

10

SABERES DO DIREITO

Processo Penal I

*Investigação preliminar, ação penal,
ação civil ex delicto*

IVAN LUÍS MARQUES
ROGÉRIO SANCHES CUNHA

COORDENADORES

ALICE BIANCHINI
LUIZ FLÁVIO GOMES



**Editora
Saraiva**

DADOS DE COPYRIGHT

Sobre a obra:

A presente obra é disponibilizada pela equipe [X Livros](#) e seus diversos parceiros, com o objetivo de disponibilizar conteúdo para uso parcial em pesquisas e estudos acadêmicos, bem como o simples teste da qualidade da obra, com o fim exclusivo de compra futura.

É expressamente proibida e totalmente repudiável a venda, aluguel, ou quaisquer uso comercial do presente conteúdo

Sobre nós:

O [X Livros](#) e seus parceiros disponibilizam conteúdo de domínio público e propriedade intelectual de forma totalmente gratuita, por acreditar que o conhecimento e a educação devem ser acessíveis e livres a toda e qualquer pessoa. Você pode encontrar mais obras em nosso site: xlivros.com ou em qualquer um dos sites parceiros apresentados neste link.

Quando o mundo estiver unido na busca do conhecimento, e não lutando por dinheiro e poder, então nossa sociedade enfim evoluirá a um novo nível.



Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP
CEP 05413-909 – PABX: (11) 3613 3000 – SACJUR: 0800 055 7688 – De 2ª a 6ª,
das 8:30 às 19:30

E-mail: saraivajur@editorasaraiva.com.br
Acesse: www.saraivajur.com.br

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 – Centro – Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-4782 – Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas – Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895 – Fax: (71) 3381-
0959 – Salvador

BAURU (SÃO PAULO)

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro – Fone: (14) 3234-5643 – Fax: (14) 3234-7401 –
Bauru

CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO

Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga – Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384 – Fax: (85)
3238-1331 – Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 — Setor de Indústria e Abastecimento – Fone: (61) 3344-2920 /
3344-2951 – Fax: (61) 3344-1709 — Brasília

GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto – Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806 – Fax:
(62) 3224-3016 – Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 – Centro – Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo
Grande

MINAS GERAIS

Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha – Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos – Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038 – Fax: (91) 3241-0499 – Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho – Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS

Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista – Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 – Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro – Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 – Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel – Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565 – Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos – Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567 – Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Antártica, 92 – Barra Funda – Fone: PABX (11) 3616-3666 – São Paulo

ISBN 978-85-02-17209-8

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Marques, Ivan Luís
Processo penal I : investigação preliminar, ação penal, ação civil "ex delicto" / Ivan Luís Marques, Rogério Sanches Cunha. – São Paulo : Saraiva, 2012. – (Coleção saberes do direito ; 10)
1. Processo penal 2. Processo penal – Brasil I. Cunha, Rogério Sanches. II. Título. III. Série.

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Introdução ao estudo do direito 340.1

Diretor de produção editorial Luiz Roberto Curia

Gerente de produção editorial Lígia Alves

Editor Roberto Navarro

Assistente editorial Thiago Fraga

Produtora editorial Clarissa Boraschi Maria

Preparação de originais, Arte, diagramação e revisão Know-how Editorial

Serviços editoriais Kelli Priscila Pinto / Vinicius Asevedo Vieira

Capa Aero Comunicação

Produção gráfica Marli Rampim

Produção eletrônica Know-how Editorial

Data de fechamento da edição: 7-10-2011

Dúvidas?

Acesse: www.saraivajur.com.br

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva. A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.



IVAN LUÍS MARQUES

Mestre em Direito Penal pela USP. Professor de Direito Processual Penal. Advogado.

ROGÉRIO SANCHES CUNHA

Promotor de Justiça em São Paulo. Professor da Escola Superior do Ministério Público em São Paulo. Professor de Penal e Processo Penal da Rede de Ensino LFG.

Conheça os autores deste livro:
<http://atualidadesdodireito.com.br/conteudonet/?ISBN=17208-1>

COORDENADORES

ALICE BIANCHINI

Doutora em Direito Penal pela PUCSP. Mestre em Direito pela UFSC.
Presidente do Instituto Panamericano de Política Criminal – IPAN.
Diretora do Instituto LivroeNet.

LUIZ FLÁVIO GOMES

Jurista e cientista criminal. Fundador da Rede de Ensino LFG. Diretor-presidente do Instituto de Pesquisa e Cultura Luiz Flávio Gomes. Diretor do Instituto LivroeNet. Foi Promotor de Justiça (1980 a 1983), Juiz de Direito (1983 a 1998) e Advogado (1999 a 2001).

Conheça a LivroeNet: http://atualidadesdodireito.com.br/conteudonet/?page_id=2445

Para meu grande amor.

Ivan Luís Marques

Para os meus amores, Simone, Bruno e Sophia.

Rogério Sanches Cunha

◆ Apresentação

O futuro chegou.

A Editora Saraiva e a LivroeNet, em parceria pioneira, somaram forças para lançar um projeto inovador: a **Coleção Saberes do Direito**, uma nova maneira de aprender ou revisar as principais disciplinas do curso. São mais de 60 volumes, elaborados pelos principais especialistas de cada área com base em metodologia diferenciada. Conteúdo consistente, produzido a partir da vivência da sala de aula e baseado na melhor doutrina. Texto 100% em dia com a realidade legislativa e jurisprudencial.

Diálogo entre o livro e o  ¹

A união da tradição Saraiva com o novo conceito de livro vivo, traço característico da LivroeNet, representa um marco divisório na história editorial do nosso país.

O conteúdo impresso que está em suas mãos foi muito bem elaborado e é completo em si. Porém, como organismo vivo, o Direito está em constante mudança. Novos julgados, súmulas, leis, tratados internacionais, revogações, interpretações, lacunas modificam seguidamente nossos conceitos e entendimentos (a título de informação, somente entre outubro de 1988 e novembro de 2011 foram editadas 4.353.665 normas jurídicas no Brasil – fonte: IBPT).

Você, leitor, tem à sua disposição duas diferentes plataformas de informação: uma **impressa**, de responsabilidade da Editora Saraiva (livro), e outra disponibilizada na **internet**, que ficará por conta da LivroeNet (o que chamamos de  ¹).

No  ¹ você poderá assistir a **vídeos** e participar de **atividades** como simulados e enquetes. **Fóruns de discussão e leituras complementares** sugeridas pelos autores dos livros, bem como comentários às novas leis e à jurisprudência dos tribunais

superiores, ajudarão a enriquecer o seu repertório, mantendo-o sintonizado com a dinâmica do nosso meio.

Você poderá ter acesso ao  do seu livro mediante assinatura. **Todas as informações estão disponíveis em www.livroenet.com.br.**

Agradecemos à Editora Saraiva, nas pessoas de Luiz Roberto Curia, Roberto Navarro e Lígia Alves, pela confiança depositada em nossa Coleção e pelo apoio decisivo durante as etapas de edição dos livros.

As mudanças mais importantes que atravessam a sociedade são representadas por realizações, não por ideais. O livro que você tem nas mãos retrata uma mudança de paradigma. Você, caro leitor, passa a ser integrante dessa revolução editorial, que constitui verdadeira inovação disruptiva.

Alice Bianchini | Luiz Flávio Gomes
Coordenadores da Coleção Saberes do Direito
Diretores da LivroeNet

Saiba mais sobre a LivroeNet

[http:// atualidadesdodireito.com.br/?video=livroenet-15-03-2012](http://atualidadesdodireito.com.br/?video=livroenet-15-03-2012)

1 O  deve ser adquirido separadamente. Para mais informações, acesse www.livroenet.com.br.

◆ Sumário

PARTE I Procedimentos de Investigação

Capítulo **1** Investigação Preliminar

1. Sistemas processuais

Capítulo **2** Limites ao Poder de Investigar

Capítulo **3** Inquérito Policial

1. Titularidade

2. Características

3. Formas de instauração

3.1 Ação penal pública incondicionada

3.2 Ação penal pública condicionada à representação do ofendido

3.3 Ação penal de iniciativa privada

4. Providências

5. Prazo

6. Finalização e remessa

7. Arquivamento

Capítulo **4** Instrumentos Especiais de Investigação

1. Delação premiada

2. Agente infiltrado

3. Interceptação telefônica

Capítulo **5** [Investigação Preliminar pelo Ministério Público](#)

Capítulo **6** [Investigação Preliminar por Comissão Parlamentar de Inquérito \(CPI\)](#)

PARTE II [Ação Penal](#)

Capítulo **1** [Ação Penal](#)

[1. Introdução](#)

Capítulo **2** [Teorias da Ação](#)

Capítulo **3** [Características do Direito de Ação](#)

Capítulo **4** [Condições da Ação](#)

Capítulo **5** [Ação Penal nos Crimes Complexos \(art. 101 do CP\)](#)

Capítulo **6** [Ação Penal nos Crimes contra a Honra](#)

Capítulo **7** [Ação Penal nos Crimes contra a Dignidade Sexual](#)

Capítulo **8** [Ação Penal nos Delitos que Envolvam Violência Doméstica contra a Mulher](#)

Capítulo **9** [Ação Penal em Face de Parlamentar](#)

Capítulo **10** [Classificação da Ação Penal](#)

[1. Ação penal pública incondicionada](#)

[1.1 Princípios da ação penal](#)

[1.2 Início da ação penal](#)

[2. Ação penal pública condicionada](#)

[2.1 Da representação do ofendido](#)

[2.2 Da requisição do Ministro da Justiça](#)

Capítulo **11** [Ação Penal Privada](#)

[1. Ação penal exclusivamente privada](#)

[1.1 Princípios da ação penal privada](#)

[1.2 Institutos que ensejam a extinção da punibilidade](#)

[1.2.1 Decadência](#)

[1.2.2 Renúncia](#)

[1.2.3 Perdão do ofendido](#)

[1.2.4 Perempção](#)

[2. Ação penal privada personalíssima](#)

[3. Ação penal privada subsidiária da pública](#)

PARTE **III** [Ação Civil *Ex Delicto*](#)

Capítulo **1** [Ação Civil *Ex Delicto*](#)

[1. Conceito](#)

Capítulo **2** [Ação Civil Proposta pelo Ministério Público](#)

Capítulo **3** [Suspensão do Processo Civil durante a Ação Penal](#)

Capítulo **4** [Execução Civil](#)

[1. Execução civil da sentença penal](#)

[2. Execução civil líquida e ilíquida](#)

3. Legitimidade recursal do Ministério Público para recorrer do valor mínimo fixado na sentença penal condenatória
4. Sentença que fixa medida de segurança pode ser executada no civil
5. Sentença que concede perdão judicial

Referências

PARTE I

◆ Procedimentos de Investigação

- ◆ [1. Sistemas processuais](#)
- ◆ [Limites ao Poder de Investigar](#)
- ◆ [Inquérito Policial](#)
- ◆ [Instrumentos Especiais de Investigação](#)
- ◆ [Investigação Preliminar pelo Ministério Público](#)
- ◆ [Investigação Preliminar por Comissão Parlamentar de Inquérito \(CPI\)](#)

Capítulo 1

◆ [Investigação Preliminar](#)

1. Sistemas processuais

Há três classificações que regem os sistemas processuais penais de vários países, entre eles, o Brasil:

- ◆ inquisitório;
- ◆ acusatório; ou

◆ misto.

Importante estudarmos com atenção cada um desses sistemas para compreender de que forma foi estruturado o nosso ordenamento jurídico-processual penal e avaliar se as regras atuais respeitam o sistema eleito pelo Código de Processo Penal.

a) *Sistema inquisitório (ou inquisitivo)* – as funções de acusação, defesa e julgamento concentram-se na pessoa do magistrado, que por força de tal concentração recebe o nome de *juiz inquisidor*. Tem como principais características o sigilo do processo e a ausência de contraditório, com o objetivo de obter a confissão do acusado (*rainha das provas*). O Brasil não adota esse sistema.

b) *Sistema acusatório* – as tarefas de acusação, defesa e julgamento são perfeitamente distribuídas por diferentes sujeitos processuais. Cada um possui função exclusiva: o Ministério Público acusa; o advogado (público ou particular) elabora a defesa técnica; e o magistrado decide, julga, colocando fim ao conflito processual. Sua principal característica é a plena observância dos direitos e garantias individuais, expressas no ordenamento constitucional e legal. O Brasil, a partir de 2003, conquistou importante espaço na busca da adoção do sistema acusatório puro, mas ainda não atingimos plenamente esse patamar.

Em sentido contrário, defendendo que já atingimos o sistema acusatório puro, está a lição de Douglas Fischer, que defende a leitura e a interpretação constitucional de todas as regras processuais penais, de forma a respeitar o sistema acusatório em qualquer etapa da concretização do *ius puniendi* (FISCHER, 2009, p. 56).

c) *Sistema misto* – trata-se da mescla entre o sistema inquisitivo e o acusatório. É o sistema adotado pelo Brasil. Há uma primeira fase inquisitória, com produção de elementos de prova angariados pela polícia sem contraditório e sem a ampla defesa, que podem ser utilizados pelo juiz na sentença final acusatória, desde que aliados a outras provas produzidas durante o processo, sob o manto do contraditório.

A presença da fase de investigação feita pela polícia sem a garantia do contraditório, por si só, já escancara a opção nacional pelo sistema misto.

Guilherme de Souza Nucci reforça tal entendimento ao expor as características da investigação policial – sigilo, ausência de contraditório e ampla defesa, procedimento eminentemente escrito, impossibilidade de recusa do condutor da investigação – como formas vigentes em nosso ordenamento e de cunho estritamente inquisitorial (NUCCI, 2009a, p. 77-78). O autor continua indicando o material produzido pela polícia que efetivamente é utilizado pelo juiz no momento da prolação de sua sentença: a prova técnica (produzida uma só vez durante o inquérito e tornando à defesa extremamente difícil a sua contestação e/ou renovação, sob o crivo do contraditório), os depoimentos colhidos e, sobretudo – e lamentavelmente –, a confissão extraída do indiciado.

Reforçando o sistema misto como o adotado pelo Brasil, temos três importantes regras do Código de Processo Penal:

Art. 107. Não se poderá opor suspeição às autoridades policiais nos atos do inquérito, mas deverão elas declarar-se suspeitas, quando ocorrer motivo legal.

Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

O art. 107 impede a oposição de suspeição, pela parte prejudicada, na fase do inquérito policial, o que reforça a inquisitividade do procedimento.

Já o art. 14 deixa totais poderes para a autoridade inquisidora negar pedido de diligência, a seu juízo discricionário.

O art. 155, por sua vez, expõe a possibilidade de o juiz criminal utilizar e valorar o material produzido na fase inquisitorial, inclusive para condenar o réu, tendo como único cuidado a sua não utilização

isolada quando as provas não forem cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Ainda que se alegue eventual equívoco em utilizar o inquérito como argumento para definir o sistema adotado pelo Brasil (OLIVEIRA, 2010, p. 13), não se pode negar dois outros dispositivos legais que exterminam, plenamente, a figura do sistema acusatório puro no Brasil. Trata-se do art. 156 do Código de Processo Penal, que permite ao próprio juiz determinar, de ofício, a produção de provas durante a investigação policial; além do art. 20 da Lei Maria da Penha, que possibilita a decretação da prisão preventiva de ofício durante o inquérito policial, tese aplicada na prática.

Independentemente da tese adotada, constatada a prática de uma infração penal, surge para o Estado, com absoluta exclusividade, o direito (dever) de punir, fazendo com que o delinquente se submeta à reprimenda, donde se extraem não só os efeitos retributivo e ressocializador, como também o de prevenção geral, inibindo a prática de outros delitos pela sociedade, como de prevenção especial positiva, visando a reintegração social do agente do crime.

Embora normalmente se mencione somente o *direito* de punir do Estado, deve-se entender essa prerrogativa exclusiva como verdadeiro dever, já que ao cidadão é defeso agir no sentido de punir seu semelhante pelo fato lesivo por ele praticado. O Estado assume a responsabilidade de manter a paz social substituindo o particular nos conflitos que possam envolvê-lo, evitando, desse modo, a ruptura de convenções sociais básicas para a harmônica convivência humana.

Essa é a forma pela qual o próprio Estado se legitima, impondo aos seus súditos uma pauta de conduta, materializada em normas emanadas de órgãos compostos por representantes do povo, e atuando para garantir o cumprimento estrito dessas normas.

Luciano Feldens bem descreve a atuação estatal no que se refere ao dever de proteção:

- a) a obrigação de tutela penal pode decorrer da própria Constituição, nos casos de mandados explícitos ou implícitos de criminalização. Nessas hipóteses, e como decorrência do insuplantável princípio da legalidade penal (art. 5º,

XXXIX, da CF), o dever de proteção se projeta diante do *Poder Legislativo*, em relação ao qual o dever de proteção compreende uma obrigação de dupla face: (i) de editar, se ainda não existentes, as disposições penais tendentes a garantir a proteção jurídico-penal constitucionalmente requerida, explícita ou implicitamente; (ii) ou de mantê-las, se já existentes, dentro de um limiar mínimo de tutela exigido para a proteção eficiente (enquanto suficiente) do direito fundamental. A obrigação de tutela penal pode decorrer da própria Constituição, nos casos de mandados explícitos ou implícitos de criminalização;

b) uma vez satisfeita a obrigação de tutela normativa pelo legislador, do *Poder Executivo* se requer uma intervenção em defesa do direito fundamental diante das ameaças fáticas ao seu exercício. Aqui já se poderia falar, inclusive, em direito fundamental dos indivíduos à ação policial para defesa de seus direitos e liberdades, atividade para a qual a polícia não goza de discricionariedade na decisão de agir; um direito que decorre do próprio direito fundamental em risco, agora associado ao dever expresso de segurança imposto ao Estado para a preservação da incolumidade da pessoa (art. 144 da CF). Na hipótese em que verificado o atentado delituoso ao direito fundamental, *do Poder Executivo também se exige que imprima a necessária investigação* tendente a elucidá-lo; tal dever implica colocar em marcha o aparato estatal de modo a que, dentro de um prazo razoável, sejam oportunizadas as condições para a apreciação da causa pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário;

c) por fim, do *Poder Judiciário* requer-se a prestação de uma tutela judicial efetiva, consistente na apreciação da causa penal em tempo hábil e razoável (art. 5º, LXXVIII, da CF) e, *sendo o caso*, na punição de uma ofensa (a um direito fundamental) submetida à sua avaliação. Aqui o juiz há de ter presente que estão em pauta as dimensões material e processual do dever de proteção, como reiteradamente têm assentado os Tribunais Internacionais de Direitos Humanos (FELDENS, 2009, p. 234-235).

Ocorre que o alcance destas finalidades pressupõe o trâmite de um procedimento destinado a apurar as circunstâncias do fato criminoso, a processar o agente e, uma vez comprovada a autoria delitiva, a sujeitá-lo à pena.

Este procedimento se denomina *persecução penal*, fragmentada em três fases: a) investigação preliminar; b) ação penal; c) execução penal.

A investigação preliminar, como pressuposto do exercício do direito de punir, é exercida, em regra, de forma autônoma, não se submetendo sequer à manifestação do ofendido (exceto nos crimes em que a ação penal somente se inicia por representação do ofendido ou se exercita mediante iniciativa privada). Por isso, não prevalece, nesta fase, o princípio da inércia, característico da jurisdição, vez que as autoridades incumbidas da apuração de fatos criminosos devem, no mais das vezes, agir de ofício.

Note-se que, não obstante a regra seja a de que cumpre a um órgão oficial a realização de diligências para a apuração de determinado fato criminoso, não há vedação a que um particular, estando diante da infração penal, reúna elementos relativos à materialidade e à autoria delitivas e, documentando-os, encaminhe-os à autoridade policial ou ao órgão do Ministério Público, que, por sua vez, se verificar a suficiência das informações, poderá iniciar a ação penal sem prévia investigação policial. Ocorrerá esta hipótese, por exemplo, quando a infração penal puder ser demonstrada eminentemente por meio de documentos, que dispensam a oitiva de pessoas, a realização de perícias e de outras atividades inerentes aos órgãos estatais.

Embora haja a possibilidade acima destacada, a regra, reiteramos, é a da investigação por parte de órgãos oficiais, normalmente pela polícia judiciária, por meio do inquérito policial, que analisaremos adiante.

Capítulo 2

◆ Limites ao Poder de Investigar

O Estado detém o monopólio de solução dos conflitos penais. Quando uma infração penal é praticada, nasce o poder-dever de punir, denominado *ius puniendi*.

Desde o momento da prática da infração, portanto, o Estado já possui interesse em identificar o responsável e punir essa pessoa, razão pela qual a investigação que precede a ação penal, subsidiando-a, é intentada, em regra, por órgãos oficiais.

A ação estatal de investigação (a exemplo da ação penal e da execução da pena) não é de abrangência indefinida, encontrando, também, seus limites no próprio ordenamento jurídico, em especial na Constituição da República, que elenca uma série de princípios (explícita ou implicitamente) delimitadores das funções desempenhadas pelos agentes públicos.

Esses princípios limitadores são dotados de grande relevância em razão dos efeitos radicais comumente verificados na apuração criminal, que submete o investigado a constrangimentos (legais), mesmo ainda não existindo culpa jurídica formada.

Por essa razão, a investigação, com seu amplo conjunto de atos, deve seguir o procedimento previsto em lei e atingir, da forma menos lesiva possível, a dignidade da pessoa que está sendo investigada.

Nem tudo que é útil para provar um delito é legal ou constitucional ou moralmente válido (por exemplo, a tortura), único direito constitucional absoluto, que não permite relativização (GOMES, 2008).

O primeiro princípio que deve ser observado, ao lado da dignidade humana, é a presunção de inocência (ou de não culpabilidade).

Segundo esse postulado constitucional, o agente não pode ser considerado culpado (culpa no sentido jurídico) antes da sentença condenatória irrecorrível. Em outras palavras, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII, da CRFB).

Essa disposição irradia efeitos concretos no procedimento investigatório, limitando, por exemplo, a decretação da prisão cautelar de forma arbitrária, cabível somente nas situações em que concretamente o interesse público a exija, demonstrando-se sua imprescindibilidade, sempre com amparo nas hipóteses taxativas de nosso ordenamento jurídico (prisão em flagrante, temporária ou preventiva).

O princípio da presunção de inocência desdobra-se em outros princípios que também possuem observância obrigatória em todo e qualquer procedimento investigatório.

Desse desdobramento originam-se o direito ao silêncio e o ônus probatório.

De acordo com o primeiro, ao investigado é conferido o direito de não se manifestar em nenhum momento da investigação, sem sofrer qualquer prejuízo por ter feito essa escolha. Direito ao silêncio, que continua durante toda a ação penal.

Ao passo que o ônus probatório impõe a quem alega o dever de comprovar a responsabilidade do agente averiguado (alegação da acusação) ou o álibi do acusado (no caso de tese defensiva).

Dessa forma, qualquer ação orientada a impedir ou perturbar o exercício desses direitos deve ser rechaçada, pois contrária ao ordenamento constitucional vigente e, conseqüentemente, ao Estado Democrático de Direito.

Como dito, nem tudo que é útil para provar um delito é legalmente ou constitucionalmente válido. A tortura, por exemplo, pode ser um frutífero meio probatório, mas constitui prova ilícita (não válida). A atividade de investigar e de provar, no Estado de Direito constitucional, tem limites. As provas devem ser colhidas de acordo com o ordenamento jurídico vigente.

Ainda que este ordenamento jurídico apresente certas limitações à investigação (por exemplo: respeito ao direito ao silêncio), tudo está centrado no respeito aos valores superiores que guiam o Estado de Direito constitucional.

Nenhum país civilizado (no mundo todo) admite poderes ilimitados na produção de provas que se destinam a derrubar a (relativa) presunção de inocência.

O Direito penal do inimigo (que se funda na violação dos direitos e garantias fundamentais) não pode substituir o Direito penal do cidadão (e todos somos cidadãos e assim devemos ser tratados, em qualquer que seja o momento da persecução penal).

Conclusão: o Estado de Polícia não pode se sobrepor ao Estado de Direito constitucional.

Capítulo 3

◆ Inquérito Policial

O instrumento utilizado na investigação preliminar é o inquérito policial. Trata-se de procedimento administrativo informativo, composto por um conjunto de diligências coordenadas e executadas pela polícia judiciária, destinado a reunir os elementos necessários à apuração da infração penal, ou seja, a materialidade do delito praticado e indícios que apontem a autoria.

Importa, assim, em investigar e recolher provas de tudo quanto possa servir para instruir e fundamentar futura ação penal (de iniciativa pública ou privada).

Durante os seus trabalhos, não vigora o princípio constitucional do contraditório, tratando-se de expediente administrativo e inquisitorial, no qual não ocorre nenhum efeito concreto contra o direito de liberdade, bem como qualquer acusação formal – daí por que não há que se falar em direito de defesa. Esta característica das investigações, contudo, não autoriza a polícia judiciária a violar as garantias jurídicas estabelecidas em favor do indiciado.

Além das expressas garantias constitucionais, devemos ressaltar a edição da Súmula Vinculante 11 do Supremo Tribunal Federal: “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do estado”.

O Supremo Tribunal Federal, neste sentido, já decidiu: “A unilateralidade das investigações preparatórias da ação penal não

autoriza a Polícia Judiciária a desrespeitar as garantias jurídicas que assistem ao indiciado, que não mais pode ser considerado mero objeto de investigações” (STF – HC 73.271-2 – Rel. Celso de Mello – DJU 4-10-1996, p. 37.100).

1. Titularidade

Cabe, em regra, à autoridade policial a iniciativa de proceder às investigações para a apuração de um fato com características de infração penal, procurando, inclusive, determinar a respectiva autoria.

Esta afirmação não exclui outros entes públicos do poder de investigar, dentre os quais, o Ministério Público e as Comissões Parlamentares de Inquérito, assunto por nós explorado em tópico próprio.

A delimitação da atuação da Polícia Judiciária, em regra, é territorial, ou seja, determinada pelo local onde se verificou a infração. Isto não impede, contudo, que a autoridade policial que esteja à frente de uma investigação realize, *dentro* do respectivo município, diligências em outras circunscrições. Quando a diligência tiver de ser feita em município *diverso*, necessária se faz a prévia solicitação, deprecando-se o ato.

No caso de crime organizado, o art. 3º da Lei n. 9.034/95 permitia ao juiz de direito ampla investigação, podendo, de ofício, acessar dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais dos suspeitos. O próprio magistrado, pessoalmente, fazia a investigação. Tínhamos reguladas quatro situações: (a) dados, documentos e informações fiscais, (b) bancárias, (c) financeiras e (d) eleitorais.

As situações envolvendo os dados bancários e financeiros foram objeto da Lei Complementar n. 105/2001, que redisciplinou a matéria totalmente (revogando o art. 2º, III, por incompatibilidade).

Do art. 2º, III, restavam apenas duas outras hipóteses: dados fiscais e eleitorais. Esse específico ponto é que foi objeto da decisão do Supremo Tribunal Federal, de 12-2-2004, na ADIn 1.570, que julgou inconstitucional o art. 3º da Lei n. 9.034/95, no que se refere aos sigilos fiscais e eleitorais. Conclui-se, pois, que o mencionado dispositivo

perdeu sentido e eficácia jurídica. Nenhum juiz pode mais investigar diretamente o crime organizado no Brasil, tendo em vista não ter amparo legal e constitucional essa atividade. Numa parte o art. 3º foi afetado pela Lei Complementar n. 105/2001 (dados bancários e financeiros). Noutra (dados fiscais e eleitorais) perdeu eficácia em razão da decisão do Supremo Tribunal Federal (inconstitucionalidade).

Interessa sublinhar que, quando do julgamento liminar na ADIn 1.517 (interposta pela Associação dos Delegados de Polícia (Adepol)), o Ministro Maurício Corrêa, como relator, indeferiu o pedido, entendendo não haver ofensa à Constituição. Cinco anos depois seu pensamento, de forma humilde e pública, modificou-se radicalmente: “O art. 3º criou um procedimento excepcional, não contemplado na sistemática processual penal contemporânea, dado que permite ao juiz colher pessoalmente provas que poderão servir, mais tarde, como fundamento fático-jurídico de sua própria decisão” ... “Ninguém pode negar que o magistrado, pelo simples fato de ser humano, após realizar pessoalmente as diligências, fique envolvido psicologicamente com a causa, contaminando sua imparcialidade” ... “A neutralidade do juiz é essencial, pois sem ela nenhum cidadão procuraria o Poder Judiciário para fazer valer seu direito” ... “Passados mais de cinco anos do julgamento cautelar, e após refletir mais detidamente sobre o tema, agora tratando-se de julgamento definitivo, penso que, efetivamente, o dispositivo atacado não pode prevalecer diante das normas constitucionais vigentes”.

A decisão de parcial inconstitucionalidade do art. 3º da Lei n. 9.034/95 foi tomada na ADIn 1.570 por maioria de votos (o voto vencido foi do Ministro Carlos Velloso). Essa ADIn foi ajuizada pela Procuradoria Geral da República, que alegou que o referido dispositivo tinha transformado o juiz brasileiro em juiz investigador, concedendo-lhe poderes inquisitoriais, o que não condiz com o princípio do devido processo legal, além de comprometer sua imparcialidade. O sistema inquisitorial, enfatizou-se, é abominado pela Constituição da República. Enfim, o simulacro de Juizado de Instrução (que prevê a possibilidade de um juiz investigar os crimes), contemplado no art. 3º

da Lei do Crime Organizado (Lei n. 9.034/95), está definitivamente sepultado.

Como podemos notar, pois, em regra, a investigação preliminar incumbe à polícia judiciária (excetuando-se algumas hipóteses), que, aliás, não se confunde com *polícia de segurança* (ostensiva ou preventiva): a primeira atua (em regra) depois de cometido o delito; a segunda atua (em regra) preventivamente.

A atuação da polícia judiciária é dividida de acordo com os seguintes critérios:

- 1) *territorial*: cada Distrito Policial tem seu âmbito de atuação (tem sua circunscrição) (art. 4º do CPP);
- 2) *em razão da matéria*: há delegacia de crimes contra o patrimônio, de sequestro, de homicídio etc.;
- 3) *em razão da pessoa*: delegacia da mulher etc.

E se inobservados esses critérios? Nenhuma nulidade existe, tratando-se de mera irregularidade (art. 22 do CPP; *RTJ* 82/118; *RT* 531/364).

2. Características

Podemos destacar 13 (treze) características do inquérito policial, que deve ser estudado como um procedimento:

- 1) *Instrumental*: sua finalidade é reunir elementos de prova, em especial certeza da materialidade da infração penal e indícios suficientes de autoria, que delineiem a infração criminal e subsidiem a futura ação penal.
- 2) *Oficioso*: à exceção dos crimes em que a ação penal é condicionada à representação ou em que a ação penal é privada, uma vez do conhecimento da autoridade policial a ocorrência de um crime, deve ela instaurar de ofício o inquérito policial.

Importante: neste momento não deve a autoridade policial avaliar a conveniência da instauração diante, por exemplo, de possível excludente da ilicitude ou de culpabilidade; deverá apurar os fatos e remeter o procedimento para a análise do titular da ação penal, o Ministério Público.

- 3) *Oficial*: o inquérito policial só pode ser presidido por agentes públicos legalmente investidos na função apuratória. Investigação particular custeada pela parte não pode ser caracterizada como investigação criminal pública, materializada no inquérito.
- 4) *Obrigatório*: oferecida a *notitia criminis*, o inquérito policial será instaurado (art. 5º do CPP). Isso não quer dizer que o delegado não tenha poder para, *em casos evidentes de falta de justa causa*, indeferir o pedido de instauração (art. 5º, § 2º, do CPP). Esta providência, no entanto, só deverá ser adotada quando evidente a inocorrência de um crime (se, por exemplo, a vítima de um dano culposo requer a apuração no âmbito criminal, sendo que o Direito Penal brasileiro não pune o dano culposo, apenas o doloso – art. 163 do CP); do contrário, deve a autoridade policial instaurar o inquérito e remetê-lo a juízo para a apreciação do titular da ação penal. Exemplo: princípio da insignificância – a autoridade policial deverá investigar e remeter os autos para análise por parte do Ministério Público, abstendo-se somente, caso tenha convicção da atipicidade do fato, de promover o indiciamento.
Atenção: a obrigatoriedade de instauração do inquérito policial com o recebimento da *notitia criminis* não atribui ao inquérito policial a característica de *indispensável* para a propositura da ação penal. Ver a característica de n. 6, *infra*.
- 5) *Discrecionário*: trata-se da realização discrecionária de diligências solicitadas para a autoridade policial. Alguns autores criticam essa característica, vez que aparentemente incompatível com a obrigatoriedade. A convivência se extrai no momento em que se percebe que a obrigatoriedade se refere à instauração, enquanto a discrecionariedade se refere às diligências a serem realizadas (art. 14 do CPP).
- 6) *Dispensável*: o inquérito policial não é indispensável. É perfeitamente possível uma ação penal, regularmente proposta e recebida pelo juiz, sem que, antes, tenha sido instaurado um inquérito policial (art. 39, § 5º, do CPP). Exemplo: o suporte para a denúncia pela prática de um crime de sonegação fiscal pode ser o procedimento administrativo instaurado pela Receita Estadual ou

Federal, bem como uma denúncia pela prática de um crime contra o meio ambiente pode ter como base um inquérito civil instaurado pelo Ministério Público, mostrando-se o inquérito policial totalmente dispensável.

- 7) *Informativo*: os elementos de prova colhidos no inquérito policial servirão *apenas* para subsidiar a ação penal, não podendo, por si sós, fundamentar condenação (art. 155 do CPP).

O fato de o inquérito ser um procedimento administrativo meramente informativo impede que eventuais vícios de forma, existentes nesta fase, contaminem a ação penal. Assim, exemplificando, se na prisão em flagrante não se expedir nota de culpa, a consequência será o relaxamento da custódia, com a liberação do preso, não evitando, contudo, que ele venha a ser processado e condenado mais à frente.

Atenção: há que se ressaltar que exames periciais em geral, realizados na fase inquisitiva, são instrutórios, ou seja, insuscetíveis de repetição durante a ação penal, razão pela qual a nulidade de um laudo pode influir negativamente no desenrolar da instrução criminal.

Considerando a presente característica, a doutrina, de forma unânime, confere pouco valor probatório ao inquérito policial.

Significa dizer que os elementos de prova nele reunidos não se prestam, por si sós, a fundamentar uma sentença condenatória, sendo necessária a repetição de algumas em juízo, salvo:

- a) *provas cautelares*: realizadas nas hipóteses em que se está diante de um risco de dissipação de circunstâncias inerentes ao crime, sendo, neste caso, diferido o contraditório (exame de corpo de delito);
- b) *provas não repetíveis*: são insuscetíveis de reprodução no curso do processo, ou seja, não admitem sequer o contraditório diferido (testemunha falecida);
- c) *provas antecipadas*: são realizadas em consonância com o contraditório real, com acompanhamento de autoridade judicial, previamente ao momento processual oportuno (até mesmo antes de iniciado o processo), em razão de urgência e relevância (testemunha com risco de falecer). Isso porque, como já se disse, o inquérito tem um forte caráter inquisitivo, em que não vigoram princípios como

do contraditório, da ampla defesa e da publicidade, exigidos pela Constituição da República apenas para o processo judicial e o processo administrativo (não se incluindo o inquérito nessa última categoria).

Este posicionamento doutrinário foi adotado expressamente pelo Código de Processo Penal com a edição da Lei n. 11.690/2008, que, alterando a redação do art. 155 do Código de Processo Penal, dispõe: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

A respeito do tema, destacamos a lição de Norberto Avena: “Considerando a ausência das garantias do contraditório e da ampla defesa, depreende-se que, no processo criminal, o valor probante do inquérito policial é *relativo*, exigindo-se, portanto, como regra geral, que as provas angariadas durante a investigação sejam renovadas ou ao menos confirmadas pelas provas judicialmente produzidas sob o manto do devido processo legal e dos demais princípios informadores do processo” (AVENA, 2012, p. 104).

Não é diferente o posicionamento jurisprudencial a este respeito: “I – ‘Ofende a garantia constitucional do contraditório fundar-se a condenação exclusivamente em elementos informativos do inquérito policial não ratificados em juízo’ (*Informativo-STF n. 366*). II – *In casu*, o Tribunal de origem fundamentou sua convicção somente em depoimento policial, colhido na fase do inquérito policial, e em confissão extrajudicial retratada em Juízo, deixando de indicar qualquer prova produzida durante a instrução criminal e, tampouco, de mencionar que aludidos elementos foram corroborados durante a instrução criminal. Ordem concedida” (STJ – HC 124.438/ES – Rel. Min. Felix Fischer – j. 5-5-2009).

Interessante, contudo, é a visão de Magalhães Noronha sobre o valor probatório inerente ao inquérito policial:

Qual o valor do inquérito? Não obstante *informar* o processo e não obstante não ter a garantia das provas judiciais, quando há maiores garantias para o acusado,

com a publicidade dos atos, a assistência de advogado etc., força é convir que o inquérito contém peças de valor probatório, quando regularmente realizadas, tais quais o auto de prisão em flagrante, os exames de corpo de delito etc.

Mas mesmo para os outros atos, não há negar que eles concorrem para o conjunto probatório sobre o qual se firmará a livre convicção do juiz. Se um ladrão habitual confessa haver cometido um furto, se o objeto deste é encontrado em sua casa e se uma pessoa viu o transporte para esta, como se negar valor a sua confissão policial, somente porque em juízo ele negou a prática do crime, sem, contudo, explicar o transporte e a posse do objeto?

Cremos, pois, que, não obstante a natureza inquisitorial da investigação da Polícia, não se pode de antemão repudiar o inquérito, como integrante do complexo probatório que informará a livre convicção do magistrado. Claro que, se a instrução judicial for inteiramente adversa aos elementos que ele contém, não poderá haver prevalência sua (NORONHA, 2002, p. 29).

