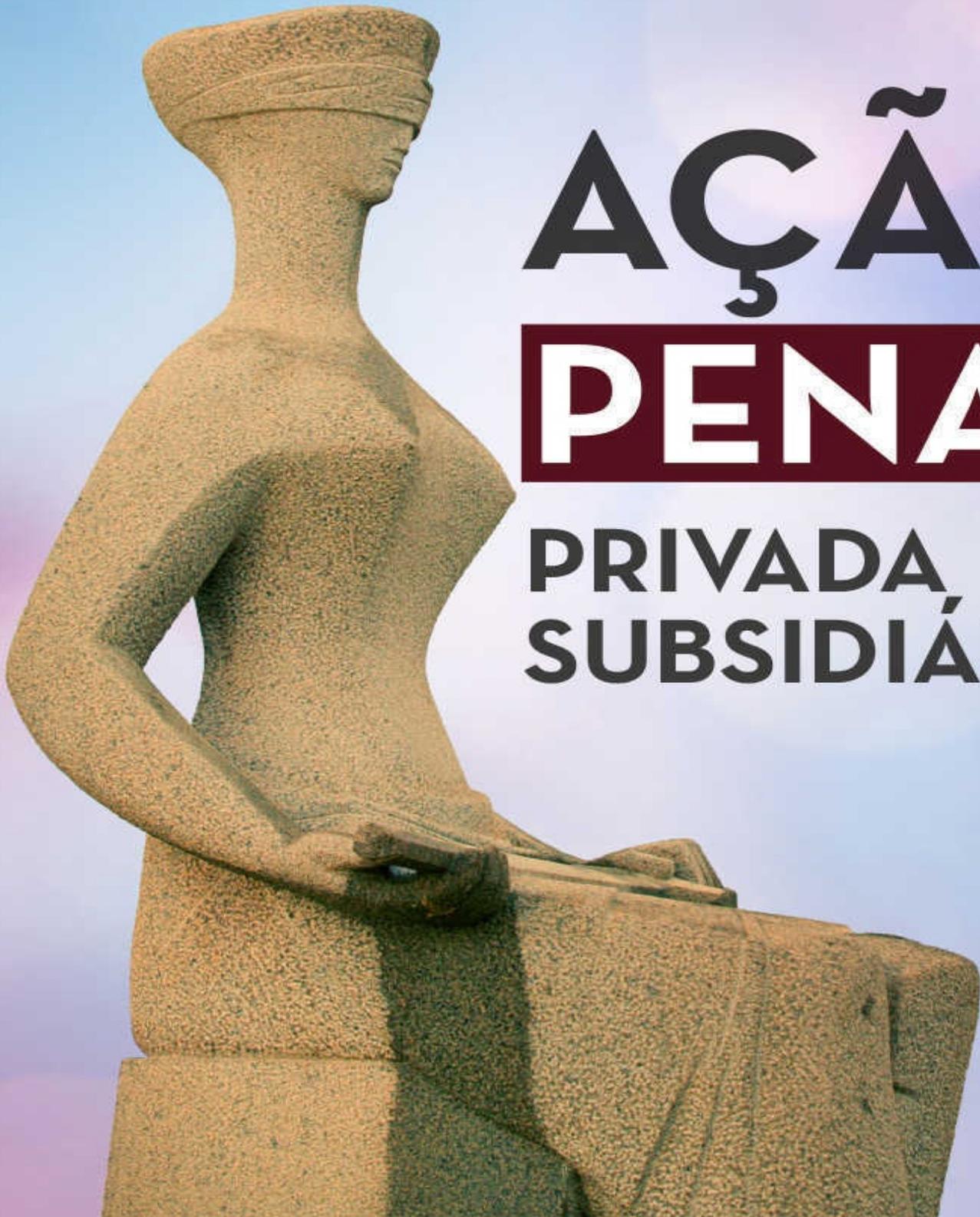


EDMAC TRIGUEIRO

AÇÃO

**PENAL**

PRIVADA,  
SUBSIDIÁRIA



# DADOS DE COPYRIGHT

## Sobre a obra:

A presente obra é disponibilizada pela equipe [Le Livros](#) e seus diversos parceiros, com o objetivo de oferecer 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 [Le 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: [lelivros.love](#) ou em qualquer um dos sites parceiros apresentados [neste link](#).

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



# **AÇÃO PENAL PRIVADA**

# **SUBSIDIÁRIA**

**EDMAC TRIGUEIRO**  
**2016**

A Machidovel e Edirthes.  
Lana, Pedro Henrique, Eduardo e Giovana.  
Mac Filho, Myrson Lima e Lucíola.

## PREFÁCIO

Dr. Edmac Lima Trigueiro honrou-me com a responsabilidade de prefaciar sua obra *Ação Penal Subsidiária*, que em boa hora é publicada.

O livro tem indiscutível qualidade técnica, abordando tópico pouco explorado do Direito Processual Penal, mas reflete, sobretudo, as virtudes ímpares que caracterizam o autor: a sensibilidade, o senso de justiça e a preocupação com o outro.

Vivemos quadra tormentosa, em que a banalização do mal e da violência levam a sociedade a pleitear uma retorsão organizada por parte dos entes estatais encarregados das atividades de investigação e persecução do crime. Quer-se mais punição e retribuição rigorosa dos males causados pelo delito.

Infelizmente, tal clamor repressivo por vezes é atendido e acaba por alimentar uma espiral de violências e agressões. Nada indica que o exercício obsessivo e compulsivo do jus puniendi tenha contribuído para a redução da criminalidade, se é que não a estimula.

À partida, o autor pressupõe ser a ação penal um instrumento de violência estatal – embora exercida de maneira vinculada e por mais nobre que seja sua finalidade. Espectador privilegiado da forma como a ação penal nasce e se desenvolve, o autor preocupa-se, sobretudo, com aquelas hipóteses de propositura injustificada da ação penal. Baseado em dados empíricos, comprova a exacerbação da litigiosidade penal, que identifica com o recrudesimento da violência.

Dotado de aguçada percepção do justo, o autor enxerga além do óbvio: o manejo excessivamente rigoroso do aparato penal faz justiça e injustiça; apascenta e revolta. Muitos veem e propagam os males da impunidade, detraindo a omissão. O Dr. Edmac adverte para a opressão da ação.

Assim, após buscar explicar as causas do aumento da litigiosidade penal, o autor propõe um caminho alternativo: a não-violência como instrumento de pacificação social. A adoção desse novo paradigma estaria a exigir uma profunda modificação da forma de atuar do Ministério Público, que levaria a um exercício mais seletivo do direito de ação no processo penal.

Um tal modelo, em contrapartida, exige maior controle sobre a atividade exercida pelo órgão acusador. E aí nasce a preocupação em resgatar a ideia da ação privada subsidiária como instrumento de contenção da discricionariedade do Ministério Público na formação da opinião delicti.

O que parece ser um paradoxo – a crítica à proliferação da ação penal e o resgate da ação penal privada subsidiária como garantia fundamental da vítima – é, em verdade, uma engenhosa construção que busca equilibrar o pretendido novo modelo de atuação do Ministério Público com os interesses dos ofendidos, de forma a impedir que o exagero na ação se transmude em desmedida inércia.

Na segunda parte da obra, a ação penal privada ganha um tratamento detalhado e profundo que supre a carência de um estudo cuidadoso do tema pela literatura jurídica tradicional. Relegada à condição de instituto secundário e indesejável, a ação penal privada subsidiária tem sua aplicação obstada e desestimulada na jurisprudência e na doutrina. Finalmente, o assunto é tratado com o rigor e a relevância que seu estatuto constitucional exige.

Neste ponto, o trabalho beneficia-se da linguagem clara e precisa que denuncia a inteligência e a ampla formação humanística do autor. Ao apuro linguístico soma-se o conhecimento técnico, revigorado por minuciosa pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

O todo constitui, portanto, obra de rara inspiração, fruto de uma percepção aguçada do jurista e de seu

mundo; e que não se furta a um diálogo em variadas dimensões: filosófica, sociológica e jurídica. É, pois, leitura indispensável, que tem também uma função psicanalítica: revela quem é o autor e nos permite refletir sobre quem somos.

Samuel Miranda Arruda

Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Coimbra  
Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará

PS. Esse prefácio, originariamente, foi oferecido para os dois livros *Ação Penal e Violência*, em que se discute o emprego da ação penal como um ato de violência do Estado contra o indivíduo, e o presente *Ação Penal Subsidiária*, o estudo dogmático da ação penal privada subsidiária da pública. Parte do prefácio, portanto, refere-se ao livro *Ação Penal e Violência* e, a outra parte, ao presente livro.

