que o autor chama de *princípio publicístico* e do qual afirma derivar todo o regramento dessa seara jurídica. Afrânio Silva Jardim (**Ação penal pública**: princípio da obrigatoriedade, cit., p. 91 ss.) e Eduardo Araujo da Silva (**Ação penal pública**: princípio da oportunidade regrada, cit., p. 32-33) deduzem o princípio da obrigatoriedade da ação penal a partir da exegese sistemática não só de preceitos do Código de Processo Penal brasileiro, como também de outras leis extravagantes (v.g., Lei 1.521/1951, Código Eleitoral e Decreto-lei 201/1967).

⁴ Vários doutrinadores viram desde logo no instituto da transação penal (art. 76 da Lei 9.099/1995) a consagração de uma mudança paradigmática no âmbito da repressão às infrações penais consideradas de menor potencial ofensivo, rumando da tradicional obrigatoriedade para a chamada *oportunidade regrada* ou *discricionariedade regulada* ou *regrada*, mediante a qual o *Parquet* passou a dispor de uma terceira via alternativa ao binômio *arquivamento-ação penal*, consistente na possibilidade de imediata e consensual aplicação de sanção criminal não-privativa de liberdade ao indigitado infrator. Nesse sentido, cf. GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais criminais**: comentários à Lei 9.099/95. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 95-96; SILVA, Eduardo Araujo da. **Ação penal pública**: princípio da oportunidade regrada, cit., p. 56 ss; e LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**, cit., p. 370. Advirta-se que para Afrânio Silva Jardim (**Ação penal pública**: princípio da obrigatoriedade, cit., p. 106-109) e Maria Lúcia Karam (**Juizados especiais criminais**: a concretização antecipada do poder de punir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 85-94), contudo, a transação penal consiste em verdadeira demanda penal abreviada proposta perante o Juizado Especial Criminal.

penal⁵ e da justa causa⁶, cumpre ao Ministério Público deflagrar o processo penal de conhecimento condenatório, oferecendo denúncia. Trata-se assim de *ato juridicamente vinculado*, não cabendo ao agente do *Parquet* deixar de formular a acusação e de deduzir em juízo a pretensão processual baseado em critérios de oportunidade e conveniência, ainda que plenamente louváveis sob as perspectivas político-criminal ou social e ante as peculiaridades do caso concreto.

A obrigatoriedade do exercício da ação penal pública claramente se inspira na ideia de que *nec delicta maneant impunita* e na utópica meta do *full*

⁵ Não há unanimidade de entendimento acerca das condições para o legítimo exercício da ação penal. Com efeito, posição defendida por nomes como Antonio Acir Breda (Efeitos da declaração de nulidade no processo penal. **Revista do Ministério Público do Estado do Paraná**, Curitiba, v. 9, 1980, p. 177-178), Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (**A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989, p. 145) e Aury Lopes Júnior (**Direito processual penal**, cit., p. 349-366) as apresenta como a *tipicidade objetiva* (ou *aparente*), a *punibilidade concreta*, a *legitimidade das partes* e a *justa causa*. A corrente amplamente majoritária, com a qual em parte concordamos, postula serem, em princípio, idênticas as condições da ação nos processos civil e penal, embora com conteúdos ligeiramente diversos, admitindo também outras, concernentes apenas ao último. Poder-se-ia, destarte, dividi-las em *condições genéricas*, isto é, a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade *ad causam* e o interesse de agir, e *condições específicas de procedibilidade*. Sobre o tema, com acurada apreciação crítica dos posicionamentos adrede mencionados, v. também STASIAK, Vladimir. **As condições da ação penal: perspectiva crítica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