Nesta esteira, nota-se não ser vedado ao juiz utilizar, na formação de sua convicção, os elementos integrantes do inquérito policial, sendo-lhe defeso, tão somente, fundamentar a sentença condenatória *exclusivamente* no procedimento preliminar.

Dessa forma, na fundamentação da sentença condenatória, poderá elencar elementos produzidos em juízo aliados a outros que integraram o inquérito policial.

Neste sentido, é a jurisprudência: “1. Condenação lastreada em laudos periciais e depoimentos prestados pelas autoridades responsáveis pela oitiva das menores por ocasião do inquérito policial. 2. Provas colhidas em juízo robustecedoras daquelas produzidas no inquérito policial. 3. Agravo regimental a que se nega provimento” (AgRg no Ag 1.077.662/RJ – Rel. Min. Og Fernandes – j. 26-5-2009).

Vicente Greco Filho, em acurada análise sobre a nova redação do art. 155 do Código de Processo Penal, tece extenso comentário a respeito da interpretação a ser extraída do dispositivo e encerra com uma crítica a sua exposição, que pedimos vênias para transcrever:

A primeira parte do artigo repete e consagra o que a jurisprudência assentara há décadas, ou seja, que não é possível condenação com base exclusivamente em

provas não submetidas ao contraditório. As ressalvas, porém, trazem evidente confusão de conceitos e dificuldades para sua aplicação prática. Para que se possa salvar esta parte do dispositivo sem que se consagre um absurdo inconstitucional, é preciso percorrer um longo e cuidadoso caminho interpretativo.

Em termos literais, se não é possível a condenação com base exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, a ressalva quer dizer que é possível que isso ocorra (ou seja, com base em elementos *exclusivamente colhidos* na investigação pode haver condenação, se esses elementos são provas cautelares, não repetíveis ou antecipadas). Imagine-se o absurdo: toda prova se resume nos depoimentos, colhidos na investigação policial, da vítima e de duas testemunhas, que faleceram antes de poderem ser ouvidas em juízo. Seus depoimentos não podem ser repetidos, logo a condenação poderia basear-se exclusivamente neles?

Sob outro aspecto, pergunta-se, o que são provas cautelares que não sejam antecipadas? Ou, ao contrário, as antecipadas que não sejam cautelares. É possível tentar-se fazer uma distinção entre a prova cautelar e a antecipada, entendendo-se esta como a decorrente de procedimento próprio cautelar de produção antecipada de prova e as outras colhidas sem audiência do possível ou hipotético acusado em virtude da urgência de sua colheita, como o levantamento do local, o exame necroscópico e outras perícias. Acontece que a prova antecipada em procedimento formal (aliás rara no processo penal) é produzida em contraditório e perante o juiz ou sob sua supervisão, de modo que a ressalva a ela não se aplicaria porque não é colhida “na investigação”, entenda-se, policial.

Para superar essa verdadeira teratologia, inclusive terminológica, é preciso retornar aos princípios. A prova que pode fundamentar a condenação é aquela que tenha sido submetida ao contraditório perante o juiz. Esta é a regra, que é mais que uma regra, é um princípio.

Acontece (e isso nem todos lembram ou fazem questão de não lembrar para trazer confusão) que o contraditório pode ser prévio ao ato, concomitante ou diferido. A prova pericial, por exemplo, que não tem outro jeito senão o de ser realizada na fase investigatória, não somente porque a urgência é imperiosa mas porque muitas vezes não há sequer alguém suspeito, tem o contraditório diferido, porque, em juízo, o acusado tem a oportunidade de contrapor-se a ela, demonstrando, se for o caso, a sua falha técnica, a impropriedade da colheita, a inaptidão do perito e outras circunstâncias que possam comprometer a sua credibilidade.

Não se trata, portanto, de prova exclusivamente colhida na investigação. A prova antecipada, colhida em procedimento formal, tem contraditório concomitante perante o juiz, de modo que sua colocação entre as ressalvas revela desconhecimento do processo. Resta a prova não repetível (deixamos de discutir o defeito de terminologia, uma vez que prova nunca se repete; pode haver uma segunda perícia sobre o mesmo objeto, mas a segunda não é repetição da primeira; a testemunha ouvida no inquérito será ouvida em juízo, porém o depoimento judicial não é repetição do primeiro etc.).

Quanto a esta, exemplificando com a testemunha falecida ou que não é encontrada para depor em juízo, de duas uma: ou seu depoimento está corroborado por provas submetidas a contraditório (prévio, concomitante ou diferido) ou não está. Se está, pode, e isso sempre foi possível, compor o conjunto probatório suficiente para a condenação; se não está, exclusivamente não pode servir de base para a condenação e não há disposição legal que possa fazê-lo valer em virtude do princípio constitucional do contraditório.

Melhor seria a lei ter silenciado, porque somente veio para atrapalhar o que a doutrina e a jurisprudência já adotavam como pacífico e de simples compreensão (GRECO FILHO, 2010, p. 204-205).

- 8) *Escrito*: o inquérito policial deve ser um procedimento escrito, segundo se depreende do art. 9º do Código de Processo Penal.
- 9) *Sigiloso*: diz-se, ainda, que o inquérito policial é sigiloso, nos termos do art. 20, do Código de Processo Penal. Desse modo, ao contrário do processo judicial, em que vigora o princípio da publicidade, no inquérito prevalece o sigilo, necessário para que as investigações sejam conduzidas de forma eficaz, visando a perfeita elucidação do fato criminoso em benefício da sociedade.

Tal sigilo, porém, não se estende aos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, sendo que a este último se confere a faculdade de acompanhar o procedimento investigatório (art. 15, III, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público).

O advogado também desfruta do direito de examinar os autos de inquérito policial, conforme dispõe o art. 7º, III e XIV, do Estatuto da Advocacia (Lei n. 8.906/94), o que não induz a pensar que deva ser chamado para participar das investigações em curso.

A este respeito, devemos ressaltar o teor da Súmula Vinculante 14 do Supremo Tribunal Federal: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

Assim, se houver, por exemplo, uma interceptação telefônica em andamento, cujos resultados ainda não foram juntados ao inquérito policial, poderá ser vedado o acesso pelo advogado, sob pena de, obviamente, frustrar por completo o êxito da diligência.

Apesar do sigilo que marca o procedimento, tudo quanto se fizer durante a preparação do inquérito policial será reduzido a escrito ou datilografado. E, neste caso, rubricado pela autoridade policial (art. 9º do CPP).

10) *Inquisitivo*: não havendo acusado (mero suspeito), não se aplica ao inquérito policial o contraditório e a ampla defesa.

A Lei n. 12.403/2011, alterando o art. 306 do Código de Processo Penal, determina que, dentro de vinte e quatro horas depois da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante.

No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas.

Caso o autuado não informe o nome de seu advogado, deve-se enviar cópia integral para a Defensoria Pública.

Esta imposição pode ser compreendida sob três enfoques: garantia constitucional do cidadão (art. 5º, LXIII); prerrogativa institucional da Defensoria Pública; mais um requisito de validade da prisão em flagrante (seu desrespeito acarreta o relaxamento da clausura).

Ressaltamos, a respeito do assunto, interessante decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello no julgamento do Recurso Extraordinário n. 136.239/SP, em 7-4-1992:

O inquérito policial constitui mero procedimento administrativo, de caráter investigatório, destinado a subsidiar a atuação do Ministério Público. Trata-se de peça informativa cujos elementos instrutórios – precipuamente destinados ao

órgão da acusação pública – habilitá-lo-ão ao instaurar a *persecutio criminis in judicio*. – A unilateralidade das investigações desenvolvidas pela polícia judiciária na fase preliminar da persecução penal (*informatio delicti*) e o caráter inquisitivo que assinala a atuação da autoridade policial não autorizam, sob pena de grave ofensa à garantia constitucional do contraditório e da plenitude de defesa, a formulação de decisão condenatória cujo único suporte seja a prova, não reproduzida em juízo, consubstanciada nas peças do inquérito. – A investigação policial – que tem no inquérito o instrumento de sua concretização – não se processa, em função de sua própria natureza, sob o crivo do contraditório, eis que é somente em juízo que se torna plenamente exigível o dever de observância ao postulado da bilateralidade e da instrução criminal contraditória. A inaplicabilidade da garantia do contraditório ao procedimento de investigação policial tem sido reconhecida tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência dos tribunais (RT 522/396), cujo magistério tem acentuado que a garantia da ampla defesa traduz elemento essencial e exclusivo da persecução penal em juízo. – Nenhuma acusação penal se presume provada. Esta afirmação, que decorre do consenso doutrinário e jurisprudencial em torno do tema, apenas acentua a inteira sujeição do Ministério Público ao ônus material de provar a imputação penal consubstanciada na denúncia. – A regra constitucional superveniente – tal como a inscrita no art. 5º, LXIII, e no art. 133 da Carta Política – não se reveste de retroprojeção normativa, eis que os preceitos de uma nova constituição aplicam-se imediatamente, com eficácia *ex nunc*, ressalvadas as situações excepcionais, expressamente definidas no texto da Lei Fundamental. O princípio da imediata incidência das regras jurídico-constitucionais somente pode ser excepcionado, inclusive para efeito de sua aplicação retroativa, quando expressamente o dispuser a carta política, pois “as Constituições não têm, de ordinário, retroeficácia. Para as Constituições, o passado só importa naquilo que elas apontam ou mencionam. Fora daí, não” (Pontes de Miranda). – A nova Constituição do Brasil não impõe à autoridade policial o dever de nomear defensor técnico ao indiciado, especialmente quando da realização de seu interrogatório na fase inquisitiva do procedimento de investigação. A Lei Fundamental da República simplesmente assegurou ao indiciado a possibilidade de fazer-se assistir, especialmente quando preso, por defensor técnico. A Constituição não determinou, em consequência, que a autoridade policial providenciasse assistência profissional, ministrada por advogado legalmente

habilitado, ao indiciado preso. – Nada justifica a assertiva de que a realização de interrogatório policial, sem que ao ato esteja presente o defensor técnico do indiciado, caracterize comportamento ilícito do órgão incumbido, na fase pré-processual, da persecução e da investigação penais. A confissão policial feita por indiciado desassistido de defensor não ostenta, por si mesma, natureza ilícita.

Cuidado: admite-se, *excepcionalmente*, o contraditório no inquérito instaurado por determinação do Ministro da Justiça objetivando a expulsão de estrangeiro (arts. 70 e 71 da Lei n. 6.815/80).

- 11) *Indisponível:* nos termos do art. 17 do Código de Processo Penal, a autoridade policial não pode arquivar o inquérito policial, providência a ser adotada somente por determinação judicial, após promoção pelo Ministério Público, tratando-se de ação penal pública, condicionada ou incondicionada. Mesmo nas hipóteses em que há dúvida sobre eventual ofensividade do bem jurídico tutelado pela norma (princípio da insignificância), a titularidade da ação penal nas mãos do Ministério Público ou querelante acaba por impor à autoridade policial a instauração do procedimento de investigação.
- 12) *Temporário:* esta característica tem fundamento não somente nas disposições processuais que limitam o trâmite do inquérito policial no tempo, mas também no art. 5º, LXXVIII, da CF: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.
- 13) *Legal:* todo ato praticado no curso do inquérito policial deve encontrar amparo legal, sob pena de eventual restrição a direito ou garantia fundamental poder caracterizar abuso de autoridade.

3. Formas de instauração

O Código de Processo Penal enuncia as várias formas pelas quais o inquérito policial pode ser iniciado, variando, principalmente, de acordo com a espécie de ação penal prevista para a apuração do crime.

Cabe agora analisar cada uma delas.

3.1 Ação penal pública incondicionada

Tratando-se de ação penal pública incondicionada a qualquer tipo de pedido ou autorização, dispõe o art. 5º que o inquérito se inicia:

- a) de ofício (art. 5º, I). Aqui, a Autoridade Policial, por ato espontâneo, sem provocação, confecciona uma “Portaria” inaugural, declarando conhecer o fato criminoso, determinando as várias diligências preliminares a serem encetadas na apuração da materialidade e da autoria;
- b) por requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público (art. 5º, II, 1ª parte). Tratando-se de verdadeira ordem emanada do juiz ou do Promotor de Justiça, não é dado à autoridade policial analisar a conveniência ou oportunidade da sua instauração. Por óbvio, quando a ordem se revelar manifestamente ilegal (suponha-se uma requisição de instauração de inquérito policial contra um menor), a autoridade policial não está obrigada a cumpri-la, devendo oficiar à autoridade requisitante, explicando as razões do não atendimento.

Questiona-se a recepção do art. 5º, inc. II, do Código de Processo Penal, no que concerne à requisição pela autoridade judicial, já que essa iniciativa somente se justificava no contexto do ordenamento constitucional anterior, no qual o juiz também dispunha de iniciativa para a ação penal em determinados casos.

A respeito, destacamos a lição de Eugênio Pacelli de Oliveira: “O art. 5º, II, do Código de Processo Penal, autoriza o próprio juiz a requisitar inquérito policial. A nosso aviso, contudo, semelhante dispositivo somente tem pertinência com a ordem jurídica anterior à Constituição da República, na qual se permitia aos magistrados até a *iniciativa* da ação penal (conforme o revogado art. 531, Código de Processo Penal) nos casos de homicídio e de lesões corporais *culposos*. Hoje, com a afirmação da *privatividade* da ação penal pública para o Ministério Público, pensamos ser absolutamente inadmissível a requisição de inquérito policial pela autoridade judiciária. Tendo chegado ao seu conhecimento a possível existência de fato delituoso, deve o juiz encaminhar as peças ao órgão do Ministério Público, tal

como se encontra no art. 40 do Código de Processo Penal” (OLIVEIRA, 2010, p. 39).

A requisição deve, na medida do possível, ser instruída em fato determinado, possibilitando o início da investigação de maneira focalizada. Caso não seja possível a instauração por insuficiência de dados, deverá a autoridade policial oficiar ao requisitante, solicitando a complementação das informações, sendo-lhe vedado simplesmente ignorar o expediente.

Há quem aponte, todavia, não ter a requisição o caráter de ordem, identificando como fundamento da obrigatoriedade o dever funcional da autoridade policial instaurar o procedimento assim que tomar conhecimento do fato criminoso.

Neste sentido, leciona Edilson Mougenot Bonfim: “Para parte da doutrina, a instauração é obrigatória porque a requisição constitui uma ordem. O argumento, entretanto, não prospera, diante da inexistência de subordinação hierárquica do delegado de polícia em relação aos autores da requisição. Compreensão mais precisa implica identificar como fundamento da obrigatoriedade da requisição o dever funcional da autoridade policial de instaurar investigação tão logo tenha conhecimento de alguma prática potencialmente criminoso. Dessa forma, a requisição funcionaria como *notitia criminis* indireta” (BONFIM, 2012, p. 113);

c) em razão de requerimento do ofendido ou de quem o legalmente represente (art. 5º, II, 2ª parte). Nesta hipótese, a vítima (ou seu representante legal) endereça à autoridade policial uma petição narrando o fato, com todas as circunstâncias, a individualização do indiciado ou seus sinais característicos e as razões de convicção ou de presunção de ser ele o autor da infração, ou os motivos de impossibilidade de o fazer, a nomeação das testemunhas, com indicação de sua profissão e residência (art. 5º, § 1º, letras *a*, *b* e *c*). Tal requerimento, diferentemente do que ocorre com a requisição emanada pelo juiz ou promotor, pode ser indeferido pela autoridade competente, cabendo do despacho denegatório recurso para o chefe de polícia (§ 2º). Por “Chefe de Polícia” entende-se, segundo

alguns, o Delegado-Geral e, segundo outros, o Secretário da Segurança do Estado;

- d) pode o inquérito policial ser iniciado, ainda, pelo auto de prisão em flagrante. Flagrante significa “certeza visual do crime”. Nesta hipótese, preso o agente, será lavrado o competente auto, no qual constarão as circunstâncias da infração penal e da prisão, dando início ao procedimento investigatório;
- e) por fim, qualquer um do povo poderá, verbalmente ou por escrito, comunicar a ocorrência da infração penal à autoridade policial (art. 5º, § 3º). Há dissenso na doutrina sobre se é possível (ou não) a notícia anônima. A maioria entende que sim, devendo, porém, a autoridade policial receber a notícia com reservas, verificando a procedência das informações.

Verificados elementos verossímeis, poder-se-á proceder à instauração de ofício, como se a comunicação apócrifa não existisse.

Tourinho Filho se coloca contrário a esta possibilidade, vez “que o art. 340 do CP pune, com detenção, todo aquele que venha a provocar a ação da autoridade comunicando-lhe a ocorrência de crime ou de contravenção que sabe não se ter verificado. Assim, se o nosso diploma repressivo pune a denúncia caluniosa e a comunicação falsa de crime ou de contravenção, parece óbvio não se poder admitir o anonimato na *notitia criminis*. Do contrário, já não teriam aplicação os arts. 339 e 340 do CP, em face da preferência que seria dada à notícia anônima (...)” (TOURINHO FILHO, 2010, p. 234).

3.2 Ação penal pública condicionada à representação do ofendido

Nas infrações penais de **ação pública condicionada à prévia representação do ofendido** (ou requisição do Ministro da Justiça), o inquérito policial não poderá sem ela ser iniciado (art. 5º, § 4º). Por representação, entende-se a manifestação de vontade da vítima ou de quem tiver a qualidade para representá-la, sem a qual o procedimento investigatório não pode ser inaugurado. Tal *pedido-autorização* dispensa forma sacramental, devendo, contudo, ser exercido dentro do prazo decadencial.

De acordo com a jurisprudência dominante, a representação não demanda formalidades, razão pela qual pode ser materializada das mais variadas formas, desde que, obviamente, da manifestação da vítima possa ser extraída a segura intenção de ver processado o agente.

Neste sentido: “O caso é de ação pública condicionada, pois restou comprovada a condição de pobreza do ofendido. Foi oferecida a representação pelos representantes legais da vítima, que, consoante jurisprudência pacífica desta Corte, independe de formalismo, bastando a manifestação inequívoca da vontade de ver responsabilizado o autor do suposto crime” (STJ – HC 92.843/SC – Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho – j. 9-12-2008).

Por requisição do Ministro da Justiça, entende-se o ato político do Executivo manifestando a vontade de ver processado autor de determinados crimes. Apesar de o ato estar etiquetado pelo legislador como “requisição”, é pacífico na doutrina e na jurisprudência não se revestir do caráter de ordem, mas simples pedido, não obrigando o Ministério Público ao oferecimento da inicial, devendo o titular da ação, antes, analisar, com independência, seus requisitos. A propósito, assim já decidiu o Supremo Tribunal Federal (HC 68.242).

A exemplo da representação da vítima, a requisição do Ministro da Justiça não é ato, necessariamente, formal, devendo, no entanto, vir instruída com elementos mínimos para permitir a investigação e/ou ação penal.

3.3 Ação penal de iniciativa privada

Nos crimes de **ação penal de iniciativa privada**, cabendo exclusivamente ao particular julgar a conveniência, ou não, da propositura da ação penal, não pode a autoridade policial, por ato espontâneo seu, instaurar o inquérito policial, a menos que haja prévio requerimento de quem tenha legitimidade para intentá-la (art. 5º, § 5º). Têm essa qualidade o ofendido ou seu representante legal (art. 30). Encerrado o inquérito policial, os autos serão remetidos ao juízo competente, onde aguardarão a iniciativa do ofendido ou de seu representante legal, ou serão entregues ao requerente, se o pedir, mediante traslado (art. 19).

A forma de instauração do inquérito policial reflete, diretamente, na autoridade considerada coatora para fins de *habeas corpus*. Quando instaurado de ofício, mediante requerimento da vítima (ou de seu representante legal), mediante requisição do Ministro da Justiça ou notícia encaminhada por qualquer do povo, o Delegado de Polícia será considerado autoridade coatora, devendo o juiz de 1º grau decidir eventual abuso. Atendendo a requisição do juiz ou do Promotor de Justiça, estas serão as autoridades tidas como coadoras, devendo a questão do abuso ser resolvida pelo Tribunal.

4. Providências

Instaurado o inquérito policial, enunciam os arts. 6º e 7º do Código de Processo Penal algumas diligências que, regra geral, devem ser empreendidas para que a autoridade esclareça o fato delituoso e as suas circunstâncias.

Dentro desse espírito, logo que tiver conhecimento da infração penal, a autoridade policial deverá dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e a conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais (art. 6º, I). Trata-se, basicamente, de atos visando resguardar os vestígios do crime – corpo de delito –, possibilitando aos peritos competente análise do cenário da infração, elucidando a dinâmica do evento, com todas as suas circunstâncias. A Lei n. 5.970/73 traz no seu art. 1º exceção à regra da preservação do local:

Art. 1º Em caso de acidente de trânsito, a autoridade ou agente policial que primeiro tomar conhecimento do fato poderá autorizar, independentemente de exame do local, a imediata remoção das pessoas que tenham sofrido lesão, bem como dos veículos nele envolvidos, se estiverem no leito da via pública e prejudicarem o tráfego.

Parágrafo único. Para autorizar a remoção, a autoridade ou agente policial lavrará boletim da ocorrência, nele consignado o fato, as testemunhas que o presenciaram e todas as demais circunstâncias necessárias ao esclarecimento da verdade.

Encerrada a perícia, dispõe o inc. II que os objetos que tiverem relação com o fato devem ser apreendidos, acompanhando os autos de

inquérito policial. Ao final, não mais interessando como provas, poderão ser restituídos aos lesados ou, ainda, ser decretada a perda em favor da União, nas hipóteses do art. 91, II, *a*, do Código Penal.

O inc. III outorga à autoridade policial poderes para realizar quaisquer diligências que possam servir para o esclarecimento do fato com todas as suas circunstâncias, observando, contudo, as formalidades legais. Visando investigar a infração penal noticiada, poderá a autoridade policial ouvir a própria vítima (art. 6º, IV) e, inclusive, conduzi-la coercitivamente (art. 201, parágrafo único, do CPP).

Deve também ser ouvido o indiciado (pessoa sobre a qual pesam indícios de ser o autor da infração penal apurada), nos exatos moldes em que interrogado pelo Magistrado, sendo-lhe garantido, inclusive, o direito de permanecer em silêncio. A falta de oitiva do indiciado não acarreta nenhuma consequência negativa na ação penal.

Cumpra à autoridade policial, ainda, atentar aos dispositivos constitucionais dos incs. LXII e LXIII, do art. 5º, da Constituição, assegurando ao indiciado, nos casos de prisão em flagrante, o direito de se comunicar com familiares ou advogado. O contraditório, no entanto, obrigatório na fase judicial, não se estende à policial.

No que tange ainda à oitiva do indiciado, o art. 15 do Código de Processo Penal determina a nomeação de curador em seu favor caso seja ele menor (de 21 anos). Com o novo Código Civil, há quem sustente estar dispensada a nomeação de curador ao indigitado menor; outros, inexistindo a obrigatoriedade da presença de advogado, insistem na sua nomeação. Partidário da primeira vertente, ensina Norberto Avena não haver esta necessidade

porque o novo Código Civil, equiparando a maioria civil à penal, terminou por abolir qualquer privilégio processual antes assegurado ao maior de 18 e menor de 21 anos, persistindo tão somente as normas materiais, como, por exemplo, as previstas no Código Penal determinando a atenuação da pena pela idade inferior aos 21 anos e a redução do prazo prescricional pela metade. Não se trata, propriamente, de analogia, mas de mera verificação da vontade do legislador. Por que, afinal, o Código de Processo Penal prevê regras especiais para os maiores de 18 e menores de 21 anos? Porque, na época de sua edição, o

indivíduo nesta faixa etária era apenas relativamente capaz, do ponto de vista cível. Agora, contudo, não é mais assim, não havendo, pois, motivos para manter-se o privilégio (AVENA, 2012, p. 121).

Em idêntico sentido é a lição de Fernando da Costa Tourinho Filho:

Entre nós, se aos 18 anos, conforme a nova ordem, o cidadão adquire o pleno exercício dos seus direitos, parece-nos um não senso exigir curador para o menor que ainda não completou os 21 anos. Tampouco se pode falar em “representante legal do maior de 18 anos”, salvo a hipótese de ser ele mentalmente incapaz. Observe-se que o Código de Processo Penal não diz quem é o representante legal do maior de 18 e menor de 21 anos. Se esse representante é legal, está previsto em lei, e como o Código de Processo Penal não disciplinou a matéria, segue-se haver o legislador processual penal, nesse particular, se abeberado em normas do Código Civil, sede própria para regular a capacidade de fato das pessoas (TOURINHO FILHO, 2010, p. 283).

O art. 21 do Código de Processo Penal prevê a regra da incomunicabilidade do indiciado, a ser decretada pelo juiz a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público, quando o interesse da sociedade ou a conveniência da investigação o exigir, pelo prazo máximo de três dias. Entende Mirabete que o presente dispositivo “foi revogado pela Nova Constituição da República que, no Capítulo destinado ao ‘estado de Defesa e Estado de Sítio’, proclama: ‘é vedada a incomunicabilidade do preso’ (art. 136, § 3º, IV). É evidente que, sendo proibida a incomunicabilidade nas situações excepcionais, em que o Governo deve tomar medidas enérgicas para preservar a ordem pública e a paz social, podendo por isso restringir direitos, como maior razão não se pode permiti-la em situação de normalidade” (MIRABETE, 2006, p. 78).

Além disso, a nova Carta Política assegura ainda ao preso a “assistência da família e do advogado” (art. 5º, LXIII), determinando que a sua prisão seja comunicada imediatamente ao juiz competente e “à família do preso ou à pessoa por ele indicada” (art. 5º, LXII). Não havendo nenhuma ressalva a esses direitos, que se tornariam inócuos com a incomunicabilidade, não há possibilidade de decretá-la.

Há, entretanto, quem lecione em sentido contrário, como Vicente Greco Filho:

Entendo que o art. 136, § 3º, IV, da Constituição da República não revogou a possibilidade da decretação da incomunicabilidade fora do tempo de vigência do estado de defesa; ao contrário, confirmou-a, no estado de normalidade. Acolhe e reforça nosso ponto de vista Carlos Frederico Coelho Nogueira. Esclarece o autor que a proibição de incomunicabilidade no estado de sítio justifica-se porque durante esse período de exceção, em que os direitos individuais têm sua eficácia suspensa, torna-se mais difícil a fiscalização das prisões pelo Poder Judiciário e pelo Ministério Público, o que poderia gerar abusos. Em acréscimo, entende que a palavra “preso”, a que faz referência o inciso IV (do § 3º do art. 136), refere-se àquele submetido à prisão prevista pelo inciso I do mesmo parágrafo, decretada “por crime contra o Estado” pelo *executor* do estado de defesa, portanto, modalidade distinta daquelas previstas no inciso LXI do art. 5º da CF (GRECO FILHO, 2010, p. 83-84).

De qualquer forma, a incomunicabilidade, em hipótese alguma, pode ser aplicada contra o preso em relação ao seu advogado.

Pode haver, ainda, a necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoas ou coisas (art. 226) ou acareação (art. 229), esta última quando existirem depoimentos ou declarações conflitantes.

O Código de Processo Penal não prevê o reconhecimento fotográfico, mas a regra da liberdade de provas decorrente do princípio da verdade real o permite.

Havendo vestígios, deve a autoridade policial, na apuração do crime, determinar a realização do exame de corpo de delito (art. 6º, VII, do CPP), que poderá ser feito de forma direta ou indireta.

Diz-se que o exame de corpo de delito é *direto* quando incide sobre os elementos sensíveis deixados pelo crime.

O exame de corpo de delito *indireto* ocorrerá quando a verificação dos vestígios operar-se por meio de prova testemunhal.

O inc. VII trata de relevante diligência, já que determinadas infrações penais deixam vestígios e, nesses casos, é obrigatória a

realização do referido exame, conforme dispõe o art. 158 do código de Processo Penal.

Cuida-se de norma imperativa, que deve ser obrigatoriamente respeitada, já que a sua omissão não pode ser suprida, nem mesmo pela confissão do réu, conforme alerta o próprio art. 158, embora, em determinadas situações, a prova testemunhal possa substituir a perícia, nos termos do art. 167 do Código de Processo Penal. Sua falta, outrossim, é causa de nulidade, nos termos do art. 564, III, *b*, também do Código.

Trata o inciso em estudo, ainda, de “outras perícias” que poderão ser as mais diversas. Assim, por exemplo, o exame do sangue encontrado nas vestes do indiciado, do sêmen localizado na vítima, ou o exame grafotécnico realizado no cheque objeto do estelionato, a fim de apurar a autoria dos manuscritos nele lançados.

Na realização das perícias, devem ser observadas as disposições dos arts. 159 e ss. do Código de Processo Penal.

No que pertine especificamente ao art. 159, sua redação foi alterada pela Lei n. 11.690/2008, sendo que a modificação mais significativa foi a redução do número de peritos exigidos para a confecção do laudo: antes eram dois; atualmente é necessário somente um perito oficial.

Quando não houver perícia oficial – que é feita por profissional aprovado em concurso público para ser perito –, poderão realizar o exame duas pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame.

Ressalte-se, por oportuno, que, no caso de perito oficial, o *caput* do art. 159 impõe a existência de diploma em curso superior, sem nenhuma especificação. Recentemente, a Lei n. 12.030/2009, que dispõe sobre perícias oficiais, passou a determinar a formação acadêmica específica para o provimento do cargo de perito oficial.

Novidade também é a permissão para que o Ministério Público, o assistente de acusação, o ofendido, o querelante e o acusado formulem quesitos e indiquem assistente técnico (art. 159, § 3º, do CPP).

Cuidado: o assistente técnico, ao contrário do que ocorre no processo civil, só atua **após** a conclusão do laudo pericial no processo

penal. Ele avalia o trabalho do perito, mas não participa da elaboração do laudo.

No decorrer do processo, podem as partes (a) requerer a oitiva dos peritos para esclarecerem a prova ou para responderem a quesitos, desde que o mandado de intimação e os quesitos ou questões a serem esclarecidas sejam encaminhados com antecedência mínima de dez dias, podendo apresentar as respostas em laudo complementar e (b) indicar assistentes técnicos que poderão apresentar pareceres em prazo a ser fixado pelo juiz ou ser inquiridos em audiência.

Outro dever da autoridade policial é ordenar a identificação datiloscópica do indigitado autor (art. 6º, VIII, do CPP). Note-se que este inciso deve ser interpretado em consonância com outras disposições, inclusive de índole constitucional, que balizam a identificação civil. Com efeito, o art. 5º, inc. LVIII, da CF dispõe: “o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”; a Lei n. 9.034/95, em seu art. 5º, determina que a identificação criminal de pessoas envolvidas com a ação praticada por organizações criminosas será realizada independentemente da identificação civil.

Tínhamos a Lei n. 10.054, de 7 de dezembro de 2000, que dispunha sobre a identificação criminal. Inicialmente, referido diploma legal dispunha acerca da identificação datiloscópica e fotográfica por indivíduos que não pudessem ser identificados civilmente por meio de documento de identidade reconhecido pela legislação (arts. 1º e 2º). Em seguida, excepcionava ao determinar a identificação criminal do civilmente identificado quando:

Art. 3º (...)

I – estiver indiciado ou acusado pela prática de homicídio doloso, crimes contra o patrimônio praticados mediante violência ou grave ameaça, crime de receptação qualificada, crimes contra a liberdade sexual ou crime de falsificação de documento público;

II – houver fundada suspeita de falsificação ou adulteração do documento de identidade;

- III – o estado de conservação ou a distância temporal da expedição de documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais;
- IV – constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações;
- V – houver registro de extravio de documento de identidade;
- VI – o indiciado ou acusado não comprovar, em quarenta e oito horas, sua identificação civil.

Críticas surgiram a respeito do caso específico do inc. I do art. 3º, afirmando que o legislador infraconstitucional teria vulnerado o princípio constitucional da isonomia, estabelecendo regra aleatória, claramente discriminatória, na medida em que impunha o procedimento reconhecidamente vexatório apenas aos indiciados ou acusados da prática de determinados ilícitos, sem qualquer fundamento ou justificativa razoável.

Afinal, não se diga que a iniciativa se destinava aos criminosos de maior periculosidade, ou crime de maior gravidade, na medida em que escapavam da incidência da norma outros ilícitos a que cominada idêntica escala penal – especialmente aqueles que têm como agentes indivíduos bem aceitos no convívio social, tais como os crimes contra a administração pública, os crimes do colarinho branco, sonegação fiscal etc.

Tratava-se, portanto, de norma discriminatória e estigmatizante dirigida especialmente ao agente que atuava à margem do convívio social, à grande massa de marginalizados, isentando o empresário, o executivo, o criminoso de colarinho branco do constrangimento de ser chamado à delegacia para “tocar piano”. Como tal, evidentemente vulnerava o ordenamento constitucional.

Na busca de corrigir tal problema de isonomia constitucional, revogou-se a Lei n. 10.054/2000. Em seu lugar, editou-se a Lei n. 12.037, de 1º de outubro de 2009.

Na nova lei, as hipóteses de identificação criminal obrigatórias, independentemente da identificação civil, deixou de lado o rol seletivo e imotivado de delitos aleatórios e passou a prever situações de real necessidade:

Art. 3º Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando:

I – o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação;

II – o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado;

III – o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si;

IV – a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa;

V – constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações;

VI – o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais.

Com essa nova opção, a própria lei menciona que a identificação criminal é um constrangimento e que deve ser feita excepcionalmente, apenas nas hipóteses taxativas da lei.

O legislador, porém, ao estabelecer um regime diferenciado para a criminalidade violenta, valeu-se de critério muito utilizado para outras situações.

Nos crimes cometidos com violência ou grave ameaça contra a pessoa, por exemplo, não é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, e a concessão de liberdade condicional depende do exame de cessação de periculosidade, entre tantas outras. Nunca se apontou a inconstitucionalidade destes dispositivos por serem discriminatórios ou não razoáveis.

O inc. IX do art. 6º do Código de Processo Penal determina ainda caber à autoridade policial a averiguação da vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter; este dispositivo se

relaciona diretamente com o art. 59 do Código Penal, que trata das denominadas circunstâncias judiciais.

Por fim, traz o art. 7º a reprodução simulada, que pode ser útil na apuração da dinâmica do evento, oportunidade em que, convidado o indiciado, procura-se reconstituir a cena do crime e o modo de sua execução.

A extensão da reprodução é limitada, pois que não pode contrariar a moralidade e a ordem pública (não poderia haver, por exemplo, reconstituição de um crime de estupro).

Nada obsta que a reconstituição do crime ocorra na fase judicial. Nesse caso, deve-se obedecer ao princípio bilateral ou do contraditório, dando-se oportunidade do réu fazer-se presente e de, assim, impedir eventuais abusos.

Atenção: o suspeito ou indiciado não é obrigado a participar da reconstituição do crime (*nemo tenetur se detegere* RT, HC 64.354, RT 624/372, RTJ 127/461, TJSP, RJTJSP 431.343 e RT 697/385), mas pode ser compelido a ir ao local dos fatos.

Além de presidir o inquérito policial e adotar as providências acima destacadas, deve a autoridade policial, durante ou após a conclusão das investigações, auxiliar a Justiça, fornecendo informações de interesse para o deslinde da causa.

Cumpre-lhe, ainda, realizar as diligências requisitadas pelo juiz ou Promotor de Justiça – desde que não ilegais.

Cumprirá, também, os mandados de prisão, podendo representar acerca da prisão preventiva e temporária (arts. 1º e 2º, *caput*, da Lei n. 7.960/89), ouvindo-se, nestas hipóteses, o Ministério Público (art. 13 do Código de Processo Penal). Bem assim, cumpre à autoridade apreciar, apesar de não vigorar o princípio do contraditório no inquérito policial, requerimento do ofendido (ou seu representante legal), bem como do próprio indiciado, para a realização ou não de diligências, a juízo da própria autoridade (art. 14 do Código de Processo Penal).

Em sendo indeferidas, ante a ausência de recurso, poderá o interessado levar o fato ao conhecimento do Ministério Público que, entendendo ser a sua produção importante para as investigações,

poderá requisitá-la, não cabendo alternativa ao Delegado de Polícia senão realizá-la.

À autoridade policial também é possível, nas localidades onde houver mais de uma circunscrição policial, ordenar diligência em qualquer delas, independentemente de precatória ou requisições (art. 22, primeira parte, do CPP).

Visa a regra otimizar o trabalho desenvolvido pela polícia, evitando que o tempo necessário para a expedição e o cumprimento de precatórias impeça a rápida realização de diligências imprescindíveis para a investigação.

Com efeito, imagine-se a repercussão negativa que haveria para a apuração de crimes numa cidade como São Paulo, aparelhada com dezenas de distritos policiais, se cada autoridade policial devesse se dirigir à titular de cada circunscrição cujo território necessitasse ser explorado com atividades apuratórias.

Em sua parte final, o mesmo dispositivo impõe à autoridade policial o dever de adotar as medidas necessárias, até que compareça a autoridade competente, sobre qualquer fato que ocorra em sua presença, noutra circunscrição. São providências tomadas no intuito de evitar prejuízo para a futura apuração de crimes, como a preservação do local, a prisão em flagrante etc.

Outro ato que integra o inquérito policial é o *indiciamento*, que significa atribuir a autoria de uma infração penal a determinada pessoa no âmbito da investigação.

Não basta a mera suspeita para que a autoridade se decida pelo indiciamento, que exige indícios coerentes e firmes de autoria. O correto, aliás, é a autoridade sempre fundamentar esse ato.

O indiciamento será direto quando o investigado estiver presente e indireto quando estiver ausente.

Em regra, qualquer pessoa pode ser indiciada, observadas as exceções expressamente previstas em lei. É o caso dos membros do Ministério Público e da magistratura, que não podem ser indiciados (art. 41, II, da Lei n. 8.625/93, e art. 33, parágrafo único, da Lei Complementar n. 35/79). Segundo art. 41, parágrafo único, quando no curso da investigação, houver indício da prática de infração penal por

parte de membro do Ministério Público, o delegado remeterá os autos ao Procurador-Geral de Justiça, a quem competirá dar prosseguimento à ação.