## INTRODUÇÃO

Este livro apresenta um estudo dogmático da ação penal privada subsidiária da pública. Deu-se enfoque maior à parte processual. Tem por ponto central a discussão sobre a ação penal privada subsidiária. Assim, assumiu-se discurso eminentemente positivista.<sup>1 2</sup> Passou-se ao largo, portanto, da discussão acerca da extinção ou não da ação penal privada propriamente dita. Sobre este tema, há outras monografias<sup>3</sup>. Entendeu-se que o já dito e escrito não vale a pena repisar por fugir de seu foco central - a ação subsidiária. Assim, assumiu-se a realidade imposta e vigorante – a da existência da ação subsidiária. Além do tema deste trabalho não ser o da ação privada exclusiva e sim, o da a ação subsidiária, o fato da ação subsidiária constar do rol dos direitos fundamentais torna ainda mais estéril a discussão sobre sua extinção, ante sua evidente característica de perenidade (art. 60, § 4º, IV, CF/88).

Imprimiu-se um enfoque mais dogmático, baseado em pesquisa doutrinária e jurisprudencial. Apesar das críticas dos filósofos à dogmática jurídica, é preciso reconhecer que a dogmática é a marca maior do jurista e também que:

Ainda que o dogmatismo, enquanto teoria do direito, esteja obsoleto, e, enquanto visão política do direito, tenha exercido (e até ainda exerça) influência conservadora, o fato de ser dogmático não significa que o direito moderno implique uma visão tacanha dos problemas jurídicos, nem que sua teoria geral, a dogmática, seja atitude necessariamente inadequada diante do mundo real (ADEODATO, 2002a, p. 218).

A opção pela dogmática revela-se, outrossim, por razões pragmáticas. É que ela “se constitui no modelo de direito preponderante no Estado moderno” (ADEODATO, 2002a, p. 277).

Mais um esclarecimento acerca do livro. Optou-se por excluir a apresentação da evolução histórica da ação penal,<sup>4</sup> porém não se descuidou, por óbvio, de se apresentar o surgimento da ação subsidiária no Brasil. Isso se deveu basicamente a duas razões: em primeiro lugar porque, desde o início, propõe-se aqui elaborar um trabalho mais conciso, mais objetivo; em segundo lugar, porque o tema é específico – ação subsidiária. Nessa mesma linha, optou-se por excluir a discussão acerca da natureza jurídica da ação em geral.<sup>5</sup>

Pela primeira vez na história do direito brasileiro, previu-se a ação penal privada subsidiária no texto constitucional (Constituição Federal de 1988, art. 5º, LIX). Nunca se conferiu tamanha notabilidade ao instituto, ainda mais o conformando no capítulo dos direitos fundamentais, constituindo-o em cláusula pétrea.

Embora mudança de tal envergadura se tenha operado, no mundo jurídico não se nota qualquer repercussão por parte da doutrina nacional. Essa é uma questão intrigante, sem dúvida. Qual a razão da parca utilização do instituto?<sup>6</sup> Um dos fatores, segundo se pensa, é a própria falta de divulgação, pela dogmática, de seu conteúdo, vale dizer, a carência de trabalhos acadêmicos que cuidem do tema. Neste ponto, espera-se que o livro seja fator de estímulo para o emprego do instituto. Não se deve desanimar. No Brasil da segunda metade do século XIX, os escravos identificaram rapidamente as brechas abertas pela legislação emancipacionista e freqüentemente levavam seus senhores aos tribunais em defesa de direitos garantidos em lei (REIS, 2000, p. 262). As ações de liberdade movidas pelos escravos ajudaram a pôr fim ao regime de escravidão (CHALLOUB, 2003).<sup>7</sup>

No presente trabalho, procurou-se, na medida do possível, cotejar a teoria com a prática. De há muito que a correlação entre teoria e prática é apresentada como inconciliável. Parece existir certa disputa entre teóricos e empiristas, como se essas estruturas pertencessem a campos opostos do real, mas uma teoria que não se presta à aplicação prática simplesmente não possui utilidade, porque não serve à humanidade. Nesse ponto, afirma Adeodato (2002b, p. 16) que apartar ‘teoria’ de ‘prática’ é tolice.

Quanto ao aspecto metodológico, partindo do pressuposto geral de que tem havido um consistente aumento da litigiosidade penal, com deletérias consequências sociais, o livro teve como objetivo principal procurar encontrar soluções processuais que poderiam levar a uma diminuição desses litígios e corrigir distorções do sistema. Com efeito, em determinados casos, a regra da obrigatoriedade da ação penal pode conduzir a rematadas injustiças, sem que se possa evitar a violência que a propositura da denúncia criminal configura. Para tanto, faz-se necessário investigar as causas objetivas e subjetivas do aumento da litigiosidade penal. Paralelamente, tentou-se identificar casos concretos em que o ajuizamento da ação penal é injustificado.

Neste contexto, surgem ainda como objetivos específicos do trabalho a análise de alternativas processuais de não-violência que contribuam para a diminuição dos litígios penais e a verificação das consequências de uma mitigação do princípio da obrigatoriedade penal. É necessário, contudo, perquirir se o aumento da discricionariedade do Ministério Público não torna necessária a instituição de

mecanismos de controle que permitam reequilibrar o sistema sempre que houver abuso no arquivamento de inquéritos.

---

1 Adeodato (2002a, p. 294) adverte: “O jovem estudioso espanta-se como podem ser quase todos os pensadores dos últimos duzentos anos positivistas, se todos eram jusnaturalistas nos três mil anos que antecederam esse período.”

2 Neves (apud STRECK, 2002, p. 29) assinala que é desnecessário ressaltar que a exclusão do positivismo jurídico como perspectiva adequada ao pensamento jurídico não significa o não-reconhecimento do direito positivo como modo de ser do direito.

3 Para uma discussão sobre a matéria, conferir Oliveira (2004, p. 118-150).

4 Para um estudo desta temática, conferir: Tucci (s.d.) e Giordani (1982).

5 Há vários trabalhos sobre este tema. Um deles é sem dúvida: Tucci (2002).

6 Holanda (1995, p. 182) afirma que as Constituições feitas para não serem cumpridas, as leis existentes para serem violadas, tudo em proveito de indivíduos e oligarquias, são fenômenos correntes em toda a história da América do Sul. O que não é o caso, pensa-se, da ação subsidiária.

7 Conferir especialmente capítulo 2º, p. 95-174. Esse livro de Sidney Challoub presta-se como um importante contributo para ajudar a desmoronar a teoria do escravo-coisa, que atribui ao escravo um papel amorfo, de agente passivo, teoria esta capitaneada por Cardoso (1977); e, também, ajuda a compreender que a história não se faz de heróis. Nesse contexto, entende-se o importante e decisivo papel desempenhado pelo Poder Judiciário (juízes do Império e Tribunal da Relação do Rio de Janeiro) na luta contra a escravidão. Challoub (2003, p. 173), no final do capítulo segundo coloca: “Este capítulo mostrou, entre outras coisas, que o direito foi uma arena decisiva na luta pelo fim da escravidão.” Para entender como esta luta foi difícil de ser vencida, mesmo com as pressões da Coroa Britânica (vem da época a expressão “lei para inglês ver”), por razões sobretudo econômicas (oferta de mercadoria barata e abundante no continente africano; aumento da demanda em razão da expansão do café); políticas (medo dos políticos de desestabilização do sistema econômico que dava sustentação ao pacto social); e, sociais (domínio do negócio do tráfico por comerciantes brasileiros e sua posição como classe social participante da elite dominante), conferir o livro de Florentino (1997). Uma contestação ao tipo de visão comum da teoria do escravo-coisa também aparece no livro de Carvalho (2002), *Os Bestializados*, em que se pode extrair que o povo participava do processo político na medida de seus interesses. Sendo assim, não seriam eles bestializados (assistindo passivamente à proclamação da República), como atribuíra Aristides Lobo, mas, bilontras; vale dizer, espertos, porque sabiam que “o formal não era sério. Não havia caminhos de participação, a República não era para valer. Nessa perspectiva, o bestializado era quem levasse a política a sério, era o que se prestasse à manipulação. Num sentido talvez ainda mais profundo que o dos anarquistas, a política era tribofe. Quem apenas assistia, como fazia o povo do Rio por ocasião das grandes transformações realizadas a sua revelia, estava longe de ser bestializado. Era bilontra” (CARVALHO, 2002, p. 160). Nessa perspectiva, o povo não era “carneiro”, mostrando que seria capaz de agir quando queria, até mesmo contra o governo, como ocorreu na Revolta da Vacina (Rio de Janeiro, 1904), retratado pelo autor como “exemplo quase único na história do país de movimento popular de êxito baseado na defesa do direito dos cidadãos de não serem arbitrariamente tratados pelo governo” (CARVALHO, 2002, p. 138-139). Importante notar que a teoria do escravo-coisa se complementa com o que se pode chamar de teoria do povo-passivo, ou povo-objeto. Representante de escol desta teoria pode-se dizer que é Sérgio Buarque de Holanda, que em seu clássico, *Raízes do Brasil*, comenta: “É curioso notar que os movimentos aparentemente reformadores, no Brasil, partiram, quase sempre de cima para baixo” E prossegue mais à frente: “A célebre carta de Aristides Lobo sobre o