⁶ O conceito de *justa causa para a ação penal* está longe de ser unânime. Na doutrina e na jurisprudência se podem colher duas acepções principais, uma mais restrita e outra mais abrangente. A primeira equipara a justa causa ao lastro probatório mínimo relativo à materialidade e à autoria da infração exigido para o ajuizamento da ação penal condenatória, comumente inserindo-a no interesse de agir. A última, interpretando *contrario sensu* o art. 648 do CPP, considera-a como o suporte fático e jurídico necessário para tornar lícita a coação representada pelo processo criminal, envolvendo a presença daquele conjunto indiciário, dos pressupostos processuais, das condições da ação, da tipicidade, da ilicitude e da culpabilidade aparentes e da punibilidade concreta. Sobre o tema, indispensável a leitura das obras de José Barcelos de Souza (**Direito processual civil e penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 77-78; 147 ss) e de Maria Thereza Rocha de Assis Moura (**Justa causa para a ação penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 165-223; 237-261). Afrânio Silva Jardim (**Direito processual penal**, cit., p. 95-99), Maria Lúcia Karam (**Juizados especiais criminais**, cit., p. 143) e Eugênio Pacelli de Oliveira (**Curso de processo penal**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 96-97) prelecionam ser a justa causa uma quarta condição da ação penal condenatória, ao lado da possibilidade jurídica do pedido, da legitimidade das partes e do interesse de agir, cujas configurações não destoariam das sedimentadas no processo civil. Entendemos que a *justa causa* não se insere no âmbito do interesse de agir nem é uma quarta condição da ação penal condenatória, consistindo em uma técnica processual que impõe ao magistrado a análise acerca do mérito da acusação baseada em cognição sumária, necessária para resguardar o indivíduo de acusações temerárias.

enforcement, de acordo com as quais compete ao Estado perseguir e punir todo e qualquer ilícito penal praticado.⁷

Ocorre que a realidade é pródiga em confrontar as aspirações teóricas e mesmo as legais e a forçar, se não o seu abandono, que sejam repensadas.

A partir da segunda metade do século XX, verificou-se em todo o mundo considerável aumento dos índices de criminalidade, em decorrência da crise social sem precedentes e da modernidade da vida em sociedade, sobrecarregando o trabalho da Justiça Criminal. Em razão da avalanche de casos penais, as instâncias formais de controle não conseguiram dar vazão ao excessivo número de processos criminais, comprometendo a apuração das infrações tidas como mais graves e complexas, as quais demandam dos operadores jurídicos maior tempo e melhor preparo técnico.⁸

Outrossim, como bem recorda Luiz Flávio Gomes, também muito contribuíram para o enfraquecimento da aposta na obrigatoriedade do exercício da ação penal pública as constatações empírico-criminológicas atinentes aos altos índices de *cifra negra ou oculta* (crimes não descobertos, não perseguidos ou não sancionados), bem como ao intrínseco funcionamento *seletivo e discriminatório* do sistema penal, que vieram a comprovar a enorme distância – lamentavelmente frequente – entre a *law in books* e a *law in action*.⁹

Adverte Raúl Cervini que os objetivos declarados do sistema penal, no plano do discurso jurídico, são a igualdade (ou seja, a absoluta submissão à lei de todos os habitantes do território de determinado Estado, qualquer que seja a posição social que ocupem ou a função que desempenhem), a segurança jurídica e a prevenção geral. Na realidade, entretanto, pelo jogo das relações e fatores de poder, nota-se uma desfiguração desses princípios e o sistema funciona exatamente ao contrário de suas declarações de metas e objetivos, isto é, de forma seletiva, marginalizante, estigmatizante e condicionante.¹⁰

⁷ Cf. SILVA, Eduardo Araujo da. **Ação penal pública**: princípio da oportunidade regrada, cit., p. 31; e GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão condicional do processo penal**: e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça criminal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 45.

⁸ Cf. SILVA, Eduardo Araujo da. **Ação penal pública**: princípio da oportunidade regrada, cit., p. 13.

⁹ GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão condicional do processo penal**, cit., p. 45.

¹⁰ CERVINI, Raúl. **Os procesos de descriminalização**. 2. ed. Tradução de Eliana Granja, Jeni Vaitsman, José Henrique Pierangeli e Maria Alice Andrade Leonardi. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 73.