O Supremo Tribunal Federal, no que concerne ao indiciamento dos parlamentares, já decidiu que a autoridade policial não pode efetuar-lo sem autorização prévia do ministro-relator do inquérito. A autoridade policial também depende dessa autorização para a abertura de inquérito em que o envolvido é titular de prerrogativa de foro.

A respeito, destacamos o voto do Ministro Gilmar Mendes na Petição n. 3.825, j. 10-10-2007:

(...) O voto do Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, abriu divergência do Relator para apreciar se caberia, ou não, à autoridade policial investigar e indiciar autoridade dotada de predicamento de foro perante o Supremo Tribunal Federal. Considerações doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema da instauração de inquéritos em geral e dos inquéritos originários de competência do Supremo Tribunal Federal: i) a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que, nos inquéritos policiais em geral, não cabe a juiz ou a Tribunal investigar, de ofício, o titular de prerrogativa de foro; ii) qualquer pessoa que, na condição exclusiva de cidadão, apresente *notitia criminis*, diretamente a este Tribunal é parte manifestamente ilegítima para a formulação de pedido de recebimento de denúncia para a apuração de crimes de ação penal pública incondicionada. (...) iii) diferenças entre a regra geral, o inquérito policial disciplinado no Código de Processo Penal e o inquérito originário de competência do Supremo Tribunal Federal regido pelo art. 102, I, *b*, da CF e pelo RI/STF. A prerrogativa de foro é uma garantia voltada não exatamente para os interesses dos titulares de cargos relevantes, mas, sobretudo, para a própria regularidade das instituições em razão das atividades funcionais por eles desempenhadas. Se a Constituição estabelece que os agentes políticos respondem, por crime comum, perante o Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, *b*), não há razão constitucional plausível para que as atividades diretamente relacionadas à supervisão judicial (abertura de procedimento investigatório) sejam retiradas do controle judicial do Supremo Tribunal Federal. A iniciativa do procedimento investigatório deve ser confiada ao MPF contando com a supervisão do Ministro-Relator do Supremo Tribunal Federal. 10. A Polícia Federal não está autorizada a

abrir de ofício inquérito policial para apurar a conduta de parlamentares federais ou do próprio Presidente da República (no caso do Supremo Tribunal Federal). No exercício de competência penal originária do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, *b c/c* Lei n. 8.038/1990, art. 2º e RI/STF, arts. 230 a 234), a atividade de supervisão judicial deve ser constitucionalmente desempenhada durante toda a tramitação das investigações desde a abertura dos procedimentos investigatórios até o eventual oferecimento, ou não, de denúncia pelo *dominus litis*. 11. Segunda Questão de Ordem resolvida no sentido de anular o ato formal de indiciamento promovido pela autoridade policial em face do parlamentar investigado (...).

Além das diligências do Código de Processo Penal, a legislação especial traz diversos mecanismos capazes de auxiliar na apuração de fatos delitivos. Esses mecanismos podem ser efetivados pela autoridade policial, como a delação premiada, a infiltração de agentes e a interceptação telefônica, que serão estudadas no Capítulo 4, *infra*.

5. Prazo

A duração do inquérito policial está sujeita aos prazos máximos indicados no art. 10 do Código de Processo Penal, mas a sua violação injustificada não acarreta outros efeitos além da punição disciplinar da autoridade, quando o indiciado estiver solto, somado à sua liberação, quando estiver preso.

Estando o indigitado autor preso, o procedimento investigatório deverá ser encerrado em dez dias a partir da data da prisão; se solto, trinta dias, contados na forma do art. 798, § 1º, do Código de Processo Penal.

A legislação especial dispõe acerca dos prazos do inquérito policial em determinadas situações, como, por exemplo:

- ◆ na Lei n. 11.343/2006, na qual o procedimento deve ser encerrado em trinta dias (se preso o investigado) ou em noventa dias (se solto o investigado), admitindo-se a duplicação do prazo se houver justificativa (art. 51);
- ◆ na Lei n. 1.521/51, que dispõe sobre os crimes contra a economia popular, o prazo de encerramento é de dez dias, independentemente da situação do agente;

- ◆ no âmbito da Justiça Federal, o prazo de conclusão do procedimento é de quinze dias, caso esteja preso o investigado, e, se estiver solto, o prazo será o do art. 10 do Código de Processo Penal (art. 66 da Lei n. 5.010/66).

Temos decisões dando conta de que o prazo do art. 10 não é fatal; assim, a remessa do inquérito a juízo, após os dez dias, tratando-se de indiciado preso, admite justificção pela autoridade: “O prazo do art. 10 do Código de Processo Penal não é fatal; assim, a remessa do inquérito a juízo, após sua fluência, tratando-se de réu preso, admite justificção pela autoridade” (RT 466/350).

Concluídas as investigções, a autoridade policial fará minucioso resumo do que foi apurado, as diligências realizadas (§ 1º), podendo, ainda, indicar testemunhas que não tiverem sido inquiridas, mencionando o lugar onde possam ser encontradas (§ 2º). Nessa exposiçção, apesar de poder emitir impressões das pessoas ouvidas, não deve o delegado emitir juízo de valor, expender opiniões ou julgamentos sobre o caso. A falta do relatório não anula o inquérito policial e não impede o exercício da aççção penal.

Quando o fato for de difícil elucidaççção, e o indiciado estiver solto, a autoridade policial poderá requerer ao juiz a devoluççção dos autos, para ulteriores diligências, que serão realizadas no prazo marcado pelo juiz (§ 3º). A lei não esclarece quantas vezes pode o delegado de polícia solicitar concessão de prazo. Não limitando, tem-se que poderá fazê-lo tantas vezes quantas forem necessárias. Embora o Código de Processo Penal silencie sobre o assunto, o Ministério Público deve ser ouvido previamente nos pedidos de prazo, a fim de, se necessário for, requisitar diligências outras, fiscalizar o andamento do feito, ou até denunciar, caso existam elementos suficientes para iniciar a instância penal.

Embora seja possível a concessão de prazo sucessivamente, a depender da complexidade dos fatos apurados, devemos nos atentar para o fato de que, no caso de aççção penal privada, o prazo decadencial flui paralelamente ao andamento do inquérito policial, não se suspendendo, e, tampouco, interrompendo-se. Dessa forma, se o trâmite do procedimento investigatório transcender o prazo

decadencial, impor-se-á a extinção da punibilidade do Estado pela decadência.

Atenção: o prazo de conclusão do inquérito policial tem natureza processual. O fato de o indiciado estar preso, por si só, não conduz à conclusão de que se trata de prazo penal.

A doutrina, inobstante, não é unânime a este respeito.

Para Tourinho Filho, estando custodiado o agente, o prazo para a finalização do inquérito deve ser contado nos termos do art. 10 do Código Penal: “Cumpre observar que o prazo de 10 dias tem o seu termo *a quo* na data da prisão. Não se aplica, por outro lado, a regra contida no art. 798, 1º, do Código de Processo Penal, mesmo porque o prolongamento do prazo coarctaria o *jus libertatis*. Se na hipótese de prisão preventiva, tal como diz o art. 10 do Código de Processo Penal, o prazo para a conclusão do inquérito deve *ser contado* a partir do dia em que se executar a medida, não há razão séria que justifique seja o prazo, na hipótese de flagrância, *contado* nos termos do § 1º do art. 798 do Código de Processo Penal, isto é, a partir do dia seguinte. Como se trata de restrição de liberdade, a nosso juízo a contagem do prazo deve obedecer à regra do art. 10 do CP, que determina a inclusão do *dies a quo*” (TOURINHO FILHO, 2010, p. 280-281).

Diante do que dispõe o art. 10 do Código de Processo Penal, surge um aparente conflito entre este dispositivo e as regras sobre a prisão temporária. Isto porque, com a edição da Lei n. 7.960/89, esta modalidade de prisão cautelar poderia ser decretada pelo prazo de cinco dias, prorrogáveis por igual período em caso de imprescindibilidade, o que coincidia perfeitamente com o prazo de conclusão do inquérito estando preso o agente.

Ocorre que a Lei n. 8.072/90 impôs nova disciplina à espécie, possibilitando a decretação da prisão temporária, durante a apuração de crimes hediondos e equiparados, pelo prazo de trinta dias, passível de prorrogação (art. 2º, § 4º, da Lei n. 8.072/90).

Dessa forma, indaga-se: estando o agente preso temporariamente em virtude de investigação de um crime hediondo, como conciliar os dispositivos legais?

Nesse tanto, leciona Gustavo Henrique Badaró:

Houve, pois, uma quebra de coerência do sistema. O prazo de duração da prisão temporária, destinada a vigorar durante o inquérito policial era de cinco dias prorrogáveis por mais cinco dias, isto é, um total de 10 dias, pois este era o prazo de duração máxima do inquérito policial em caso de investigado preso. Porém, com a ampliação do prazo total da prisão temporária para até 60 dias, é de se concluir, por coerência, que em tal caso, o inquérito policial também poderá durar 60 dias. De qualquer forma, a coerência será apenas parcial. Basta pensar na situação de coautoria em crime hediondo, em que um investigado seja preso em flagrante delito e o outro tenha decretada a sua prisão temporária. A investigação em relação ao primeiro deverá estar concluída em 10 dias, enquanto para o segundo poderá durar até 60 dias! Tucci (2004, p. 261) vai além e afirma: “com efeito, norma esdrúxula e abusiva, afrontosa do devido processo legal na sua elaboração (*substantive due process of law*), choca-se, inclusive, com a própria legislação processual penal em vigor, num flagrante e inadmissível contraste com o sistema em que se insere” (BADARÓ, 2007, p. 59).

Por outro lado, Norberto Avena não detecta incoerência no sistema, lecionando não se aplicar o prazo do art. 10 do Código de Processo Penal à prisão temporária pelos seguintes motivos:

O art. 10 do Código de Processo Penal, ao estabelecer o prazo máximo de dez dias para conclusão do inquérito quando preso o investigado, é taxativo em referir-se às hipóteses de prisão preventiva e prisão em flagrante.

A prisão temporária tem como objetivo geral o êxito das investigações policiais quando ainda não for possível ou não for hipótese que autorize o pedido de prisão preventiva.

O prazo máximo da prisão temporária, em se tratando de crimes hediondos, é de 30 dias, prorrogáveis por mais 30, totalizando o máximo de 60 (art. 2º, § 4º, da Lei n. 8.072/1990, com a alteração da Lei n. 11.464/2007).

Neste caso, como seria possível à autoridade policial observar, na conclusão do inquérito, o prazo de dez dias a contar da data em que efetivada a prisão temporária, se o máximo dessa custódia, em casos tais, pode alcançar até 60 dias? (AVENA, 2012, p. 129-130).

6. Finalização e remessa

Finalizado o inquérito, a autoridade policial o remeterá ao juiz competente, acompanhado dos instrumentos do crime, bem como dos objetos que interessarem à prova (arts. 10, § 1º, e 11).

A doutrina é divergente a respeito da recepção das normas que impõem a participação do juiz na direção do inquérito pelo ordenamento constitucional vigente.

Isto porque, sendo o Ministério Público o titular da ação penal, não haveria razão para remeter o feito ao juiz, que não teria nenhuma ingerência sobre os rumos do procedimento investigatório.

Tourinho Filho defende a ação exclusiva do Ministério Público após a finalização do inquérito pela autoridade policial:

(...) no que respeita ao arquivamento dos inquéritos, além de se manter a regra do artigo 17 do Código de Processo Penal, deverá competir exclusivamente ao Ministério Público, sem a ingerência do Juiz. Assim, se o órgão do Ministério Público entender que o fato é atípico, que não há respaldo probatório ou quando a autoria for desconhecida, ele próprio determina o arquivamento, tomando, logo em seguida, o cuidado de convocar o ofendido a seu gabinete para dar-lhe conhecimento do seu parecer e, ao mesmo tempo, avisando-o ser-lhe assegurado o direito de recorrer ao Procurador-Geral de Justiça no prazo de 15 dias. Tudo reduzido a termo. Tratando-se de ofendido pobre, deverá o Promotor representar junto ao Juiz no sentido de estender-lhe o benefício do art. 32 do Código de Processo Penal. Independentemente dessa providência, cumprirá ao Promotor, mensalmente, encaminhar à Procuradoria-Geral a relação dos inquéritos arquivados, com indicação da figura delitual, data do cometimento e, se conhecido, o nome do autor. Já pensamos na remessa do inquérito aos órgãos Superiores do Ministério Público. Contudo, recuamos. É extraordinário o número de inquéritos que chegam à Procuradoria-Geral de Justiça de São Paulo para os fins do art. 28 do Código de Processo Penal. E as centenas de inquéritos que são arquivados sem a aplicação do 28? (TOURINHO FILHO, 2010, p. 295).

Norberto Avena, por sua vez, não considera errônea a sistemática atual: “Entendemos, na mesma linha da maioria doutrinária, que essa tese não prospera, em primeiro lugar, pela ausência de qualquer reflexo do ato de remessa do inquérito ao juiz no que toca à legitimação do

Ministério Público para promover a ação penal pública, e, em segundo, pelo fato de que mesmo que tal houvesse, é certo que os incisos I e VIII do texto constitucional [art. 129] não possuem eficácia plena, impondo-se sua regulamentação pela lei ordinária” (AVENA, 2012, p. 137).

O art. 23 do Código de Processo Penal determina que a remessa deve ser acompanhada da expedição de ofício ao instituto de identificação ou repartição congênere, mencionando o juízo a que tiver sido distribuído o inquérito, bem como os dados relativos à infração penal e ao indiciado.

Trata-se de providência salutar para que o Estado possa dispor das informações necessárias acerca da vida pregressa do agente, mas que ainda não provoca os efeitos desejados, tendo em vista não haver integração nacional dos dados relativos aos procedimentos criminais, possibilitando que um criminoso contumaz que haja atuado em determinado Estado da Federação possa ser novamente condenado em outra localidade sem que o juiz sequer tenha conhecimento dessa circunstância.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que em certas situações deve haver o cancelamento dos registros em nome do agente no instituto de identificação:

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento no sentido de que, por analogia aos termos do art. 748 do Código de Processo Penal, devem ser excluídos dos terminais dos Institutos de Identificação Criminal os dados relativos a inquéritos arquivados, a ações penais trancadas, a processos em que tenha ocorrido a reabilitação do condenado e a absolvições por sentença penal transitada em julgado ou, ainda, que tenha sido reconhecida a extinção da punibilidade do acusado decorrente da prescrição da pretensão punitiva do Estado.
2. Recurso provido para que sejam canceladas as anotações realizadas pelo Instituto de Identificação Ricardo Glumbenton-IIRGD relativas ao Processo-Crime 240/92, em que ocorreu o trancamento da Ação Penal n. 240/05 (RMS 24.099/SP – Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima – j. 8-5-2008).

Embora o texto legal determine a remessa do inquérito policial ao juiz competente, pela natureza do sistema acusatório, seu efetivo

destinatário é o Ministério Público, que ao recebê-lo poderá requerer sua devolução quando faltam diligências imprescindíveis para o oferecimento da denúncia (art. 16 do CPP).

Se o juiz discordar da devolução, considerando-a, por exemplo, protelatória, deverá, de acordo com o entendimento de Guilherme de Souza Nucci, “acionar a Procuradoria-Geral de Justiça para intervir e garantir o regular andamento da investigação ou do processo. Assim, para não haver inútil perda de tempo, defere a diligência, se possível a sua realização, remetendo cópias à chefia do Ministério Público para as providências disciplinares cabíveis” (NUCCI, 2009a, p. 118).

7. Arquivamento

Uma vez esgotadas todas as diligências investigatórias, o inquérito policial pode subsidiar a instauração da ação penal ou pode ser arquivado por não ter sido capaz de alcançar indícios da autoria e prova da materialidade delitiva.

O pedido de arquivamento e a decisão que o ratifica deverão sempre ser fundamentados, invocando-se diretamente as razões que levaram o órgão do *Parquet* a não intentar a ação penal.

Há, todavia, o que a doutrina denomina *arquivamento indireto*, entendendo-se como tal a manifestação do Promotor de Justiça no sentido de que o juízo é incompetente para conhecer da matéria, quando requer, então, a remessa do inquérito policial ao juízo que, segundo seu ponto de vista, é competente para o julgamento.

Temos também o *arquivamento implícito* quando o promotor deixa de incluir na denúncia um indiciado, sem fazer manifesta referência a ele.

Assim, por exemplo, se A e B são indiciados pela prática de um determinado crime e o promotor denuncia apenas A, sem pedir expressamente o arquivamento do inquérito em relação a B. Nesse caso, parte da doutrina entende que ocorreu um pedido tácito de arquivamento e, portanto, B não mais poderá ser denunciado.

Outros entendem, em posicionamento majoritário, que inexistente o arquivamento implícito, já que o art. 28 dispõe que o juiz poderá discordar das “razões invocadas” pelo promotor, ou seja, é preciso que

o Ministério Público fundamente sua posição pelo arquivamento. Se não o fez, nada impede que adite a denúncia, a fim de que, em nosso exemplo, nela se inclua B.

Dito isto, questiona-se se poderia a vítima ajuizar ação penal privada subsidiária da pública no caso de arquivamento implícito?

O entendimento dominante é pela impossibilidade.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça decidiu:

Hipótese que trata de ação penal privada subsidiária da pública, iniciada por queixa oferecida em função de o Ministério Público, em crime de homicídio culposo, ter deixado de apresentar denúncia contra alguns dos indiciados, ofertando-a contra os demais. Evidenciada a ocorrência de *arquivamento implícito* – eis que o Ministério Público não teria promovido a denúncia contra os pacientes por entender que não havia prova da prática de delito pelos mesmos – impede-se a propositura de ação penal privada subsidiária da pública. A alegação de ausência de justa causa para o prosseguimento do feito pode ser reconhecida quando, sem a necessidade de exame aprofundado e valorativo dos fatos, indícios e provas, restar inequivocamente demonstrada, pela impetração, a configuração do arquivamento implícito do feito contra o paciente. O *habeas corpus* presta-se para o trancamento de ação penal por falta de justa causa se, para a análise da alegação, não é necessário aprofundado exame acerca de fatos, indícios e provas. Determinado o trancamento da ação penal privada subsidiária da pública movida contra o paciente. Ordem concedida, nos termos do voto do relator (HC 21.074/RJ – Rel. Min. Gilson Dipp – j. 13-5-2003).

Cuidado: de acordo com o art. 17 do Código de Processo Penal, a autoridade policial não poderá determinar o arquivamento do inquérito, cabendo a promoção do arquivamento ao Ministério Público, com posterior controle pelo juiz. Ressalte-se que nem mesmo o juiz, de ofício, pode arquivar o procedimento investigatório.

Há somente uma hipótese em que o arquivamento pode ser determinado pelo juiz ou tribunal: quando do julgamento de *habeas corpus* em que se manifesta pela ausência de justa causa para a investigação em curso.

Arquivado o inquérito, é possível a sua reabertura, consoante dispõe o art. 18 do Código de Processo Penal, desde que haja novos elementos que possam subsidiar o oferecimento da denúncia e *somente* mediante requerimento do Ministério Público.

Há posicionamentos no sentido de que, nos casos de arquivamento em razão da atipicidade da conduta, a decisão do juiz faz coisa julgada material, razão pela qual não se admite o desarquivamento para posterior oferecimento da denúncia.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência no sentido de que, quando o pedido de arquivamento do inquérito for fundado na atipicidade do fato, exige “decisão jurisdicional a respeito, dada a eficácia de coisa julgada material que, nessa hipótese, cobre a decisão de arquivamento” (v.g., Inquérito n. 2.004 – QO, de Relatoria do eminente Sepúlveda Pertence, *DJ* 28-10-2004; 1.538 – QO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 14-9-2001; 2.591, Rel. Min. Menezes Direito, *DJ* 13-6-2008; 2.341 – QO, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* 17-8-2007).

O próprio Supremo Tribunal Federal (Inq. 2.607 – QO/PR – Rel. Min. Cármen Lúcia – j. 26-6-2008), citando lição de Mirabete, trata do valor da coisa julgada na hipótese de arquivamento do inquérito policial:

Não se revestindo de eficácia de coisa julgada o despacho de arquivamento, interlocutório de natureza terminativa, o desarquivamento diante de novas provas é possível, possibilitando-se o oferecimento de denúncia. Essas novas provas, capazes de autorizar início da ação penal, são somente aquelas que produzem alteração no panorama probatório dentro do qual foi concebido e acolhido o pedido de arquivamento do inquérito. A nova prova há de ser substancialmente inovadora, e não apenas formalmente nova. Há que se fazer, porém, uma exceção. Se o arquivamento do inquérito policial foi determinado em decorrência da atipicidade do fato imputado ao indiciado, fundamento essencial e permanente e não passageiro, é inadmissível a instauração da ação penal (2006, p. 84).

O cuidado com a reabertura da ação penal, com sua reposição pela acusação, ganhou destaque sumular, no Supremo Tribunal Federal.

Reza a 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”.

Outra questão intrigante diz respeito à possibilidade de o membro do Ministério Público se retratar e oferecer denúncia antes da manifestação judicial confirmar o arquivamento.

De acordo com o entendimento exposto em julgado do Supremo Tribunal Federal, por maioria, não há esta possibilidade:

À luz de copiosa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no caso de inquérito para apuração de conduta típica em que a competência originária seja da Corte, o pedido de arquivamento pelo procurador-geral da República não pode ser recusado. Na hipótese dos autos, o procurador-geral da República requerera, inicialmente, o arquivamento dos autos, tendo seu sucessor oferecido a respectiva denúncia sem que houvessem surgido novas provas. Na organização do Ministério Público, vicissitudes e desavenças internas, manifestadas por divergências entre os sucessivos ocupantes de sua chefia, não podem afetar a unicidade da instituição. A promoção primeira de arquivamento pelo *Parquet* deve ser acolhida, por força do entendimento jurisprudencial pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, e não há possibilidade de retratação, seja tácita ou expressa, com o oferecimento da denúncia, em especial por ausência de provas novas. Inquérito arquivado, em relação ao senador da República, e determinada a remessa dos autos ao Juízo de origem, quanto aos demais denunciados (Inq. 2.028/BA – Rel. p/ acórdão Min. Joaquim Barbosa – j. 28-4-2004).

A doutrina encabeçada por Eugênio Pacelli de Oliveira discorda do posicionamento do Supremo Tribunal Federal nesse julgado: “Pensamos que, na hipótese dada, a Suprema Corte não trilhou o melhor caminho. O *fato jurídico* que impede a reabertura do inquérito e, assim, *indiretamente*, a *retratação* da pretensão de arquivamento, é exatamente a *decisão judicial* nesse sentido. Inexistente essa, a anterior manifestação não poderia se encontrar acobertada por efeitos preclusivos, mesmo de ordem temporal. Ficamos, no ponto, com os votos vencidos. Mas, não há negar: a questão é mesmo complexa, tendo em vista que, como bem se fundamentou na decisão, a vontade

manifestada no sentido do arquivamento era a expressão da vontade da *instituição* e não de seu eventual ocupante” (OLIVEIRA, 2010, p. 48).

Importante destacar que contra a decisão que determina o arquivamento do inquérito policial não cabe recurso. Mas tal afirmação deve ser vista com ressalvas.

Em regra, não há previsão de recurso contra a decisão que determina o arquivamento do inquérito.

Como **exceções**, temos:

- 1) crime contra a economia popular, em que cabe recurso de ofício (Lei n. 1.521/51, art. 7º);
- 2) contravenções dos arts. 58 (jogo do bicho) e 60 (aposta de corrida de cavalos fora do hipódromo) do Decreto-lei n. 6.259/44: nesse caso cabe recurso em sentido estrito (art. 6º da Lei n. 1.508/51).

A pergunta a ser feita agora é quem irá recorrer, se foi o próprio Ministério Público o responsável pelo pedido do arquivamento. De acordo com o dispositivo legal, será o próprio autor da representação endereçada ao Ministério Público.

Após o arquivamento também não é possível o oferecimento de ação penal privada subsidiária da pública, cabendo à vítima, unicamente, levar notícias concretas de novas provas para a autoridade policial.

Isso acontece porque, com novas provas, é possível ao titular da ação penal oferecer denúncia ou queixa.

Note-se que, em se tratando de crimes em que o exercício da ação penal couber exclusiva ou privativamente ao ofendido ou seu representante legal, o inquérito policial, depois de concluído pela autoridade policial, será remetido ao juízo, onde aguardará em cartório eventual e oportuna iniciativa do interessado, ou será entregue ao requerente, se o pedir, mediante traslado (art. 19 do CPP).

Salvo as exceções previstas em lei, a vítima ou seu representante legal tem o prazo de seis meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do delito, para oferecer a queixa (art. 38 do CPP). Decorrido tal prazo, operar-se-á a decadência. E a decadência é uma causa extintiva da punibilidade do Estado (art. 107, IV, do CP).

Pode ocorrer, no entanto, que o juiz, ao receber o inquérito policial com a promoção de arquivamento, discorde das razões invocadas para o não oferecimento da denúncia.

Neste caso, deverá aplicar as disposições do art. 28 do Código de Processo Penal, segundo as quais os autos serão remetidos ao Procurador-Geral, que, por sua vez, poderá oferecer a denúncia, designar outro membro do Ministério Público para que o faça ou insistir no arquivamento.

Reza o art. 28 do Código de Processo Penal:

Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

Podemos sistematizar o *momento do arquivamento* da seguinte forma:

- a) o promotor não entende ser caso de oferecer a denúncia e requer o arquivamento ao juiz de primeira instância;
- b) o juiz pode acatar o pedido de arquivamento ou, se discordar, remeter a situação para o chefe do Ministério Público – o Procurador-Geral de Justiça, nos Estados, ou a Câmara de Revisão do Ministério Público, na esfera federal;
- c) nesse caso, a última palavra é dada pelo Ministério Público. E nem poderia ser diferente, pois o *Parquet* é o titular da ação penal, não o magistrado.

Atenção: na esfera federal, para o caso de crimes de competência da Justiça Federal, a análise a ser realizada nos termos do art. 28 é feita pela Câmara de Revisão do Ministério Público Federal (art. 62, IV, da Lei Complementar n. 75/93).

É assente na jurisprudência o entendimento de que a designação de outro membro para o oferecimento da denúncia não atinge o princípio

do promotor natural, já que esta possibilidade tanto serve para preservar a independência funcional do membro que promoveu o arquivamento como também constitui um controle sobre as decisões adotadas no procedimento.

Neste sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal: “1. Nenhuma afronta ao princípio do promotor natural há no pedido de arquivamento dos autos do inquérito policial por um promotor de justiça e na oferta da denúncia por outro, indicado pelo Procurador-Geral de Justiça, após o Juízo local ter considerado improcedente o pedido de arquivamento. 2. A alegação de falta de justa causa para o oferecimento da primeira denúncia foi repelida pelo Tribunal de Justiça estadual, sendo acatada tão somente a tese de sua inépcia. 3. Não se pode trancar a segunda denúncia, quando descritos, na ação penal, comportamentos típicos, ou seja, quando factíveis e manifestos os indícios de autoria e materialidade delitivas. Precedentes. 4. *Habeas corpus* indeferido” (HC 92.885/CE – Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 29-4-2008).

Note-se que *jamais* poderá o Procurador-Geral de Justiça determinar o oferecimento da denúncia pelo *mesmo* Promotor de Justiça que requereu o arquivamento, já que o dispositivo em análise não prevê esta possibilidade, exatamente com a finalidade de preservar-lhe a independência funcional.

A independência, no caso, exprime competir a cada membro do Ministério Público reger a sua atuação em obediência única ao ordenamento jurídico vigente e à sua consciência, não havendo nenhuma espécie de subordinação ou vinculação hierárquica do Promotor de Justiça em relação a qualquer outro órgão.

Dessa forma, a Lei Instrumental, como verdadeira forma de garantir a preservação da autonomia (expressamente prevista, aliás, no art. 127, § 1º, da Constituição da República) não confere ao Chefe do *Parquet* o poder de obrigar o subscritor da promoção de arquivamento a oferecer a denúncia.

Também por isso, em nenhuma hipótese, poderá o Procurador-Geral avocar inquérito policial, ignorando a atuação de determinado órgão do Ministério Público; poderá, no máximo, designar outro membro para

acompanhar o andamento do procedimento, nos termos do art. 28 do Código de Processo Penal.

Caso a promoção de arquivamento ocorra perante a segunda instância ou tribunal superior, não há aplicação do art. 28 do Código de Processo Penal, devendo o Desembargador ou Ministro acatar as razões expostas (*ne procedat iudex ex officio*).

Se o pedido de arquivamento, entretanto, é formulado por Procurador de Justiça que atua em nome do Procurador-Geral, pode ser aplicado o art. 28 do Código de Processo Penal?

O STJ já decidiu que sim: “(...) 2. A Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça firmou já entendimento no sentido de que o pedido de arquivamento de inquérito, feito por membro do Ministério Público delegado do Chefe da Instituição, não vincula o Tribunal e, em não merecendo acolhimento, devem os autos ser remetidos ao Procurador-Geral, nos termos do artigo 28 do Código de Processo Penal (cf. Rp n. 22/PR, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, in *DJ* 16/12/91)” (REsp 148.544/AC – Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 17-5-2001).

Parece-nos, no entanto, correto o entendimento contrário, pois quem atua por designação do Procurador-Geral atua vinculado à sua determinação. Logo, não é o caso de se aplicar o art. 28.

Atenção: no caso de o Procurador-Geral promover o arquivamento no exercício de atribuição originária, o Colégio de Procuradores de Justiça poderá “rever, mediante requerimento do legítimo interessado, nos termos da Lei Orgânica, decisão de arquivamento de inquérito policial ou peças de informação” (art. 12, XI, da Lei n. 8.625/93).

No âmbito das justiças especializadas, as providências adotadas deverão ser semelhantes àquelas estabelecidas no art. 28 do Código de Processo Penal.

Assim, na promoção de arquivamento de inquérito que apura crime eleitoral, o destinatário dos autos será o Procurador Regional Eleitoral; na Justiça Militar da União, será o Procurador-Geral de Justiça Militar; na Justiça Militar Estadual, será o Procurador-Geral de Justiça.

Por fim, ressaltamos que, nos crimes de ação penal privada, uma vez requerido o arquivamento do inquérito pela vítima, tal

manifestação deve ser encarada como renúncia ao direito de queixa, extinguindo-se, pois, a punibilidade do Estado.

Tal se dá, pois não há previsão legal do pedido de arquivamento da vítima ou de seu representante legal. Tal pedido seria lido pelo juiz como uma verdadeira renúncia ao desejo de submeter o agressor à justiça criminal. A renúncia está prevista no art. 107, V, do Código Penal.

Capítulo 4

◆ Instrumentos Especiais de Investigação

1. Delação premiada

Importante instrumento a serviço da investigação é a delação premiada.

A delação premiada consiste na aplicação de diminuição da reprimenda ou na concessão do perdão judicial em favor de indiciado ou acusado, nas hipóteses em que por parte dele haja a efetiva colaboração no sentido de possibilitar a ampla e efetiva apuração de fatos criminosos praticados em grupo.

Discute a doutrina se é possível o reconhecimento dos efeitos da delação se o agente somente colaborar no sentido de esclarecer o fato criminoso no que concerne aos demais autores, sem confessar a prática delituosa.

Gustavo dos Reis Gazzola trata do assunto e reúne os vários posicionamentos a respeito: “(...) Em contraponto às definições colacionadas, não se entende necessária a confissão do delator a respeito do fato próprio, porquanto tal não influi na substancialidade das informações que prestará à autoridade, as quais permitiram a identificação de demais participantes, compreensão do próprio delito ou recuperação de produtos do crime” (GAZZOLA, 2009, p. 158).

Identifica-se na doutrina inadmissibilidade da delação se ausente a confissão, porquanto indigna de crédito a palavra do delator ao negar o fato próprio. Entretanto, essa premissa se mostra falsa porque se assenta em uma qualificação da palavra do acusado como inverídica, e não em seu conteúdo; qualificação que, por sua vez, encontra razão em

outro fundamento incorreto: aquele que mente sobre fato próprio também o faz quanto a fato alheio.

Em oposição ao entendimento defendido neste texto, Gabriel C. Zacarias de Inellas afirma no sentido da essencialidade da confissão do delator como elemento da delação premiada: “Só se pode falar em delação quando o réu também confessa, porque, se negar a autoria, atribuindo-a a outrem, estará escusando-se da prática criminosa, em verdadeiro ato de defesa e, portanto, o valor da assertiva, como prova, será nenhum. Dessarte, o elemento subjetivo essencial na delação, para sua credibilidade como prova, é a confissão” (INELLAS, 2000, p. 93).

Em concordância com Inellas, Guilherme de Souza Nucci não classifica como delação a situação em que “o réu não admite a prática do delito e imputa a outro a autoria. Nesse caso, pode acontecer do denunciado já estar integrando o mesmo processo no polo passivo ou, então, será chamado a integrá-lo por aditamento à denúncia. Poderá, ainda, conforme o caso, ter um processo à parte contra si. Se integrar o mesmo processo onde houve o testemunho – e não a delação – será interrogado a respeito. Caso haja um novo processo, também será ouvido em interrogatório” (NUCCI, 2011, p. 431).

Observa, porém, mais adiante, que “não se deve olvidar a declaração de um réu, acusando outra pessoa da prática do delito, embora seja delação somente quando o próprio acusado inclui-se no delito. Do contrário, não está delatando um comparsa, mas testemunhando um fato”.

Identifica-se contrariedade entre os autores quanto à credibilidade que se possa atribuir à delação do réu não confesso. Entretanto, tem-se que, quer crível, quer indigna de crédito, tal não lhe altera a substância.

A delação deve ser exteriorizada de forma oral e reduzida a escrito para a preservação de seu exato conteúdo, sendo certo que esta forma de expressão se revela a mais acertada por ser a única em que a autoridade destinatária poderá analisar com a devida segurança as condições do delator no momento em que decide colaborar.

Conforme podemos extrair dos dispositivos que disciplinam esta matéria (analisados em seguida), a delação premiada serve principalmente para o desbaratamento de organizações criminosas,

diante de seu hodierno crescimento extraordinário e da forma de atuação que as caracteriza, conforme já tivemos oportunidade de ressaltar. Com efeito, em razão dessa atuação, marcada por atos de extrema violência, pela manutenção em segredo dos aspectos relevantes dos seus “órgãos” de comando etc., deparam-se os agentes estatais com intensa dificuldade na atividade de coleta de elementos que possibilitem a obtenção de um panorama real e efetivo do funcionamento dessas organizações, bem como na identificação dos seus membros, sem nos olvidarmos da frequente miscigenação de atividades ilícitas com outras que se desenvolvem na legalidade, estas mantidas financeiramente pelas primeiras, o que obsta de maneira ainda mais eficaz a apuração dos fatos criminosos.

A delação premiada é prevista em diversos diplomas legais, razão pela qual não há a recomendável sistematização do instituto, cabendo-nos expor os seus principais aspectos no âmbito de cada de uma das leis que a disciplinam:

a) Lei n. 8.072/90 (art. 8º, parágrafo único)

A delação premiada, neste caso, poderá ser efetuada pelo participante e pelo associado da quadrilha ou bando de que trata o *caput* do art. 8º da Lei dos Crimes Hediondos, aplicando-se aos crimes hediondos e equiparados praticados daquela forma.

Nesta lei, em que se pretende o desmantelamento da quadrilha ou bando, a delação, desde que eficaz, impõe a *diminuição da pena* do delator no patamar de um a dois terços, não havendo exigência expressa no que se relaciona à espontaneidade ou voluntariedade.

Não há também, neste diploma legal, qualquer menção à necessidade de postulação, por parte da acusação ou do interessado, de aplicação dos efeitos da delação premiada.

Aliás, diante da redação do dispositivo (o delator “terá a pena reduzida”), pode-se considerar a possibilidade de concessão da diminuição *ex officio* pelo magistrado.

Quanto ao destinatário, a lei menciona genericamente o termo “autoridade”, do que se extrai a possibilidade de se dirigir ao delegado, ao Promotor de Justiça ou ao juiz.

b) Lei n. 9.034/95 (art. 6º)

De acordo com este dispositivo legal, poderá praticar a delação o componente de organização criminosa, que terá a pena reduzida no importe de um a dois terços, pressupondo-se que a colaboração por parte do agente seja espontânea e que haja eficácia no seu ato, pois que a finalidade da delação, nesta lei, é a de esclarecer a infração penal e sua autoria.

Note-se que, neste diploma legal, não há menção expressa ao conceito de organização criminosa, e, tampouco, tipifica-se autonomamente o ato de integrá-la, razão pela qual a delação somente poderá ser efetuada sobre infrações penais cometidas pela organização. Esta, aliás, é a interpretação que se extrai da própria literalidade do art. 6º.

Não há também exigência de pedido expresso para a aplicação da diminuição de pena, extraindo-se do texto legal que, uma vez eficaz a delação, o próprio juiz deverá observar a redução.

O dispositivo legal silencia sobre a quem poderá se dirigir a delação, permitindo, conseqüentemente, que seja efetuada perante as mesmas autoridades referidas no [item anterior](#).

c) Código Penal (art. 159, § 4º)

No Código Penal, o delator será o concorrente do crime de extorsão mediante sequestro, que terá sua pena reduzida em um a dois terços, desde que sua colaboração seja eficaz, tendo em vista a finalidade da delação, qual seja, facilitar a libertação do sequestrado. Note-se que, neste caso, não há menção a espontaneidade ou voluntariedade por parte do delator.

Também nesta hipótese, a exemplo das anteriores, não há alusão à necessidade de que haja postulação ao juízo para o reconhecimento dos efeitos da delação, extraindo-se do texto legal que o juiz deverá observá-los de ofício.