15 de Novembro é documento flagrante do imprevisto que representou para nós [...] a realização da idéia republicana”. E transcreve a passagem em que Aristides fala de que o povo assistiu àquilo bestializado. (HOLANDA, 1995, p.160-161). No que toca aos escravos negros também parece não ter se apercebido disso Prado Júnior (1994, p. 277) quando afirma: “A colônia acompanhou neste terreno o direito romano, para quem o escravo é uma ‘coisa’ do seu senhor, que dela dispõe como melhor lhe aprouver [...] Aliás, o ‘fato’ é aqui mais forte que o ‘direito’, em geral fora do alcance do cativo”. Outro representante, este de modo mais evidente, é o já citado Fernando Henrique Cardoso.

**“Não a ação, mas a inação é que é vergonhosa”.**  
**Hesíodo**

# 1 ORIGEM REMOTA DA AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA NO BRASIL

Identifica-se no artigo 407, III, da Consolidação das Leis Penais (Decreto nº 22.213, de 14/12/1932), a origem remota da ação penal subsidiária. É que pela primeira vez no Brasil conferiu-se algum caráter punitivo à relapsia do membro do Ministério Público em promover a ação penal no tempo devido.

Art. 407, III: “Si o promotor público retardar a denuncia por mais de dez dias após a representação do offendido ou si recusar a apresental-a, incorrerá na multa de 500\$000, imposta pelo chefe do Ministério Público, e descontada na folha de seus vencimentos, além da responsabilidade criminal que lhe caiba. Neste caso, poderá o offendido reclamar do chefe do Ministério Público a designação de outro promotor para promover o processo; mantidos os princípios dos arts. 407 e 408”.

## 2 AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA: DISPOSITIVOS LEGAIS PASSADOS QUE TRATAVAM DA MATÉRIA

O Código Penal de 1940 (Decreto-Lei nº 2.848, de 7/12/1940) constitui-se o primeiro diploma legal a prever expressamente no ordenamento jurídico brasileiro a ação penal privada subsidiária. Encontra-se naquele texto legislativo: Art. 102, § 3º: “a ação privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal”.

Já o Código Penal de 1969 (Decreto-Lei nº 1.004, de 21/10/1969) aboliu o instituto da ação subsidiária. Isso se deveu a anteprojeto de autoria de Nelson Hungria. Ela só veio a ser novamente inserida no Código Penal a partir da reforma penal de 1984. A extinção da ação subsidiária pela reforma penal de 1969 não extirpou esse instituto de nosso ordenamento jurídico, porque ele continuou previsto no artigo 29 do Código de Processo Penal (Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941).

De acordo com Tornaghi (1966, p.154), esses dois últimos dispositivos acima elencados têm como fonte histórica os §§ 48 e 49 da Ordenação Processual Penal austríaca, o § 48, correspondendo ao art. 102, § 3º, de nosso Código Penal, enquanto que os dois, em conjunto, correspondem ao nosso artigo 29 do CPP:

O § 48 daquela ordenação é casuístico e, por isso mesmo, mais claro que os nossos dispositivos. Por ele se vê que o ofendido zela o cumprimento da promessa formal, que o Estado lhe fez, de agir sem delongas e, sobretudo, sem sofismas, sem subterfúgios, sem rodeios, sem evasivas. De agir logo, prontamente. E também se verifica que o ofendido recupera o direito de ação nas hipóteses em que o promotor não o exerce no prazo de lei.

Dirceu de Mello traçou o seguinte quadro acerca da evolução histórica da ação penal subsidiária no ordenamento jurídico brasileiro:

[...] os precedentes históricos do Código Penal de 1940, berço de direito do instituto que se vem analisando. Dele não cuidou o Projeto Sá Pereira, e nem, em sua versão originária, o Projeto Alcântara Machado. Efetivamente, estava assim lançado, em sua primeira redação, o art. 116 do Projeto Alcântara Machado: ‘Haverá lugar a ação criminal mediante procedimento *ex officio* nos crimes inafiançáveis, se a denúncia não for apresentada no prazo de lei’. Quer dizer, praticamente na forma do direito anterior (art. 407, § 3º, do CP de 1890), era ao magistrado que se entregava a fiscalização da atividade do Ministério Público no processo criminal. Levado, porém, não se sabe por que influência, talvez do próprio Hungria – terminou Alcântara Machado revendo o assunto, para, no art. 114, n.II, de seu projeto definitivo, dispor: ‘Somente haverá lugar a ação particular mediante queixa do ofendido, ou de quem tiver qualidade para representá-lo: nos crimes de ação pública, se esta não se iniciar no prazo legal’. Com isso, assegurou o Projeto Alcântara Machado, de Código Penal, a condição de berço de fato, entre nós, da ação penal privada subsidiária, afinal adotada pelo Código Penal de 1940, inscrita no Código de Processo Penal de 1941, repetida e ampliada no Anteprojeto de Código de Processo Penal Tornaghi (1963), cancelada no Anteprojeto de Código Penal Hungria de 1963 e, como remate, pelo visto em termos de solução definitiva, eliminada tanto pelo Código Penal de 1969 como pelo Código de Processo Penal em elaboração (anteprojeto José Frederico Marques). Quanto ao projeto de Código Penal Vicente Ráo (1936), registre-se que mantendo os padrões clássicos do direito brasileiro da época, não cuidou do assunto [...]” (MELO, 1976, p. 208-209).

# 3 AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA: DISPOSITIVOS LEGAIS ATUAIS QUE TRATAM DA MATÉRIA

A Constituição Federal de 1988 inovou ao trazer para o seu interior a primeira parte do artigo 29 do Código de Processo Penal de 1941 (É a primeira vez que o dispositivo sobre a ação subsidiária aparece no texto de uma Constituição brasileira).

De fato, dispõe a primeira parte do dispositivo: Art. 29: “Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal...”.

Por sua vez, encontra-se no texto constitucional: Art. 5º, LIX: “Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal”. A redação é a mesma, portanto.

O outro diploma normativo que trata da matéria é o Código Penal, no artigo 100, § 3º: “A ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece a denúncia no prazo legal” .

Com relação ao Código Penal de 1940, a única alteração introduzida pela reforma penal de 1984 (Lei nº 7.209, de 11/7/1984), além do deslocamento topográfico do art. 102, § 3º, para o artigo 100, § 3º, do Código Penal, foi a alteração da expressão ação privada, de 1940, para ação de iniciativa privada, de 1984. Isso reflete o pensamento dominante entre os processualistas no sentido de que toda ação é de natureza pública. Apenas sua iniciativa é que pode ser delegada ao particular. Isso porque o monopólio do direito de punir é titularizado pelo Estado.

## 3.1 Crítica à Localização Empregada nos Dispositivos

A primeira crítica que se pode fazer é quanto à localização da matéria no Código Penal. Com efeito, a previsão legal da ação penal no texto do Código Penal encontra reparos na doutrina processual penal e, até mesmo, entre os próprios penalistas.<sup>1</sup> É que o tema diz respeito essencialmente à matéria processual. Melhor seria tratá-lo apenas no Código de Processo Penal.

Traçando um paralelo com a matéria cível, nem o novo Código Civil (Lei nº 10.406, em vigor a partir de 11 de janeiro de 2003); nem, tampouco, o antigo (Lei nº 3.071, em vigor a partir de 1º de janeiro de 1917) tratam da ação civil. Sua disciplina legal é reservada ao Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, em vigor a partir de 1º de janeiro de 1974), capítulo 2º, artigos 3º a 6º.

Assim, não há justificativa técnica para a disposição do instituto no Código Penal.

## 3.2 Crítica à Redação Empregada nos Dispositivos

O Código Penal foi mais feliz ao empregar a expressão “ação de iniciativa privada”; ao invés de simplesmente “ação privada”, como se encontra no Código de Processo Penal e na própria Constituição Federal. É que a ação penal sempre é pública, pois o direito de punir pertence ao Estado. Apenas ao particular, nos casos previstos em lei, se faculta a iniciativa da propositura da ação. Daí ser mais apropriado o emprego da expressão “ação de iniciativa privada”.