Com orientação similar, Nereu José Giacomolli frisa que, na atualidade, a ânsia de criminalizar do legislador, que busca no Direito Penal, de forma equivocada, a solução para diminuir ou eliminar a criminalidade, conduz a uma espiral inflacionária de tipos penais, pois o incremento da criminalidade é diretamente proporcional à proliferação dos tipos penais. A consequência é a impossibilidade do Estado de investigar todas as infrações criminais e de dar resposta pronta e eficaz ao fenômeno da criminalidade. Isso é uma das causas da denominada crise da Justiça Penal. O Estado, que tomou para si a tarefa de investigar as infrações criminais e de castigar os culpados, encontra-se incapaz de cumprir a contento a sua missão, devido não só ao aumento da criminalidade, como também à variação das suas formas. Esses fenômenos avivam a discussão a respeito da criminalização, da despenalização, do consenso e da oportunidade no Processo Penal.¹¹

A *crise numérica de dupla face* que assola o sistema de Justiça Criminal, de um lado representada pela *cifra negra* da delinquência grave e oculta, que escapa às instâncias oficiais de controle, e de outro representada pelo excessivo volume de inquéritos policiais, termos circunstanciados e processos penais instaurados e pela carência de agentes estatais suficientes a lhes fazer frente e lhes dar resolução de modo qualitativa e temporalmente adequado, impõe repensar seriamente e mitigar um tanto mais o dogma da obrigatoriedade da ação penal, em busca de um planejamento estratégico político-criminal apto a eleger prioridades e a diversificar as respostas à criminalidade de escassa transcendência jurídico-social.

É chegado o momento de admitir que o art. 129, inc. I, da Constituição da República Brasileira de 1988, o qual incumbe ao Ministério Público a tarefa de “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”, não se resume a uma *cláusula de legitimação ativa exclusiva* para o processo penal condenatório relativo às infrações sujeitas à ação de iniciativa pública. O enunciado em apreço comete ao *Parquet*, sobretudo, o papel de legítimo *gatekeeper* do sistema de Justiça Penal, para verdadeiramente *decidir em primeiro plano quais casos penais merecem nele ingressar*, por óbvio mediante critérios racionais e objetivos, juridicamente aceitáveis e intersubjetivamente controláveis (v.g., na forma do art. 28 do Código de Processo Penal brasileiro).¹² No plano infraconstitucional, ademais, tal

¹¹ GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal**: na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha – Espanha – Itália – Portugal – Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 23.

¹² CPP brasileiro: “Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de

proposta já é possível *de lege lata*, ou seja, independentemente de reformas legislativas.

Vale trazer à colação o magistério de José Frederico Marques, que há muito tempo, e com apoio no entendimento de Euclides Custódio da Silveira, preconizava solução semelhante. Conforme o saudoso mestre paulista, uma certa mitigação ao princípio da obrigatoriedade se contém no art. 28 do CPP, visto que o dispositivo faz menção a “razões invocadas” para a promoção de arquivamento pelo órgão do Ministério Público, as quais o juiz deve examinar para avaliar se procedem ou não. Destarte, não esclarecendo o preceito normativo que razões são essas, nada impede que o agente ministerial suscite motivos de oportunidade que, se forem relevantes, podem ser acolhidos pelo magistrado, de imediato, ou pelo Procurador-Geral, quando instado à revisão da resolução de não acusar.¹³

Mais recentemente, Luís Wanderley Gazoto também aportou argumentos bastante precisos sobre a necessidade e a possibilidade de relativizar a obrigatoriedade da ação penal pública. Segundo ele, o processo penal é uma atividade estatal que, como todas as outras, não encontra a sua finalidade em si mesma, atingindo a sua razão teleológica na utilidade pública que desempenha. Não se move a máquina judiciária em persecução penal por mero deleite, para simplesmente vê-la em movimento. Como em toda atividade estatal, subjacente a ela há um interesse que a motiva e a anima, qual seja, a apuração da responsabilidade penal de alguém. Qualquer outro objetivo será acessório ou abusivo, e, inexistente o interesse principal, perecem todos os demais.¹⁴

Prossegue o autor, afirmando que o exercício da ação penal pública somente encontra amparo se aliado à possibilidade da obtenção de resultado prático. Desvestido da possibilidade de sucesso, constituirá desperdício de serviços públicos e perigosa provocação de danos imputáveis à União ou ao Estado. A persecução penal, como qualquer atividade pública que implique administração de recursos escassos, não é algo que se faça desorganizada e aleatoriamente. Por isso, a Constituição Federal Brasileira atribuiu

informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.”