Quanto ao destinatário da delação, aplicam-se os mesmos comentários do [item a](#).

d) Lei n. 8.137/90 (art. 16, parágrafo único)

Neste diploma legal, o agente da delação será o coautor ou o partícipe nos crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, o qual terá a sua pena reduzida na fração de um a dois terços, desde que seu ato revele todos os aspectos do fato delituoso (sendo esta a finalidade) e seja precedido de espontaneidade.

Igualmente nesta lei não se faz nenhuma referência à postulação para o reconhecimento dos efeitos da delação premiada, cabendo ao juiz atentar para a sua aplicação.

Contém este diploma legal uma incongruência no que diz respeito ao destinatário da delação premiada. Isto porque, ao mesmo tempo em que no *caput* do art. 16 dispõe que qualquer pessoa poderá provocar a iniciativa do Ministério Público nos crimes descritos nesta lei, fornecendo-lhe por escrito informações sobre o fato e a autoria, bem como indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção, no parágrafo único menciona a possibilidade de a delação ser dirigida somente à autoridade policial ou à autoridade judicial.

Diante do texto do *caput*, que prevê de maneira expressa a possibilidade de provocação direta do *Parquet* por qualquer pessoa (menção, aliás, até dispensável), não há explicação lógica para impedir que este mesmo órgão receba do agente os detalhes da trama delituosa que possa envolver outros indivíduos. Dessa forma, vê-se que se trata de verdadeira omissão por equívoco do legislador, que não impedirá ao órgão do Ministério Público a recepção dos termos da delação, sendo certo que a interpretação sistemática dos dispositivos ora analisados permite esta conclusão.

e) Lei n. 9.807/99 (arts. 13 e 14)

O delator, de acordo com este diploma, será o indiciado ou acusado que identifique coautores ou partícipes de crime, sem nenhuma especificação a respeito de sua natureza, ou seja, é cabível sobre qualquer delito, desde que a colaboração seja assentada na voluntariedade. Ao contrário das situações anteriores, é cabível neste caso não somente a redução da pena, mas também o perdão judicial, se o delator for primário.

A finalidade da delação, nesta lei, é mista, pois que se busca tanto a identificação de coautores e partícipes do crime quanto a recuperação do produto do crime e a proteção da vítima.

Os efeitos da delação premiada podem ser aplicados de ofício pelo juiz ou a requerimento da acusação ou do interessado, lembrando que o art. 13 prevê expressamente a concorrência entre o magistrado e as partes, ao contrário dos demais dispositivos analisados, que silenciam a este respeito.

Esta lei também não menciona a autoridade à qual pode ser dirigida a delação, aplicando-se a mesma conclusão exposta no [item a](#).

f) Lei n. 9.613/98 (art. 1º, § 5º)

No âmbito dos delitos relacionados à lavagem de dinheiro, o autor, coautor ou partícipe pode figurar como delator, a ser beneficiado pela redução de pena (um a dois terços), que será cumprida em regime inicial aberto, pelo perdão judicial ou pela substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, desde que haja eficácia e espontaneidade no ato.

A finalidade da delação, neste caso, também é mista, pois que se busca a apuração das infrações penais e de sua autoria ou a localização dos bens, direitos ou valores, objeto do crime.

A exemplo da maioria dos dispositivos que tratam da delação, esta lei não especifica a quem compete o requerimento para aplicação dos efeitos, mas a redação do § 5º do art. 1º permite concluir pela concessão de ofício pelo juiz.

No que concerne ao destinatário da delação, invocamos novamente o comentado no [item a](#).

g) Lei n. 11.343/2006 (art. 41)

Por fim, na Lei de Drogas é possível a delação pelo indiciado ou acusado por crimes relacionados a entorpecentes, pelo que será beneficiado com a redução de pena no patamar de um a dois terços, desde que eficaz e voluntário o ato.

A finalidade do instituto nesta lei também é mista, consistindo na busca da identificação dos demais coautores ou partícipes e na

recuperação total ou parcial do produto do crime.

A aplicação dos efeitos da delação, aqui, também poderá ocorrer de ofício, tendo em vista o caráter imperativo da redação do dispositivo.

Esta lei também não menciona a autoridade à qual pode ser dirigida a delação, aplicando-se a mesma conclusão exposta no [item a](#).

Note que os dispositivos legais acima analisados, quando não silenciam, ora tratam a delação premiada como espontânea, ora como voluntária. Trata-se de relevante diferença, que poderá influir no reconhecimento dos efeitos benéficos da delação, já que, quando se exige a espontaneidade, a iniciativa deve partir exclusivamente do agente, sem nenhuma interferência, ao passo que a voluntariedade permite a terceiro nortear o delator, que, livremente, colaborará com a autoridade.

A doutrina critica esta falta de critério do legislador ao tratar de instituto dotado de tamanha importância de forma esparsa, sem observar uma sistematização que pudesse estabelecer expressa e pormenorizadamente não só a quais hipóteses poderia ser aplicado, como outros aspectos relevantes, *v.g.*, seu valor probatório.

Neste sentido, Gustavo dos Reis Gazzola descreve com muita propriedade a questão, e pedimos vênias para transcrever:

Da variedade de previsões legais cujo reflexo se faz sentir nos aspectos do instituto apontado resulta uma série de problemas de ordem dogmática e pragmática.

Primeiro, profunda inconsistência terminológica. O signo “delação premiada” refere-se a instituto cujos reflexos penais se mostram diversos – causa de diminuição de pena, perdão judicial (com indefinição se direito subjetivo do delator ou faculdade judicial; os dispositivos valem-se dos verbos “poder”, “ter” e “dever” para se referir a esses mencionados reflexos) –, e processuais incertos, como na indefinição da autoridade a quem se dirige.

Segundo, dificuldade hermenêutica para delimitação do âmbito de abrangência da delação premiada. Isso por força de duas vertentes de indefinições. A primeira, por um lado, decorrente do fato de alguns dispositivos referirem-se à possibilidade da benesse às situações de concurso de agentes (campo mais amplo), outros restringirem a integrantes de quadrilha, bando, outros, ainda, a

componentes de organizações criminosas, sem contar aqueles que combinam as possibilidades. Por outro lado, ora a previsão legal permite a delação premiada a crimes específicos, ora aos crimes decorrentes da organização criminosa, ora à generalidade dos delitos desde que verificado o concurso de agentes.

Terceiro, conflito de normas como decorrência das duas situações anteriores, o que, considerado o instituto como benéfico ao investigado ou acusado, pode resultar na formação de normas resultantes das combinações de previsões distintas ou tornar ociosos determinados dispositivos. Exemplifica-se. No Código Penal (art. 159, § 4º), a delação, caso reflita na libertação da vítima, permite a redução da pena do delator. Na Lei de Proteção a Vítimas e a Testemunhas, que apenas requer o concurso de agentes e destina-se à generalidade dos delitos, caso primário o réu, fará jus ao perdão judicial. Desse modo, não há razão para desigualar na resposta penal o roubador que delata o comparsa e o sequestrador em situação equivalente: ambos poderiam ter a pena extinta por força do perdão judicial.

Quarto, se preponderar a aplicação genérica do instituto (qualquer delito desde que cometido em concurso de agentes), haverá efeitos deletérios no tocante à consideração da culpabilidade pelo sistema penal. Os delatores de quaisquer delitos, independente da reprovabilidade da conduta, teriam penas perdoadas ou reduzidas.

Quinto, como decorrência do acima afirmado, poderia produzir-se o arrefecimento do poder intimidatório das penas (prevenção geral), porquanto se disseminaria na sociedade a percepção de que a reprimenda poderia ser afastada ou diminuída mediante a aplicação do instituto, a qual dependeria da deliberação do próprio infrator em colaborar com a Justiça.

Sexto, ofensa ao princípio da proporcionalidade. O sistema penal se ressentiria de “descalibragem”, uma vez que crimes graves e infrações menos severas receberiam o mesmo tratamento.

Sétimo, a banalização do instituto, com reflexos na multiplicação de sua escolha como matéria de defesa.

Oitavo, incremento do número de falsas imputações como forma de se lograr a obtenção dos benefícios penais por parte dos delatores.

Nono, dificuldade de identificação dessas falsas imputações, o que resultaria em insuficiência probatória, causa de absolvições. E, desse modo, o instituto

produziria efeito oposto ao pretendido, porquanto diminuiria a eficácia apuratória e teria como corolário a sensação de impunidade pelo jurisdicionado.

Por força dessas incongruências, importa demarcar os limites da delação premiada com precisa definição de sua natureza jurídica. Conhecido o instituto, poderá ser articulado no bojo do ordenamento jurídico com acuidade para que se mostre instrumento de política criminal hábil ao atingimento de suas finalidades (GAZZOLA, 2009, p. 168-170).

2. Agente infiltrado

É sabido que nos mesmos passos em que a sociedade se desenvolve nos mais diversos segmentos, surgindo a cada dia novas tecnologias, novas formas de interação social, a criminalidade também alcança níveis aterrorizantes de evolução, impondo uma atuação, por parte do Estado, dotada de maior eficiência e que seja capaz de efetivamente combater os agentes que dirigem suas ações em detrimento da paz social.

Nesse contexto, aliada às formas tradicionais de investigação, surge a figura do agente infiltrado, que, em determinadas situações, impõe a agentes atrelados aos órgãos de investigação estatais que penetrem em organizações criminosas no intuito de criar uma ação investigatória mais eficiente.

As infiltrações policiais, atualmente, voltam-se principalmente contra a criminalidade organizada, diante de seu evidente e irrefreável crescimento e da própria estrutura dessas organizações, que operam extremamente concatenadas e mantêm reservadas as diretrizes de seu *modus operandi*, impondo obstáculos muitas vezes intransponíveis aos órgãos policiais que somente lançam mão de diligências tradicionais.

A infiltração de agentes de polícia está prevista nas Leis n. 9.034/95 (art. 2º, V) e n. 11.343/2006 (art. 53, I).

Num primeiro momento, a Lei n. 9.034/95 previu a possibilidade de infiltração na apuração de crimes praticados sob a forma de organização criminosa, tendo sido acompanhada posteriormente pela Lei n. 11.343/2006, que tratou desta mesma possibilidade para a apuração dos crimes nela tipificados.

Essa modalidade de investigação, por sua natureza, *depende de autorização judicial* para que seja exercido o devido controle das atividades desempenhadas pelo agente, pois a ele será imposta a obrigação de levar ao conhecimento do magistrado, e conseqüentemente do Ministério Público, as informações pormenorizadas a respeito dos fatos apurados.

Há que se ressaltar que essa medida investigatória é prevista em simples incisos, sem nenhum regramento detalhado, pelo que se percebe o pouco interesse da efetiva adoção desse importante meio de investigação. Essa característica enseja crítica por parte da doutrina a respeito da abrangência dos dispositivos, já que não se especifica a quais crimes pode ser aplicada, os limites da atuação do agente infiltrado, superados os quais responderá ele pela prática delitiva etc.

Tendo em vista que a lei não conceitua a atividade de infiltração, coube aos estudiosos do tema delinear as características dessa atividade:

Na doutrina espanhola, Paz Rubio o define como o membro da polícia judicial especialmente selecionado que, utilizando-se de uma identidade falsa, atua, passivamente, com sujeição à lei e sob controle do juiz, para investigar delitos próprios da delinquência organizada e de difícil averiguação. Isso, quando já fracassaram outros meios de investigação, ou esses sejam, manifestamente, insuficientes para seu descobrimento.

Já em Portugal, João Ramos de Sousa considera o agente infiltrado ou encoberto, ou ainda, homem de confiança, o agente policial que se insinua junto aos autores e cúmplices do crime, ocultando sua qualidade e identidade, e ganhando a confiança destes a fim de obter informações e provas contra os mesmos, porém sem determinar a prática de novas infrações, não restringindo sua atuação ao âmbito dos delitos já praticados.

Na Argentina, Cafferata Nores o define como um funcionário público que, simulando ser delinquente, se infiltra, por disposição judicial, em uma organização delitiva (a exemplo de narcotraficantes), com a meta de proporcionar, dentro daquela, informações que permitam a imputação de seus integrantes e, como consequência, o desbaratamento dessa associação ilícita.

Segundo nosso entendimento e, corroborando as conceituações já expostas, o agente infiltrado ou encoberto seria aquele membro da polícia que se infiltra em um grupo criminoso participando da trama organizativa, utilizando-se de uma identidade falsa (concedida pelo Estado), e que possui como finalidade primordial detectar a comissão de delitos e informar sobre suas atividades às autoridades competentes. Tudo isso com o escopo de obter provas da prática de crimes e proceder à posterior detenção de seus autores.

Seria, então, a figura representada pela pessoa investida na função policial, todavia, devidamente treinada para essa atuação. Tal pessoa, subordinada às autoridades competentes, e logicamente, contando com permissão legal, e utilizando-se ainda de falsa identidade, consegue infiltrar-se nas entranhas de uma determinada organização criminal. Para tanto, se vale o agente encoberto do uso de várias técnicas, a exemplo da dissimulação e do engano, com a finalidade específica de obter provas da prática de delitos graves pelos membros do grupo criminoso e, por consequência, consegue oferecer informações necessárias às autoridades, com o objetivo de ajudar na desarticulação de toda a estrutura de macrocriminalidade (PEREIRA, 2009, p. 114-115).

Discute-se, ainda no âmbito da infiltração, a responsabilidade penal do agente, já que, uma vez desempenhando funções no ambiente criminoso, pode vir a praticar ações tipificadas na legislação penal, até mesmo como forma de garantir o sucesso da diligência.

A este respeito, o mesmo autor elenca os vários posicionamentos:

Poderia se falar em incidência de uma causa de exclusão da culpabilidade, em razão da inexigibilidade de conduta diversa. Ou ainda, em uma causa de exclusão da ilicitude, pelo estrito cumprimento do dever legal. Outra possibilidade diz respeito a uma escusa absolutória. Por fim, uma ideia mais recente invoca a tese da atipicidade da conduta pela teoria da imputação objetiva, em face do critério do risco juridicamente permitido.

Opinamos pela segunda possibilidade aventada, ou seja, se o agente vier a praticar durante a operação encoberta algum delito relacionado com a sua missão, desde que analisada a conduta à luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, é de se reconhecer a incidência da causa de exclusão da ilicitude, consistente no exercício do estrito cumprimento legal. Os excessos, obviamente,

acarretarão a responsabilidade criminal do agente, pois o excesso equivale à saída da esfera de legitimidade da conduta do agente, ou seja, deixa de estar amparado pela excludente e passa a praticar delitos comuns.

Comungando da mesma opinião, Denílson Feitoza Pacheco aduz que se executar a missão conforme o plano de operações de infiltração, o agente infiltrado estará agindo no estrito cumprimento do dever legal de descobrir as atividades da organização criminosa infiltrada, seus integrantes e redes de contato, seu *modus operandi*, sua área geográfica de atuação, seus objetivos de curto, médio e longo prazo, a quantidade de recursos financeiros, materiais e humanos que possui etc. (PEREIRA, 2009, p. 119-120).

Outra questão importante que se relaciona à infiltração diz respeito ao seguinte: suponhamos que o policial se infiltre, somando-se a outros três agentes reunidos para a prática de crimes de roubo. Em tese, nesta hipótese estaria configurado o crime de quadrilha ou bando, sendo que na ausência do infiltrado não haveria o número mínimo exigido de elementos. Neste caso, a presença do infiltrado ensejaria a punição dos demais pelo crime previsto no art. 288 do CP?

Guilherme de Souza Nucci entende que sim, lastreado nos seguintes argumentos: “Da mesma forma que admitimos a formação de quadrilha ou bando com a inserção de menor de 18 anos, embora não seja este culpável, é de se considerar válida, para a concretização do tipo penal do art. 288 do CP, a presença do agente policial infiltrado, embora ele não seja punido, por estar no estrito cumprimento do dever legal. No entanto, o tipo penal tem condições de se materializar, pois há quatro pessoas associadas, *com o fim* de praticar crimes, ainda que o objetivo de um deles (o policial infiltrado) esteja abrigado em lei” (NUCCI, 2009b, p. 284).

Por fim, deve-se ressaltar que, mesmo no caso da Lei de Drogas, a detecção de uma organização criminosa é pressuposto para a infiltração, que não poderá ser admitida no caso de infrações menos graves, sob pena de se desvirtuar por completo e banalizar este mecanismo.

Já tivemos a oportunidade de tecer considerações a este respeito nos seguintes termos: “O art. 53 ora sob análise diz que cabe infiltração

policial ‘nos crimes previstos nesta Lei’. Na verdade, a medida só se justifica nos casos mais graves, de comprovada organização criminosa (que hoje é entendida como a quadrilha ou bando ou a associação criminosa da qual fazem parte várias pessoas e que apresentem os requisitos mínimos de uma organização: hierarquia, divisão territorial, uso da intimidação ou da fraude, poder de compra, infiltração nos poderes públicos)” (BIANCHINI; GOMES; CUNHA; OLIVEIRA, 2007, p. 228).

3. Interceptação telefônica

Outro meio de investigação muito utilizado atualmente é a interceptação da comunicação telefônica, prevista na Lei n. 9.296/96.

De acordo com seu art. 2º, esta espécie de diligência somente poderá ser intentada se houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal, se for imprescindível para a investigação (não pode haver outros meios disponíveis) e se o fato investigado constituir infração punível com pena de reclusão, isso tudo aliado, obviamente, à autorização judicial.

Trata-se de requisitos cumulativos e taxativos.

O art. 5º da Lei n. 9.296/96 disciplina o prazo da interceptação telefônica, estabelecendo-o em 15 (quinze) dias, renovável por igual período, em caso de indispensabilidade do meio de prova.

A questão do prazo da interceptação tem gerado acaloradas discussões, especialmente no que se refere à *prorrogação reiterada da diligência*.

A jurisprudência tem se manifestado no sentido de que, desde que efetivamente necessária a continuidade, não há óbice legal à prorrogação iterada:

1. Ao que se tem dos autos, uma vez que não foi juntada cópia da denúncia ofertada contra o ora paciente, este é acusado de fazer parte de extensa quadrilha voltada para a prática de crimes, entre eles tráfico de drogas, assaltos e comércio de armas.
2. Estando devidamente fundamentada a decisão que deferiu a escuta telefônica, bem como a que determinou a sua prorrogação, por absoluta necessidade da investigação, dada a quantidade de envolvidos e a complexidade

das suas atividades, não há qualquer nulidade a ser sanada em *Habeas Corpus*. 3. Nos termos da Lei 9.296/96, que regulamentou a escuta telefônica autorizada judicialmente, o prazo definido para a interceptação é de 15 dias, permitida a renovação por igual período; todavia, não há qualquer restrição legal ao número de vezes em que pode ocorrer essa renovação, desde que comprovada a sua necessidade. Precedentes do STJ. 4. Na hipótese, eventual demora para a conclusão da instrução criminal decorre da própria complexidade da causa, que conta com 33 denunciados e 80 testemunhas, havendo, ainda, a necessidade de expedição de cartas precatórias, bem como de realização de perícia. Assinalou o Tribunal *a quo* que o feito aguarda apenas a conclusão da perícia; destarte, levando-se em conta as peculiaridades do caso e inexistindo desídia ou inércia do digno Juízo processante, não se constata ofensa ao princípio da razoabilidade. 5. Parecer do MPF pela denegação da ordem. 6. Ordem denegada (STJ – HC 131.057/PB – Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho – j. 2-6-2009).

O Ministro Joaquim Barbosa segue a mesma linha:

Persistindo os pressupostos que conduziram à decretação da interceptação telefônica, não há obstáculos para sucessivas prorrogações, desde que devidamente fundamentadas, nem ficam maculadas como ilícitas as provas derivadas da interceptação. Precedente. Recurso a que se nega provimento (STF – RHC 85.575/SP – Rel. Min. Joaquim Barbosa – j. 28-3-2006).

Em outra oportunidade, o Supremo Tribunal Federal voltou a analisar detidamente diversos aspectos relativos à interceptação telefônica. Trata-se do inquérito n. 2.424/RJ, de relatoria do Ministro Cezar Peluso:

Em seguida, também por votação majoritária, o Tribunal afastou as alegações de ilicitude da prova de interceptação telefônica por falta de fundamentação, inviabilidade da prorrogação e violação da regra da subsidiariedade da prova. Afirmou-se que as decisões estariam devidamente fundamentadas nos termos do art. 93, IX, da CF c/c os artigos 4º e 5º da Lei n. 9.296/96, e que as interceptações telefônicas foram medidas necessárias e absolutamente imprescindíveis às investigações. Registrou-se que, a cada 15 dias, o relator analisava novamente a conveniência de se mantê-las, tendo, por diversas vezes, excluído linhas, incluído

terminais, alterado o foco da investigação, no sentido de corresponder às sugestões e aos requerimentos da autoridade policial e do Procurador-Geral da República, o qual se reportava, a cada novo pedido, aos relatórios da inteligência policial. Considerou-se, também, a orientação fixada pelo Supremo no julgamento do HC 83.515/RS (*DJU* de 4-3-2005), no sentido de ser lícita a prorrogação do prazo para interceptação telefônica, ainda que de modo sucessivo, quando o fato seja complexo e o imponha a sua investigação, o que sucedera na espécie. Frisou-se que o prazo máximo de 30 dias para a manutenção da interceptação da comunicação não pode ser injustificadamente alargado, mas pode o magistrado, com outro motivo, e diversa motivação, determinar nova interceptação do mesmo telefone. Repeliu-se, ainda, a assertiva de ofensa ao princípio do juiz natural, por ter o relator determinado, durante o recesso, que as interceptações até então autorizadas não fossem interrompidas, visto que o recesso forense não lhe tiraria a qualidade, a função, nem a competência de relator do caso, pois o Presidente do Tribunal funciona apenas quando o relator não se encontra e, no caso, o relator se encontrava presente. Não se vislumbrou, ademais, na determinação das interceptações, ofensa ao art. 2º, II, da Lei n. 9.296/96, ao fundamento de que todas as medidas tomadas para apuração dos fatos narrados na denúncia foram sancionadas pela subsidiariedade desse meio para obtenção de prova, sendo óbvio que o envolvimento de magistrados, membros de tribunais, um deles, de Tribunal Superior, implicava a necessidade de se apurar os fatos com rigor perceptivo, de modo que a singularidade e a especificidade da situação demandava um meio excepcional de prova. Enfatizou-se que, sem essas provas, sem indícios mais consistentes, sempre se poderia arguir que se imputava aos ora acusados a mera prática do chamado crime de hermenêutica. Vencido o Min. Marco Aurélio que acolhia a preliminar por entender estar-se diante de prova ilícita, porque extrapolado o prazo de 15 dias, prorrogável por igual prazo, previsto no art. 5º da Lei n. 9.296/96 (*Informativo* 529 do STF).

Capítulo 5

◆ **Investigação Preliminar pelo Ministério Público**

A investigação preliminar intentada pelo Ministério Público já é uma realidade prática.

Entretanto, na doutrina há muita discussão a respeito de sua legitimidade ou impossibilidade, por falta de previsão expressa no ordenamento jurídico processual.

Fernando da Costa Tourinho Filho ensina que ao Ministério Público não é conferida esta função investigativa, ao afirmar que:

A vingar a tese, o Ministério Público investiga, colhe as provas e oferta a denúncia ou as encaminha à Autoridade Policial, que as recebe... E se a Autoridade Policial entender que a investigação precisa ser completada? Das duas uma: ou complementa ou requer ao Ministério Público que o faça. Não nos parece correta essa postura para a nossa estrutura constitucional. A Constituição confere ao Ministério Público, dentre outras funções, a de promover a ação penal e, inclusive, requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais (art. 129, I e VIII). A função de investigar foi reservada à Polícia (art. 144) (TOURINHO FILHO, 2010, p. 296).

Tal visão, por força do ângulo constitucional atualmente vigente, não nos parece o melhor entendimento.

Para fundamentar a impossibilidade da investigação pelo Ministério Público, alguns doutrinadores, como vimos, recorrem ao art. 144, § 1º, inc. IV, da Constituição, que ostenta o seguinte teor: “Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de

todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I – polícia federal; II – polícia rodoviária federal; III – polícia ferroviária federal; IV – polícias civis; V – polícias militares e corpos de bombeiros militares. § 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: (...) IV – exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União”.

Trata-se, no entanto, de interpretação literal, simplória, incapaz de extrair a verdadeira vocação do ordenamento constitucional.

Isto porque o dispositivo acima destacado refere-se à exclusividade somente no que concerne às funções de polícia judiciária, mas não se referiu a restrição a respeito do desempenho de atos de investigação criminal.

Em outras palavras, não devem ser confundidas as atribuições de polícia judiciária com atribuições de investigação criminal, até porque o próprio § 4º do art. 144 delinea visivelmente a distinção entre ambas.

Há que se ressaltar que defender a exclusividade da investigação criminal pela polícia significa, necessariamente, negar o desempenho de atividades investigatórias realizadas por diversos outros órgãos, como ocorre, por exemplo, no âmbito da Receita Federal, do Banco Central e das próprias Comissões Parlamentares de Inquérito, apurações estas que inquestionavelmente esbarram em fatos criminosos.

Por outro lado, dispõe o art. 129, I, da Constituição da República, competir ao Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei, excetuando-se o caso da ação penal privada subsidiária da pública na hipótese de inércia ministerial (art. 5º, LIX, da CF). O inc. IX do art. 129 da Constituição, por seu turno, expressa que poderá o *Parquet* “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade”.

Devemos analisar os dispositivos constitucionais acima citados em conjunto com outras disposições atinentes ao Ministério Público.

Segundo o art. 127, o órgão ministerial “é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da

ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Se ao Ministério Público cumpre estas funções primordiais, é insofismável que a combinação desse dispositivo com outros de índole constitucional impõe tantas atribuições quantas bastem para o eskorreito desempenho de seu objetivo fundamental.

É neste ponto, aliás, que surge a denominada Teoria dos Poderes Implícitos, cuja origem remonta ao constitucionalismo americano, no julgamento, pela Suprema Corte daquele país, do famoso caso *McCulloch x Maryland*.

De acordo com esta teoria, se a Constituição confere a determinado órgão estatal o exercício de funções, implicitamente permite, a este mesmo órgão, lançar mão dos meios necessários para a consecução das finalidades que lhe foram atribuídas.

O Ministro Celso de Mello muito bem explanou os contornos dessa teoria em seu voto na ADIn 2.797/DF:

(...) Impende considerar, no ponto, em ordem a legitimar esse entendimento, a formulação que se fez em torno dos poderes implícitos, cuja doutrina, construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no célebre caso *McCulloch vs. Maryland* (1819), enfatiza que a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos. Cabe assinalar, ante a sua extrema pertinência, o autorizado magistério de Marcelo Caetano (*Direito constitucional*, vol. II/12-13, item n. 9, Forense, 1978), cuja observação, no tema, referindo-se aos processos de hermenêutica constitucional – e não aos processos de elaboração legislativa – assinala que, “em relação aos poderes dos órgãos ou das pessoas físicas ou jurídicas, admite-se, por exemplo, a interpretação extensiva, sobretudo pela determinação dos poderes que estejam implícitos noutros expressamente atribuídos” (grifei). Esta Suprema Corte, ao exercer o seu poder de indagação constitucional – consoante adverte Castro Nunes (*Teoria e prática do Poder Judiciário*, Forense, 1943, p. 641-650) – deve ter presente, sempre, essa técnica lógico-racional, fundada na teoria jurídica dos poderes implícitos, para, através dela, mediante interpretação judicial (e não legislativa), conferir eficácia real ao

conteúdo e ao exercício de dada competência constitucional, consideradas as atribuições do Supremo Tribunal Federal, do STJ, dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça, tais como expressamente relacionadas no texto da própria Constituição da República. Não constitui demasia relembrar, neste ponto, senhora presidente, a lição definitiva de Rui Barbosa (*Comentários à Constituição da República brasileira*, vol. I/203-225, coligidos e ordenados por Homero Pires, Saraiva, 1932), cuja precisa abordagem da teoria dos poderes implícitos – após referir as opiniões de John Marshall, de Willoughby, de James Madison e de João Barbalho – assinala: “Nos Estados Unidos, é, desde Marshall, que essa verdade se afirma, não só para o nosso regime, mas para todos os regimes. Essa verdade fundada pelo bom senso é a de que – em se querendo os fins, se hão de querer, necessariamente, os meios; a de que se conferimos a uma autoridade uma função, implicitamente lhe conferimos os meios eficazes para exercer essas funções”. (...). Quer dizer (princípio indiscutível) que, uma vez conferida uma atribuição, nela se consideram envolvidos todos os meios necessários para a sua execução regular. Este, o princípio; esta, a regra. Trata-se, portanto, de uma verdade que se estriba ao mesmo tempo em dois fundamentos inabaláveis, fundamento da razão geral, do senso universal, da verdade evidente em toda a parte – o princípio de que a concessão dos fins importa a concessão dos meios (...).

Douglas Fischer, ao estudar sobre o tema investigação criminal pelo Ministério Público, considera imperiosa a interpretação sistemática de dispositivos constitucionais e legais e ensina:

Em primeiro plano, há se atentar que, da conjugação dos incs. VI e IX do art. 129 da CF/1988, há disposição na Lei Complementar 75/1993 (Lei do Ministério Público da União), especificamente em seu art. 8º, assentando, entre outros, que poderá o *Parquet* requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta (inc. II); requisitar informações e documentos a entidades privadas (inc. IV); “realizar inspeções e diligências investigatórias” (inc. V); expedir notificações e intimações essenciais aos procedimentos e inquéritos que instaurar (inc. VII); e ter acesso a quaisquer bancos de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública (inc. VIII). Já na Lei n. 8.625 (Lei do Ministério Público Estadual), tem-se no art. 26 que o Ministério Público, no exercício de suas funções (ínsitas às suas

atividades, inc. IX do art. 129 da CF), poderá instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos, garantindo-se-lhe, entre outros poderes, a requisição de informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de quaisquer Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como promover inspeções e diligências investigatórias junto às autoridades retromencionadas.

Segundo defende Mauro Fonseca Andrade – corretamente, em nosso sentir –, o disposto no inc. IX do art. 129 da CF serve “como uma porta não só para a legalização, mas também para a constitucionalização da legitimidade investigatória do acusador público”. O autor pátrio é explícito ao afirmar a relevância do art. 127 da CF para que se verifique a possibilidade, ou não, de investigação criminal pelo Ministério Público. Para ele, a busca da proteção dos bens jurídicos ali tutelados admitiria, além do inquérito civil, a investigação em outras searas, inclusive a penal. Exemplifica citando as possibilidades – previstas anteriormente à Constituição vigente e “posteriormente recepcionadas pelas leis orgânicas dos Ministérios Públicos Estaduais e da União” –, de *oParquet* investigar a eventual ocorrência de falta funcional de seus membros e, também, da possibilidade de um membro do Ministério Público ser investigado pelo Procurador-Geral de Justiça e não pela polícia judiciária.

Em segundo plano – e novamente são precisas as considerações de Calabrich –, toda investigação (na mais ampla acepção) tem a finalidade precípua de apurar fatos, que poderão ou não caracterizar ilícito penal. Há muito se defende que o conceito de ilicitude é unitário.

Ou seja, como corretamente ponderado pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Joaquim Barbosa (adiante destacado novamente), não existe uma diferença ontológica entre o ilícito administrativo, civil ou então o penal. Quem o faz é o legislador à luz dos valores constitucionais. Assim, parece-nos efetivamente acertada a conclusão de que “a investigação se legitima pelo fato investigado, e não pela ponderação subjetiva acerca de qual será a responsabilidade do agente e qual a natureza da ação a ser eventualmente proposta” (...).

Desse modo, parece-nos hialino que decorre da Constituição – e da legislação que a complementa – que é ínsita à atividade precípua do Ministério Público a realização também de atos de investigação, porque coerente e consentânea com

as suas funções essenciais, sem que decorra qualquer malferimento aos princípios atinentes às garantias fundamentais dos cidadãos-investigados. Em verdade, no âmbito do ordenamento jurídico pátrio, o que é exclusivo da autoridade policial é a condução e presidência de inquérito policial.

Mas – fácil ver, salvo para os que “não querem ver”, por razões ideológicas, de conveniência ou até corporativistas, entre outras – inquérito policial é apenas um dos meios existentes para a apuração (investigação) de fatos criminosos.

Diversamente do ordenamento português (por exemplo) e à luz da Constituição da República vigente, o que não pode é o Ministério Público dirigir ou presidir o inquérito policial, esse sim meio de investigação (entre tantos outros existentes) de atribuição exclusiva da polícia (embora caiba ao *Parquet* o exercício do controle externo da atividade policial – art. 129, VII, CF/1988) (FISCHER, 2009, p. 59-62).

Rômulo de Andrade Moreira segue a mesma linha de entendimento ao dispor que:

Costuma-se opor ao entendimento acima esposado o art. 144, § 4º, da CF, cuja redação diz caber à Polícia Civil a apuração de infração penal, exceto a de natureza militar, ressalvada, também, a competência da União. Ocorre que tal atribuição constitucional não é exclusiva da Polícia Civil (nem da Federal), sendo esta a correta interpretação deste dispositivo constitucional.

“Não se deve interpretar uma norma jurídica isoladamente, mas, ao contrário, deve-se utilizar o método sistemático, segundo o qual cada preceito é parte integrante de um corpo, analisando-se todas as regras em conjunto, a fim de que possamos entender o sentido de cada uma delas.

Não se encontra um princípio isolado, em ciência alguma; acha-se cada um em conexão íntima com outros. O direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma no seu lugar próprio” (Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961, p. 165).

A propósito, Karl Larenz, após advertir que se aplicam os princípios interpretativos gerais das leis também à interpretação da Constituição, ensina que “o contexto significativo da lei determina, em primeiro lugar, da mesma maneira,

a compreensão de cada uma das frases e palavras, tal como também, aliás, a compreensão de uma passagem do texto é codeterminada pelo contexto”. Esclarece este autor que “uma lei é constituída, as mais das vezes, por proposições jurídicas incompletas – a saber: aclaratórias, restritivas e remissivas –, que só conjuntamente com outras normas se complementam numa norma jurídica completa ou se associam numa regulação. O sentido de cada proposição jurídica só se infere, as mais das vezes, quando se a considera como parte da regulação a que pertence”.

Aliás, segundo Luiz Alberto Machado “o criminalista ortodoxo pensa e age, sem confessar e até dizendo o contrário, como se coexistissem dois ordenamentos jurídicos: um ordenamento jurídico-criminal e outro ordenamento para as demais ciências jurídicas”.

Partindo-se desse pressuposto, resta claro que não deu a Constituição exclusividade na apuração de infrações penais apenas a uma instituição. Observa-se que outro artigo da mesma Carta (art. 58, § 3º) dá poderes às Comissões Parlamentares de Inquérito para investigação própria e, adiante, como já demonstrado, concede a mesma prerrogativa ao Ministério Público.

Não nos esquecemos que ao conceder exclusividade ao Ministério Público para a propositura da ação penal pública (art. 129, I), a Constituição da República implicitamente outorgou à instituição a possibilidade de investigar para respaldar a respectiva peça acusatória (MOREIRA, 2009, p. 53-54).

Na jurisprudência, a posição dominante no STJ é a de que é possível a investigação (STJ, ROHC 11.888/MG, Gilson Dipp, *DJU* 19-11-2001, p. 291), sobretudo quando envolve policiais: RHC 66.428/PR, *DJ* 2-9-1988 e REsp 205.473-9/AL, *DJ* 19-3-1999. Cf. ainda RHC 10.947/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 19-2-2002.

No Supremo Tribunal Federal a questão ainda não foi pacificada: inicialmente, a 2ª Turma rejeitou a possibilidade de o Ministério Público presidir investigação (RHC 81.326/DF, Rel. Nelson Jobim, j. 6-5-2003):

1. A Portaria que criou o Núcleo de Investigação Criminal e Controle Externo da Atividade Policial no âmbito do Ministério Público do Distrito Federal, no que

tange a publicidade, não foi examinada no STJ. Enfrentar a matéria neste Tribunal ensejaria supressão de instância. Precedentes. 2. Inquirição de autoridade administrativa. Ilegitimidade. A Constituição da República dotou o Ministério Público do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (CF, art. 129, VIII). A norma constitucional não contemplou a possibilidade *doparquet* realizar e presidir inquérito policial. Não cabe, portanto, aos seus membros inquirir diretamente pessoas suspeitas de autoria de crime. Mas requisitar diligência nesse sentido à autoridade policial. Precedentes. O recorrente é delegado de polícia e, portanto, autoridade administrativa. Seus atos estão sujeitos aos órgãos hierárquicos próprios da Corporação, Chefia de Polícia, Corregedoria. Recurso conhecido e provido.

Em recente decisão, todavia, com alicerce na Teoria dos Poderes Implícitos, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal denegou a ordem no *Habeas Corpus* n. 91.661/PE, julgado em 10 de março de 2009, reconhecendo, por unanimidade, a possibilidade de investigação por parte do *Parquet*:

1. A presente impetração visa o trancamento de ação penal movida em face dos pacientes, sob a alegação de falta de justa causa e de ilicitude da denúncia por estar amparada em depoimentos colhidos pelo ministério público.
2. A denúncia foi lastreada em documentos (termos circunstanciados) e depoimentos de diversas testemunhas, que garantiram suporte probatório mínimo para a deflagração da ação penal em face dos pacientes.
3. A alegação de que os pacientes apenas cumpriram ordem de superior hierárquico ultrapassa os estreitos limites do *habeas corpus*, eis que envolve, necessariamente, reexame do conjunto fático-probatório.
4. Esta Corte tem orientação pacífica no sentido da incompatibilidade do *habeas corpus* quando houver necessidade de apurado reexame de fatos e provas (HC 89.877/ES, rel. Min. Eros Grau, DJ 15.12.2006), não podendo o remédio constitucional do *habeas corpus* servir como espécie de recurso que devolva completamente toda a matéria decidida pelas instâncias ordinárias ao Supremo Tribunal Federal.
5. É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito. Tal conclusão não significa retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente,

mas apenas harmonizar as normas constitucionais (arts. 129 e 144) de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da *opinio delicti*. 6. O art. 129, inciso I, da Constituição da República, atribui a *aoparquet* a privatividade na promoção da ação penal pública. Do seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia. 7. Ora, é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos “poderes implícitos”, segundo o qual, quando a Constituição da República concede os fins, dá os meios. Se a atividade fim – promoção da ação penal pública – foi outorgada a *aoparquet* em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o Código de Processo Penal autoriza que “peças de informação” embasem a denúncia. 8. Cabe ressaltar, que, no presente caso, os delitos descritos na denúncia teriam sido praticados por policiais, o que, também, justifica a colheita dos depoimentos das vítimas pelo Ministério Público. 9. Ante o exposto, denego a ordem *dehabeas corpus*.