## 3.3 Sugestão à Redação do Texto Constitucional e do Código de Processo Penal

Pondera Hamilton (2002, p. 37-38) que a expressão “ação privada subsidiária da pública” padece de imperfeição técnica, porque a ação jamais perde seu caráter de pública e sugere que a redação do art. 29 do CPP deveria ser a seguinte: “será admitida queixa do ofendido ou de seu representante legal nos crimes de ação pública quando esta não for intentada no prazo legal...”. Poder-se-ia estender este reparo ao próprio texto constitucional. De fato, tem-se razão, porque nesses casos estamos diante de crimes de ação pública iniciados por queixa. Aliás, em outras passagens, o Código de Processo Penal faz uso de expressões mais consentâneas com esta realidade (arts. 500, § 2º; 564, III, “d” e 384, § único): Art. 500, § 2º: “O Ministério Público, nos processos por crime de ação privada ou nos processos por crime de ação penal pública iniciados por queixa...”; Art. 564, III, “d”: “a intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação por ele intentada e nos da intentada pela parte ofendida, quando se trata de crime de ação pública”; Art. 384, § único: “Se houver possibilidade de nova definição jurídica que importe aplicação de pena mais grave; o juiz baixará o processo, a fim de que o Ministério Público possa aditar a denúncia ou a queixa, se em virtude dessa houver sido instaurado o processo em crime de ação pública [...]”.

---

<sup>1</sup> Diz Leal (1993, p. 103): “[...] os principais autores da atualidade entendem que o estudo da ação penal não pertence ao direito material, sendo da exclusiva alçada do direito processual: Frederico Marques, Aníbal Bruno, Tourinho Filho, entre outros”.

# 4 AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA: SUA NATUREZA JURÍDICA

Sabe-se que a Constituição representa a regra estruturadora da ordem jurídica de determinado Estado. Consiste, no dizer de Canotilho (1992, p.12): “uma ordenação sistemática e racional da comunidade política, plasmada num documento escrito, mediante o qual se garantem os direitos fundamentais e se organiza, de acordo com o princípio da divisão de poderes, o poder político”.

Para os fins deste trabalho, é bom que se enfatize, na esteira do pensamento de Guerra Filho (2002), a natureza processual da Constituição. Há, de fato, nos dias que correm, uma estreita associação entre processo e Constituição, na medida em que este – o processo – se torna um instrumento indispensável à concretização daquela. Disso resulta em que a norma constitucional possui também a natureza de uma regra processual. É justamente neste sentido que vem a lume a norma inserta no artigo 5º, LIX, da Constituição Federal.

A ação penal privada subsidiária encontra previsão constitucional no título dos direitos e garantias fundamentais. É de lá que se deve procurar extrair sua natureza jurídica. Para tanto e em primeiro lugar, é bom que se estabeleça a diferença entre direito e garantia fundamental. Recorra-se ao magistério de Miranda (1993, p. 88-89):

Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjetivas (ainda que possam ser objecto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se directa e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projectam pelo nexó que possuem com os direitos; na acepção jus-racionalista inicial, os direitos *declaram-se*, as garantias *estabelecem-se*.

Assim, revela-se o direito à ação penal privada subsidiária como uma verdadeira garantia. Esta é a opinião de Fernandes, Gomes Filho e Grinover (2001, p. 24): “os preceitos constitucionais com relevância processual têm a natureza de normas de garantia”. Aliás, vislumbra Lima (2002, p. 36) o direito de ação, genericamente falando, como a *garantia das garantias*.

Estabelecida a distinção acima, já se pode classificar o disposto no artigo 5º, LIX, da CF/88, com a natureza jurídica de garantia constitucional processual fundamental. Observe-se que foi colocado o termo constitucional, precedendo o termo processual para enfatizar o carácter de predominância e hierarquia do primeiro sobre o segundo, acompanhando, neste passo, magistério de Rocha (2004, p. 50-51):

Os que usam a expressão *direito constitucional processual* fazem-no por entenderem ser esta a disciplina constituída de normas *constitucionais* consagradoras de princípios sobre o processo; por sua vez, os que optam pela expressão *direito processual constitucional* fazem-no por entenderem ser o mesmo constituído de normas *processuais* embutidas na Constituição. O ‘direito processual constitucional’ é assim composto substancialmente de normas de natureza *processual*, embora formalmente inseridas na Lei Fundamental. É a denominação preferida pela dogmática tradicional [...] A preferência pela expressão *direito processual constitucional*, enfatizando o carácter *processual* das normas, em detrimento de sua natureza constitucional, induz o jurista a interpretar as normas constitucionais a partir das noções tradicionais do processo de onde teriam sido induzidas, subvertendo assim o princípio de hierarquia e perpetuando as velhas ‘concepções’ sobre o processo, o que redundará em restringir a força inovadora inerente aos princípios constitucionais, ou seja, negar seu carácter construtivo,

amarrando o futuro ao passado [...] Já a expressão *direito constitucional processual*, enfatizando o caráter *constitucional* das normas, induz o jurista a um movimento inverso, qual seja, interpretar as normas processuais infraconstitucionais em função dos valores e princípios constitucionais, adaptando as primeiras às inovações dos segundos, ou eliminando as normas subconstitucionais incompatíveis com os novos valores e princípios da Constituição.

Nestes termos, conclui-se com Oliveira (2004, p. 38, 119):

Tratando-se, então, de uma garantia fundamental, tanto sob o aspecto da explicitação do interesse público, com a legitimação de órgão público para o respectivo exercício, como da possibilidade da manifestação supletiva desse interesse pelo particular, não há como fugir à conclusão de estarmos diante de um procedimento – ou processo – penal destinado à proteção de direitos fundamentais, isto é, dos direitos alinhados no mesmo plano da referida garantia [...] A norma constitucional do art. 5º, LIX, da Constituição da República, estabelece um novo horizonte para um processo penal de natureza pública. A instituição ou reconhecimento de uma ação penal pública como garantia fundamental, primeiro enquanto dever do Estado (ação pública), e depois como direito do particular, quando inerte aquele (ação pública de iniciativa do particular), somente pode ser explicada, sob a perspectiva procedimental ou processual, enquanto destinada à proteção de direitos fundamentais.

# 5 AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA COMO UMA GARANTIA FUNDAMENTAL PREVISTA NA CONSTITUIÇÃO: RAZÕES E IMPORTÂNCIA

Sabe-se que na pré-história, quando existiam agrupamentos humanos nômades, já havia direito para solucionar-lhes os conflitos, todavia a idéia de uma Constituição como um corpo de regras e princípios organizando a vida em sociedade é bastante nova, com pouco mais de duzentos anos. O curioso é que a sociedade, tendo prescindido de uma Constituição nos cinco mil anos anteriores, converteu-a, nos dias de hoje, em seu instrumento ideológico e normativo mais poderoso e sofisticado. É de se dizer, então, que houve uma evolução do dogma religioso (séculos VI a XVIII) para o dogma jurídico (séculos XVIII ao XXI).

A atual Constituição, de forma inovadora, trouxe para o rol dos direitos ditos de primeira dimensão a ação penal privada subsidiária (art. 5º, LIX). Os direitos tidos como de primeira dimensão consagram os chamados direitos de liberdade e constituem o núcleo dos direitos fundamentais.

A origem remota desses direitos pode ser identificada na Magna Carta (1215) de João Sem Terra, na *Petition of Rights* (1628), no *Habeas Corpus Amendment Act* (1679), e no *Bill of Rights* (1688), todos oriundos da Inglaterra.

Em sentido mais moderno, pode-se dizer que a Revolução Americana (1776) e a Revolução Francesa (1789) são apontadas como causas (se não as únicas, pelo menos as principais) históricas que propiciaram a aparição dos direitos fundamentais de primeira dimensão positivados, a partir daí, nas Constituições de diversos países, inclusive na nossa primeira – a imperial de 1824, fenômeno este que ficou conhecido como a fase da *Constitucionalização*. É, desta forma, produto do pensamento econômico e filosófico liberal-burguês, que vicejou no final do século XVIII, com influência até no Brasil, pelo movimento inconfidente.

Nascem esses direitos, portanto, com o propósito de limitar o arbítrio dos governantes (que alcançara projeção máxima na célebre frase atribuída a Luís XIV – “*L’État c’est moi*”), que se constituía em despotismo, na visão de Montesquieu.