¹³ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965. v. 1, p. 338-339.

¹⁴ GAZOTO, Luís Wanderley. **O princípio da não-obrigatoriedade da ação penal pública: uma crítica ao formalismo no Ministério Público**. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 111-112.

privativamente ao Ministério Público tal função, esperando, de seu exercício, tratamento racional e eficiente.¹⁵

De nossa parte, com lastro nas ponderações acima registradas e *de lege lata*, sustentamos a compreensão da obrigatoriedade do exercício da ação penal de iniciativa pública como uma *regra geral*, porém *flexível*, quer-se dizer, *aberta a temperamentos*. Logo, havendo motivos relevantes, de índole político-criminal ou social – aqui inseridos os próprios interesses dos envolvidos na infração penal, quando esta não desbordar do contexto intersubjetivo, e portanto não causar sensível abalo comunitário, por exemplo, em hipóteses de retomada de saudável convívio entre o agressor e a vítima em casos pontuais de violência doméstica e familiar, ou de composição entre o sujeito ativo e o ofendido nos crimes patrimoniais perpetrados sem violência ou grave ameaça, dentre outras –, há que se permitir ao *Parquet* a abstenção de acusar, autorizando-se o arquivamento dos autos da investigação criminal ou das peças informativas, mas obviamente lhe cobrando para tanto fundamentação racional, concreta e idônea.

Resultará em uma factível tentativa de reduzir o assoberbamento do sistema de Justiça Criminal, retirando-lhe os casos passíveis de serem manejados e solucionados em outras esferas da vida social, preferentemente as não-institucionalizadas, tal como se dá no panorama da justiça restaurativa, e direcionando os esforços e os recursos públicos para elucidar e reprimir efetivamente os delitos que lesionam ou ameaçam os bens jurídicos mais caros à comunidade.

2. A FALÁCIA DO *IN DUBIO PRO SOCIETATE*

A famigerada locução latina *in dubio pro societate* consiste em um *adágio*, *axioma*, *aforismo* ou *brocardo*, vale dizer, uma sentença ou máxima doutrinal dotada de significação jurídica e exarada de forma breve e objetiva, que todavia é reputada por expressiva parcela da doutrina e da jurisprudência brasileiras um vero *princípio* norteador das etapas inicial e intermediária da persecução penal, isto é, que alegadamente vigora desde a fase investigativa até a ocasião do juízo de admissibilidade/viabilidade da acusação. Com efeito, assevera-se que, relativamente à investigação criminal e nos momentos da formação da *opinio delicti* pelo Ministério Público e da apreciação judicial preliminar da denúncia ofertada, bem como ao final da fase do *judicium accusationis* no rito especial previsto para o processo e

¹⁵ GAZOTO, Luís Wanderley. **O princípio da não-obrigatoriedade da ação penal pública**, cit., p. 112.

juízo dos crimes de competência do Tribunal do Júri, qualquer dúvida na valoração dos elementos informativos ou de convicção produzidos há que ser resolvida “em favor da sociedade”.¹⁶

Destarte, preleciona-se que, ainda que em dúvida sobre o envolvimento de um suspeito na infração penal sob apuração, pode a autoridade policial proceder ao seu indiciamento; estando em dúvida quanto ao conjunto indiciário coligido na investigação criminal, deve o *Parquet* oferecer a denúncia; estando em dúvida quanto aos elementos que amparam a peça acusatória, deve o juiz recebê-la; estando em dúvida quanto à autoria ou a participação do réu em relação a um delito doloso contra a vida e/ou conexo, deve o magistrado pronunciá-lo, a fim de submetê-lo a julgamento pelo Tribunal do Júri.