Ainda no tocante à investigação pelo Ministério Público, há que se ressaltar o teor da Súmula 234 do STJ, segundo o qual a promoção da investigação por determinado membro da instituição não acarreta seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia.

Do Enunciado 234 do Superior Tribunal de Justiça, podemos extrair a admissibilidade, por esse tribunal, da investigação diretamente feita pelo Ministério Público.

Para finalizar esse tema, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, ratificado no Brasil pelo Decreto n. 4.388/2002, importante documento humanista que criou formalmente esse Tribunal Penal para a investigação e julgamento de crimes internacionais, previu, como órgão acusador, o Procurador da Corte, tendo ele *amplo poder investigatório*, mostrando nosso entendimento nacional que admite a investigação direta pelo Ministério Público compatível com a tendência internacional.

Capítulo 6

◆ **Investigação Preliminar por Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI)**

A Constituição da República, em seu art. 58, § 3º, dispõe que: “As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores”.

Vê-se que o ordenamento constitucional vigente conferiu às comissões poderes de investigação com expressa correspondência àqueles conferidos às autoridades judiciárias.

A CPI é formada por parlamentares, podendo ser apenas da Câmara dos Deputados, apenas do Senado Federal ou mista, formada por deputados e senadores e denominada Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI).

Mas o âmbito de atuação dessas comissões é também regulado no campo infraconstitucional, por meio das Leis n. 1.579/52 e n. 10.001/2000, da Lei Complementar n. 105/2001, bem como pelo Regimento Comum do Congresso Nacional e pelos Regimentos Internos do Senado Federal e da Câmara dos Deputados.

A Lei n. 1.579/52, recepcionada pela Constituição da República de 1988, confere às CPIs uma ampla gama de ações nas apurações de fatos determinados que originaram a sua formação.

Com efeito, o art. 2º deste diploma legal estabelece ser possível às Comissões Parlamentares de Inquérito “determinar as diligências que reputarem necessárias e requerer a convocação de ministros de Estado, tomar o depoimento de quaisquer autoridades federais, estaduais ou municipais, ouvir os indiciados, inquirir testemunhas sob compromisso, requisitar de repartições públicas e autárquicas informações e documentos, e transportar-se aos lugares onde se fizer mister a sua presença”.

De acordo com o que dispõe o art. 5º, § 2º, a CPI deve concluir sua incumbência na mesma seção legislativa em que se iniciou, podendo haver prorrogação, mediante deliberação, desde que não ultrapasse a legislatura em curso.

A Lei n. 1.579/52 traz ainda outros dispositivos atinentes à Comissão Parlamentar de Inquérito, tais como: a) a tipificação de atos que impeçam ou tentem impedir, mediante violência, ameaça ou algazarra, o seu regular funcionamento, ou o livre exercício das atribuições de qualquer dos seus membros; b) bem assim, pune-se o ato de fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, tradutor ou intérprete. As penas são as previstas, respectivamente, nos arts. 329 e 342 do Código Penal.

Tratando da prioridade nos procedimentos a serem adotados pelo Ministério Público e por outros órgãos a respeito das conclusões das comissões parlamentares de inquérito, a Lei n. 10.001/2000 dispõe que os Presidentes da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, a depender da origem da instalação, encaminharão o resultado das investigações da CPI ao Ministério Público ou às autoridades administrativas ou judiciais com poder de decisão para a prática dos atos de sua competência.

Estas autoridades, por sua vez, deverão, no prazo de 30 dias e semestralmente, informar ao remetente as providências adotadas e a fase em que se encontram os processos ou procedimentos instaurados até a sua conclusão.

Importante: a obrigação legal em informar o andamento dos trabalhos decorrentes da investigação da CPI não significa que o Ministério Público tenha de oferecer eventual denúncia em ação penal. Há o dever de informação, mas o promotor ou procurador continuam

com sua independência funcional para, por exemplo, pedir o arquivamento ao Poder Judiciário.

A Lei Complementar n. 105/2001 não trata exclusivamente das comissões parlamentares de inquérito, dispondo sobre o sigilo das operações de instituições financeiras, mas, em seu art. 4º, § 1º, expressa que as CPIs, “no exercício de sua competência constitucional e legal de ampla investigação, obterão as informações e documentos sigilosos de que necessitarem, diretamente das instituições financeiras, ou por intermédio do Banco Central do Brasil ou da Comissão de Valores Mobiliários”.

Tema bastante estudado no âmbito das CPIs é o alcance dos poderes outorgados aos seus representantes.

A investigação intentada por membros do Congresso Nacional deve, primeiramente, observar sua legitimidade constitucional e os limites objetivos de seus poderes, para evitar a contaminação do acervo probatório produzido com vícios de inconstitucionalidade formal e material.

Assim explicita o tema Alexandre de Moraes: “Em relação à amplitude de seu campo de atuação, inicialmente deve ser salientado que o poder do Congresso de realizar investigações não é ilimitado, devendo concentrar-se em fatos específicos, definidos e relacionados ao Poder Público, pois como salientado por Francisco Campos, ‘o poder de investigar não é genérico ou indefinido, mas eminentemente específico, ou há de ter um conteúdo concreto, suscetível de ser antecipadamente avaliado na sua extensão, compreensão e alcance pelas pessoas convocadas a colaborar com as comissões de inquérito” (MORAES, 2011, p. 388).

Além da limitação constitucional, ainda há que se observar os limites expressamente previstos pelo ordenamento jurídico, conforme ensina o mesmo autor:

As Comissões Parlamentares de Inquérito, portanto e em regra, terão os mesmos poderes instrutórios que os magistrados possuem durante a instrução processual penal, inclusive com a possibilidade de invasão das liberdades públicas individuais, mas deverão exercê-los dentro dos mesmos limites constitucionais impostos ao Poder Judiciário, seja em relação ao respeito aos direitos fundamentais, seja em

relação à necessária fundamentação e publicidade de seus atos, seja, ainda, na necessidade de resguardo de informações confidenciais, impedindo que as investigações sejam realizadas com a finalidade de perseguição política ou de aumentar o prestígio pessoal dos investigadores, humilhando os investigados e devassando desnecessária e arbitrariamente suas intimidades e vidas privadas (MORAES, 2011, p. 390).

Podemos sintetizar os poderes das comissões parlamentares de inquérito da seguinte forma: elas podem determinar a quebra de sigilo *bancário, fiscal e financeiro* de investigados, desde que o faça motivadamente, demonstrando a pertinência da providência.

Atenção: toda decisão de CPI deve ser motivada, sob pena de nulidade.

O Ministro Celso de Mello, no voto do Mandado de Segurança n. 23.452/RJ, julgado em 16-9-1999, afirmou que a quebra do sigilo constitui poder inerente à competência investigatória das comissões parlamentares de inquérito.

E o Ministro especifica os limites dos sigilos passíveis de quebra sem a necessidade de prévia autorização judicial:

O sigilo bancário, o sigilo fiscal e o sigilo telefônico (sigilo este que incide sobre os dados/registros telefônicos e que não se identifica com a inviolabilidade das comunicações telefônicas) – ainda que representem projeções específicas do direito à intimidade, fundado no art. 5º, X, da Carta Política – não se revelam oponíveis, em nosso sistema jurídico, às Comissões Parlamentares de Inquérito, eis que o ato que lhes decreta a quebra traduz natural derivação dos poderes de investigação que foram conferidos, pela própria Constituição da República, aos órgãos de investigação parlamentar.

Continua Celso de Mello a afirmar que as Comissões Parlamentares de Inquérito necessitam demonstrar, para decretarem, legitimamente, por autoridade própria, a quebra do sigilo bancário, do sigilo fiscal e/ou do sigilo telefônico, relativamente a pessoas por elas investigadas, a existência concreta de causa provável que legitime a medida excepcional (ruptura da esfera de intimidade de quem se acha sob investigação), justificando a necessidade de sua efetivação no procedimento de ampla

investigação dos fatos determinados que deram causa à instauração do inquérito parlamentar, sem prejuízo de ulterior controle jurisdicional dos atos em referência (art. 5º, XXXV, da CF).

Encerra suas considerações afirmando que “as deliberações de qualquer Comissão Parlamentar de Inquérito, à semelhança do que também ocorre com as decisões judiciais (*RTJ* 140/514), quando destituídas de motivação, mostram-se írritas e despojadas de eficácia jurídica, pois nenhuma medida restritiva de direitos pode ser adotada pelo Poder Público, sem que o ato que a decreta seja adequadamente fundamentado pela autoridade estatal”.

Pedro Lenza, sobre os poderes das Comissões Parlamentares de Inquérito, assim ensina: “A CPI pode, por autoridade própria, ou seja, sem a necessidade de qualquer intervenção judicial, sempre por decisão fundamentada e motivada, observadas todas as formalidades legais, determinar a quebra do sigilo fiscal, bancário e de dados, neste último caso, destaque-se o sigilo dos dados telefônicos (...). O que a CPI não tem competência é para quebra do sigilo da comunicação telefônica (interceptação telefônica), que se encontra dentro da reserva jurisdicional. No entanto, pode a CPI requerer para a quebra de registros telefônicos pretéritos, ou seja, com quem o investigado falou durante determinado período pretérito” (LENZA, 2011, p. 365-366).

A CPI possui poderes de investigação próprios de autoridade judicial. Entretanto, sua atribuição investigatória está formalmente limitada pela Constituição da República e pela legalidade. Materialmente seu limite está no que se denomina *reserva de jurisdição*, ou seja, não lhe é possível determinar diligências que só podem ser feitas após prévia manifestação do Poder Judiciário, e não do Poder Legislativo.

Mesmo a Constituição tendo conferido poderes à CPI, restritos à investigação, referidos poderes não são absolutos. Devem sempre respeitar ao postulado da reserva constitucional de jurisdição (LENZA, 2011, p. 364).

A Lei n. 1.579/52 especifica quais são as pessoas obrigadas a exibir documentos e prestar informações às comissões.

Dispõe, em seu art. 2º, serem possíveis: a convocação de Ministros de Estado, de quaisquer autoridades federais, estaduais ou municipais; a oitiva dos indiciados; a inquirição de testemunhas sob compromisso; e a

requisição a repartições públicas e autárquicas de informações e documentos.

Não há no elenco de possibilidades, como se pode notar, qualquer referência aos particulares. A maioria dos doutrinadores que têm se dedicado ao estudo do assunto conclui pela impossibilidade, por parte da CPI, de constranger o particular à exibição de documentos e à prestação de informações.

Neste sentido, sustentou Demóstenes Torres:

(...) a CPI não tem qualquer função fiscalizadora da sociedade, enquanto decomposta em entidades civis, em empresas e muito menos em indivíduos. É certo que, sob o aspecto amplo da atuação das CPIs, nenhum fato social que possa ter relevo a ponto de vir justificar medidas futuras de ordem legislativa pode ficar de fora do seu poder fiscalizatório. No entanto, não se pode descartar a possibilidade de, no curso das investigações, surgirem elementos comprometedores da idoneidade de determinadas pessoas físicas ou jurídicas. Contudo, a investigação da responsabilidade dessas pessoas está fora da competência da CPI. (...) A ação fiscalizatória da CPI tem de ser exercida com observância dos direitos fundamentais. Submeter pessoas ou entes às atividades desses órgãos que funcionam inquisitorialmente seria regredir a uma fase anterior à do estado de direito.

Seria uma meta juridicamente inatingível do nosso direito constitucional pretender a CPI fiscalizar empresas privadas. Vivemos sob a égide da livre iniciativa insculpida nos arts. 160, I, 163 e 170 da Constituição, onde fica claro que à iniciativa privada compete preferencialmente o desempenho da atividade econômica. A boa gestão dessas entidades é que lhes assegurará a sobrevivência econômica. Caso malogrem, serão punidas pela falência ou pela liquidação judicial. A intimidade dos seus negócios é segredo inexpugnável, somente para fins tributários e nos estreitos limites em que a legislação desta natureza assim o determina.

Então, as atividades e a documentação referentes às pessoas físicas e às pessoas jurídicas de direito privado exploradoras de atividade econômica não podem ser objeto da investigação de CPI nem mesmo quando vinculadas a eventuais delitos cometidos pelas autoridades ou servidores públicos investigados (TORRES, 2009, p. 39-40).

Mesmo com todas essas definições, as CPIs buscam ampliar seus poderes, independente de autorização judicial, com projetos de lei para modificações legislativas.

Temos de um lado as CPIs, buscando ampliar seus poderes em detrimento das cláusulas de reserva de jurisdição constitucionais, e o Supremo Tribunal Federal de outro.

O conflito aberto entre o Supremo Tribunal Federal e o Legislativo brasileiro a cada dia ganha um novo capítulo.

O Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição da República, interpreta seu texto e publica suas decisões, que refletem em nosso cotidiano social. Muitas vezes, isso conflita com os interesses (normalmente eleitores) dos parlamentares. A reação destes últimos manifesta-se (com frequência) na aprovação de projetos estapafúrdios e inconstitucionais, para reafirmar sua vontade.

Justamente contra esses projetos o Supremo Tribunal Federal vem concedendo dezenas de liminares aos convocados pelas CPIs, sob o argumento de que o direito ao silêncio é um direito constitucional, derivado do princípio da presunção de inocência, que assegura a garantia da não autoincriminação.

As decisões liminares do Supremo Tribunal Federal, diferentemente do que afirmam os parlamentares, não constituem “um duro golpe contra o interesse público”, além de “aviltarem o direito dos cidadãos e da sociedade de acesso à verdade real”. Ao contrário.

Pensamos que as liminares do Supremo Tribunal Federal atendem o interesse público de preservação dos valores, princípios e regras do Estado de Direito constitucional vigente. O Supremo Tribunal Federal não cumpriria seu papel de guardião da Constituição da República se se comportasse de forma diferente.

As liminares, de um lado, não aviltam o direito do cidadão ou da sociedade de acesso à verdade dos fatos, porque esse acesso não é irrestrito. O uso da tortura está vedado; logo, não se pode querer a verdade por meio dela. A verdade real, na atualidade, como se vê, não passa de uma verdade processual (como diz Luigi Ferrajoli), ou seja, de uma verdade que se pode alcançar de acordo com o devido processo legal.

O Supremo Tribunal Federal, de outro lado, não está dando nenhuma interpretação “dilatada” ao princípio da presunção de inocência. Está cumprindo rigorosamente o que está escrito no ordenamento jurídico vigente, sobretudo no art. 8º da CADH (que possui valor constitucional, consoante voto do Ministro Celso de Mello – HC 87.585/TO, apesar de a maioria do Tribunal reconhecer que possui natureza jurídica de norma *supralegal*, ou seja, está hierarquicamente acima das leis ordinárias e complementares e abaixo das regras constitucionais expressas no texto de 1988 – RE 466.343).

As autoridades investigativas (especialmente as CPIs) devem conscientizar-se de que não existe poder absoluto no Estado de Direito constitucional.

E quem investiga hoje pode ser investigado amanhã (caso viole as regras legais ou constitucionais ou internacionais vigentes).

Quem aprova uma lei absurda hoje pode sofrer as consequências de seu conteúdo amanhã.

A sociedade clama pela apuração das denúncias, mas ao mesmo tempo diz (sobretudo pelo reflexo do trabalho do Supremo Tribunal Federal) que há regras éticas e jurídicas que devem ser observadas.

A leitura que alguns parlamentares fazem da Constituição da República vigente não condiz com sua condição de representante legítimo do povo.

Jogar para o “povão”, com oportunismo eleitoral, não é a mesma coisa que construir uma nação digna.

Em síntese, os poderes de investigação das CPIs, além das balizas impeditivas, como no exemplo da tortura, também encontram outras limitações legais e jurisprudenciais.

Tais poderes são muito importantes para o bom funcionamento da CPI e para a preservação da ordem democrática.

A parte inicial do § 3º do art. 58 da CRFB reza: “§ 3º As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais (...)”. Isso significa que as CPIs possuem um rol de poderes de natureza investigativa que independem de autorização judicial para serem determinados.

E quais seriam os poderes que não precisam de autorização judicial e os que só podem ser determinados se amparados pelo Poder Judiciário?

Para auxiliar seu estudo, elaboramos um quadro com essa divisão:

CPI PODE INVESTIGAR SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL	CPI SÓ PODE INVESTIGAR COM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL
Prender em flagrante delito (ex.: por falso testemunho)	Mandar prender (temporária ou preventivamente)
Ouvir testemunhas – condução coercitiva e falso testemunho	Determinar busca e apreensão
Quebrar sigilo bancário, fiscal e telefônico (só a lista dos números chamados e recebidos)	Quebrar sigilo das comunicações telefônicas – ouvir o conteúdo das conversas gravadas
Investigar fatos certos relacionados à Administração, por prazo determinado	Impedir que pessoa saia do País ou apreender seu passaporte
Ouvir indiciados ou investigados (garantido o direito a não autoincriminação)	Determinar medidas processuais de garantia, tais como: sequestro e indisponibilidade de bens (<i>Informativo</i> 158 do STF)
Determinar perícias, vistorias e exames	Tomar decisões imotivadas (<i>Informativo</i> 162 do STF)

Ultrapassar os poderes constitucionais demonstrados no quadro acima acaba por subtrair a legitimidade de seu titular e contaminar os elementos de prova colhidos com a ilicitude do material. E prova ilícita é prova *nula*, devendo ser desentranhada do procedimento de natureza investigatória, seja ele qual for (inquérito policial, relatório de CPI ou investigação preliminar feita diretamente pelo Ministério Público).

Portanto, a atuação de uma Comissão Parlamentar de Inquérito, seja simples ou mista, deve pautar-se pelas balizas constitucionais expressas, pela lei e pelo desenvolvimento jurisprudencial para os casos omissos.

Para fixar: CPI não pode, *sem autorização judicial*: mandar prender (temporária ou preventivamente); determinar busca e apreensão; quebrar sigilo das comunicações telefônicas – conteúdo das conversas; impedir que pessoa saia do País ou apreender passaporte; determinar medidas

processuais de garantia, tais como: sequestro e indisponibilidade de bens (*Informativo 158* do STF); tomar decisões imotivadas (*Informativo 162* do STF).

Resumo do tema – inquérito policial

- ◆ Objetivo: apurar a materialidade do crime (existência no mundo real) e indícios de autoria (bastam indícios, não precisa de uma prova cabal).
- ◆ Vimos que não há contraditório no inquérito policial. Ele é inquisitivo.
- ◆ Quem preside o inquérito policial? A autoridade policial.
- ◆ Escrivão pode presidir inquérito policial? Na teoria, não. Só o delegado.
- ◆ O fato de a CPI ou o Ministério Público investigar diretamente fere a reserva de competência da polícia? NÃO (parágrafo único do art. 4º do CPP).
- ◆ Como começa o inquérito policial? Nos crimes de ação pública: I – de ofício; II – por requisição do juiz ou do Ministério Público; III – por requerimento do ofendido ou representante legal. Nos crimes de ação penal privada: somente se pode proceder a inquérito policial por *requerimento* de quem tenha qualidade para intentá-la. Nos crimes de ação pública condicionada à representação: só com a representação pode ser iniciado.

Cuidado: existe representação do ofendido diferida? Em outras palavras, pode-se primeiro começar o inquérito policial e depois correr atrás da representação do ofendido? NÃO.

- ◆ O que acontece se o Ministério Público oferecer denúncia SEM esperar a manifestação? Falta condição para o exercício da ação e a denúncia deve ser rejeitada pelo juiz, por inépcia da inicial (art. 395, II).

Exemplo: “A” chega na delegacia e apresenta uma *notitia criminis*, mas o delegado o manda embora, por entender que não é crime. Pode o delegado indeferir instauração de inquérito policial? SIM. Por exemplo, se o fato for atípico.

- ◆ Cabe recurso dessa decisão? SIM, para o chefe de polícia (art. 5º, § 2º).
- ◆ Pode o Ministério Público investigar *diretamente* no lugar da polícia judiciária? SIM. Ele controla externamente a polícia e pode investigar

diretamente um crime. STJ e STF já decidiram que sim.

- ◆ Quem pode comunicar à autoridade policial a existência de crime ou contravenção? Qualquer do povo, verbalmente ou por escrito.
- ◆ Cabe *notitia criminis* por denúncia anônima? Sim. Disque-denúncia. O delegado lavra a denúncia num livro específico e direciona os investigadores para a diligência confirmatória.
- ◆ O que acontece após a prisão em flagrante, conforme a nova lei de prisão (Lei n. 12.403/2011, que alterou o Código de Processo Penal)? O delegado remete o auto de prisão em flagrante para o juiz, em 24 horas.
- ◆ Se o advogado tiver alguma pergunta denegada pelo delegado, o inquérito policial é nulo? NÃO, trata-se de procedimento inquisitivo, em que não há contraditório, nem ampla defesa.
- ◆ E em casos em que o corpo não é encontrado? Vale prova testemunhal nesse caso.
- ◆ Quantas testemunhas assinam a oitiva do indiciado? DUAS.
- ◆ Existe acareação na polícia? E reconhecimento de pessoas e coisas? SIM, para as duas questões.
- ◆ O preso tem que “tocar piano”? Colocar as digitais no papel? Vale a nova lei de identificação criminal (Lei n. 12.037/2009).
- ◆ É possível fazer a reconstituição do crime em qualquer caso? O único impedimento é não contrariar a moral ou a ordem pública.
- ◆ Existe inquérito policial verbal? Não. A lei exige que seja escrito.
- ◆ Qual é o prazo para encerramento do inquérito policial? 10 dias, se o agente estiver preso; 30 dias, se estiver solto. Prazo especial: na Lei de Drogas = 30 dias, se estiver preso; 90 dias, se estiver solto.
- ◆ E se o prazo final não foi cumprido, o que acontece? Para o indiciado preso: a autoridade policial pede prorrogação de prazo e deve relaxar a prisão cautelar. Para o indiciado solto: a autoridade policial pede prorrogação de prazo.
- ◆ Relatório é a peça final do inquérito policial. Trata-se de um resumo com os pontos mais importantes apurados no decorrer da investigação.
- ◆ Pode o Ministério Público mandar voltar o inquérito policial para que sejam ouvidas? SIM, se imprescindíveis ao oferecimento da denúncia.

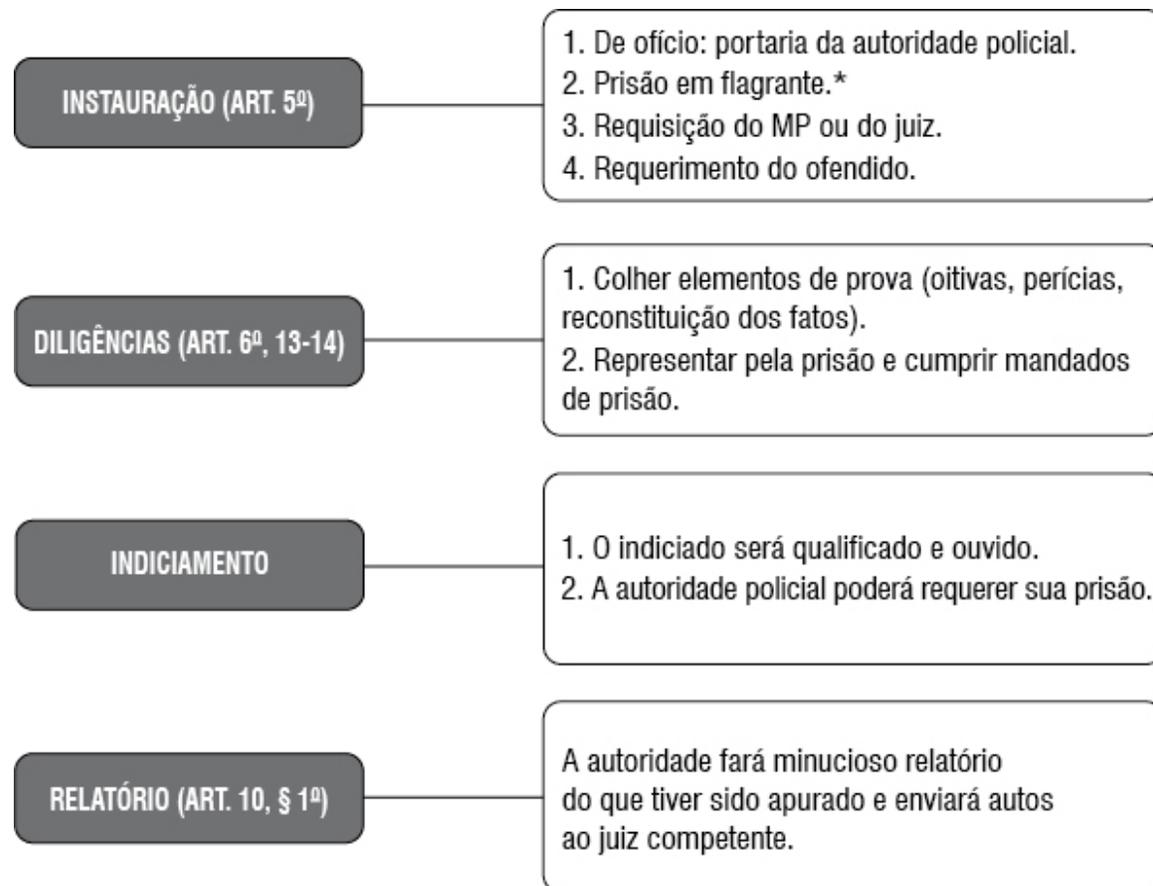
- ◆ Quem concede renovação de prazo do inquérito policial após esgotamento? O juiz.
- ◆ Quem manda arquivar o inquérito policial? Nunca será a autoridade policial! O Ministério Público requer. O juiz determina. Se o juiz discordar do Ministério Público, aplica-se o art. 28 do Código de Processo Penal.
- ◆ Existe ou não existe sigilo no inquérito policial? EXISTE. O art. 20 garante à autoridade policial o sigilo necessário à elucidação do fato.
- ◆ No caso do sigilo, o advogado pode ter acesso aos autos? SIM. Ele sempre terá acesso aos elementos já juntados.

Súmulas importantes

Súmula 444, do STJ: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

Súmula Vinculante 14, do STF: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

Inquérito Policial (arts. 4º a 23 do CPP)



* Após a lavratura do auto de prisão em flagrante, a autoridade policial tem 24 horas para encaminhá-lo ao juiz (art. 306, § 1º, CPP).

PARTE II

◆ Ação Penal

- ◆ Ação Penal
- ◆ Teorias da Ação
- ◆ Características do Direito de Ação
- ◆ Condições da Ação
- ◆ Ação Penal nos Crimes Complexos (art. 101 do CP)
- ◆ Ação Penal nos Crimes contra a Honra
- ◆ Ação Penal nos Crimes contra a Dignidade Sexual
- ◆ Ação Penal nos Delitos que Envolvam Violência Doméstica contra a Mulher
- ◆ Ação Penal em Face de Parlamentar
- ◆ Classificação da Ação Penal
- ◆ Classificação da Ação Penal

Capítulo 1

◆ Ação Penal

1. Introdução

Verificada a ocorrência de uma infração penal, inicia-se a persecução penal do Estado com a investigação preliminar, normalmente por meio do inquérito policial (mas também pode ser diretamente pelo Ministério Público ou ainda por Comissão Parlamentar de Inquérito), que irá reunir elementos relativos ao fato criminoso e buscar apurar sua autoria.

Concluído o procedimento de investigação, elabora-se um relatório, que é enviado ao Fórum criminal. Lá, o juiz abre vista ao Ministério Público, que o receberá e, se não promover o arquivamento, oferecerá a denúncia, iniciando-se dessa forma a ação penal.

A ação penal pode ser conceituada como o direito de pedir (ou exigir) a tutela jurisdicional do Estado, visando a resolução de um conflito advindo de um fato concreto.

Compete ao Estado pacificar os conflitos, em especial na área das ciências criminais. Não há autorização legal para que a própria vítima promova justiça com suas próprias mãos, sob pena de praticar o delito de exercício arbitrário das próprias razões (art. 345 do CP).

As hipóteses de autotutela no plano criminal ficam reduzidas às excludentes de ilicitude e de culpabilidade, como a legítima defesa e a inexigibilidade de conduta diversa. Mas a regra é postular sua solução perante o órgão jurisdicional competente.

Neste sentido, Tourinho Filho afirma que o entendimento dominante é o de que a ação é um direito contra o Estado. “Se o Estado aboliu a vingança privada como forma de composição de litígios e avocou o monopólio da administração da justiça, obviamente surgiu para o cidadão o direito de se dirigir a ele, exigindo-lhe a garantia jurisdicional” (TOURINHO FILHO, 2010, p. 314).

Com efeito, ao Poder Judiciário cabe dirimir os litígios, mas sempre mediante provocação, nunca de ofício (daí a origem do direito de ação). Tal princípio da inércia da jurisdição é conhecido como *ne iudex procedat ex officio*.

Com a prática de uma infração penal, surge para o Estado a pretensão punitiva concreta, que se formaliza por meio do direito de ação, cujo fundamento constitucional é o art. 5º, inc. XXXV, da CF/88: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

A ação penal legítima e amparada nos ditames constitucionais é pressuposto de existência e validade para a aplicação da pena individualizada, que decorre unicamente do devido processo legal (*nulla poena sine iudicio* – CF, art. 5º, LIV), postulado a ser observado em razão da impossibilidade de que o poder-dever de punir do Estado seja exercido arbitrariamente.

Capítulo 2

◆ Teorias da Ação

O direito de ação foi fundamentado de acordo com várias teorias, que foram evoluindo com o passar do tempo, acompanhando as necessidades sociais. Vejamos resumidamente cada uma delas:

- a) *Teoria Imanentista*: segundo esta teoria, o direito de ação nada mais seria do que um aspecto imanente do direito material, ou seja, não ostentava nenhuma autonomia em relação a este último.
- b) *Teoria Abstrata*: de acordo com esta teoria, o direito de ação é totalmente destacado do direito material, ou seja, a existência ou não deste último em nada influencia na fundamentação do direito de ação.
- c) *Teoria Concreta*: esta teoria propunha que o direito de ação somente poderia ser reconhecido quando concretamente verificado em juízo.
- d) *Teoria Potestativa*: desenvolvida por Chiovenda, propõe esta teoria que o exercício do direito de ação se trata de verdadeiro poder de provocar a jurisdição estatal.

Eugênio Pacelli de Oliveira traz importantes contribuições ao tecer comentários às teorias da ação:

Pensamos que a teoria de Chiovenda presta inegáveis serviços à ciência processual, além de não se revelar de todo incompatível com a teoria abstrata do direito de agir. A questão é mais de perspectiva. O que para a teoria abstrata é um *direito* em face do Estado, porquanto esse é *devedor* da atuação jurisdicional, para Chiovenda seria um *poder*. Poder esse com consequências idênticas, uma vez que tanto o Estado quanto o acusado nada poderiam fazer em relação ao exercício desse poder.

Porém acreditamos que a utilização do conceito jurídico de *poder*, quando dirigido contra o Estado, ou em face dele, não parece adequada, por implicar uma diminuição inconveniente e perigosa do papel do Estado no exercício da função jurisdicional. Que o réu seja submetido ao processo pela vontade do autor, manifestada com o simples ajuizamento da ação, não há problema. A nosso aviso, essa efetivamente parece ser a real *posição* do réu dentro do processo. Mas o mesmo não ocorre em relação ao Estado. No plano das relações entre Estado e administrado, cabe ao primeiro o exercício do *poder*. Ao segundo, o exercício dos direitos, das garantias e das liberdades públicas reconhecidas na ordem jurídica (OLIVEIRA, 2010, p. 75).

Capítulo 3

◆ Características do Direito de Ação

O direito público subjetivo de ação é revestido por diversas características relevantes. Vamos apresentar cada uma delas:

- a) é um direito *público*: cuida-se de direito (processual) destinado a legitimar a atuação do Direito Penal, cuja titularidade para processar, julgar e executar as penas é do Estado;
- b) é um direito *subjetivo*: conta com um titular específico. No nosso sistema, o direito de ação pertence ao Ministério Público (nos casos de ação penal pública) ou à vítima, seu representante legal ou sucessores (nos casos de ação penal privada, inclusive a subsidiária da pública);
- c) é um direito *abstrato*: independe do direito material invocado (direito de punir). Ou seja, mesmo que, na prática, não seja caso nem de receber a inicial acusatória, ao prestar a jurisdição o direito de ação foi exercido em sua plenitude, qual seja, o direito de exigir do Estado-juiz uma resposta;
- d) é um direito *autônomo*: independe da procedência ou improcedência do pedido;
- e) é um direito *específico* ou *determinado*: é atrelado a um caso concreto (jamais se exercita o direito de ação regularmente sem ter por base um *fato* punível concreto, que deve ser devidamente narrado e explicitado, nos termos do art. 41 do Código de Processo Penal).

Temos previsão do instituto da ação penal em dois importantes diplomas legislativos brasileiros: o Código Penal e o Código de Processo Penal.

No Código Penal, o Título VII trata da ação penal.

Inicia seu estudo cuidando da ação pública e da ação de iniciativa privada, diferenciando as duas: a ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.

Essa primeira regra é importante: a regra é a ação ser pública, o que dispensa menção em todos os tipos penais. Quando for privada, tal informação deverá estar prevista na lei: “somente se procede mediante queixa”.

O titular da ação penal pública é o Ministério Público.

Sua ação independe, como regra geral, de qualquer condição de procedibilidade.

Entretanto, excepcionalmente, pode depender, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça.

O titular da ação penal privada é o ofendido, ou quem tenha qualidade para representá-lo.

Atenção: no caso de morte do ofendido ou de ter sido declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou de prosseguir na ação passa ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

Há espécie diferenciada, prevista na Constituição da República e no Código de Processo Penal, denominada ação penal privada subsidiária da pública, para as hipóteses em que o Ministério Público não oferece a denúncia na ação penal pública no prazo legal.

O Código Penal ainda trata da ação penal no crime complexo, da irretratabilidade da representação, da decadência do direito de queixa ou de representação, da renúncia expressa ou tácita do direito de queixa e do perdão do ofendido.

Todos esses pontos serão abordados isoladamente a seguir.

Já no Código de Processo Penal, o tratamento está direcionado para os aspectos processuais da questão.

O Título III, responsável pela ação penal, começa tratando da promoção da ação penal e de suas condições de procedibilidade, repetindo regra do Código Penal.

Também há previsão da legitimidade da ação penal privada ou da pública condicionada à representação no caso de morte do ofendido, ou declaração de ausência, com a transmissão do direito ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

Dica: seja qual for o crime, quando praticado em detrimento do patrimônio ou interesse da União, Estado e Município, a ação penal será pública.

O Código de Processo Penal trata da representação e sua irretratabilidade, após o oferecimento da denúncia.

Ainda na linha da *notitia criminis*, pode ser feita diretamente ao Ministério Público por qualquer pessoa do povo, que poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, nos casos em que caiba a ação pública, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e a autoria e indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção.

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

Há também previsão expressa sobre a legitimidade do titular da ação penal privada ou da representação na ação penal pública condicionada.

Ao ofendido ou a quem tenha qualidade para representá-lo, caberá intentar a ação privada. 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.

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

Sobre a vítima pobre, há algumas regras importantes no Código de Processo Penal. Nos crimes de ação privada, o juiz, a requerimento da parte que comprovar a sua pobreza, nomeará advogado para promover a ação penal. Considerar-se-á pobre a pessoa que não puder prover às despesas do processo, sem privar-se dos recursos indispensáveis ao próprio sustento ou da família. Será prova suficiente de pobreza o atestado da autoridade policial em cuja circunscrição residir o ofendido.

O Código de Processo Penal ainda trata do direito de representação, do direito de queixa e do oferecimento da denúncia.

Diante de todas as regras apresentadas, previstas expressamente na legislação penal e processual penal, é possível notar ser a ação penal um instituto de natureza puramente processual.

Fechada a questão dos dispositivos expressos, vistos de forma superficial por ora, vamos estudar as condições da ação.

Capítulo 4

◆ Condições da Ação

O direito de ação deve ser exercido regularmente. Esse exercício regular depende do preenchimento de algumas condições, que são chamadas “condições da ação”.

Vejam os cada uma dessas condições, divididas em gerais ou genéricas e especiais ou específicas:

a) *Genéricas*: são condições exigidas em todas as ações penais. A doutrina majoritária menciona três, embora haja quem sustente haver quatro:

a.1) *Possibilidade jurídica do pedido*: o pedido formulado, isto é, o provimento jurisdicional solicitado, deve encontrar amparo no ordenamento jurídico (só se admite ação penal por um fato em tese punível). O fato narrado, em suma, tem que encontrar amparo no direito vigente. Faltando qualquer um dos requisitos do fato punível (tipicidade, antijuridicidade ou punibilidade abstrata), o pedido é juridicamente impossível.