Ninguém pode ignorar, então, a importância do Direito Constitucional como guia e norte para os estudos do processo penal. Principalmente a partir de 1988, doutrina e jurisprudência passaram a interagir a aplicação das regras de processo penal, passando-as pelo filtro constitucional. É assim que se deve proceder: estruturar o processo penal brasileiro à luz da Constituição, ou seja, pelo devido processo constitucional, do que resulta em um modelo de processo penal dirigido à proteção dos direitos fundamentais.

Saliente-se que desse regime constitucional pode-se extrair algumas características importantes de que são dotados os direitos e garantias fundamentais, como serem diretamente aplicáveis; vincularem as entidades públicas e privadas; sua restrição ter de se encontrar prevista na Constituição; sua restrição só estar legitimada, se for exigida a salvaguarda de outro direito fundamental, ou de outro interesse constitucionalmente protegido; sua medida restritiva ter de obedecer ao princípio da proibição de excesso ou ao princípio da proporcionalidade em sentido amplo, subdividido este último, no princípio da necessidade, da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito (VILELA, 2000, p. 22). Moraes (2002, p. 41) traz as seguintes características destes direitos: imprescritibilidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, universalidade, efetividade, interdependência e complementariedade.

Um detalhe importante, que passa despercebido na doutrina, é o fato de que não tivesse a Magna Carta albergado em seu seio o instituto da ação subsidiária, essa não mais existiria em nosso ordenamento jurídico. É que, ao conferir a Constituição, em seu art. 129, I, o monopólio da ação penal ao Ministério Público, o artigo 29 do CPP, bem como o artigo 100, § 3º, do CPB, restariam sem nenhuma validade. A Constituição não os teria recepcionado. Isso parece claro. Ora, se o art. 129, I, estabelece que compete ao Ministério Público promover com privatividade a ação penal pública, acaba por revogar todos os dispositivos infraconstitucionais que dispõem de modo contrário. Assim, só mesmo a previsão da ação subsidiária na própria Constituição conseguiu preservar a incolumidade dos artigos do Código Penal e do Código de Processo Penal.

Dito isto, é preciso entender as razões da eleição pelo constituinte deste tema sob duas ópticas: Em um primeiro plano, a ação subsidiária existe e tem razão de estar enumerada no rol dos direitos fundamentais a fim de proteger o *jus puniendi* do Estado da possível inércia do órgão ministerial. Em um segundo plano, entende-a como uma concretização do princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional (art. 5º, XXV), representando, portanto, garantia de acesso à justiça. É como um mecanismo posto à disposição do particular para agir em defesa da “inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (art. 5º, *caput*, CF).

Remarque-se, outrossim, que ela representa uma nova visão que surge no contexto da Constituição de 1988, apontando para uma revalorização da vítima no processo penal e que privilegia, por outra via, o princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III). Além disso, não custa lembrar que se atravessam momentos democráticos (CF/88, Preâmbulo e art. 1º), após a tormenta militar dos últimos vinte lustros (1964/1984). Assim, como registrou outrora Hungria (1945, p. 275): “[...] de modo geral, seja qual for o crime, cumpre que não fique sem eficiente corretivo a possível desídia ou relapsia do Ministério Público, e a solução lógica, num regime democrático, é permitir que o ofendido, participando da atividade jurídico-penal, supra a omissão do órgão oficial”. Por último, pode-se invocar a aplicação subsidiária do artigo 37 da CF/88. Com efeito, este dispositivo constitucional, a partir da redação conferida pela Emenda Constitucional nº 19, de 5/6/1998, acrescentou expressamente que a Administração Pública deve obséquio ao princípio da eficiência. Ora, sem dúvida pode-se encarar a função do Ministério Público, em sentido *lato*, como um serviço público prestado à sociedade e em nome dela. Assim, dessa natureza emerge que a

desídia ou relapsia do agente público em cumprir seu dever funcional (dever de promover a ação penal no tempo devido) afronta o princípio constitucional da eficiência. Sua preservação e cumprimento no ordenamento jurídico se devem pela possibilidade de a vítima acionar o Estado, aforando a ação subsidiária. Aliás, a promoção da ação penal no tempo devido condiz com o direito fundamental ao processo em tempo razoável [CF/88 art. 5º, LXXVIII (inciso incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 31/12/04) ].<sup>1</sup> O seu retardamento imotivado, ao contrário, representa afronta a esse direito.

---

<sup>1</sup> Conferir acerca do assunto a tese do professor doutor Arruda (2005).

# 6 PRINCÍPIOS QUE REGEM A AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA

A Constituição estabelece que será admitida ação privada nos crimes de ação pública se esta não for intentada no prazo legal. Pode-se pensar que a interpretação do texto constitucional aponta para a direção de que os princípios que norteiam a ação penal privada subsidiária da pública seriam exatamente os mesmos que dirigem os da ação penal essencialmente pública. Todavia, quando se vai perquirir o real significado desses princípios, facilmente se observa que, por razões até de incompatibilidade lógica, alguns deles não se aplicam à ação subsidiária. Tomem-se como princípios da ação penal pública os seguintes: oficialidade; indisponibilidade; legalidade ou obrigatoriedade; indivisibilidade e intranscendência. A seguir, examinar-se-á um a um para saber quais se aplicam à ação subsidiária.

**Princípio da oficialidade:** Significa este princípio, em síntese, que quem propõe a ação penal pública é um órgão do Estado, o Ministério Público, órgão “oficial”, portanto, pertencente ao Estado. Ora, no caso da ação subsidiária, sua iniciativa compete ao particular, de modo que não há oficialidade e sim, privatividade.

**Princípio da indisponibilidade:** Este princípio significa que o titular da ação penal não pode dispor de seu conteúdo. Não pode, portanto, haver desistência da ação proposta. Na ação subsidiária proposta pelo particular, poderá ele desistir ou abandonar a ação proposta. Evidente que, se isto ocorrer, uma consequência advirá: a assunção em sua integralidade pelo Ministério Público da ação penal, operando-se os efeitos da perempção apenas para, doravante, afastar o particular da ação por ele proposta, não incidindo, entretanto, na extinção da punibilidade pelo fato de o Ministério Público haver assumido a ação.

**Princípio da legalidade ou obrigatoriedade:** Referido princípio significa o dever de promover a ação penal, desde que preenchidas as condições da ação e satisfeitos os pressupostos processuais. Ora, no caso da ação subsidiária, mesmo que advenha o esgotamento do prazo para o oferecimento da denúncia, não se pode obrigar o particular a oferecer a queixa supletiva, de sorte que este não está obrigado a promover a ação penal, gozando, portanto, de verdadeira faculdade processual, que encerra um direito (garantia fundamental) e não um dever.

**Princípio da indivisibilidade:** A ação penal, seja pública, seja privada, é indivisível. Isto significa que abrange todos aqueles que cometeram a infração penal (autores e partícipes). Não se pode escolher contra quem se irá propor a ação. Ela deve ser proposta contra todos aqueles que praticaram a infração penal. No caso da ação subsidiária, se o particular deixou de fora da ação algum autor ou partícipe, compete ao Ministério Público aditar a queixa para nela incluir aquele que ficara de fora. Assim, vê-se que o princípio da indivisibilidade aplica-se à ação subsidiária.

**Princípio da intranscendência:** Significa este princípio que a ação deverá ser proposta apenas em relação à pessoa (ou pessoas) a quem se imputa a prática da infração penal. Assim, o responsável civil, por exemplo, não está legitimado a figurar no pólo passivo da ação penal. O terceiro não responde pelo crime, no âmbito penal, pois a responsabilidade nesta seara é pessoal. Aqui também se constata a aplicação deste princípio à ação subsidiária.

Do exposto acima chega-se à seguinte conclusão: Em tema de ação penal privada subsidiária pode-se falar em aplicação fluída dos princípios reitores desta modalidade de ação. O que vai determinar a incidência de um ou outro princípio é o ente que titulariza a ação. Explica-se: Admita-se que o membro do *parquet* tenha extrapolado o prazo para o oferecimento da denúncia. O particular ofendido poderá (ou não) propor a ação penal respectiva, decisão que lhe compete intimamente, portanto, vige aí o princípio da oportunidade ou conveniência. Prosseguindo, suponha-se que ele tenha proposto a ação e, no curso do processo, arrependido, resolva abandonar (desistir) da ação proposta – princípio da disponibilidade. O que ocorrerá a seguir? Competirá ao Ministério Público assumir a titularidade da ação. Esta posição (de assumir a titularidade da ação penal) não fica ao juízo discricionário do membro do *parquet*. Trata-se, na verdade, de um poder-dever, consistindo, destarte, numa obrigação. Daí que vige, neste caso, o princípio da legalidade ou obrigatoriedade. Uma vez assumida a titularidade da ação penal, o Ministério Público dela não mais poderá desistir – princípio da indisponibilidade.