Se é certo que o *in dubio pro societate* tem sua utilidade no curso da fase investigativa da persecução penal, posto que ela se desenvolve estruturada sobre *juízo de mera possibilidade*¹⁷, trata-se de verdadeira *falácia* no que se refere às etapas subsequentes. De fato, a irrefletida acolhida do adágio em tela vulnera não só as *garantias constitucionais processuais do imputado* como também o próprio *interesse público à repressão penal eficaz*.¹⁸

Na ótica das garantias do imputado, esclarece Antônio Alberto Machado que toda acusação e seu respectivo recebimento em juízo, bem como o indiciamento do indivíduo suspeito da prática de crime, devem ser feitos apenas e tão-somente quando houver um lastro probatório mínimo e razoável. Nenhuma acusação, pelo menos nos Estados civilizados, será feita sem que haja um *fumus* razoável de sua plausibilidade. A ausência desse

¹⁶ Na doutrina, por todos, v. BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 525; 555; DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 388; e FEITOZA, Denilson. **Reforma processual penal: Leis 11.689/2008, 11.690/2008 e 11.719/2008: uma abordagem sistêmica**. Niterói, RJ: Impetus, 2008, p. 109-110. Na massiva jurisprudência acerca do tema, merecem ser destacados os seguintes julgados das Cortes Superiores: STF, ARE 788.457 AgR/SP, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, j. 13.05.2014, p. DJe-101, de 28.05.2014; STJ, ARg no REsp 1.513.910, 5ª T., Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 01.10.2015, p. DJe de 19.10.2015; e STJ, HC 149.106/SP, 5ª T., Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 01.10.2015, p. DJe de 19.10.2015.

¹⁷ Cf. LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 106-107; e LIMA, Thadeu Augimeri de Goes; PRADO, Florestan Rodrigo do. *Delação anônima, persecução criminal e Constituição: buscando o necessário equilíbrio entre os direitos fundamentais e a repressão penal eficaz*. **Argumenta** (UENP), Jacarezinho, n. 20, jul./dez. 2014, p. 121-122.

¹⁸ Que, no Estado Democrático de Direito, deve ser sempre compreendido em relação de mútua complementaridade, e não de exclusão, com o irrestrito respeito aos direitos fundamentais, cf. LIMA, Thadeu Augimeri de Goes; PRADO, Florestan Rodrigo do. *Delação anônima, persecução criminal e Constituição*, cit., p. 125.

“suporte mínimo” para a acusação fulmina de morte o devido processo legal, impedindo que este último sequer se instale como processo válido e viável.¹⁹

Ao seu turno, Alberto M. Binder ressalta que os julgamentos devem ser convenientemente preparados e que se deve chegar a eles depois de uma atividade responsabilmente conduzida. O julgamento é público e isso significa que o acusado deverá se defender em um processo aberto, que pode ser do conhecimento de qualquer cidadão. Assim como a publicidade implica uma garantia na estruturação do processo penal condenatório, também tem um custo: mesmo que a pessoa seja absolvida e seja comprovada a sua inocência, o fato de ter sido submetida a julgamento sempre significará uma cota considerável de sofrimento, de gastos e de descrédito público. Por essas razões, um processo corretamente estruturado tem que garantir, também, que a decisão de submeter o acusado a julgamento não seja precipitada, superficial ou arbitrária.²⁰

Na lição de Aury Lopes Júnior, a acusação não pode, diante da inegável existência de penas processuais, ser leviana e despida de um suporte probatório suficiente para, à luz do cânone da proporcionalidade, justificar o imenso constrangimento que representa a assunção da condição de réu.²¹

Ainda de acordo com o jurista gaúcho, não somente inexistente no plano normativo a previsão do *in dubio pro societate* como, se existisse, seria inconstitucional, porque, ao afirmar que na dúvida se deve proceder contra uma pessoa, estaria sendo anulada a proteção constitucional da presunção de inocência, antes mesmo de iniciar o processo. Enfatiza o autor que não há amparo constitucional para o brocardo em nenhum momento e em nenhum procedimento, sequer no rito dos crimes submetidos ao Tribunal do Júri.²²

Aliás, é neste âmbito que mais suscita preocupação a acrítica invocação do aforismo, ao final da primeira etapa do procedimento, a da *instrução preliminar*, também conhecida por *judicium accusationis*. Esta fase tem por finalidade precípua efetuar o controle da *viabilidade da acusação*, em acepção mais ampla que a da singela *admissibilidade*. Por *viabilidade* queremos significar sobretudo a *fiscalização qualitativa da acusação* quanto à *probabilidade de procedência*, visto que, estando o julgamento pelo Júri inserido na Lei Maior como um *direito fundamental individual* (art. 5º, inc.