No que diz respeito à tipicidade, o tema é pacífico. Há discussão acerca da possibilidade jurídica do pedido no que concerne à ilicitude e à culpabilidade. Em tese, só é possível a rejeição ou o não oferecimento da denúncia se o fato for atípico, já que as excludentes da ilicitude e da culpabilidade dependem da produção inequívoca de provas. A doutrina, no entanto, admite seja a denúncia não oferecida se absolutamente evidente a presença da exculpante ou da dirimente. Neste sentido, ensina Norberto Avena: “Sendo inequívoca, isto é, completamente estreme de dúvida a ocorrência da excludente da ilicitude a abrigar a conduta do agente, modo geral tem-se admitido que o Ministério Público não ofereça denúncia, requerendo o arquivamento do inquérito

policial. A hipótese é relativamente comum na prática forense. Agora, se na mesma circunstância fática, optar o promotor por deduzir a ação penal, não poderá o juiz rejeitar a inicial, devendo aguardar a fase posterior ao oferecimento da resposta do acusado (art. 396 do Código de Processo Penal), quando então poderá, em julgamento antecipado do processo, absolver sumariamente o imputado com fundamento no art. 397, I, do Código de Processo Penal” (AVENA, 2012, p. 153).

a.2) Legitimidade *ad causam* (para a causa): a legitimidade ativa pertence ao Ministério Público (na ação pública) ou à vítima (na ação privada); a passiva exige, em regra, uma pessoa humana que tenha 18 anos ou mais na data do fato (agente imputável).

A situação da pessoa jurídica no que concerne ao polo passivo da ação penal é objeto de discussão. A Lei n. 9.605/98, no art. 3º, prevê a punição penal da pessoa jurídica. Para alguns, a punição da pessoa jurídica no âmbito penal não encontra respaldo no sistema processual brasileiro, limitando-se a reprimenda às esferas civil e administrativa, isto porque, psicologicamente, não pode a pessoa jurídica, por si, deliberar a prática do delito.

Outros, no entanto, sustentam a possibilidade de a pessoa jurídica figurar como ré em ação penal, tendo em vista figurar como ente personificado no ordenamento jurídico, razão pela qual pode praticar atos, por meio de seus administradores, passíveis de punição não somente civil e administrativa, mas também penal, desde que o proveito pelo ato praticado seja revertido em favor dela. Mas se deve observar, nesse caso, a teoria da dupla imputação: a ação deve ser dirigida contra a pessoa física que praticou o delito e, ao mesmo tempo, contra a pessoa jurídica.

Neste sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “Admite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício, uma vez que ‘não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio’ cf. Resp n. 564.960/SC, 5ª Turma, Rel. Ministro Gilson Dipp, DJ de 13-6-2005

(Precedentes). Recurso especial provido” (REsp 889.528 – Rel. Min. Felix Fischer – j. 17-4-2007).

a.3) *Interesse de agir*: interesse significa necessidade, adequação e utilidade do provimento jurisdicional. No âmbito penal, o interesse de agir é inerente à ação penal (porque sem intervenção do juízo jamais se aplica pena criminal). Em cada caso concreto cabe ao juiz examinar, portanto, os aspectos pertinentes à adequação do provimento solicitado e sua utilidade (para dirimir o conflito).

a.4) *Justa causa*: significa presença *defumus boni iuris*, isto é, prova do crime e ao menos indícios de autoria. A ação penal deve ser viável, séria, fundada, portanto, em provas que deem plausibilidade ao pedido. Caso uma ação penal (pública ou privada) venha a ser intentada sem nenhuma prova a respeito da existência do fato ou sobre a autoria, impõe-se sua rejeição liminar.

b) *Específicas*: específicas são condições exigidas em algumas ações penais, como a representação da vítima e a requisição do Ministro da Justiça.

Na falta de uma das condições acima mencionadas diz-se que o autor é carecedor da ação. A carência da ação conduz à extinção do processo e arquivamento dos autos.

Há também outras condições incidentes no âmbito da ação penal. São elas:

a) *Condição de procedibilidade*: é exigida para o exercício regular do direito de ação.

b) *Condição de prosseguibilidade*: é requerida em algumas situações, para que se prossiga o inquérito policial ou a própria ação penal (já proposta). No CP, art. 107, VIII (casamento da vítima com terceiro), havia exemplo disso. Nos crimes sexuais não violentos, se a vítima se casava com terceiro, só havia andamento do inquérito policial ou da ação penal se ela requeresse seu prosseguimento no prazo de sessenta dias (contados da data do casamento). Com a Lei n. 11.106/2005, contudo, o casamento da vítima com terceiro deixou de ser causa extintiva da punibilidade.

c) *Condição objetiva de punibilidade*: é a exigida pela lei para que o fato se torne punível concretamente. Exemplo: art. 7º, § 2º, do CP: alguns crimes cometidos no estrangeiro só são puníveis no Brasil se concorrerem várias condições: entrar o agente no território brasileiro, ser o fato punível também no país em que foi praticado etc. São condições objetivas de punibilidade, isto é, o fato só se torna punível no Brasil se presentes tais condições. Como se vê, condições objetivas de punibilidade dizem respeito ao delito (ao Direito penal), enquanto as condições de procedibilidade referem-se ao exercício regular do direito de ação.

Capítulo 5

◆ Ação Penal nos Crimes Complexos (art. 101 do CP)

Ocorre crime complexo quando se dá a fusão de dois ou mais crimes (roubo, latrocínio etc. são exemplos de crimes complexos). A ação penal nesse caso (de crime complexo) deve seguir a regra geral das ações penais (se o legislador nada diz sobre ela, é pública incondicionada). O art. 101 do CP é exemplo de artigo inútil.

Capítulo 6

◆ Ação Penal nos Crimes contra a Honra

Dispõe o art. 145 do CP que a persecução dos crimes contra a honra somente se procede mediante queixa, salvo quando, no caso do art. 140, § 2º, da violência resulta lesão corporal.

O seu parágrafo único determina proceder mediante requisição do Ministro da Justiça, no caso do inc. I *docaput* do art. 141 deste Código (*contra o Presidente da República ou chefe de governo estrangeiro*), e mediante representação do ofendido, no caso do inc. II do mesmo artigo (*contra funcionário público, no exercício das suas funções*), bem como no caso do § 3º do art. 140 deste Código (*injúria por preconceito*).

Do exposto, conclui-se que:

- 1) nos crimes contra a honra, a regra é perseguir a pena mediante ação penal privativa da vítima ou de seu representante legal;
- 2) resultando na vítima lesão física (injúria real com lesão corporal), apura-se o crime mediante ação pública *incondicionada* (com o advento da Lei n. 9.099/95, temos doutrina lecionando ser pública *condicionada*, modalidade de ação agora cabível no caso do art. 129, *caput*);
- 3) será penal pública condicionada à representação no caso de o delito ser cometido contra funcionário público, no exercício das suas funções (art. 141, II) e condicionada à requisição do Ministro da Justiça no caso do inc. I do art. 141 (contra o Presidente da República ou chefe de governo estrangeiro).

A despeito da exceção trazida pelo parágrafo único em comento, veio à tona forte corrente sustentando, em casos tais, a admissibilidade

da legitimação alternativa do Ministério Público e do agente público ofendido, nascendo, para este, um verdadeiro *direito de opção*.

Foi exatamente essa a posição adotada pelo Pretório Excelso, ao editar a Súmula 714: “É concorrente a legitimidade do ofendido, mediante queixa, e do Ministério Público, condicionada à representação do ofendido, para a ação penal por crime contra a honra de servidor público em razão do exercício de suas funções”.

De acordo com o mesmo Tribunal (Supremo Tribunal Federal), se o servidor ofendido optar pela representação ao Ministério Público, ficasse preclusa a ação penal privada (STF, 1ª T., HC 84.659-9/MS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 29-6-2005, v.u., DJU 19-8-2005).

Com o devido respeito, pensamos que a opção por uma via (a da representação, por exemplo) não preclui a outra (a da queixa), desde que exercida dentro do prazo decadencial.

Tal enunciado, no entanto, trará consequências extras, pois, se a opção for pelo oferecimento de queixa-crime, caberá a incidência de algumas causas extintivas da punibilidade (perdão do ofendido, retratação etc.), até então incompatíveis com os princípios informadores da ação penal pública.

4) Com o advento da Lei n. 12.033/2009, a pena do crime de injúria por preconceito deixou de ser perseguida mediante ação penal de iniciativa privada, passando a legitimidade para o Ministério Público, dependendo de representação do ofendido (ação penal pública condicionada). A alteração legal deve respeitar os fatos pretéritos. Entendemos, com o devido respeito aos que lecionam em sentido contrário, inaplicável o princípio processual penal *dotempus regit actum*, devendo a ação penal, para os casos praticados antes da vigência da nova lei, continuar sendo privada (queixa-crime), vez que, do contrário, estar-se-ia subtraindo inúmeros institutos extintivos da punibilidade ao acusado (exemplos: renúncia, perdão do ofendido, perempção etc.). A mudança da titularidade da ação penal é matéria de processo penal, mas conta com reflexos penais imediatos. Daí a imperiosa necessidade de tais normas (processuais, mas com reflexos penais diretos) seguirem a mesma orientação

jurídica das normas penais. Quando a inovação é desfavorável ao réu, não retroage.

Capítulo 7

◆ Ação Penal nos Crimes contra a Dignidade Sexual

Antes da Lei n. 12.015/2009, a ação penal, via de regra, nos crimes sexuais era de iniciativa privada, de acordo com o que estabelecia o *caput* do art. 225. Havia quatro exceções:

- a) procedia-se mediante ação pública condicionada à representação se a vítima ou seus pais não podiam prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família;
- b) procedia-se mediante ação pública incondicionada se o crime era cometido com abuso do poder familiar, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador;
- c) procedia-se mediante ação pública incondicionada se da violência resultasse na vítima lesão grave ou morte;
- d) a ação penal era *pública incondicionada*, de acordo com a Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal, quando o crime de estupro fosse praticado mediante o emprego de violência real (aplicando-se o mesmo ao atentado violento ao pudor).

Agora, com a reforma, a regra estabelece que a ação penal é pública condicionada, transformando-se em pública incondicionada quando a vítima é:

- 1) menor de 18 anos; ou
- 2) pessoa vulnerável.

Nos casos em que a ação penal de iniciativa privada passou para pública, devem os fatos anteriores ser descritos em queixa-crime,

oferecida pela vítima, ou em denúncia, proposta pelo Ministério Público?

Como já alertamos no tópico referente à *ação penal nos crimes contra a honra*, certamente haverá aqueles que, norteados pelas regras do direito intertemporal no processo penal, lecionarão pela aplicação imediata da mudança, isto é, denúncia (não se observando o *tempus regit actum*).

Entendemos, com o devido respeito, que a ação penal, para os casos praticados antes da vigência da nova lei, deve continuar sendo privada (queixa-crime), vez que, do contrário, estar-se-ia subtraindo inúmeros institutos extintivos da punibilidade ao acusado (exemplos: renúncia, perdão do ofendido, perempção etc.). A mudança da titularidade da ação penal é matéria de processo penal, mas conta com reflexos penais imediatos. Daí a imperiosa necessidade de tais normas (processuais, mas com reflexos penais diretos) seguirem a mesma orientação jurídica das normas penais. Quando a inovação é desfavorável ao réu, não retroage.

Aplicamos o mesmo raciocínio para os casos em que a ação pública condicionada passou a ser incondicionada.

Nas hipóteses de ação pública incondicionada que passaram para a regra (condicionada), entendemos que a análise exige separar duas situações:

- a) se a inicial (denúncia) já foi ofertada, trata-se de ato jurídico perfeito, não sendo alcançado pela mudança. Não nos parece correto o entendimento de que a vítima deve ser chamada para manifestar seu interesse em ver prosseguir o processo. Essa lição transforma a natureza jurídica da representação de condição de procedibilidade em condição de prosseguibilidade. A lei nova não exigiu essa manifestação (como fez no art. 88 da Lei n. 9.099/95);
- b) se a incoativa ainda não foi oferecida, deve o Ministério Público aguardar a oportuna representação da vítima ou o decurso do prazo decadencial, cujo termo inicial, para os fatos pretéritos, é o da vigência da novel lei.

Por fim, qual a ação penal nos casos em que da violência resulta na vítima lesão grave ou morte?

Antes do advento da Lei n. 12.015/2009, era de ação penal pública incondicionada (podia e devia o Ministério Público atuar sem nenhuma manifestação da vítima).

Por força da atual redação (ou omissão) do art. 225, a ação penal passou a ser pública condicionada.

O Procurador-Geral da República, acolhendo manifestação da Subprocuradora-Geral da República, Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, ingressou com ADI (4.301), junto ao Supremo Tribunal Federal, solicitando o reconhecimento (inclusive liminar) da inconstitucionalidade do art. 225 do CP (sem redução de texto), para se admitir que a ação penal, no caso do estupro com resultado morte ou lesão corporal grave, seria pública incondicionada.

Três foram os fundamentos invocados:

- 1) ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana;
- 2) ofensa ao princípio da proteção deficiente (que nada mais significa que um dos aspectos do princípio da proporcionalidade);
- 3) a possível extinção da punibilidade em massa nos processos em andamento (de estupro com resultado morte ou lesão corporal grave), porque passariam a exigir manifestação da vítima (sob pena de decadência).

Luiz Flávio Gomes discorda, argumentando:

A nova norma (do art. 225 do CP) é razoável e equilibrada. Andou bem em dispor que a ação penal, nos crimes sexuais previstos nos Capítulos I e II, seja, em regra, pública condicionada à representação da vítima. Nos crimes sexuais não existem interesses relevantes apenas do Estado. Antes, e sobretudo, também marcantes são os interesses privados (o interesse de recato, de preservação da privacidade e da intimidade etc.). O escândalo do processo, muitas vezes, só intensifica a ofensa precedente (gerando o que se chama, na Criminologia, de vitimização secundária). O legislador não ignorou esse aspecto (sumamente importante) da questão. Nada mais sensato, nos crimes sexuais em geral (e no estupro em particular), que condicionar a atuação do Ministério Público à manifestação de vontade da vítima. Imagine (por desgraça) um juiz, um procurador, um parlamentar etc. sendo vítima de um estupro. A publicidade que acarreta o processo pode potencializar (e normalmente potencializa) a ofensa. Pode ser que

a privacidade seja melhor para a vítima (para que ela não sofra a vitimização secundária).

Tudo isso foi levado em conta na nova norma (que é sensata e proporcional). Não é ofensiva à dignidade da pessoa humana (ao contrário). Não espelha nenhuma deficiência protetiva (ao contrário). De outro lado, nos crimes sexuais, quando a vítima não tem interesse, o aspecto probatório resulta sensivelmente prejudicado. A conciliação dos interesses privados com o público é o melhor caminho nos crimes sexuais. Essa regra só foi excepcionada quando se trata de vítima menor de dezoito anos ou vulnerável (o que também é sensato).

A ação penal no crime de estupro com resultado morte ou lesão corporal grave, em síntese, é pública condicionada. Impossível aplicar o art. 101 do CP, por duas razões: 1ª) a norma do art. 225 do CP é especial (frente ao art. 101 que é geral); 2ª) a norma do art. 225 é posterior (o que afasta a regra anterior). Não vemos razão para alterar o quadro jurídico fixado pela Lei n. 12.015/2009. A tendência publicista do Direito não pode chegar ao extremo de ignorar completamente os interesses privados da vítima, quando o delito atinge a sua intimidade, que é um dos relevantes aspectos (que lhe sobra) da sua personalidade (GOMES, 2009).

Capítulo 8

◆ Ação Penal nos Delitos que Envolvam Violência Doméstica contra a Mulher

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4.424), e na decisão da Ação Direta de Constitucionalidade (ADC 19), posicionou-se acerca da constitucionalidade da Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006).

Na oportunidade, foram julgadas as duas ações constitucionais mencionadas em conjunto (ADI 4.424 e ADC 19).

No portal Atualidades do Direito, em seu blog (<http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2012/03/09/stf-julga-a-lei-maria-da-penha-constitucional>), Luiz Flávio Gomes sintetiza com precisão o resultado desse importante julgamento da seguinte forma:

- ◆ o art. 1º da lei é constitucional, logo ela não fere os princípios constitucionais da igualdade e proporcionalidade (não é desproporcional ou ilegítimo o uso do sexo como critério de diferenciação, visto que a mulher é eminentemente vulnerável no tocante a constrangimentos físicos, morais e psicológicos sofridos em âmbito privado –*Informativo* 654 do STF);
- ◆ o art. 33 da lei da mesma forma é constitucional, portanto, enquanto não forem organizados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar, compete às varas criminais o julgamento destas causas;
- ◆ também é constitucional o art. 41 da Lei Maria da Penha; assim, aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, não se aplica a Lei n. 9.099/95 (Precedente STF, HC 106.212/MS, Plenário, 24-3-2011);

- ◆ os arts. 12, I, 16 e 41 da Lei Maria da Penha foram interpretados conforme a Constituição para assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão corporal, praticado mediante violência doméstica e familiar contra a mulher.

Dessa forma, a ação penal para apurar lesões corporais contra mulheres, vítimas de violência doméstica e familiar, é pública incondicionada, resolvendo forte impasse doutrinário e prático a respeito do tema.

Capítulo 9

◆ Ação Penal em Face de Parlamentar

Parlamentares são agentes políticos eleitos pelo povo que exercem função legislativa típica.

Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. Trata-se da questão da imunidade material, prevista no art. 53 da Constituição da República.

Sob o plano da competência, desde a expedição do diploma serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável.

Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de 24 horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva (Câmara dos Deputados ou Senado Federal).

Partido político nela representado, e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, *sustar* o andamento da ação.

O pedido de sustação será apreciado pela Casa respectiva no prazo improrrogável de 45 dias do seu recebimento pela Mesa Diretora. A sustação do processo suspende a prescrição, enquanto durar o mandato. Depois volta a correr.

Deputados e Senadores não serão obrigados a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato, nem sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações.

Fique atento para a época da mudança das regras desse tópico, que coincidem com a Emenda Constitucional n. 35:

- ◆ *Antes* da Emenda Constitucional n. 35, era necessária licença da Casa respectiva para se iniciar processo contra parlamentar.
- ◆ *Após* a EC n. 35, não se requer tal licença, mas a Casa pode sustar o andamento da ação (mas só para crimes ocorridos depois da diplomação).

De qualquer forma, a ação penal será pública ou privada, a depender da infração penal cometida pelo mandatário legislativo do poder popular.

Capítulo 10

◆ Classificação da Ação Penal

A classificação da ação penal mostra-se importante por força das diferentes consequências jurídicas que lhe são inerentes, como seus legitimados, aspectos procedimentais, princípios próprios e prazos.

A ação penal no Brasil pode ser classificada, inicialmente, em pública ou privada.

A ação penal pública é promovida pelo Ministério Público e pode ser incondicionada, condicionada à representação do ofendido ou requisição do Ministro da Justiça ou subsidiária da pública (leia-se: ação pública subsidiária da pública. Exemplo: Decreto-lei n. 201/67, art. 2º, § 2º).

A ação penal privada, por sua vez, subdivide-se em exclusivamente privada, personalíssima e subsidiária da pública.

Há, ainda, o que se denomina ação “penal” popular, que consiste na possibilidade de qualquer pessoa do povo entrar com ação penal (condenatória) em qualquer crime: *isso não existe no Brasil*. A ação popular possui natureza jurídica constitucional. Não é uma modalidade de ação penal.

A Lei n. 1.079/50, que cuida dos “crimes” de responsabilidade (do Presidente da República, Ministros de Estado, Ministros do Supremo Tribunal Federal ou contra o Procurador-Geral da República), não constitui exceção: porque essa lei, a rigor, não cuida de verdadeiros “crimes”, mas, sim, de infrações políticas.

Cuidado: mesmo sendo conhecida como lei dos crimes de responsabilidade, a Lei n. 1.079/50 não traz em seu bojo nenhuma infração penal.

Impõe-se a mesma conclusão a respeito do Decreto-lei n. 201/67, que autoriza qualquer eleitor a propor ação de cassação do Prefeito, em denúncia a ser encaminhada à Câmara de Vereadores.

Note-se que o *habeas corpus* também não é exceção, porque não é ação “penal” (que vise a condenação de qualquer pessoa), mas instrumento para tutelar a liberdade humana. Sua natureza jurídica é de ação constitucional de impugnação a situações (incluindo decisões) que retirem a liberdade do indivíduo ou a coloquem em situação de possível e concreta ameaça.

O art. 100 do CP disciplina a forma pela qual se identifica a classificação da ação penal: será, em regra, pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.

A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça. Portanto, a regra é simples: se a lei que descreve o delito nada diz, a ação penal automaticamente é pública. Só será privada quando a lei expressamente assim determinar. A determinação legal também vale para as ações penais públicas condicionadas à representação do ofendido ou requisição do Ministro da Justiça.

1. Ação penal pública incondicionada

A ação penal pública incondicionada tem como titular o Ministério Público (art. 24 do CPP; art. 100 da CP; art. 129, I, da CF), que, com exclusividade, deve promover a ação penal pública incondicionada. Embora a CF (art. 129, I) se refira à exclusividade deste órgão, certo é que há uma exceção (também constitucional): quando a ação penal pública não é intentada no prazo, pode a vítima promover a chamada ação penal privada subsidiária da pública. Note-se que o particular pode eventualmente suprir a inércia do órgão público, mas não concorre com ele na legitimidade para agir.

Exceção a esta regra se verifica nos crimes contra a honra de funcionário público no exercício das funções, pois, conforme expressa a Súmula 714 do Supremo Tribunal Federal: “É concorrente a legitimidade do ofendido, mediante queixa, e do Ministério Público, condicionada à representação do ofendido, para a ação penal por crime

contra a honra de servidor público em razão do exercício de suas funções”.

A Constituição da República, que impõe a privatividade ao *Parquet*, não recepcionou os arts. 26 e 531 do código de Processo Penal, que previam o chamado “processo judicialiforme”. Antes da Constituição de 1988, o juiz e o delegado de polícia podiam iniciar a ação penal nas contravenções, o que não é mais possível em razão da modificação do cenário jurídico imposta pela nova ordem constitucional.

1.1 Princípios da ação penal

A ação penal pública incondicionada é cercada pelos seguintes princípios:

- a) *oficialidade*: o Ministério Público é órgão oficial (daí a oficialidade da ação penal pública);
- b) *obrigatoriedade ou legalidade processual*: o Ministério Público, presentes as condições da ação, é obrigado a agir, a ingressar com a ação penal, a não ser em determinados casos expressamente previstos em lei, como a transação penal (art. 76 da Lei n. 9.099/95);
- c) *indisponibilidade*: o Ministério Público não pode desistir da ação penal proposta (art. 42 do CPP), nem do recurso interposto (art. 576 do CPP). Pode, entretanto, pedir a absolvição do réu (seja em primeira instância, seja no plenário do júri, seja em segunda instância) e renunciar à interposição de eventual recurso (renúncia não se confunde com desistência). Exceção ao princípio da indisponibilidade é a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95), em que o Ministério Público oferece a denúncia e no mesmo momento pede a suspensão do processo;
- d) *intranscendência*: a ação penal somente pode ser proposta contra o autor do crime (porque a pena não pode passar da pessoa do condenado, de acordo com o princípio da personalidade da pena);
- e) *indivisibilidade*: na ação penal privada não se discute a vigência do princípio da indivisibilidade (art. 48 do CPP). Polêmica existe em relação à ação penal pública, em que se debate a aplicação desse princípio. Norberto Avena ensina vigorar nesta espécie de ação

penal a divisibilidade, pois, “havendo mais de um suposto autor do crime, nada impede que venha o Ministério Público a ajuizar a ação penal apenas em relação a um ou alguns deles, relegando-se tal propositura quanto aos demais, para momento posterior. Esse procedimento do Ministério Público pode justificar-se tanto na necessidade de serem buscados maiores elementos para amparar o processo penal em relação aos investigados que não constaram no polo passivo da inicial, como em questão de estratégia processual” (AVENA, 2012, p. 165).

1.2 Início da ação penal

A ação penal pública inicia-se com o recebimento da denúncia, quando o indiciado no inquérito policial passa a ser designado como réu ou acusado.

A denúncia, no entanto, para ser validamente recebida, deve observar os requisitos expostos no art. 41 do Código de Processo Penal. Vejamos cada um deles.

1) *Exposição do fato criminoso*: a denúncia tem que narrar o fato punível em todas as suas circunstâncias, porque a defesa do acusado se baseará no fato narrado (não na classificação jurídica conferida). A denúncia genérica (evasiva, vaga), que não narra com clareza o fato, que faz mera referência a elementos do inquérito policial, é inepta.

Em caso de autoria coletiva, a denúncia deve descrever de forma individualizada a conduta de cada um dos agentes, e, no crime culposos, deve o órgão acusador observar e apontar, também, a modalidade de culpa.

No concurso de crimes, em regra, a inicial acusatória deve abordar cada uma das infrações penais de forma individualizada, havendo duas exceções: a) concurso formal, em que há apenas uma conduta, que produz vários resultados (neste caso, basta a descrição da ação com menção aos vários resultados); b) crime continuado, quando não houver possibilidade de individualizar cada uma das condutas praticadas em determinado interregno de tempo.

Há certa polêmica a respeito da denúncia alternativa, na qual determinado fato é descrito em todas as suas circunstâncias, mas a capitulação é alternada. Vicente Greco Filho admite esta possibilidade: “Desde que não haja incompatibilidade lógica, pode haver imputação alternativa ou subsidiária, a fim de que o acusado se defenda de mais de um fato, ainda que alternativa ou subsidiariamente” (GRECO FILHO, 2010, p. 124). Acompanhando-o, Mirabete considera que deva

ser admitida no processo penal a imputação alternativa. Esclarece bem Afrânio Silva Jardim: “Diz-se alternativa a imputação quando a peça acusatória vestibular atribui ao réu mais de uma conduta penalmente relevante, asseverando que apenas uma delas efetivamente terá sido praticada pelo imputado, embora todas se apresentem como prováveis, em face da prova do inquérito. Desta forma, fica expresso, na denúncia ou queixa, que a pretensão punitiva se lastreia nesta *ou* naquela ação narrada”. Não a veda qualquer dispositivo legal, nem o sistema processual ou seus princípios básicos. Atribuindo-se ao réu fatos certos e determinados, não prejudica ela o exercício regular do direito de defesa e nem viola o princípio da correlação entre a acusação e a sentença (MIRABETE, 2006, p. 114).

Em sentido oposto, Guilherme de Souza Nucci considera “ser inviável essa modalidade de denúncia ou queixa. Se o órgão acusatório está em dúvida quanto a determinado fato ou quanto à classificação que mereça, deve fazer sua opção antes do oferecimento, mas jamais apresentar ao juiz duas versões contra o mesmo réu, deixando que uma delas prevaleça ao final. Tal medida impossibilita a ideal e ampla defesa pelo acusado, que seria obrigado a apresentar argumentos em vários sentidos, sem saber, afinal, contra qual conduta efetivamente se volta o Estado-acusação” (NUCCI, 2009a, p. 153).

Ainda no que concerne à descrição dos fatos, há que se atentar para as qualificadoras, que devem ser mencionadas expressamente.

No que toca às causas de aumento e de diminuição, Norberto Avena estabelece uma diferenciação: “Tratando-se de majorantes previstas na parte especial do Código Penal, exigem, para o fim de serem reconhecidas, explicitação na denúncia ou na queixa, v.g., a majorante do repouso noturno, que importa em aumento de um terço sobre a pena

provisória e que não pode ser reconhecida na sentença sem que tenha sido referida na inicial acusatória. Se, porém, for o caso de causas de aumento contempladas na parte geral do Estatuto Repressivo, não é imprescindível que tenha sido expressamente mencionada na peça incoativa, v.g., o crime continuado e o concurso formal próprio, que, a despeito de importarem em exasperação da pena, podem ser reconhecidos pelo juiz na sentença caso exsurjam do contexto imputado ao réu” (AVENA, 2012, p. 207-208).

2) *Identificação do acusado*: a denúncia deve apontar o autor (ou autores) do fato de forma inequívoca. O indivíduo cuja qualificação pessoal é incerta pode ser denunciado, desde que haja elementos que de alguma forma possam permitir sua certa identificação (sabe-se que o autor do crime foi “A”, pessoa muito conhecida na cidade, mas sobre ele ninguém sabe dizer nada em termos de dados pessoais).

Há ampla discussão na doutrina a respeito do tema, em especial nas denúncias genéricas em crimes societários, naqueles em que o simples fato de ser sócio acaba incluindo o agente no polo passivo da ação penal, quando há a prática de um crime envolvendo a sociedade. É a chamada denúncia genérica, não admitida em nosso ordenamento jurídico.

No Brasil, cada acusado precisa ter sua conduta individualizada, já que não existe responsabilidade penal solidária, em que todos respondem pelo todo.

Nessa linha, importante julgado do Superior Tribunal de Justiça: STJ, 6ª T., HC 71.493/PE, Rel. Min. Maria Thereza Rocha de Assis Moura, j. 14-4-2009.

3) *Classificação jurídica do fato punível*: o Promotor de Justiça é obrigado a classificar o fato punível objeto da denúncia. A classificação do Ministério Público não vincula o juiz, mas este não pode desclassificar o fato desde logo (quando do recebimento da denúncia), somente na sentença.

De qualquer modo, pode rejeitar a peça acusatória (total ou parcialmente). Exemplo: o Ministério Público denuncia por homicídio qualificado. O juiz entende que prova alguma existe sobre a

qualificadora, rejeita a denúncia nessa parte e a recebe em relação ao homicídio simples.

Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 385) apresenta importante classificação a respeito da imputação de fato delitivo ao acusado:

- a) *imputação cumulativa*: imputação de mais de uma infração (cumulação objetiva) ou imputação de mais de um réu penal (cumulação subjetiva). É possível, em denúncia que imputa a mais de um acusado mais de uma infração penal, haver, ao mesmo tempo, a cumulação objetiva e subjetiva de imputações;
- b) *imputação implícita*: toda e qualquer imputação de infração a alguém deve ser expressa, sob pena de violação ao princípio da ampla defesa. Desta forma, não se admite que um fato seja *implicitamente* imputado a alguém no direito brasileiro. Ou a imputação está expressa no texto da inicial acusatória, ou ela não poderá ser considerada pelo magistrado;
- c) *imputação alternativa*: a denúncia, no momento de apresentar qual infração penal foi praticada pelo agente, utiliza-se da conjunção “ou”, por não ter certeza, apenas com os elementos de prova da investigação, sobre qual delito foi efetivamente praticado ou qual dos acusados foi o real autor do delito. Também não deve ser aceita essa posição, pois extremamente prejudicial à ampla defesa. O acusado deve estruturar sua linha de defesa com base na acusação que contra ele é apresentada. Se nem mesmo o acusador tem certeza, como seria possível estruturar uma defesa sólida? Por essa razão, a melhor doutrina é contrária à imputação alternativa (FEITOZA, 2010, p. 315; FERNANDES, GOMES FILHO, GRINOVER, 2009, p. 92).
- 4) *Rol de testemunhas*: sob pena de preclusão, o rol de testemunhas é apresentado no momento da denúncia.

Além desses requisitos expressamente previstos, deve-se observar também que a denúncia deve ser escrita em *vernáculo*, ou seja, em língua portuguesa, pois, se em regra o processo é público, as pessoas em geral devem ter possibilidade de entendê-lo. Deve a peça acusatória, ainda, ser subscrita pelo promotor: denúncia assinada só por estagiário é nula.

Sobre a inexistência de assinatura, Renato Brasileiro de Lima ensina: “A ausência dessa assinatura, todavia, não ensejará a obrigatória rejeição da peça acusatória ou a nulidade *ab initio* do processo, caso não haja dúvidas acerca da autenticidade da peça acusatória, ou quando for facilmente identificável quem a elaborou” (LIMA, 2011, p. 376).

Caso não observados os requisitos acima destacados, a denúncia será considerada inepta e deverá ser rejeitada pelo magistrado a que for endereçada.

Há dois tipos de inépcia:

- a) *formal*: ocorre quando a denúncia não contém os requisitos essenciais do art. 41 do Código de Processo Penal;
- b) *material*: ocorre quando não há justa causa, isto é, provas mínimas para iniciar a ação penal.

A rejeição da denúncia é prevista no art. 395 do Código de Processo Penal e pode ocorrer nas seguintes hipóteses:

- a) *for manifestamente inepta, nos termos acima mencionados*;
- b) *faltar pressuposto processual*: de acordo com as ponderações de Rodrigo de Abreu Fudoli, “os pressupostos são a demanda judicial (veiculada pela denúncia ou queixa), a jurisdição (e a competência e imparcialidade do Juízo), a existência de partes que possam estar em Juízo (capacidade processual e de ser parte), a originalidade (ausência de litispendência e ou coisa julgada)” (FUDOLI, 2009);
- c) *faltar condição para o exercício da ação penal*: conforme já analisamos, são condições da ação a possibilidade jurídica do pedido, a legitimação *ad causam* e o interesse de agir, havendo doutrinadores que também incluem neste rol a justa causa;
- d) *faltar justa causa para o exercício da ação penal*: significa presença de *fumus boni iuris*, isto é, prova do crime e ao menos indícios de autoria.

Embora o Código de Processo Penal, no art. 395, trate todas as hipóteses como rejeição, Norberto Avena diferencia esta última situação do não recebimento da denúncia:

O *não recebimento* da denúncia e da queixa-crime é a decisão que, sem decidir o mérito da ação penal, se lastreia em motivos formais. Em outras palavras, não será recebida a peça acusatória quando se apresentar formalmente imperfeita, incompreensível ou estiverem ausentes aqueles requisitos essenciais que, previstos no art. 41 do Código de Processo Penal, regem sua confecção.

Trata-se o *não recebimento* de decisão que faz coisa julgada apenas formal, pois, impedindo a reapresentação da mesma peça, não obsta que nova denúncia ou queixa sejam ofertadas desde que suprido ou corrigido o defeito apresentado na primeira peça elaborada. Contra essa decisão, o recurso cabível é o *recurso em sentido estrito*, fundamentado no art. 581, I, do Código de Processo Penal.

A rejeição, por sua vez, dá-se por razões materiais, vale dizer, por motivos relacionados ao fato descrito como, por exemplo, na hipótese em que tenha sido imputado um fato atípico ou um crime em relação ao qual já tenha se operado a prescrição. Ao contrário do não recebimento, aqui a decisão poderá, também, fazer coisa julgada material, impedindo a dedução de nova peça acusatória em relação ao mesmo fato contra o mesmo réu. Rejeitada, por exemplo, a denúncia em razão da atipicidade do crime atribuído, não poderá o Ministério Público, posteriormente, elaborar nova inicial contra o mesmo acusado e relativamente à mesma conduta, ainda que o faça com outra capitulação (AVENA, 2012, p. 221-222).

Contra a rejeição, é possível interpor recurso em sentido estrito por parte do Ministério Público, sendo que eventual assistente não pode recorrer (não conta com legitimidade para isso). Se o juiz receber a peça acusatória, não há previsão de recurso, mas o réu pode impetrar *habeas corpus* para trancar a ação penal quando, por exemplo, faltar a justa causa.

No ato do recebimento da denúncia, o juiz não pode desclassificar o crime, mas pode rejeitar a peça acusatória por falta de justa causa, total ou parcialmente (exemplo: rejeição de uma qualificadora, v.g., que significa rejeição parcial da denúncia – cabe recurso em sentido estrito).

Caso seja rejeitada a denúncia, sua reapresentação depende do fundamento da rejeição. Rejeição por atipicidade, v.g., não permite nova ação penal. Já a rejeição por falta de representação, por exemplo, uma

vez suprida a omissão, permite novo ajuizamento da ação (desde que dentro do prazo decadencial).

O oferecimento da denúncia fora do prazo não acarreta a sua inépcia, constituindo mera irregularidade caso seja injustificada. Pode, no entanto, ocasionar as seguintes consequências:

- 1) se o agente estiver preso, a prisão pode ser relaxada, quando se constatar abuso ou má-fé. Eventual excesso de prazo justificado não permite a soltura do réu, conforme destacamos quando da análise do inquérito policial. De qualquer modo, verificada a falta de razoabilidade no excesso ou o abuso, deve-se colocar o agente em liberdade imediatamente;
- 2) é possível a propositura de ação penal privada subsidiária da pública (art. 29 do CPP);
- 3) perda de vencimentos do promotor: art. 801 do Código de Processo Penal (quando a inércia não for fundamentada);
- 4) pode o representante do Ministério Público cometer o crime de prevaricação (na eventualidade de que a omissão seja para satisfazer interesse ou sentimento pessoal – art. 319 do CP);
- 5) a doutrina moderna defende ainda a possibilidade de que o promotor tenha responsabilidade civil, porém, em primeiro lugar, como se sabe, quem deve ser acionado é o próprio Estado.

Uma vez oferecida a denúncia, recebida ou ainda não apreciada pelo magistrado, pode haver o seu aditamento para suprir omissões formais (art. 569 do CPP), para agregar fato novo, para incluir novo acusado etc.

O aditamento é possível até que seja proferida a sentença; após, se a sentença tem por base denúncia inepta, o provimento jurisdicional deverá ser atacado por recurso. Note-se que o assistente do Ministério Público não pode aditar a denúncia, cabendo-lhe tão somente dirigir-se ao órgão do *Parquet* sugerindo que o faça.

2. Ação penal pública condicionada

A exemplo do que ocorre na ação penal pública incondicionada, nesta modalidade a titularidade continua nas mãos do Ministério Público, continuando exclusiva do *Parquet*, que, entretanto, não pode

agir de ofício, pois depende da prévia manifestação de vontade do ofendido ou do Ministro da Justiça, de acordo com o que estatuem os arts. 24 do Código de Processo Penal e 100 do Código Penal.

A ação penal, neste caso, pode ser condicionada:

- a) à representação da vítima; ou
- b) à requisição do Ministro da Justiça.