# 7 AÇÃO PENAL SUBSIDIÁRIA COMO PARTE DO GÊNERO: DIREITO DE AÇÃO

A dogmática processual pátria, com algumas exceções, costuma fazer “transplante” dos institutos do processo civil para o penal, sem o necessário exame crítico de sua adequação. De fato, há conceitos de processo civil sendo transportados para o processo penal. Isso encontra explicação no fato de que o processo civil obteve sua “independência científica” antes do processo penal e também pelo fato de o processo penal ter obtido sua própria “independência científica”, desgarrando-se do processo civil. Também não contribui para o desenvolvimento científico próprio do processo penal o fato de se tentar enquadrá-lo no âmbito de uma teoria geral do processo que engloba tanto o processo civil quanto o penal.<sup>1 2</sup>

Sabe-se que a função jurisdicional representa o poder estatal de declarar o direito, solucionando as pretensões que lhe são apresentadas em juízo pelas partes.

Especificamente em processo penal, o que se coloca, normalmente, é que o Estado, através de um de seus órgãos, o Ministério Público, apresenta a outro órgão do Estado, o juiz, uma pretensão que, regra geral, é punitiva e se constitui uma relação jurídica processual entre o Estado (Ministério Público) e um particular (autor da infração) postulando, uma vez provado aquilo que está sendo narrado, a aplicação de uma pena ao réu.

Parte da doutrina refere-se a essa relação como um conflito de interesses entre o Estado (titular do direito de punir) e o particular (titular do direito de liberdade). De fato, muito embora nem todas as ações penais resultem em constrição à liberdade, é ela a única forma legal de se alcançá-la, tirante as exceções do depositário infiel e do devedor alimentício.

A ação pode ser conceituada, de modo geral, como o direito de provocar a prestação jurisdicional.<sup>3</sup> A ação se constitui um direito público (porque deduzido em face do Estado), autônomo (pois independe da existência de um direito material), de natureza constitucional (art. 5º, XXXV, CF), abstrato (pois pode conduzir a uma sentença favorável ou não), instrumental (na medida em que se constitui um meio para se obter um provimento) e conexo a uma situação de direito material. O direito de punir pertence ao Estado. Quando este aciona um particular em juízo, fá-lo através da ação penal que, de regra, é pública. É o próprio Estado, por um de seus órgãos, que vai a juízo em nome do direito que lhe pertence – *jus puniendi*, e o faz através do Ministério Público.

Este órgão estatal, por sua vez, detém um prazo estabelecido em lei dentro do qual deve exercer seu direito de provocar a prestação jurisdicional. Quando o agressor do bem jurídico-penal encontra-se preso, este prazo é mais exíguo – cinco dias. Caso esteja em liberdade, o prazo é mais elástico – quinze dias, contados, o primeiro, a partir do momento em que se executa a ordem de prisão; o segundo, a partir do momento em que o *parquet* recebe os elementos (inquérito policial ou peças de informação) suficientes a formar-lhe o convencimento da autoria e materialidade.

Após esgotado o prazo do Ministério Público para a propositura da ação penal, surge para a vítima do crime o direito de ajuizá-la em face de seu agressor - ação penal privada subsidiária da pública. Visa ela a proteger a vítima da inércia ministerial, em homenagem ao princípio da proteção do direito à vida, à propriedade, à liberdade e também em obséquio ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. De fato, deixar nas mãos do órgão estatal *ad infinitum* a resolução quanto ao exercício ou não da pretensão punitiva é transformá-lo em ente soberano, conferindo-lhe prerrogativa indesejada pela sociedade.

O mecanismo posto à disposição da vítima é salutar ao sistema. Em primeiro lugar, porque a vítima deve ter o direito de ver exercida em juízo a pretensão punitiva, já que lhe fora vedado o exercício da justiça pelas próprias mãos. Em segundo lugar, porque representa importante instrumento de controle direto da sociedade sobre os poderes do próprio Ministério Público.

---

<sup>1</sup> “Os unitaristas sustentam que o direito processual civil e o direito processual penal são dois ramos distintos de uma mesma ciência, que é a ciência do direito processual, não existindo distinção substancial entre ambos. Os seus adeptos constituem hoje a grande maioria. De outro lado, os seguidores da corrente dualista sustentam que o direito processual civil e o direito processual penal são substancialmente distintos entre si, constituindo, pois, duas ciências jurídicas distintas” (ALVIM, 1995, p. 49).

<sup>2</sup> “A conclusão pessimista a que acaba de chegar-se quanto à viabilidade de uma teoria geral do processo não deve obstar que se reconheça o altíssimo valor de uma consideração comparatista dos diversos tipos de processo, levada a cabo ou como hipótese geral de investigação, ou a propósito de singulares problemas processuais. Ela mostra com inexcedível clareza como os diferentes tipos de

processo são, no fundo, determinados pela especificidade do objeto processual e como é este quem comanda a construção geral e a regulamentação concreta próprias de cada tipo de processo” (DIAS, 1984, p. 55).

3 Para Liebman (1973, p. 120) é um direito exercido em direção ao Estado, por ser um direito à própria jurisdição, e este é detentor do Poder Jurisdicional. Nasce por intermédio da ação, em concreto, o poder-dever de prestar o provimento, sujeitando-se-lhe a parte contrária: “Il diritto d’azione acquista così una fisionomia sufficientemente precisa: è un diritto soggettivo diverso da quelli Del diritto sostanziale, perchè rivolto verso lo Stato, senza essere diretto ad una sua prestazione: è piuttosto un diritto d’iniziativa e d’impulso, com cui il singolo pone in movimento l’essercizio di una funzione pubblica, dalla quale spera di ottenere la protezione delle legge per farle valere (pur sapendo che l’esito potrà anche essergli favorevole); è dunque un diritto fondamentale Del singolo, che qualifica la sua posizione nell’ordinamento giuridico e nei confronti dello Stato, conferido e regolato dalla legge processuale, ma rafforzato da una garanzia costituzionale in cui troviamo scolpiti i suoi connotati essenziali”.

# 8 PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS DA AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA

A doutrina dos pressupostos processuais, que implica a admissão do processo como relação jurídica, encontra sua formulação inicial nos estudos de Von Bülow (apud CASTELO, 1993, p. 103)<sup>1</sup>, abrangendo, de início, os requisitos para a existência da relação jurídica, sem considerar sua validade e, em evolução posterior, passando “a considerar os pressupostos processuais como requisitos para que a relação jurídica processual já criada possa conduzir a uma tramitação sobre o mérito e uma resolução sobre o mesmo” (GRINOVER, 1977, p. 17). De fato, coube a Von Bülow o mérito de separar o plano material do processual (que, à época, se confundia); bem como traçar os próprios elementos estruturantes dos pressupostos processuais.

Os pressupostos processuais são os requisitos de existência e desenvolvimento válido e regular do processo. São, portanto, exigências sem as quais o processo não pode estabelecer-se ou não se desenvolve validamente. Assim, pode-se dizer que eles se consubstanciam nos elementos de natureza formal que são requisitos para o julgamento do mérito da questão penal posta em juízo. Há, na doutrina, vários estudos classificatórios deles.<sup>2</sup> Os processualistas, regra geral, dividem-nos em pressupostos de existência e de validade da relação jurídica processual. Os de existência são necessários para que a relação se estabeleça: a) propositura da ação; b) órgão dotado de jurisdição; c) partes. Os de validade são exigidos para que a relação tenha prosseguimento regular. Referem-se à inexistência de nulidades.

No que toca ao processo penal, acompanhando o magistério de Tucci (2003, p. 192-194), classificar-se-iam os pressupostos processuais em subjetivos e objetivos. Subjetivos: a) um órgão jurisdicional penal legitimamente constituído, isto é, um juiz com jurisdição penal; b) uma causa penal, que se expressa por uma relação de direito penal deduzida como objeto principal do processo; c) a presença de um órgão regular de acusação e a intervenção da defesa. Já os pressupostos processuais penais objetivos dividem-se em extrínsecos, que seriam: a) a existência de uma causa penal pendente; b) ocorrência de coisa julgada de autoridade absoluta, e intrínsecos, que seriam os concernentes à regularidade do *iter* procedimental, ou seja, a observação escorreita do *due process of law*, vale dizer, a inobservância de nulidades processuais.

Nesses termos, conclui-se que, para a existência e desenvolvimento regular de uma ação subsidiária, devem fazer-se presentes os pressupostos processuais positivos (existência e validade), e ausentes os negativos.