¹⁹ MACHADO, Antônio Alberto. **Teoria geral do processo penal**, cit., p. 168.

²⁰ BINDER, Alberto M.. **Introdução ao direito processual penal**. Tradução de Fernando Zani, com revisão e apresentação de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 187.

²¹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**, cit., p. 370.

²² LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**, cit., p. 108.

XXXVIII), seria absurdo contrassenso submeter o réu aos riscos de um veredito condenatório, proferido por *íntima convicção* pelos jurados, diante de acusação temerária ou pouco respaldada.²³

Assim, parece-nos que a máxima *in dubio pro societate* impende, aqui e com muito mais razão, ser mais seriamente repensada, tomando por base a ideia dos *modelos de constatação* ou *standards* de prova.²⁴ Aquela expressão deve ser compreendida não no sentido de bastar, para o impulso à fase de julgamento em plenário, a *verossimilhança da imputação*, própria do juízo de recebimento da denúncia ou da queixa – pois desta forma a instrução preliminar seria de todo despicienda –, mas tampouco no sentido de exigir a *prova além da dúvida razoável* necessária para o juízo condenatório penal, ou mesmo a *prova clara e convincente* necessária, por exemplo, para o juízo condenatório em demanda de responsabilização por ato de improbidade administrativa.

Por envolver atividade instrutória e cognitiva relevante e aprofundada, porém ainda não exauriente – dada a estrutura ritual bifásica e a possibilidade de continuidade e complementação da produção probatória –, o modelo de constatação mínimo adequado *quanto à autoria ou a participação do increpado*, para a conclusão do *judicium accusationis* com a sua pronúncia ou impronúncia, deve ser o de *preponderância das provas*.²⁵ Por conseguinte, o raciocínio a ser empregado é o de verificar se o conjunto probatório reunido aponta prevalentemente para a culpabilidade do acusado, tal como afirmada na denúncia ou na queixa. Neste molde merece ser interpretada – conforme a Constituição e as características teleológicas e processuais da fase instrutória prévia – a dicção “indícios suficientes de autoria ou participação”, trazida nos arts. 413, *caput*, e 414, *caput*, ambos do CPP.²⁶ Resultando positiva aquela apreciação, terá lugar a decisão de

²³ Cf. GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**, cit., p. 416.

²⁴ Acerca do tema, v. TARUFFO, Michele. Tres observaciones sobre “Por qué um estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es um estándar”, de Larry Laudan. **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 28, p. 115-126, 2005; e KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 15 ss.

²⁵ Observe-se que, no tocante à *materialidade do fato criminoso*, o próprio art. 413, *caput*, do CPP exige como *standard* probatório mínimo a *prova clara e convincente*, não impondo desde logo que a comprovação ocorra *além da dúvida razoável*.

²⁶ CPP brasileiro:

“Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.

[...]

pronúncia, que encaminhará o feito ao juiz natural, isto é, o Tribunal do Júri. Resultando negativa, terá lugar a sentença de impronúncia, que fará cessar o curso processual.

De outro lado, havendo *prova clara e convincente* sobre a inexistência do fato ou a desvinculação pessoal do acusado, bem assim sobre a presença de causa excludente da tipicidade, da ilicitude ou da culpabilidade, caberá ao magistrado *absolver sumariamente* o réu (art. 415 do CPP), ao passo que, também diante de *prova clara e convincente* e concluindo o julgador, na *operação intelectual* de enquadramento típico, pela ocorrência de crime diverso do doloso contra a vida, deverá promover a *desclassificação* e encaminhar os autos ao órgão competente para prosseguir na análise do caso penal, se não o for (art. 419 do CPP).²⁷ É compreensível, no momento procedimental em apreço, que o *standard* probatório precise ser algo mais alto que o critério da preponderância para justificar a abreviação do processo e a imediata absolvição do imputado ou a desclassificação do delito, a fim de não excluir a ação e indevidamente do Tribunal do Júri o julgamento da causa, após o esgotamento das oportunidades instrutórias.