Na hipótese de o magistrado receber denúncia não precedida de representação do ofendido ou requisição do Ministro da Justiça, haverá *nulidade*. Tal nulidade, todavia, poderá ser sanada, aproveitando-se os atos processuais já realizados, com a manifestação da vontade exigida, desde que, obviamente, ocorra antes do escoamento do prazo decadencial.

Em outras palavras, se o Ministério Público oferecer denúncia sem esperar a representação do ofendido ou a requisição do Ministro da Justiça, tais condições de procedibilidade poderão ser posteriormente sanadas, desde que sejam apresentadas no intervalo de 6 meses, que é o lapso temporal do prazo decadencial.

Isso porque, caso esse prazo de 6 meses transcorra sem que a convalidação da falta de representação seja feita, a punibilidade do agente delitivo fica extinta (art. 107, IV, do CP), e não tem mais o Estado direito de processar essa pessoa.

A natureza jurídica tanto da representação quanto da requisição, de acordo com o posicionamento majoritário, é de condição específica de *procedibilidade* (sem ela, o processo não pode ter início).

Não se trata de condição objetiva de *punibilidade*, pois se trata de instituto de direito processual, e não material.

2.1 Da representação do ofendido

A representação deve ser oferecida perante a autoridade policial, o Ministério Público ou o juiz, pelo ofendido ou por procurador com poderes especiais.

A única exigência no que concerne à forma da representação é que seja *escrita* (se for oral, que seja reduzida a escrito), sem a necessidade de observar outras formalidades.

Basta, dessa forma, a manifestação inequívoca de vontade por parte da vítima, vontade de querer ver o agente que praticou o delito contra ela sendo processado pelo Estado para, ao final, ser responsabilizado criminalmente.

Tal manifestação inequívoca pode inclusive ocorrer quando do registro de boletim de ocorrência. A desnecessidade de se observar forma específica na representação é pacífica tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Não há um formulário específico a ser preenchido, nem um padrão com texto obrigatório: basta qualquer manifestação escrita no sentido de querer representar.

Ensina Edilson Mougenot Bonfim que a “determinação do art. 39, § 2º, do Código de Processo Penal, no sentido de que a peça deve conter todas as informações que possam servir à apuração do fato e da autoria, não constitui exigência formal para que se repute válida a representação. De fato, a representação não precisa sequer ser expressa. A simples circunstância de que o ofendido se dirija à delegacia relatando a existência dos fatos criminosos demonstra sua concordância, podendo ser tomada como exercício da representação. A norma insculpida no referido § 2º constitui tão somente, assim, ‘norma ritual’, nas palavras de Hélio Tornaghi. A representação, como mera autorização para que se proceda à investigação de um fato criminoso, não tem, por si só, essência investigativa, de modo que a circunstância de que não seja ela acompanhada de todas as informações necessárias para a apuração do fato não lhe pode acarretar nulidade” (BONFIM, 2012, p. 172).

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça: “Nos crimes contra os costumes, uma vez atestada a pobreza da vítima, pela autoridade policial ou por outros meios de prova, a ação penal passa a ser pública condicionada à representação, tendo o Ministério Público legitimidade para oferecer a denúncia. Inteligência do art. 225, § 1º, do Código Penal. A representação nos crimes de ação penal pública condicionada prescinde de qualquer formalidade, sendo necessária apenas a vontade inequívoca da vítima ou de seu representante legal, mesmo que irrogada na fase policial. A miserabilidade pode ser aferida pela simples análise das condições de vida da vítima e representantes,

não sendo indispensável o atestado de pobreza. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal. Recurso a que se nega provimento” (RHC 14.321/SP – Rel. Min. Carlos Fernando Mathias – j. 21-8-2007).

Nas infrações de menor potencial ofensivo (art. 61 da Lei n. 9.099/95), deveria a representação ser oferecida em juízo, tendo em vista o texto do art. 75 da referida lei: “Não obtida a composição dos danos civis, será dada imediatamente ao ofendido a oportunidade de exercer o direito de representação verbal, que será reduzida a termo”.

Na prática, entretanto, a manifestação da vontade tem ocorrido na fase policial (no termo circunstanciado) e a iniciativa vem sendo aceita sem maiores questionamentos, especialmente em razão da informalidade que rege os Juizados Especiais e da inexistência de forma rígida para veicular a manifestação da vontade.

Nessa linha, julgado do extinto Tribunal de Alçada Criminal, mas com teor ainda válido e relevante: “A informalidade da representação é ainda mais enfatizada quando se cuida de infração submetida ao procedimento dos Juizados Penais da Lei n. 9.099/95, pois representam eles um passo decisivo rumo aos mecanismos de autorregulação da sociedade, conducentes ao acolhimento de regras mais flexíveis de concertação de interesses” (TACRIM/SP – HC 324.872/1 – j. 15-7-1998 – Rel. Renato Nalini).

Quanto à *legitimidade* para representar, temos as seguintes situações:

a) Quando a vítima for menor de 18 anos, somente o seu representante legal pode oferecer a representação: se a vítima não tem pai nem mãe, representa quem tem a guarda fática ou jurídica do menor.

Se seus interesses colidem com os dos pais, nomeia-se curador especial. Note-se que, de acordo com a maioria da doutrina, o curador nomeado não é obrigado a oferecer a representação, mas deve analisar o seu cabimento em consonância com os interesses do menor.

Neste sentido, Tourinho Filho: “De se observar, ainda, que a nomeação de curador especial, pelo Juiz, não cria para aquele a obrigação de fazer a representação; deve o curador, isto sim, ponderar a

conveniência de agir, só o fazendo se julgar oportuno. Do contrário, a representação tornar-se-ia obrigatória nesse caso, o que seria absurdo” (TOURINHO FILHO, 2010, p. 366). Se o menor não tem nenhum representante, também se nomeia curador especial.

Questão: e no caso de vítima com 17 anos casada, quem representa? Não há solução legal para a situação. Duas possibilidades: 1) nomeia-se curador; 2) aguarda-se a vítima completar 18 anos e conta-se a decadência a partir desse dia. Essa é a melhor solução, a que melhor respeita a autonomia da vítima.

A pessoa jurídica, quando vítima de um delito, também pode oferecer representação, que será subscrita por quem o estatuto ou o contrato social indicar para responder pela sociedade em juízo ou, em caso de silêncio, por quem detiver poder de administração.

b) Vítima maior de 18 anos: o direito de representação pertence exclusivamente à própria vítima. Por força do Código Civil vigente, a capacidade civil plena se inicia aos 18 anos, razão pela qual não existe mais a dupla titularidade no caso de vítima maior de 18 a menor de 21 anos.

Diante disso, a Súmula 594 do Supremo Tribunal Federal perdeu sentido. Seu texto dizia: “Os direitos de queixa e de representação podem ser exercidos, independentemente, pelo ofendido ou por seu representante legal”.

Importante sublinhar que essa súmula só regia a situação da dupla titularidade do direito de queixa ou de representação, daí concluir-se por sua inaplicação.

c) No caso de morte da vítima (ou se ela foi declarada ausente por decisão judicial), o direito de representar passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão (art. 24, § 1º, do CPP).

Embora não haja disposição expressa, em razão do que dispõe o art. 226, § 3º, da Constituição da República, deve-se entender possível também o exercício desse direito de representação pelo companheiro da união estável.

Importante: a representação não vincula o Ministério Público, titular privativo da ação penal, no que concerne à *opinio delicti*, pois ao órgão do *Parquet* cabe analisar se os fatos apurados permitem o

oferecimento da denúncia. Ou seja, mesmo que a vítima representar pela instauração da ação penal, sem os elementos probatórios mínimos, não há como o representante do Ministério Público oferecer a denúncia, sob pena de ser rejeitada pelo juiz, com base no art. 395 do Código de Processo Penal.

É possível que a vítima se retrate da representação até o oferecimento (não recebimento) da denúncia, conforme dispõem os arts. 25 do Código de Processo Penal e 102 do Código Penal.

Da mesma forma, é possível que a vítima reconsidere a retratação, manifestando a vontade de ver processado o agente, desde que, obviamente, isto ocorra dentro do prazo decadencial.

Importante: o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4.424) ajuizada pela Procuradoria Geral da República (PGR) quanto aos arts. 12, inc. I; 16; e 41 da Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006). Remetemos o leitor para o Capítulo 8 da Parte II desta obra, que trata da ação penal nos delitos que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher.

No que concerne à representação na hipótese de coautoria, em que só tenha havido menção a um dos autores dos fatos pela vítima, há dois posicionamentos.

Alguns autores afirmam que ao promotor, nesse caso, cabe fiscalizar a indivisibilidade da ação, ouvindo a vítima e indagando-a sobre a extensão da representação. Se houver negativa por parte dela, entender-se-á como renúncia à representação, que se estenderá ao coautor sobre o qual recaiu a anterior manifestação da vontade. Caso a vítima reconheça o equívoco e represente também em relação ao outro agente, cabe ao Ministério Público oferecer denúncia contra todos (desde que haja justa causa, obviamente).

Outros, todavia, lecionam em sentido contrário, sustentando a possibilidade de o Ministério Público denunciar todos os autores.

Neste sentido, Norberto Avena: “A representação não se dá em relação a este ou àquele autor do delito, mas se refere ao fato praticado. Assim, perpetrado, em concurso de agentes, determinado crime de ação penal pública condicionada, ainda que oferecida representação nominal

apenas em relação a um dos autores, aos outros se estenderão seus efeitos, legitimando o Ministério Público a ingressar com ação penal contra todos” (AVENA, 2012, p. 167).

O prazo para representação é de seis meses, contado do dia em que o ofendido (ou seu representante legal) vier a saber quem é o autor do crime. Trata-se de prazo decadencial, que, portanto, não se prorroga, não se suspende e não se interrompe.

2.2 Da requisição do Ministro da Justiça

Há hipóteses em que a lei brasileira exige, para o início da ação penal, uma manifestação formal do Ministro da Justiça, que ocorre em alguns poucos casos:

- a) nos crimes cometidos por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil (art. 7º, § 3º, *b*, do CP);
- b) nos crimes contra a honra praticados contra Chefe de Governo estrangeiro (art. 141, I, c.c. o parágrafo único do art. 145 do CP);
- c) nos crimes contra a honra praticados contra o Presidente da República (art. 141, I, c.c. o parágrafo único do art. 145 do CP).

Note-se que, neste caso, se presentes os elementos descritos nos arts. 1º e 2º da Lei n. 7.170/83 (Segurança Nacional), a calúnia e a difamação independem de requisição, pois que tipificadas no art. 26 daquela lei, que não traz nenhuma condição de procedibilidade.

Em sentido corrente, requisição significa exigência (por exemplo: requisição de abertura de inquérito pelo Ministério Público – art. 5º do CPP). Mas quando nos referimos à requisição do Ministro da Justiça como condição de procedibilidade, a palavra requisição tem outro sentido: o de permitir a ação penal, o de autorizar a persecução penal.

O representante do Ministério Público, por conseguinte, ao receber a requisição que lhe é dirigida pelo Ministro da Justiça pode denunciar, se dispuser de dados suficientes, requisitar abertura de inquérito policial se os elementos são insuficientes, promover o seu arquivamento ou requisitar documentos e informações de quem de direito (art. 47 do CPP).

A natureza jurídica da requisição deve ser compreendida sob dois pontos de vista: o processual, em que se trata de condição específica de

procedibilidade; e o administrativo, em que é um ato administrativo e político, daí sua facultatividade, cabendo ao Ministro da Justiça avaliar a conveniência política e a oportunidade de requerer a responsabilização penal por eventual ataque ao Presidente da República.

Ao contrário da representação, a requisição não se submete a prazo decadencial, razão pela qual pode ser feita a qualquer tempo, respeitado, obviamente, o prazo prescricional.

A lei processual não se refere à hipótese de retratação por parte do Ministro da Justiça. Há certa discussão doutrinária a respeito dessa possibilidade. Mirabete, reconhecendo a controvérsia, leciona ser impossível a retratação do Ministro da Justiça, “mesmo porque não contempla a lei expressamente, como o faz na hipótese de representação, a possibilidade de revogação do ato de iniciativa do ministro. Aliás, embora seja ela um ato administrativo e inspirado por razões de ordem política, a requisição deve ser um ato revestido de seriedade e não fruto de irreflexão, leviana afoiteza ou interesse passageiro” (MIRABETE, 2006, p. 104-105).

Em sentido contrário, sustenta Guilherme de Souza Nucci: “É verdade que a lei menciona ser retratável, até a oferta da denúncia, apenas a representação, embora não vejamos qualquer óbice de se aplicar, por analogia, o mesmo dispositivo à requisição. Note-se que esta é apresentada em função de ato puramente discricionário e da conveniência política do Poder Executivo, razão pela qual, sob o mesmo argumento, poderia haver a retratação, desde que a denúncia não tenha sido oferecida e até que haja a extinção da punibilidade do agente. Se o particular pode retratar-se da representação já formulada, quais razões impediriam o Ministro da Justiça de fazê-lo? Seriedade é justamente evitar uma ação penal, que, por critérios de variadas origens, torna-se inconveniente, devendo não se manter a requisição pelo simples aforismo de que já foi formulada. Ademais, até o Ministro da Justiça pode ter deixado o cargo, razão pela qual a orientação pode ser outra” (NUCCI, 2009a, p. 133).

Se duas pessoas cometerem crime contra a honra do Presidente da República, porém o Ministro da Justiça só apresentar requisição contra

um deles, o Ministério Público não poderá denunciar os dois. A exemplo do que ocorre na representação, deverá fiscalizar a indivisibilidade, instando o Ministro a se manifestar quanto ao corrêu. Se o Ministro diz que não quer requisitar a ação penal quanto ao outro, há renúncia, que se estende para todos. Enquanto, todavia, não decorrido o prazo prescricional, poderá o Ministro da Justiça expedir nova requisição solicitando a responsabilização de todos os autores do crime.

Capítulo 11

◆ Ação Penal Privada

A ação penal privada é mais uma exceção no que se refere à titularidade do Ministério Público para ajuizar a ação penal.

O titular da ação penal privada é o ofendido (quando conta com capacidade processual) ou seu representante legal (art. 30 do CPP).

Trata-se, no caso, de substituição processual, em que o ofendido age em nome próprio defendendo interesse alheio (que é o direito de punir do Estado).

1. Ação penal exclusivamente privada

A ação penal privada exclusiva é exercida por meio da queixa-crime, peça acusatória que a inicia.

A queixa está para a ação privada como a denúncia está para a ação pública.

Os requisitos da queixa (art. 41 do CPP) são os mesmos já analisados para a denúncia.

Assim, a queixa que não apresenta todos os requisitos legais é considerada inepta e deve ser rejeitada por inépcia formal.

Da mesma forma, a queixa que não conta com justa causa (provas mínimas do fato e de autoria) deve ser rejeitada por inépcia material.

Temos hoje, no Código Penal, os seguintes crimes apurados mediante ação penal privada:

- a) crimes de calúnia, difamação e injúria (com as restrições do art. 145, parágrafo único);
- b) alteração de limites, usurpação de águas e esbulho possessório, quando não houver emprego de violência e se tratar de propriedade

particular (art. 161);

- c) dano, quando cometido por motivo egoístico, de prejuízo considerável à vítima e de introdução ou abandono de animais em propriedade alheia (arts. 163 e 167);
- d) fraude à execução (art. 179);
- e) violação de direito autoral, usurpação de nome ou pseudônimo (arts. 184 a 186);
- f) contra a propriedade industrial (arts. 183 a 195);
- g) induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento (art. 236).

Especificados os delitos apurados mediante ação penal privada, vamos analisar seus princípios.

1.1 Princípios da ação penal privada

A ação penal privada é balizada por princípios próprios e comuns à ação penal pública. São eles:

- a) *princípio da oportunidade ou da conveniência*: a vítima ingressa com queixa se quiser, ausente qualquer obrigatoriedade;
- b) *princípio da disponibilidade*: a vítima pode dispor da ação penal privada por meio de institutos próprios (adiante estudados) que ensejam a extinção da punibilidade do Estado;
- c) *princípio da indivisibilidade*: a vítima não pode escolher o réu, ou seja, deve mover a ação penal contra todos os autores conhecidos ou contra ninguém;
- d) *princípio da intranscendência*: a ação não pode passar da pessoa do delinquente (porque a pena não pode passar da pessoa do condenado).

Quanto à legitimidade para intentar a ação penal privada, praticamente tudo quanto foi dito em relação à legitimidade para representar tem valor aqui. Vejamos:

- a) *quando a vítima for menor de 18 anos: só representante legal*;
- b) *vítima maior de 18 anos*: exclusivamente a vítima;
- c) *no caso de morte da vítima* (ou se ela foi declarada ausente por decisão judicial), o direito de oferecer queixa passará ao cônjuge,

ascendente, descendente ou irmão (art. 31 do CPP). Considere-se que agora também o companheiro ou companheira conta com o mesmo direito;

- d) *direito de preferência*: a preferência se dá na ordem da lei: cônjuge ou companheiro/a, ascendente, descendente ou irmão. Queixa proposta por um deles afasta o direito dos subsequentes;
- e) *ação privada proposta por pessoa jurídica*: é possível, por exemplo, no crime de difamação. Quem oferece queixa é o representante legal da empresa, nos mesmos termos da representação.

Se a vítima for pobre, cabe à Defensoria Pública promover a ação penal privada, de acordo com o que dispõe o art. 4º da Lei Complementar n. 80/94, com redação dada pela Lei Complementar n. 132/2009. Considera-se pobre a pessoa que não puder prover às despesas do processo sem se privar dos recursos indispensáveis ao próprio sustento ou da família (art. 32, § 1º, do CPP) e será prova suficiente de pobreza o atestado da autoridade policial em cuja circunscrição residir o ofendido (art. 32, § 2º, do CPP).

Além daqueles expostos no art. 41 do Código de Processo Penal, à queixa são inerentes outros aspectos formais. Pode ser oferecida pessoalmente ou por meio de procurador com poderes especiais (art. 44 do CPP). Pessoalmente, no entanto, somente se ela contar com habilitação técnica (a queixa, sendo peça judicial, exige capacidade postulatória, própria dos advogados).

No caso de se nomear procurador com poderes especiais, devem constar do instrumento do mandato o nome do querelante e a menção do fato criminoso (salvo quando tais esclarecimentos dependem de diligências que devem ser previamente requeridas no juízo criminal), conforme estatui o art. 44 do Código de Processo Penal.

Note-se que na jurisprudência se firmou o entendimento de que, se a queixa foi assinada em conjunto entre o querelante e o procurador, eventuais vícios da procuração devem ser tidos como sanados. Neste sentido: “*Queixa-crime – Irregularidade na procuração – Falta de atendimento às exigências legais – Rejeição – Inteligência do art. 44 do Código de Processo Penal – O advogado, para oferecer queixa-*

crime em nome do mandante, deve exhibir procuração com poderes especiais (art. 44 do Código de Processo Penal). Deste deve constar a menção do fato criminoso, ou referência ao artigo de lei violado, ou, pelo menos, *onomen juris* da infração, salvo se a queixa também for subscrita pelo querelante” (TACRIM/SP – Rel. Passos de Freitas – RJD7/230).

Também o Supremo Tribunal Federal já decidiu neste mesmo sentido:

Tratando-se de ação penal privada, a menção ao fato criminoso no instrumento de mandato é desnecessária se a queixa for assinada também pelo querelante. Solução que atende ao fim visado pelo art. 44 do Código de Processo Penal, que foi o de tornar possível a identificação do responsável pela prática eventual do crime de denúncia caluniosa (STF – HC 73.888 – Rel. Min. Marco Aurélio – j. 13-8-1996).

Eventuais defeitos (formais) da procuração podem ser supridos até o momento da sentença, de acordo com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

A Turma, por maioria, deferiu, em parte, *habeas corpus* impetrado contra acórdão de Turma Recursal que dera provimento a apelação para cassar sentença que, acolhendo preliminar de nulidade de procuração, rejeitara queixa-crime promovida contra o paciente pela suposta prática do delito de exercício arbitrário das próprias razões (CP, art. 345). No caso concreto, o acórdão impugnado entendera que a referida procuração teria preenchido os requisitos constantes do art. 44 do Código de Processo Penal e que a nulidade apontada na mesma, consistente na ausência da menção do fato criminoso imputado ao paciente, teria sido sanada em face da indicação *donomen juris*, por ato de ratificação antes do vencimento do prazo decadencial, e pela presença das querelantes em audiências realizadas, considerada a informalidade nos procedimentos dos Juizados Especiais. Insistiam os impetrantes na nulidade do instrumento procuratório, bem como sustentavam a ocorrência de supressão de instância, em razão de não terem sido apreciadas, nem pelo juízo de primeiro grau nem pela Turma Recursal, as demais preliminares suscitadas. Entendeu-se, com base em precedente do Pleno do Supremo Tribunal Federal, que a exigência da menção do fato criminoso

prevista no art. 44 do Código de Processo Penal não tem por objetivo a descrição abstrata contida no tipo, para o que bastaria, se o caso, a indicação do artigo ou do nome atribuído ao crime, mas a fixação de eventual responsabilidade por denunciação caluniosa no exercício do direito de queixa, sendo imprescindível a descrição do fato concreto com sua exposição e todas as circunstâncias. Salientou-se que, apesar da indicação do *nomen juris* na procuração ser insuficiente, o defeito poderia ser sanado a qualquer tempo por meio de ratificação dos atos processuais, mesmo que escoado o prazo decadencial, o que teria ocorrido na espécie. No que se refere à alegada supressão de instância, considerou-se que, na linha da jurisprudência da Corte, rejeitada a queixa pelos fundamentos do art. 43 e 44 do Código de Processo Penal, o recurso da acusação devolveria à Turma Recursal todas as questões levantadas, razão por que a apreciação de uma delas não afastaria a análise das demais. *HC* deferido, em parte, para reformar o acórdão impugnado e determinar que a Turma Recursal prossiga no julgamento e aprecie, como entender de direito, as teses suscitadas em audiência. Vencido, em parte, o Min. Marco Aurélio, que deferia o *writ* integralmente por considerar que a ação penal privada há de estar aperfeiçoada no prazo assinado em lei e, se o instrumento de mandato discrepa do disposto no art. 44 do Código de Processo Penal, não há uma segunda oportunidade para se chegar ao atendimento do requisito legal, incidindo, na espécie, a decadência. (Código de Processo Penal, art. 44: “A queixa poderá ser dada por procurador com poderes especiais, devendo constar do instrumento do mandato o nome do querelante e a menção do fato criminoso, salvo quando tais esclarecimentos dependerem de diligências que devem ser previamente requeridas no juízo criminal”) (HC 84.397/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 21-9-2004).

O Código de Processo Penal prevê o pagamento de custas processuais no art. 806. No Estado de São Paulo também é prevista a cobrança de custas nas ações penais privadas (Lei Estadual n. 11.608, de 29-12-2003).

Quanto aos honorários advocatícios, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela sua incidência na ação penal privada: “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL PRIVADA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONDENAÇÃO. POSSIBILIDADE.

PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO. DESNECESSIDADE. DISSÍDIO CONFIGURADO. 1. É admissível a condenação do vencido no pagamento das verbas sucumbenciais nos crimes de ação penal privada, incluídos os honorários de advogado, por aplicação analógica do princípio geral da sucumbência, em razão da omissão existente na Lei de Imprensa. Precedentes desta Corte Superior de Justiça” (STJ – EDcl no REsp 275.650/SP – Rel. Min. Hamilton Carvalhido – j. 29-11-2005).

O Ministério Público, na ação penal privada, participa como fiscal da lei. Por isso, é possível que adite a queixa em relação a aspectos formais. Reina na doutrina o dissenso a respeito da possibilidade de o Ministério Público aditar a queixa para incluir outro agente.

Para alguns, agindo como fiscal da lei e zelando pela indivisibilidade da ação penal, poderá o membro do Ministério Público incluir novo réu mediante aditamento. Neste sentido, leciona Tourinho Filho: “Se a queixa em relação a um ‘obrigará ao processo de todos’, parece óbvio que todos devem ser postos no polo passivo da relação processual. E essa tarefa, nos termos dos arts. 48, 46, § 2º e 45 do Código de Processo Penal, compete ao Ministério Público, fazendo o aditamento” (TOURINHO FILHO, 2010, p. 462).

Outros, no entanto, sustentam que o Ministério Público não pode aditar a denúncia para esta finalidade, pois que se trata de legitimidade exclusiva da vítima para agir. Neste caso, a exclusão de um dos agentes caracterizaria renúncia ao direito de queixa sobre ele, o que redundaria na renúncia também em relação ao querelado, em razão do disposto no art. 49 do Código de Processo Penal.

Por fim, há os que sustentam ser impossível o aditamento, mas não a determinação, pelo órgão do *Parquet*, para que o querelante se manifeste a respeito de sua omissão. Neste sentido, Norberto Avena, segundo o qual, “não será lícito ao Ministério Público aditar a queixa para nela incluir outros defensores, por importar em intromissão indevida na legitimação exclusiva do ofendido. Assim, para os defensores desta linha de pensamento, a referência de que o Ministério Público velará pela indivisibilidade não significa aditar no lugar do querelante, mas tão só promover junto ao magistrado que seja aquele

instado a incluir o coautor ou partícipe faltante sob pena de ser reconhecida a ocorrência da renúncia tácita à ação penal” (AVENA, 2012, p. 178).

O prazo para ingressar com a ação penal privada é de seis meses, contado do dia em que se sabe quem foi o autor do fato.

Trata-se, assim como na representação, de prazo decadencial, que não se prorroga, não se interrompe e não se suspende.

Atenção: ainda que a vítima, previamente ao ajuizamento da ação penal, requeira a instauração de inquérito policial para a apuração dos fatos, não haverá nenhuma consequência sobre a fluência do prazo decadencial.

Há exceções legalmente previstas, como no caso do induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento (art. 236 do CP), em que o prazo se inicia a partir do trânsito em julgado da sentença que anula o casamento. Bem assim, no caso do art. 184, *caput*, do CP, em que se procede mediante queixa, os arts. 529 e 530 do Código de Processo Penal impõem o prazo de 30 dias após a homologação do laudo pericial ou de 8 dias, no caso de prisão em flagrante.

Há divergência no que concerne à cessação do prazo decadencial se proposta a ação penal privada perante juízo incompetente.

Norberto Avena expõe o assunto da seguinte forma: “Entendemos, porém, que deverá haver a interrupção do prazo decadencial, tal qual tivesse a ação penal sido deduzida no juízo competente, pois, apesar do equívoco no ajuizamento, é certo que o ofendido não se manteve inerte no prazo legal. E a inércia é o fundamento da decadência do direito na ação penal privada. Assim, constatando não ser competente, deverá o magistrado encaminhar a inicial acusatória ao juízo que o seja, para que lá seja recebida e processada a queixa-crime, independente da circunstância eventual de, ao aportar naquele juízo a ação penal, já se ter esgotado o prazo de seis meses” (AVENA, 2012, p. 177).

Neste sentido, já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal: “Decadência. Queixa oferecida dentro do prazo mas perante juízo incompetente *ratione loci*. Irrelevante tal circunstância para o efeito de contagem do prazo decadencial. O que importa é a data do início da ação penal, ou seja do oferecimento da queixa-crime em juízo e não a

do seu recebimento. Nulidade por incompetência do juízo só atinge os atos decisórios (art. 567, do Código de Processo Penal) e não os atos de instrução e seguimento. *In casu*, não se configurou a decadência. Recurso improvido” (RHC 63.665/RS – Rel. Min. Djaci Falcão – j. 1º-4-1986).

1.2 Institutos que ensejam a extinção da punibilidade

Ainda no que concerne à ação penal privada, há certos institutos que ensejam a extinção da punibilidade e que devem ser analisados. São eles: a decadência, a renúncia, o perdão do ofendido e a perempção. Sobre as duas primeiras, faremos nesta oportunidade somente alguns apontamentos específicos, pois que a elas já nos referimos em diversas passagens.

1.2.1 Decadência

A decadência é causa extintiva da punibilidade, prevista no art. 107, inc. IV, do CP, e consiste na perda do direito de ação em razão de não ter se iniciado a ação penal no prazo legal pelo querelante.

Em regra, a decadência se opera após o decurso de seis meses, prazo contado do dia em que se sabe quem foi o autor do fato, observadas as exceções acima mencionadas.

O instituto da decadência, essencialmente processual, recai diretamente sobre o direito de ação, atingindo somente por via reflexa o direito material.

Conforme já tivemos a oportunidade de ressaltar, o curso do prazo decadencial não é interrompido, suspenso ou prorrogado em nenhuma hipótese.

Magalhães Noronha se refere a interessante questão a respeito da contagem do prazo decadencial: “Questão que merece ser considerada é de como se contará o prazo quando forem vários os autores do delito. Três também são os critérios: começa o lapso quando se descobriu o primeiro autor; do dia em que se apurou qual o último; dos dias em que sucessivamente se foi sabendo quais os autores. Parece-nos mais exato o primeiro, para o qual, aliás, se inclina *acomunis opinio doctorum*,

como faz sentir Battaglini: ‘Nas legislações que exigem o conhecimento do autor, surge a questão quando se trata de vários participantes. – Necessário é que se conheçam todos, antes que comece a correr o termo? Prevalece a opinião que basta o conhecimento de um partícipe’” (NORONHA, 2002, p. 38).

1.2.2 Renúncia

A renúncia ao direito de queixa vem prevista inicialmente no art. 49 do Código de Processo Penal e se trata de instituto decorrente do princípio da oportunidade, traduzindo o exercício facultativo da ação por parte do seu titular.

Por renúncia entende-se o ato unilateral do ofendido ou de seu representante legal, abdicando do direito de promover a ação penal privada, extinguindo-se, assim, a punibilidade do Estado, sempre antes do início da ação penal.

A renúncia pode ser expressa ou tácita. A expressa constará de declaração assinada pelo ofendido, por seu representante legal ou procurador com poderes especiais (art. 50 do CPP). Importa renúncia tácita a prática de ato incompatível com a vontade de exercer o direito de queixa (exemplo: jantar o ofendido na casa do ofensor, após a prática do crime); não a implica, todavia, o fato de receber o ofendido a indenização do dano causado pelo crime (art. 104, parágrafo único).

Note-se que, em se tratando de infração de menor potencial ofensivo, perseguida mediante ação penal privada ou pública condicionada, a composição civil entre as partes, devidamente homologada, acarreta a renúncia tácita ao direito de queixa ou de representação do ofendido (art. 74, parágrafo único, da Lei n. 9.099/95).

De acordo com o que estatui o já mencionado art. 49 do Código de Processo Penal, a renúncia em favor de um coautor estende-se a todos. Em razão do princípio da indivisibilidade da ação penal privada, no caso de concurso de agentes, a renúncia ao direito de queixa, em relação a um dos autores do crime, a todos estenderá, importando em abdição tácita (critério da extensibilidade da renúncia).

Essa regra não se aplica na hipótese em que, dentre várias vítimas, uma delas renuncia. A renúncia, neste caso, não se estende às outras, pois cada ofendido é titular de seu direito de queixa.

Assim como ocorre no direito de queixa, não mais se aplicam à renúncia as regras que diferenciam os maiores com idade entre 18 e 21 anos dos que já ultrapassaram esta idade.

Atualmente, a vítima com 18 anos, sozinha, pode renunciar. Temos, dessa forma, as seguintes situações:

- a) *menor de 18 anos*: somente o seu representante legal poderá renunciar. Quando o ofendido menor completar a idade de 18 anos, ele poderá ingressar com a queixa, se e desde que ainda não tenha operado a decadência em relação ao seu representante legal e desde que ainda não tenha havido renúncia deste, hipóteses que configuram a extinção do direito de punir do Estado;
- b) *maior de 18 anos*: somente a vítima pode renunciar ao direito.

1.2.3 Perdão do ofendido

O perdão do ofendido também é um instituto decorrente do princípio da disponibilidade da ação penal privada, autorizando o ofendido a abrir mão da ação já instaurada. É o ato pelo qual o ofendido ou seu representante legal desiste de prosseguir com o andamento de processo já em curso, desculpando o ofensor pela prática do crime, e tem como efeito a extinção da punibilidade do Estado.

Ao contrário do que se verifica na renúncia, é imprescindível, para a incidência de seus efeitos, que o perdão ocorra no curso da ação penal já proposta (não é possível após o trânsito em julgado).

Outro ponto diferenciador é o fato de que o perdão deve ser aceito pelo querelado, pois, do contrário, não extinguirá a punibilidade.

Observa Magalhães Noronha que o perdão é ato incondicional: “Registre-se, por fim, que tanto ele como a aceitação são incondicionais. Perdoa-se sem exigências e aceita-se sem condições” (NORONHA, 2002, p. 49).

O perdão, nos termos do que dispõe o art. 106 do CP, pode ser:

- a) *processual* (concedido no bojo do processo);

- b) *extraprocessual* (concedido fora dos autos);
- c) *expresso* (constará de declaração assinada pelo ofendido, por seu representante legal ou procurador com poderes especiais – art. 50 do CPP);
- d) *tácito* (é o que resulta da prática de ato incompatível com a vontade de prosseguir na ação: batizar o filho do ofensor, por exemplo).

Também no que pertine ao perdão, não mais se aplica a dupla titularidade prevista no Código de Processo Penal para o querelante com idade entre 18 e 21 anos.

A aceitação do perdão, por sua vez, pode ser:

- a) *processual* (realizada nos autos da ação penal):
 - a.1) *processual expressa* (quando houver declaração feita nos próprios autos);
 - a.2) *processual tácita* (concedido o perdão, mediante declaração expressa nos autos, o querelado será intimado a dizer, dentro de três dias, se o aceita, devendo, ao mesmo tempo, ser cientificado de que o seu silêncio importará aceitação – art. 58 do CPP);
- b) *extraprocessual* (realizada fora dos autos):
 - b.1) *extraprocessual expressa* (a aceitação do perdão fora do processo constará de declaração assinada pelo querelado, por seu representante legal ou procurador com poderes especiais – art. 59 do CPP);
 - b.2) *extraprocessual tácita* (consistente em ato praticado pelo querelado incompatível com a vontade de não aceitar o perdão).

Na hipótese em que haja vários querelados, o perdão concedido a um estende-se a todos, exceto sobre os que o recusarem. Poderá a vítima, no entanto, conceder perdão parcial, que ocorre quando, dentre vários crimes, recai sobre parte deles: a vítima pode perdoar o crime “A” e não perdoar o “B”. O exercício dessa prerrogativa por um dos querelantes, todavia, não prejudicará o direito dos demais.

1.2.4 Perempção

A perempção, instituto também decorrente do princípio da disponibilidade da ação penal privada, significa a “morte” da ação penal já proposta. É uma sanção imposta ao querelante inerte ou negligente que implica na extinção da punibilidade e só existe na ação penal privada exclusiva e personalíssima, pois na subsidiária o Ministério Público assume a ação quando o querelante se mantém inerte.

O art. 60 do CP traz as hipóteses em que incide a perempção:

- a) quando, iniciada a ação, o querelante deixa de promover o andamento do processo durante trinta dias seguidos (exemplo: o advogado ficou com os autos do processo durante trinta dias para fazer as alegações finais e não fez). A sanção é automática e não há intimação prévia para agir. Existe corrente no sentido de que somente se reconhecerá a perempção em tal hipótese desde que seja regularmente intimado o querelante (ele e seu procurador) para a adoção das providências necessárias ao impulso do processo. Note-se que os trinta dias devem ser ininterruptos (não são somados prazos parciais para se chegar a esse patamar);
- b) quando, falecendo o querelante, ou sobrevindo sua incapacidade, não comparece em juízo, para prosseguir no processo, dentro do prazo de sessenta dias, qualquer das pessoas a quem couber fazê-lo (cônjuge ou companheiro/a, ascendente, descendente ou irmão);
- c) quando o querelante deixar de comparecer, sem motivo justificado, a qualquer ato do processo a que deva estar presente pessoalmente (exemplo: quando o juiz marca a oitiva do querelante). Em outros atos processuais pode estar presente exclusivamente o advogado do querelante. Embora com entendimento em sentido contrário, não há que se falar em perempção quando da ausência do querelante à audiência de conciliação (art. 520 do CPP), pois a queixa nesse momento ainda não foi recebida, não havendo relação processual. Neste sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “Processo penal. Injúria real. Perempção. Queixa-crime. 1. Não ocorre perempção pela ausência do querelante à audiência prevista no art. 520 do Código de Processo Penal, porquanto ainda não instaurada a relação processual (art. 60, III, do Código de Processo Penal). 2.

Dissenso jurisprudencial não demonstrado. 3. Recurso não conhecido” (REsp 125.022/PA – Rel. Fernando Gonçalves – j. 12-8-1997).

Neste mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal: “Não é obrigatório o comparecimento do querelante à audiência de tentativa de conciliação, de que trata o art. 520 do Código de Processo Penal” (HC 71.219/PA – Rel. Sydney Sanches – *DJUI6-12-1994*);

- d) quando o querelante, nas alegações finais, deixa de formular pedido de condenação do querelado. Não é preciso usar a fórmula “peço a condenação”. Fundamental é se extrair da peça processual a conclusão de que se pretende a condenação. Nesta hipótese, ao reverso do que ocorre na ação pública (art. 385 do CPP), não poderá o julgador prolatar sentença condenatória. No caso de crimes conexos, pode ocorrer a perempção para um deles e prosseguimento em relação ao outro;
- e) quando, sendo querelante pessoa jurídica, esta se extinguir sem deixar sucessor.

Na hipótese de dois querelantes, a perempção aplicada em desfavor de um não afeta o direito do outro.

Uma vez ocorrida a perempção, a ação penal não poderá ser reiniciada, pois ocorre, neste caso, a extinção da punibilidade.

2. Ação penal privada personalíssima

A diferença básica existente entre esta modalidade e a anterior reside na titularidade, que neste caso é atribuída única e exclusivamente à vítima. Não há, em nenhuma hipótese, a substituição do titular da ação penal.