---

<sup>1</sup> “Oskar von Bülow, em 1868, escreveu o livro ‘Teoria das Exceções e Pressupostos Processuais’, realçando que a relação jurídica processual se distingue da relação jurídica material deduzida em juízo, por três aspectos: a) pelos sujeitos, visto que o juiz, cumprindo sua função estatal, participa da relação processual; b) pelo objeto, que não é o bem da vida devido em decorrência da relação material, mas a própria atuação do juiz; c) pelos pressupostos, a que ele chamou de pressupostos processuais” (CASTELO, 1993, p. 103).

<sup>2</sup> Uma dessas análises poderia ser: Pressupostos processuais positivos de existência: jurisdição, demanda, capacidade postulatória, citação; Pressupostos processuais positivos de validade: competência e imparcialidade do juiz; petição inicial apta; capacidade processual; citação válida; Pressupostos processuais negativos: litispendência, coisa julgada.

# 9 CONDIÇÕES DA AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA

Os processualistas costumam englobar na categoria mais ampla dos pressupostos de admissibilidade do julgamento de mérito tanto as condições da ação quanto os pressupostos processuais. Foi visto acima que para que o processo exista e se desenvolva, devem ser observados alguns requisitos, que consistem justamente nos pressupostos processuais (positivos – de existência e de validade – e negativos). Uma vez verificados os pressupostos, deve o juiz proceder à análise das condições da ação, vale dizer, se se fazem presentes os elementos necessários para que, chegando a bom termo o processo, possa ser prolatada a sentença de mérito. Havendo irregularidades, seja quanto aos pressupostos processuais, seja quanto às condições da ação, o Estado deverá apenas se manifestar em relação aos defeitos, pois que não poderá fazer incidir sobre a pretensão deduzida em juízo a prestação jurisdicional.<sup>1 2</sup>

Já foi definida a ação como o meio pelo qual se provoca a atividade jurisdicional do Estado. Ocorre que o Estado só se encontra apto a prestar esta atividade desde que preenchidos certos requisitos. Esses requisitos são justamente as condições da ação. Por conseguinte, as condições da ação são os requisitos exigidos pelo Estado para que este possa decidir sobre a questão posta em juízo.

Para que possa decidir sobre o conteúdo da ação penal privada subsidiária, são necessárias quatro condições<sup>3</sup>, sem as quais o Estado não poderá examinar o pedido formulado através da ação proposta: possibilidade jurídica do pedido; legitimidade das partes; interesse das partes e justa causa.

## 9.1 Possibilidade Jurídica do Pedido

Pedido juridicamente possível é aquele que encontra previsão no ordenamento jurídico. A formulação da cobrança de uma dívida de jogo, por exemplo, é pedido juridicamente impossível, pois não encontra amparo no ordenamento jurídico.<sup>4</sup> Da mesma forma a cobrança de dívida oriunda do comércio carnal.

Em processo penal, a possibilidade jurídica do pedido identifica-se com os tipos penais previstos pelo ordenamento jurídico. Só se pode exercer a pretensão punitiva se existe infração penal prevista em lei, vale dizer, se o fato é típico.<sup>5</sup>

Algumas vezes, entretanto, só se chega à conclusão de que o fato é típico no final do processo, após a colheita de todas as provas.

Quando o fato afirmado na inicial se revela, de plano, atípico, o juiz pode rejeitar a denúncia ou queixa por ausência da possibilidade jurídica do pedido (art. 43, I e III, CPP). Ex: o querelante propõe ação penal privada subsidiária, descrevendo o fato como o inadimplemento de prestação prevista em cláusula de contrato de locação de imóvel e enquadrando-o em crime de estelionato. O juiz deve rejeitar a queixa pela impossibilidade jurídica do pedido de condenação. O fato, como narrado, é atípico.

Se houver dúvida neste momento processual, recomenda-se que o juiz receba a inicial (princípio do *in dubio pro societate*), podendo, na sentença de mérito, decidir sobre a atipicidade do fato. A este respeito, o próprio artigo 43, I, do CPP, estabelece que o juiz só deve rejeitar a denúncia quando o fato narrado evidentemente não se constituir em crime. O emprego do termo evidentemente autoriza que, se houver dúvida, o juiz receba a denúncia ou queixa (*in dubio pro societate*).

Aqui vale uma observação importante, costumeiramente relegada pelos processualistas pátrios. É que, para um fato ser considerado criminoso, é preciso que ele seja típico, antijurídico e culpável. Na prática, todavia, no controle de admissibilidade do recebimento da denúncia, verifica-se apenas se há indícios de autoria e materialidade de um fato típico, enquanto que a interpretação adequada (art. 41 c/c 43, I, CPP) conduz a que se rejeite a denúncia ou queixa, quando se constata a ausência, na peça inicial, de indícios de autoria e materialidade de um fato típico, antijurídico e culpável. É criticável a atitude de não se observar se estão ausentes indícios dos dois outros elementos componentes da infração penal, vale dizer, a ilicitude e a culpabilidade.

Desta maneira, entende-se que a interpretação correta é a que o juiz também deve rejeitar a denúncia ou queixa, quando esta narra uma causa de justificação ou de exculpação (O ideal seria que o membro do Ministério Público nem apresentasse a denúncia nestes casos). Por exemplo, a inicial descreve um furto de uma lata de leite em pó para saciar a fome de uma pessoa pobre. O fato narra uma causa de justificação (estado de necessidade). O juiz deve rejeitar a denúncia por falta de uma das condições da ação – a possibilidade jurídica do

pedido. O fundamento é o artigo 43, I, CPP - o fato narrado evidentemente não se constitui em crime, combinado com o art. 43, II, CPP - ausência de uma das condições da ação. Isso porque foi descrita na inicial uma causa de justificação - estado de necessidade.

O mesmo raciocínio vale quando se descreve uma causa de exculpação. Exemplo: a inicial descreve que um sertanejo sem instrução e acostumado a preparar sua terra para o plantio mediante o processo de queimada (atear fogo ao terreno para tornar o solo mais fértil), é preso em flagrante de crime ambiental (Art. 41 da Lei nº 9.605/98). O fato narra uma causa de exculpação (ausência de consciência potencial da ilicitude). O juiz deveria rejeitar a denúncia por falta de uma das condições da ação - a possibilidade jurídica do pedido. O fundamento também é o artigo 43, I, CPP - o fato narrado evidentemente não se constitui crime, combinado com o art. 43, II, CPP - ausência de uma das condições da ação. Isso porque foi descrita na inicial uma causa de exculpação - inconsciência potencial da ilicitude.

Há casos mais difíceis em que, muitas vezes, o pedido se confunde com o próprio mérito e só a decisão a ser proferida na sentença poderá dirimir adequadamente a dúvida acerca da tipicidade do fato. Exemplo da subtração de um disquete de uma repartição pública. Encontra-se satisfeita a condição da ação - possibilidade jurídica do pedido. No mérito, todavia, ao proferir a sentença final, o juiz poderá afastar a tipicidade do crime de peculato ante o princípio da insignificância (art. 386, III, CPP).

Observe-se, contudo, que neste último exemplo, nada impede possa um juiz mais liberal convencer-se, de logo, da insignificância do ato e rejeitar a inicial por atipicidade.<sup>6</sup>

Assim, conclui-se que a possibilidade jurídica do pedido ora se apresenta como condição da ação, quando o fato narrado de plano mostra-se atípico; ou, antijurídico; ou, inculpável, devendo o juiz, neste caso, não receber a inicial; ora se apresenta como mérito do pedido (quando se exige do juiz exame mais aprofundado da prova; quando a questão não está clara, demandando instrução, ou quando comporta mais de uma interpretação jurídica), ocasião em que só ao final do processo decidirá acerca da questão (julgando o pedido - mérito - procedente ou improcedente).<sup>7</sup>

## 9.2 Legitimidade das Partes

A legitimidade das partes (legitimação; legitimidade processual; legitimidade para agir ou legitimidade *ad causam*) consiste em saber quem pode promover a ação e em face de quem pode ser proposta. Em suma, responde à questão: Quem pode ser o autor? Quem pode ser o réu? A legitimidade das partes diz respeito à titularidade ativa e passiva da ação penal. Refere-se, portanto, à pertinência subjetiva da lide.

### 9.2.1 Legitimação ordinária e extraordinária

Legitimado para agir como autor da ação é o titular do direito deduzido em juízo; como réu é o sujeito passivo deste mesmo direito.