Agora sob o ângulo do interesse público à repressão penal eficaz, uma acurada e realista análise faz perceber que o *in dubio pro societate*, na

Art. 414. Não se convencendo da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, o juiz, fundamentadamente, impronunciará o acusado.

Parágrafo único. Enquanto não ocorrer a extinção da punibilidade, poderá ser formulada nova denúncia ou queixa se houver prova nova.”

²⁷ CPP brasileiro:

“Art. 415. O juiz, fundamentadamente, absolverá desde logo o acusado, quando:

- I – provada a inexistência do fato;
- II – provado não ser ele autor ou partícipe do fato;
- III – o fato não constituir infração penal;
- IV – demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime.

Parágrafo único. Não se aplica o disposto no inciso IV do *caput* deste artigo ao caso de inimputabilidade prevista no *caput* do art. 26 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, salvo quando esta for a única tese defensiva.

[...]

Art. 419. Quando o juiz se convencer, em discordância com a acusação, da existência de crime diverso dos referidos no § 1º do art. 74 deste Código e não for competente para o julgamento, remeterá os autos ao juiz que o seja.

Parágrafo único. Remetidos os autos do processo a outro juiz, à disposição deste ficará o acusado preso.”

verdade, culmina por operar em desfavor da própria sociedade que intenta beneficiar.

Com efeito, os operadores jurídicos que atuam na área criminal têm a noção de que o quadro probatório cristalizado na investigação criminal tende, na imensa maioria das vezes, a ser refletido ou até a sofrer algum enfraquecimento no decorrer da subsequente instrução processual. Apenas em raríssimos casos ele experimenta qualquer melhoria, podendo portanto servir *ab initio* para um seguro prognóstico acerca do *resultado* do processo penal de conhecimento condenatório.²⁸

De fato, é sim possível, a partir do quadro probatório produzido na fase investigativa, *antever* quais são as *chances de procedência e de improcedência* de eventual acusação, até porque não se ignora que, no momento da sentença, o cânone do *favor rei* e a regra de julgamento consubstanciada na máxima *in dubio pro reo* impõem, frente a alguma dúvida razoável, a absolvição do imputado.

Logo, o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público, quando se vislumbra prospectivamente uma considerável margem probabilística de improcedência da pretensão processual, isto é, agindo “na dúvida, em favor da sociedade”, mostra-se conduta sobremodo temerária e precipitada, uma vez que, transitado em julgado o *decisum* absolutório, nada mais poderá ser feito a respeito. Ainda que exurgissem novas e bastantes provas indicativas da culpa do imputado, a oportunidade de processá-lo e buscar a sua devida responsabilização penal já terá sido irremediavelmente desperdiçada, o que evidencia o equívoco que carrega, na hipótese, o aforismo *in dubio pro societate*.

Diante de um quadro probatório despido de maior robustez, por conseguinte, recomenda a melhor cautela que o *Parquet* promova o arquivamento da investigação criminal ou das peças de informação, valendo-se da possibilidade de retomada da persecução penal *se e quando* conhecidos novos elementos de convicção, nos moldes do art. 18 do Estatuto Instrumental Criminal e da Súmula n. 524 do Supremo Tribunal Federal, no

²⁸ Apoiamos a afirmação trazida no texto em nossa experiência profissional de mais de dezesseis anos no Ministério Público do Estado do Paraná.

escopo de não prejudicar irreversivelmente o interesse público à repressão penal eficaz pelo qual é constitucionalmente incumbido de zelar.²⁹⁻³⁰

À GUIA DE CONCLUSÃO

De acordo com Gustavo Calvinho, revitalizar o exame de certos temas, que se acreditam esgotados, enfrentando-os sob as circunstâncias e a realidade de nosso tempo, muitas vezes pode resultar em exercício interessante e construtivo.³¹

Os tópicos que optamos por abordar nestas breves linhas, quais sejam, a obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública e o aforismo *in dubio pro societate* – e como deixamos consignado logo de partida –, merecem permanecer constantemente no foco das discussões críticas, em função da *dimensão mítica* a que restaram alçados na compreensão e na operacionalização do Direito Processual Penal brasileiro.