Nesta modalidade de ação penal, no caso de morte do ofendido, extingue-se a punibilidade. Se for o ofendido incapaz, deve-se aguardar a cessação da causa da incapacidade para que ele próprio ajuíze a ação penal.

Norberto Avena traz interessante questão a respeito da titularidade da ação penal personalíssima: “Tomando-se por base o crime do art. 236 do CP, já que é a única hipótese de ação penal personalíssima no direito brasileiro, como fica a situação do contraente com 17 anos de

idade que tenha sido enganado pelo outro cônjuge de forma a configurar a figura típica em exame? Não se duvida de que o casamento importa em emancipação, conforme reza o art. 5º, parágrafo único, inciso II, do Código Civil. Inobstante essa circunstância, é certo que a emancipação derivada do casamento subsiste tão somente para os fins civis e não para os fins do direito processual penal. Nesta órbita, com efeito, o casamento não supre a incapacidade, continuando a vedação do emancipado para prática de atos processuais penais que exigem a idade de 18 anos como, por exemplo, para promover a ação penal. Assim, no caso de art. 236 do Código Penal, se o contraente enganado possuir idade inferior a 18 anos, a ação não poderá ser proposta por ele, pois não tem capacidade processual (ou seja, legitimidade para praticar atos válidos no processo), e nem tampouco poderá ele ser representado por outrem em face da natureza personalíssima da ação penal privada neste caso. Deverá, então, aguardar os 18 anos de idade, para somente após ajuizar a ação. Até lá, evidentemente, não correrá o prazo decadencial de seis meses (art. 38 do CPP)” (AVENA, 2012, p. 193).

3. Ação penal privada subsidiária da pública

Ação penal privada subsidiária da pública é aquela proposta pelo ofendido por meio de queixa nos crimes de ação pública, quando esta não for intentada no prazo legal pelo Ministério Público, titular privativo. Cumpre ressaltar, como já fizemos anteriormente, que o fato de o Ministério Público, ao receber o inquérito, determinar a realização de diligências, ultrapassando o prazo para o oferecimento da denúncia, não permite o ajuizamento da queixa subsidiária, pois não se trata de inércia neste caso. De igual forma, se o órgão do *Parquet* promover o arquivamento do inquérito policial.

É possível a renúncia do titular da queixa substitutiva, fato, porém, que não impede o órgão do Ministério Público de oferecer denúncia, iniciando a ação penal pública (art. 29 do CPP).

Vê-se, pois, que se trata de ação facultativa, a ser exercida pela vítima no prazo decadencial de seis meses. Conta-se este prazo a partir da data em que termina o prazo da denúncia para o Ministério Público.

Note-se que, se a vítima não ajuizar a ação penal subsidiária no prazo de seis meses, não haverá impedimento para que o Ministério Público o faça, até que se transcorra o prazo prescricional.

Na ação penal privada subsidiária, o Ministério Público tem os seguintes poderes:

- a) pode, desde logo, repudiar a queixa; nesse caso, todavia, passa a contar com a obrigação de oferecer denúncia substitutiva. Denúncia substitutiva, portanto, é a que deve ser oferecida pelo Ministério Público no lugar da ação penal privada subsidiária (art. 29 do CPP) que foi refutada (repudiada);
- b) se não repudiar a queixa subsidiária, o Ministério Público pode: aditá-la (com totais poderes de incluir novos autores, novos fatos etc.), intervir em todos os termos do processo, fornecer provas ou indicações delas e interpor recursos;
- c) de outro lado, se o querelante negligenciar, deve o Ministério Público retomar a ação como parte principal.

Se o Ministério Público entender que não há base (justa causa) para a ação penal, deve discordar da queixa apresentada e se manifestar no sentido da sua rejeição.

Embora se trate de ação penal privada, não há incidência do perdão do ofendido neste caso. Se houver, por parte do querelante, a prática de algum ato que sinalize a concessão de perdão, tal deverá ser encarado como negligência, com a conseqüente retomada da ação por parte do Ministério Público. Essa conclusão, aliás, pode ser extraída do próprio texto do art. 105 do Código Penal, que opõe obstáculo ao prosseguimento da ação se houver perdão nos crimes em que *somente* se procede mediante queixa.

No caso de vítima pobre, à Defensoria Pública cabe promover a ação penal privada subsidiária da pública, nos termos do art. 4º da Lei Complementar n. 80/94, com redação dada pela Lei Complementar n. 132/2009, desde que já tenha sido criada e estruturada. Caso contrário, a titularidade continua com o Ministério Público.

Resumo do tema – Ação Penal

- ◆ Ministério Público promove ação pública. Ela pode ser INCONDICIONADA ou CONDICIONADA.
- ◆ Condicionada à representação do ofendido ou do representante legal, quando a lei assim afirmar. Exemplo: injúria racial (art. 140, § 3º, do CP).
- ◆ Condicionada à requisição do Ministro da Justiça, quando a lei assim afirmar. Exemplo: crime contra a honra da Presidenta da República.
- ◆ OFENDIDO MORREU ou DECLARADO AUSENTE = direito de representação passa ao Cônjuge, Ascendente, Descendente ou Irmão (CADI).
- ◆ Se o crime for praticado em detrimento do patrimônio ou interesse da União, Estado ou Município, a ação será pública.
- ◆ A representação será irretratável, depois de OFERECIDA a denúncia. REPETINDO – Representação torna-se irretratável após OFERECIMENTO da denúncia.
- ◆ Art. 28 do Código de Processo Penal: Ministério Público acha que é caso de arquivamento do inquérito policial; o juiz discorda. Quem decide? Os autos sobem para o Procurador-Geral de Justiça dar a palavra final. Se concordar com o colega do Ministério Público, ARQUIVA e acabou a conversa. Se concordar com o juiz, CHAMA outro promotor para denunciar.
- ◆ Esse novo promotor pode pedir arquivamento, contrariando a vontade do Procurador-Geral de Justiça? NÃO, porque a vontade da Instituição Ministério Público é uma só, e ele está representando o chefe da Instituição.
- ◆ Juiz pode discordar da vontade do Procurador-Geral de Justiça, mudando de ideia? NÃO. Ele não é titular da ação penal. Recebe a denúncia (se não for inepta) e inicia o trâmite procedimental.
- ◆ A denúncia/queixa conterà a exposição do fato criminoso, a qualificação do acusado, a classificação do crime e o rol das testemunhas.
- ◆ O Ministério Público não poderá desistir da ação penal, por força do princípio da oficialidade.
- ◆ Prazos para o Ministério Público denunciar:

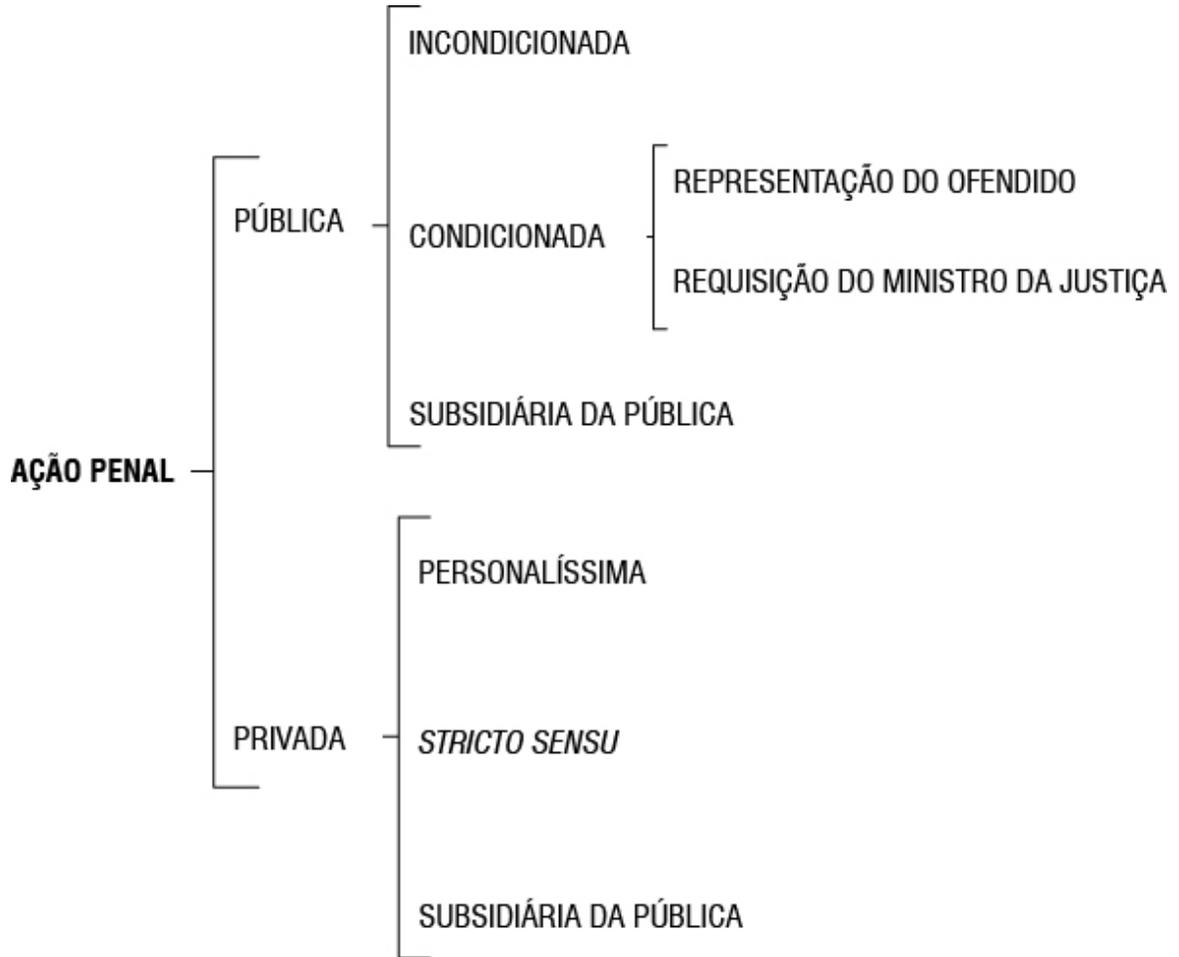
Réu preso – 5 dias;

Réu solto ou afiançado – 15 dias.

- ◆ *Como se conta o prazo quando não há inquérito? Da data do recebimento das informações ou representação.*
- ◆ *E se for ação penal privada? A lei diz: somente se procede mediante a queixa-crime. Se não se oferecer a queixa em 6 meses, ocorre decadência, com a consequente extinção da punibilidade do agente.*
- ◆ *Ação penal privada subsidiária da pública – Ministério Público não ofereceu a inicial acusatória no prazo legal. O ofendido oferece no lugar do Ministério Público, que, mesmo assim, ainda pode aditar, repudiar e oferecer denúncia substitutiva. Ministério Público pode ainda intervir em todos os atos do processo, produzir prova, interpor recurso.*
- ◆ *Exercício do direito de queixa por ofendido menor de 18 anos, mentalmente enfermo, sem representante legal (ou com interesses colidentes). Como proceder? O direito de queixa poderá ser exercido por curador especial.*
- ◆ *Quem chama esse curador especial para a ação? Ele pode ser nomeado de ofício pelo juiz, ou a requerimento do Ministério Público.*
- ◆ *Ofendido menor de 21 e maior de 18 anos – direito de queixa pode ser exercido por ele ou seu representante legal.*
- ◆ *Fundações, associações ou sociedades legalmente constituídas poderão exercer a ação penal? SIM, devendo ser representadas por quem os respectivos contratos ou estatutos designarem, ou diretores/sócios-gerentes.*
- ◆ *Prazo de decadência do direito de representação = 6 MESES.*
- ◆ *Prazo de decadência do direito de queixa = 6 MESES.*
- ◆ *6 meses contados do dia em que vier a saber quem é o autor do crime, ou, no caso da queixa subsidiária, do fim do prazo para o Ministério Público denunciar.*
- ◆ *Cabe representação por procurador? SIM, desde que tenha poderes especiais.*

- ◆ Cabe representação oral? SIM, a representação pode ser verbal ou por escrito.
- ◆ Pode o ofendido representar diretamente para o juiz? SIM. Então, o juiz remete a queixa para a autoridade policial instaurar o inquérito policial.
- ◆ Pode o Ministério Público oferecer denúncia sem inquérito policial? SIM, desde que o Ministério Público já tenha os dados necessários para oferecer denúncia.
- ◆ E quais são esses dados necessários? Prova da materialidade e indícios de autoria.
- ◆ Pode o Ministério Público oferecer denúncia sem a representação, já que o inquérito policial é dispensável? NÃO. Se a ação penal é pública condicionada à representação, deve aguardar a representação.
- ◆ Se a representação vier com materialidade/autoria – o Ministério Público pode denunciar diretamente, no prazo de 15 dias.
- ◆ Precisa-se de advogado para oferecer queixa-crime? SIM, a menos que o ofendido tenha capacidade postulatória.
- ◆ Pode o Ministério Público aditar a queixa em ação privativa do ofendido? É perfeitamente possível.
- ◆ Queixa contra um = queixa contra todos (princípio da indivisibilidade).
- ◆ Renúncia contra um = renúncia contra todos (princípio da indivisibilidade).
- ◆ Perdão para um = só estará perdoado quem aceitar.
- ◆ Cabe aceitação do perdão por procuração? SIM, desde que existam poderes especiais.
- ◆ Existe renúncia tácita e perdão tácito? SIM, pode-se provar do jeito que der. Desde que não seja prova ilícita.
- ◆ Qual o prazo para o querelado aceitar o perdão? 3 DIAS.
- ◆ E se o potencial perdoado não responder nada, nem confirmar que aceita, nem afirmar que não aceita o perdão, o que acontece? Aqui, ao contrário do interrogatório, quem cala consente. Considera-se perdoado se ficar em silêncio.

Modalidades de Ação Penal



PARTE III

◆ Ação Civil *Ex Delicto*

- ◆ [Ação Civil Ex Delicto](#)
- ◆ [Ação Civil Proposta pelo Ministério Público](#)
- ◆ [Suspensão do Processo Civil durante a Ação Penal](#)
- ◆ [Execução Civil](#)

Capítulo 1

◆ Ação Civil Ex Delicto

1. Conceito

Quem causa danos (morais ou materiais) a outrem, em virtude de ato ilícito, tem a obrigação de repará-los, de indenizá-los (art. 927 do CC).

Quando esses danos são resultado da prática de uma infração penal, ou seja, quando são relacionados com o cometimento de um ilícito criminal, a vítima ou seu representante legal têm autorização legal para ingressar com um pedido de indenização da esfera civil.

Esse pedido de indenização na esfera civil pode se dar de duas formas:

- a) ou a vítima ingressa imediatamente pleiteando a indenização, em ação civil de conhecimento, de natureza condenatória;
- b) ou decide aguardar a atuação do Ministério Público na esfera penal, com a utilização do aparato instrutório estatal, para, apenas em seguida à condenação criminal, utilizar o título recém-formado para ingressar diretamente com a execução do título judicial penal (ou, ainda, ingressar na fase de liquidação de sentença).

No segundo caso, pode-se ingressar com a denominada ação civil *ex delicto*, que é, assim, a ação que visa a obtenção de uma indenização em razão dos danos causados por um delito.

No Capítulo VI, do Código Penal, temos os efeitos da condenação criminal. Tais efeitos podem ser genéricos ou específicos. O importante para nós, nesse momento, está no inc. I do art. 91 do CP, que dispõe que é efeito da condenação: “tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime”.

Logo, existindo a possibilidade de quantificar qualquer dano decorrente da prática de uma infração penal, deve o juiz criminal estar atento para a sua fixação na sentença condenatória (art. 387, IV, do CPP).

Cuidado: a ação civil *ex delicto sempre* será proposta no juízo cível.

A ação civil *ex delicto* pode ser proposta contra o autor do crime ou contra o seu responsável civil (art. 64 do CPP).

No caso de posterior morte do autor do fato criminoso, a ação pode ser intentada contra os seus sucessores, que respondem civilmente pelos danos, mas sempre limitados aos valores da herança.

No caso de falecimento da vítima, seus sucessores poderão ingressar com a ação civil *ex delicto*.

Por estarmos no campo do direito processual civil, imprescindível que essa ação seja proposta por quem possui capacidade postulatória, ou seja, advogado regularmente constituído ou, no caso de réu hipossuficiente, pela Defensoria Pública.

Capítulo 2

◆ Ação Civil Proposta pelo Ministério Público

Quando a vítima for pobre, ou seja, não possuir condições financeiras de custear a ação civil *ex delicto* sem prejuízo próprio ou de sua família, deve receber tratamento diferenciado.

Tal hipótese foi palco de discussão na doutrina e no próprio Supremo Tribunal Federal.

O problema foi originado na redação do art. 68 do Código de Processo Penal, que reza:

Art. 68. Quando o titular do direito à reparação do dano for pobre (art. 32, §§ 1º e 2º), a execução da sentença condenatória (art. 63) ou a ação civil (art. 64) será promovida, a seu requerimento, pelo Ministério Público.

Essa redação data de 1941, ano da aprovação do texto do Código de Processo Penal.

O art. 68 traz questão de substituição processual para o Ministério Público que irá representar a vítima ou seu representante legal em nome alheio.

Entretanto, tal função de defesa e representação processual dos hipossuficientes, após a Constituição da República de 1988, foi destinada à Defensoria Pública, e não ao Ministério Público.

Reza o art. 134 da Constituição da República:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

Assim, não haveria mais espaço para a atuação do Ministério Público nesse caso.

Porém, tal questão não é tão simples.

Alguns Estados da Federação ainda não criaram suas defensorias públicas.

Como exemplo mais recente, na ADI 3.892, o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou inconstitucional o art. 104 da Constituição de Santa Catarina e a Lei n. 155/97, que determinam que a Defensoria Pública seja exercida por advogados dativos, e estabeleceu o prazo de 12 meses para que o governo crie e instale a Defensoria Pública no Estado, sob pena de proposição de ação de improbidade e de crime de responsabilidade contra o governador.

O mesmo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 135.328/SP, diante da inexistência de todas as Defensorias Públicas e da carência de defensores em todos os Estados, declarou a inconstitucionalidade progressiva do art. 68 do Código de Processo Penal.

Segue importante trecho do julgado: “Enquanto não criada por Lei, organizada – e, portanto, preenchidos os cargos próprios, na unidade da Federação – a Defensoria Pública, permanece em vigor o artigo 68 do Código de Processo Penal, estando o Ministério Público legitimado para a ação de ressarcimento nele prevista. Irrelevância de a assistência vir sendo prestada por órgão da Procuradoria Geral do Estado, em face de não lhe competir, constitucionalmente, a defesa daqueles que não possam demandar, contratando diretamente profissional da advocacia, sem prejuízo do próprio sustento”.

Tal inconstitucionalidade trata da seguinte situação: tem seus limites ampliados conforme as defensorias são criadas e estruturadas, com o passar do tempo. Enquanto isso não acontece, o Ministério Público continua legitimado a ingressar com as ações civis *ex delicto*.

Logo, é possível a representação do ofendido ou seu representante legal pelo Ministério Público quando a vítima for pobre e assim o requerer.

O Ministério Público será substituto processual aqui (fala em nome próprio, mas defende interesse alheio).

Inconstitucionalidade progressiva: a representação pelo Ministério Público nos locais onde já exista Defensoria Pública é inconstitucional e seus atos serão nulos de pleno direito.

Capítulo 3

◆ Suspensão do Processo Civil durante a Ação Penal

O art. 64, parágrafo único, do Código de Processo Penal diz:

Art. 64. (...) Parágrafo único. Intentada a ação penal, o juiz da ação civil poderá suspender o curso desta, até o julgamento definitivo daquela.

Vigora, como regra geral, o princípio da independência das instâncias.

Logo, as duas ações podem tramitar concomitantemente. Mas o juiz civilista pode suspender por um ano a ação civil, em razão do risco de conflito de decisões. Trata-se de decisão prudente, pois uma decisão penal que afirme inexistir o fato faz coisa julgada na esfera civil (“Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato”).

Uma decisão que reconheça ter o agente agido acobertado por uma excludente de ilicitude ecoa seus efeitos na esfera da ação civil, da mesma forma. Nesses termos, a literalidade do art. 65 do CPP não deixa dúvidas: “Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”.

Importante ampliarmos a discussão dos efeitos da decisão criminal na esfera civil, para identificarmos as hipóteses em que a decisão em uma instância não impede a indenização na outra.

Em caso de extinção da punibilidade, nada impede a ação civil (art. 67, II, do CPP).

Cuidado: aqui temos uma exceção: reparação dos danos no peculato culposo, antes da sentença final (art. 312 do CP).

O arquivamento do inquérito policial ou de peças informativas, como a investigação direta feita pelo Ministério Público ou de relatório de Comissão Parlamentar de Inquérito, não impedem a vítima de ingressar com ação civil autônoma.

A absolvição do acusado no âmbito criminal impede a ação civil? Em regra, não, salvo quando:

- a) o juiz criminal reconhecer a inexistência material do fato (art. 66 do CPP);
- b) o juiz criminal reconhecer que o acusado não participou dos fatos;
- c) o juiz criminal reconhecer uma causa de exclusão da ilicitude ou antijuridicidade (legítima defesa, estado de necessidade etc.), exceto:

◆ o estado de necessidade *agressivo*, quando se lesa terceiro inocente. Tem que indenizá-lo, mas há ação regressiva contra aquele que ocasionou o perigo: cf. arts. 929 e 930 do novo Código Civil (que correspondem aos arts. 1.519 e 1.520 do Código Civil anterior).

Há estado de necessidade defensivo quando é lesado direito de quem causou o perigo – não tem que indenizar. Há estado de necessidade agressivo quando se lesa direito de um inocente. No primeiro não há indenização, no segundo é pertinente a indenização (embora absolvido no âmbito criminal);

◆ legítima defesa real com *aberratio ictus*: o agente é absolvido no crime, mas vai ter que indenizar. Exemplo: agindo em legítima defesa real, “A” dispara contra “B” mas acerta e mata “C”. Tem que indenizar (embora não tenha responsabilidade no âmbito criminal);

◆ legítima defesa *putativa*: o sujeito pensa que há agressão, mas não há, matando o pseudoagressor. Cabe indenização civil. A legítima defesa putativa só exclui a culpabilidade, mas não a injustiça da agressão. Afasta a responsabilidade penal, não a civil;

- ◆ excesso doloso ou culposo ou exculpante na legítima defesa: há obrigação de indenizar (porque o excesso é injusto).

Capítulo 4

◆ Execução Civil

Há 5 pontos de extrema relevância e complexidade que ainda precisam ser abordados no tema da execução civil da condenação criminal.

1. Execução civil da sentença penal

A sentença penal condenatória irrecorrível constitui título executivo judicial, podendo ser executada no âmbito civil (art. 63 do CPP; art. 475-N, II, do CPC) pelo ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.

A sentença constituía título certo (criava a obrigação de indenizar), porém ilíquido, antes da reforma processual penal de 2008. Assim, antes da execução civil, necessariamente a sentença condenatória penal definitiva tinha de ser liquidada na esfera civil. Ao réu, não cabia discutir se era devedor de alguma quantia; suas alegações ficavam restritas somente ao valor a ser indenizado.

Com a Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008, essa estrutura mudou.

Agora, o próprio juiz criminal fixa na decisão condenatória um valor a ser ressarcido civilmente. A vítima já ingressa no juízo cível com um valor prefixado pelo juiz criminal, mostrando-se desnecessária a fase de liquidação da sentença penal no civil.

Há casos em que o valor da indenização decorrente do fato criminal é de fácil quantificação (exemplo: furto de um telefone celular) e o valor a ser indenizado é fixado na própria sentença penal condenatória do réu.

Defendemos, em 2008, texto que ainda merece destaque: “A redação do parágrafo único deixou em aberto para o juiz da Vara Cível, corretamente em nossa opinião, a oportunidade de efetuar nova avaliação ou outra liquidação da sentença criminal em busca do valor real, efetivamente sofrido pela vítima. Ou seja, a fixação pelo juiz criminal do valor pode ser revista sem problemas na esfera civil” (MARQUES, 2008, p. 16).

2. Execução civil líquida e ilíquida

É possível ao juiz criminal fixar valores mínimos de parte líquida e de parte ilíquida.

Mendonça (2008) nos dá interessante exemplo: um processo por homicídio culposo. O agente, por imprudência, colide seu veículo com outro parado, e a vítima, mesmo após uma semana de internação hospitalar, vem a falecer. Há no caso danos de fácil constatação (valor do veículo e conta do hospital) e danos de difícil constatação (danos morais). O juiz criminal deve fixar os valores mínimos dos danos e os sucessores poderão ingressar diretamente com a execução da parte líquida, e buscar a quantificação da parte ilíquida em eventual liquidação civil.

3. Legitimidade recursal do Ministério Público para recorrer do valor mínimo fixado na sentença penal condenatória

Já foram apresentados os legitimados para interpor a ação civil *ex delicto*.

Além dos três legitimados – vítima, representante legal e herdeiros –, há outro para os casos de hipossuficiência: a defensoria pública (onde estiver criada e estruturada) ou o Ministério Público (para os demais casos).

O art. 68 do Código de Processo Penal atribui tal função ao Ministério Público. Porém, a Constituição da República diz que tal atribuição é da Defensoria Pública.

Esse artigo do Código de Processo Penal era vigente e válido antes da regra constitucional ser respeitada pela União e pelos Estados da Federação.

O Ministério Público possuía tal atribuição exclusiva, mas, após 1988, continuou representando as vítimas nas ações civis *ex delicto* apenas pelo fato de não existir a estrutura ideal de defensoria pública em todos os Estados da Federação. E sem defensor, sem tutela dos hipossuficientes, inclusive para a ação civil *ex delicto*, o que obriga o Ministério Público a continuar atuando.

Essa foi a conclusão a que o Supremo Tribunal Federal chegou: onde houver Defensoria, ela atua. Onde não houver, o Ministério Público cuida (RE 341.717-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. 5-8-2003, 2ª T., DJE 5-3-2010).

De qualquer forma, o ponto central desse tópico é o interesse recursal.

Só pode recorrer, ou seja, só possui legitimidade recursal aquele que tem interesse jurídico na alteração do conteúdo da sentença.

No caso da sentença penal que fixou valor mínimo a ser indenização no cível, quem possui tal legitimidade? A vítima ou o Ministério Público?

Ficamos com as lições de Germano Marques da Silva (2011, p. 333) e Andrey Borges de Mendonça (2008, p. 244) no sentido de que o Ministério Público não possui legitimidade recursal para buscar uma ampliação do valor mínimo fixado na sentença penal condenatória, por total ausência de interesse recursal.

O direito a um valor justo é interesse de natureza privado, estando fora do campo de atuação do *Parquet*. E, por força da declaração de inconstitucionalidade progressiva do art. 68, do Código de Processo Penal, nem mesmo quando ainda estiver legitimado para executar o título executivo penal no âmbito civil deve recorrer da sentença penal e utilizar o valor mínimo, sempre respeitando os limites e interesses de seu representado, titular exclusivo do direito discutido.

4. Sentença que fixa medida de segurança pode ser executada no civil

Depende:

- a) se se trata de semi-imputável, a sentença é condenatória, logo pode ser executada no civil;
- b) se se trata de totalmente inimputável, a sentença é absolutória imprópria. Nesse caso, a sentença penal não poderá ser executada diretamente no juízo civil, que só admite, como título executivo judicial, a sentença penal *condenatória*.

Nesse caso, os legitimados (vítima, seu representante legal ou sucessores) poderão ingressar com ação civil de conhecimento, para buscar condenação no juízo civil e posteriormente executar a sentença civil condenatória.

5. Sentença que concede perdão judicial

Tal decisão não pode ser executada no civil.

A Súmula 18 do Superior Tribunal de Justiça reza:

A sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório.

Se a natureza jurídica do perdão judicial deixa clara a inexistência de qualquer efeito condenatório, não há como caracterizar essa decisão como penal condenatória.

Entretanto, ainda resta para a vítima e outros legitimados buscar, via ação civil e somente na justiça cível, eventual ressarcimento por dano praticado.

Resumo do tema Ação Civil “Ex Delicto”

- ◆ Após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros poderão buscar a reparação do dano gerado pela infração penal.
- ◆ Essa reparação do dano causado pela infração penal será buscada no juízo cível.
- ◆ Os legitimados da ação civil *ex delicto* têm 2 (duas) opções:
 - a) ou usam o valor mínimo fixado pelo juiz criminal e executam o condenado com base nesse valor;

- b) ou buscam um valor maior, mas terão que passar pela fase de liquidação da sentença no juízo civil.
- ◆ As fases procedimentais até chegar à ação civil *ex delicto* são:
 - 1ª) Há a prática de uma infração penal (crime ou contravenção penal) contra uma vítima, e esse delito causa um dano a essa pessoa. Exemplo: “A”, de forma proposital, chuta o veículo da vítima até destruí-lo parcialmente. Essa conduta configura crime de dano (art. 163 do CP).
 - 2ª) O Ministério Público oferece a denúncia, que é recebida pelo juiz, dando início à ação penal pública. Após colhido todo o acervo probatório na fase de instrução, pode ser que o agente ativo do delito seja condenado criminalmente, de forma definitiva (esgotada toda a fase recursal).
 - 3ª) Na sentença condenatória, o juiz *criminal* (guarde isso) fixa um valor mínimo a ser indenizado para a vítima do crime, no próprio processo-crime. Nesses termos, diz o art. 387 do Código de Processo Penal: “Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: (...) IV – fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido”.
 - 4ª) Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução cível *poderá* ser efetuada por esse valor mínimo fixado pelo juiz criminal. Utilizamos a palavra PODERÁ, pois a vítima ou seus sucessores não estão obrigados a aceitar o tal valor mínimo. O ofendido (ou demais legitimados) pode optar por liquidar o dano na esfera cível, buscando *aumentar* o tal valor mínimo fixado na sentença penal. Mas, para aumentar o valor a ser indenizado, tal discussão deve ser feita na esfera civil, e não no processo criminal.
 - ◆ Se é possível lutar, na fase de liquidação civil do título executivo judicial penal, para aumentar o valor da indenização, qual é a vantagem de utilizar o valor mínimo fixado pelo juiz criminal? A resposta para essa questão está nas dificuldades estruturais da prática forense. A fase da liquidação da sentença, seja por artigos seja por arbitramento, pode demorar muito tempo. Há casos com

demora de 4 a 5 meses, apenas para juntar a petição ao processo; o que se dirá de finalizar todo o procedimento? A ideia do legislador foi ajudar a vítima a ganhar tempo e ser indenizada o mais rápido possível, reduzindo a sensação de injustiça, impunidade e abandono estatal com a segurança pública.

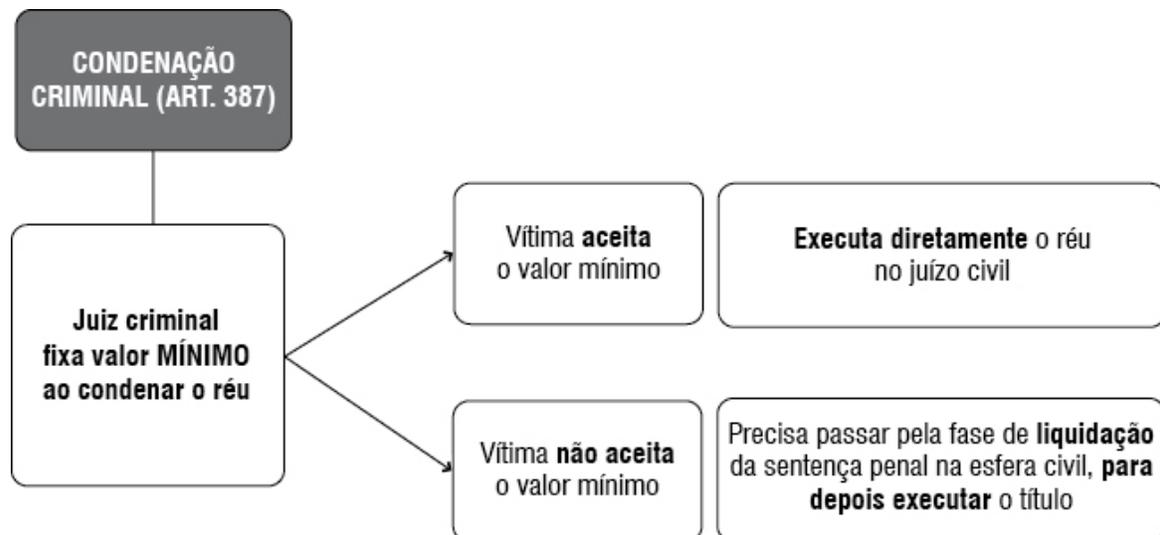
- ◆ ;Além do ofendido, quem mais pode pleitear essa reparação do dano? O representante legal do ofendido (nos casos em que a representação é necessária) ou ainda seus herdeiros (caso o ofendido tenha morrido).
- ◆ Questão importante diz respeito à legitimidade incondicional dos herdeiros: se o ofendido morreu por outro motivo, diferente do crime, os herdeiros terão legitimidade mesmo assim? Em outras palavras: o ofendido foi vítima de um crime de furto; depois do furto, *em situação não relacionada com o crime*, morre atropelado. Nesse exemplo, podem os herdeiros ajuizar a ação civil *ex delicto* para buscar a reparação do dano pelo furto? A resposta é positiva. O direito de ser indenizado, oriundo da reparação do dano, é transmitido aos herdeiros mesmo no caso de morte posterior da vítima, sem nexos causal com o delito.
- ◆ Além dos três legitimados que apontamos (vítima, representante legal e herdeiros), há outro para os casos de hipossuficiência. O art. 68 do Código de Processo Penal atribui tal função ao Ministério Público. Porém, a Constituição da República diz que tal atribuição é da Defensoria Pública. Qual deles prevalece?

Esse artigo do Código de Processo Penal era vigente e válido. O Ministério Público possuía tal atribuição, mas, após 1988, continuou representando as vítimas nas ações civis *ex delicto* porque ainda não existia a estrutura ideal de defensoria pública em todos os Estados da Federação. E sem defensor, sem tutela dos hipossuficientes, inclusive para a ação civil *ex delicto*.

Conclusão a que o Supremo Tribunal Federal chegou: onde houver Defensoria, ela atua. Onde não houver, o Ministério Público cuida (STF, 2ª T., RE 341.717-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. 5-8-2003, *DJE* 5-3-2010).

- ◆ Independência/dependência de instâncias civil e penal no caso da ação civil *ex delicto*: faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado com excludente de ilicitude. São elas: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito, além de outras hipóteses de excludente previstas em outros dispositivos legais (exemplos: art. 128, do CP; art. 53, da CRFB).
- ◆ Mesmo absolvido o réu, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato. Importante isso. Sabe por quê? Um fato pode ser crime e, ao mesmo tempo, ser um ilícito civil. Como no dano doloso. Se o agente dolosamente destruiu o carro da vítima, pratica crime, mas também pratica um ilícito civil (ficando obrigado a reparar o dano).
- ◆ Se o juiz penal na sentença afirmar: não houve dano nenhum, a discussão no juízo cível estará encerrada.
- ◆ Se o juiz penal afirmar: não houve crime, ainda se pode discutir no cível, pois um fato que é indiferente penal pode caracterizar-se como um ilícito civil, como no caso de um dano culposos.

Ação Civil Ex Delicto (art. 63 do CPP)



◆ Referências

- AVENA, Norberto. *Processo penal esquematizado*. 4. ed. São Paulo: Método, 2012.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito processual penal*. São Paulo: Elsevier, 2007. t. I.
- BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, William Terra de. *Nova lei de drogas comentada*. São Paulo: RT, 2007.
- BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luiz Flávio; PINTO, Ronaldo Batista. *Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da lei de trânsito*. São Paulo: RT, 2008.
- DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de processo penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- FEITOZA, Denilson. *Direito processual penal*. Teoria, crítica e práxis. 7. ed. Niterói: Impetus, 2010.
- FELDENS, Luciano. *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: RT, 2009.
- FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. 11. ed. São Paulo: RT, 2009.
- FISCHER, Douglas. *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: RT, 2009.
- FUDOLI, Rodrigo de Abreu. Lei n. 11.690/08: reforma do tratamento das provas no Código de Processo Penal. Disponível em: www.jusnavegandi.com.br 25-6-2008. Acesso em: 7 out. 2009.
- GAZZOLA, Gustavo dos Reis. *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: RT, 2009.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- GOMES, Luiz Flávio. *Estupro com lesão corporal grave ou morte: a ação penal é pública condicionada*. Disponível em: www.lfg.com.br. Acesso em: 28 set. 2009.
- GOMES, Luiz Flávio. O direito ao silêncio e as investigações. CCJ do Senado rasga (uma vez mais) a Constituição brasileira. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1982, 4 dez. 2008. Disponível em: jus.com.br/revista/texto/12041. Acesso em: 24 mar. 2012.
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2010.

- INELLAS, Gabriel C. Zaccarias de. *Da prova em matéria criminal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.
- JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. Niterói: Impetus, 2011. v. I.
- MARQUES, Ivan Luís. *Reforma processual penal de 2008*. São Paulo: RT, 2008.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de Processo Penal*. São Paulo: GEN, 2008.
- MIRABETE. *Processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2011.
- MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Curso temático de direito processual penal*. Salvador: JusPodivm, 2009.
- NORONHA, Magalhães. *Curso de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 9. ed. São Paulo: RT, 2009a.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais comentadas*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009b.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2011.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- PACHECO, Denílson Feitoza. *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: RT, 2009.
- PEREIRA, Flávio Cardoso. *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: RT, 2009.
- RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal – II*. Porto Alegre: Verbo, 2011.
- SOUZA, Sérgio Ricardo de; SILVA, William. *Manual de processo penal constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- TORRES, Demóstenes. *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: RT, 2009.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- TUCCI, Rogério Lauria. Investigação criminal do projeto de reforma do Código de Processo Penal. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 24, p. 103-110, 2004.