O presente ensaio, ao fim e ao cabo, mais do que uma tentativa de oferecer respostas às múltiplas e variadas indagações que eles despertam, é um convite a novas perguntas.

REFERÊNCIAS

- BINDER, Alberto M. **Introdução ao direito processual penal**. Tradução de Fernando Zani, com revisão e apresentação de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BREDA, Antonio Acir. Efeitos da declaração de nulidade no processo penal. **Revista do Ministério Público do Estado do Paraná**, Curitiba, v. 9, p. 171-189, 1980.
- CALVINHO, Gustavo. La regla “iura novit curia” en beneficio de los litigantes. Disponível em:

²⁹ CPP brasileiro: “Art. 18. Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia.”

³⁰ Súmula 524 do Supremo Tribunal Federal: “Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas.”

³¹ CALVINHO, Gustavo. La regla “iura novit curia” en beneficio de los litigantes. Disponível em: <<http://www.petruzzosc.com.ar/articulos/Iura%20novit%20curia.pdf>>. Acesso em: 25 mai. 2015, p. 1.

<<http://www.petruzzosc.com.ar/articulos/Iura%20novit%20curia.pdf>>
. Acesso em: 25 mai. 2015.

- CAMBI, Eduardo; MARGRAF, Alencar Frederico (Org.). **Direito e justiça**: estudos em homenagem a Gilberto Giacoia. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 2016.
- CERVINI, Raúl. **Os procesos de descriminalização**. 2. ed. Tradução de Eliana Granja, Jeni Vaitsman, José Henrique Pierangeli e Maria Alice Andrade Leonardi. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989.
- DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- EBERHARD, Christoph. Para uma teoria jurídica intercultural: o desafio dialógico. **Direito e Democracia**, Canoas, v. 3, n. 2, p. 489-530, jul./dez. 2002.
- FEITOZA, Denilson. **Reforma processual penal**: Leis 11.689/2008, 11.690/2008 e 11.719/2008: uma abordagem sistêmica. Niterói, RJ: Impetus, 2008.
- GAZOTO, Luís Wanderley. **O princípio da não-obrigatoriedade da ação penal pública**: uma crítica ao formalismo no Ministério Público. Barueri, SP: Manole, 2003.
- GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal**: na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha – Espanha – Itália – Portugal – Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão condicional do processo penal**: e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça criminal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais criminais**: comentários à Lei 9.099/95. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- 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, 2005.
- KARAM, Maria Lúcia. **Juizados especiais criminais: a concretização antecipada do poder de punir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. Obrigatoriedade da ação penal pública e *in dubio pro societate*: repensando antigos mitos. In: CAMBI, Eduardo; MARGRAF, Alencar Frederico (Org.). **Direito e justiça: estudos em homenagem a Gilberto Giacoia**. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 2016. p. 493-507.
- LIMA, Thadeu Augimeri de Goes; PRADO, Florestan Rodrigo do. Delação anônima, persecução criminal e Constituição: buscando o necessário equilíbrio entre os direitos fundamentais e a repressão penal eficaz. **Argumenta** (UENP), Jacarezinho, n. 20, p. 109-126, jul./dez. 2014.
- LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- LOPES JR., Aury. **Direito processual penal: e sua conformidade constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 1.
- MACHADO, Antônio Alberto. **Teoria geral do processo penal**. São Paulo: Atlas, 2009.
- MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965. v. 1.
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- SILVA, Eduardo Araujo da. **Ação penal pública: princípio da oportunidade regrada: aplicação nos juizados especiais criminais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- SOUZA, José Barcelos de. **Teoria e prática da ação penal**. São Paulo: Saraiva, 1979.
- SOUZA, José Barcelos de. **Direito processual civil e penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

- STASIAK, Vladimir. **As condições da ação penal: perspectiva crítica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.
- TARUFFO, Michele. Tres observaciones sobre “Por qué um estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es um estándar”, de Larry Laudan. **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 28, p. 115-126, 2005.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1.
- TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.