A doutrina ressalva que “a legitimidade para agir é estabelecida em função da situação jurídica *afirmada* no processo, e não da situação jurídica *concreta, real, existente*, coisa que só pode aparecer na sentença” (ROCHA, 2004, p. 179).

A legitimização ordinária é aquela em que o autor da ação é o que se afirma titular do bem jurídico protegido em juízo e, na qualidade de réu, aquele de quem o autor afirma ser o sujeito passivo da situação jurídica posta em juízo.

Na ação penal, o titular do *jus puniendi* é o Estado. É ele quem vai a juízo, através de um de seus órgãos (Ministério Público), deduzir a pretensão punitiva. Trata-se, por conseguinte, de legitimização ordinária.

Na ação penal privada (exclusiva, personalíssima ou subsidiária), o particular (vítima) deduz em juízo direito que não lhe pertence - *jus puniendi*. Neste caso, trata-se de legitimização extraordinária, também chamada de substituição processual. A vítima exerce em nome próprio direito que não lhe pertence (direito de punir, cuja titularidade pertence ao Estado).

A legitimização extraordinária ou substituição processual representa, em nosso ordenamento processual, medida de exceção<sup>8</sup> e consiste justamente no direito conferido por lei a alguém para que exerça em juízo direito que não lhe pertence, seja como autor, seja como réu.

### 9.2.2 Legitimidade ativa

Consiste na legitimidade para agir, ou legitimidade *ad causam*. O exercício da ação penal por quem é seu titular. Assim, na ação penal pública, pelo Ministério Público; na privada propriamente dita e na subsidiária, pela vítima ou seu representante legal. Já na ação penal privada personalíssima, somente pela vítima.

O texto constitucional, a uma primeira leitura, pode induzir o intérprete a entender que a Carta Magna ampliou o espectro de legitimização para a propositura da ação penal subsidiária. Explica-se: é que ela simplesmente enuncia que **será admitida ação privada** nos crimes de ação pública [...], sem, todavia, elencar quais são os legitimados para tanto. Assim, supor-se-ia que a Carta Magna tivesse revogado o Código de Processo Penal na medida em que estenderia a qualquer pessoa o exercício da pretensão punitiva. Entende-se não ser esta a melhor exegese. Isto ocorre, basicamente, porque a norma constitucional é, por abrangência, de caráter mais geral, cabendo a sua regulamentação justamente por intermédio das normas infraconstitucionais. Assim, o texto constitucional recepciona o Código de Processo Penal na medida em que este a regulamenta sem a infringir. Lembre-se de que a Carta estadunidense, por exemplo, muito menos densa do que a nossa, traça justamente diretrizes, parâmetros, princípios, que são disciplinados por normas inferiores. Essa função, aliás, condiz com a fórmula kelseniana e tem sua razão de existir em dois fatores: porque é da estrutura da norma constitucional ser norma de comando, de caráter mais geral; e porque a posição que ocupa - de vértice da pirâmide, condiz com a existência de outras normas, inferiores, que com elas não se mostrem incompatíveis, sem dizer com isso que não possam ter campo de incidência próprio. Parece ser justamente aí, no campo de incidência, que o Código de Processo Penal exprime sua função, visto que compete a ele estabelecer regras acerca da legitimidade ativa (aí sim, matéria nitidamente de cunho processual, em que o código está a navegar em terreno que lhe é próprio). Isso se conforma, então, com a legitimização ativa para a ação

subsidiária à vítima ou a seu representante legal e, em caso de seu falecimento, a seu cônjuge, descendente, ascendente e irmão. É o que se extrai da leitura do artigo 100, § 2º, do Código Penal: “A ação de iniciativa privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo”. É a mesma regra contida no artigo 30 do CPP: “Ao ofendido ou a quem tenha qualidade para representá-lo caberá intentar a ação privada”.

Não se olvide, por derradeiro, que a legitimidade para agir deve ser aferida de logo, ao momento do recebimento da inicial. Se passar despercebida, entretanto, a qualquer tempo, mesmo em grau de recurso, poderá ser extinto o processo sem julgamento de seu mérito (art. 267, VI, CPC, c/c o art. 3º, do CPP).

### 9.2.2.1 A vítima do crime

Aqui parece oportuno enfrentar a seguinte questão: em que consiste a vítima do crime para os efeitos de legitimação para a ação subsidiária? A regra geral é que a vítima do crime é o ofendido. Por exemplo: no crime de furto, a pessoa que teve a *res* retirada de seu domínio. Na lesão corporal, a pessoa ferida. Em caso de morte do ofendido, a legitimidade passaria ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, nessa ordem de preferência. Até aí nenhuma dificuldade. O problema surge nos chamados crimes vagos, cujo sujeito passivo é a coletividade, como um crime ambiental. A solução, pensa-se, é aquela proposta por Tahim Júnior (2005), que afirma: “Nos chamados crimes vagos, muito embora o bem penalmente protegido pertença, num primeiro momento, à coletividade, pertence, também, aos que, individualmente, a integram, até porque é aquela coletividade destituída de personalidade jurídica”. Qualquer pessoa que seja titular do bem jurídico protegido pela norma penal e que esteja inserido na coletividade ofendida poderá propor a ação subsidiária.

### 9.2.3 Legitimidade passiva

Consiste ela na legitimidade para ser sujeito passivo da ação penal. Só pode ser réu na ação penal a pessoa que é responsável pelo ato. Terceiros não podem figurar na relação jurídica processual como réus. A responsabilidade, em direito penal, é pessoal. Isso quer dizer que só responde pelo ato quem o praticou (por ação ou omissão), sozinho ou mediante o concurso de outrem (co-autoria ou participação).

Da mesma forma que na possibilidade jurídica do pedido, quando o autor da ação narra na inicial crime praticado por terceiro, o juiz deverá rejeitar a denúncia ou queixa por falta de legitimidade da parte – condição da ação, com fundamento no artigo 43, III, CPP. Por exemplo: faltar a legitimação passiva, quando a denúncia for oferecida, erroneamente, contra a vítima ou testemunha, que evidentemente não teve participação na infração penal. Ao reverso, quando a discussão (tese da acusação e da defesa) centra-se na autoria ou participação, a matéria passa a ser de mérito – questão a ser decidida na sentença (art. 386, IV, CPP).

## 9.3 O Interesse das Partes <sup>9</sup>

O interesse das partes (interesse processual ou interesse para agir) consiste na utilidade de se recorrer ao Poder Judiciário para assegurar a proteção de um determinado bem jurídico, dado que é vedado se fazer justiça com as próprias mãos (CPB, art. 345). <sup>10</sup>

Lembre-se de que não se pode buscar a proteção do Estado para se discutir lei em tese. Só diante da violação ou da ameaça de violação a um determinado bem jurídico autoriza-se acionar o Estado mediante uma ação <sup>11</sup>. Esta utilidade é justamente o interesse das partes ou interesse para agir (interesse processual). Aqui também vale a ressalva feita nos itens precedentes quanto a saber se a afirmação da violação é verdadeira ou não constituir-se matéria de mérito, a ser analisada na sentença.

O interesse para agir pode ser desdobrado em interesse necessidade e interesse adequação, ambas expressões da idéia utilidade. <sup>12</sup>

### 9.3.1 Interesse necessidade

A necessidade se evidencia quando não se pode obter satisfação da pretensão de direito material sem que haja a intervenção do Estado por meio da atuação jurisdicional, ou, ainda, quando a própria lei exige, para o exercício de determinados direitos, prévia declaração judicial.

### 9.3.2 Interesse adequação

Aqui cabe aferir se a demanda é adequada, vale dizer, pertinente, apta a produzir o resultado almejado pelo autor. Investiga-se, então, se há pertinência entre o provimento jurisdicional almejado e a situação factual que o embasa. Em linguagem menos técnica, o provimento há de ser o remédio correto para a solução do caso posto em juízo. A título de exemplo: o adultério é causa para a ação de divórcio e não para a ação de nulidade do casamento.

### 9.3.3 Interesse de agir do réu

Acerca do tema, veja-se o pensamento de José de Albuquerque Rocha, para quem:

Não tem sentido falar do interesse de agir do réu. Em outros termos, não há uma razão autônoma que justifique uma investigação particular sobre o interesse de agir do réu. Com efeito, o interesse de agir do réu é um reflexo necessário da propositura da ação. Só pelo fato de ser citado nasce para o réu o interesse de defender-se. De forma que o interesse de agir só tem uma significação própria quando referido ao autor (ROCHA, 2004, p. 184).

## 9.4 A Justa Causa

A instauração de um inquérito policial e a propositura da ação penal maculam a dignidade da pessoa humana. Isso se revela verdadeiro, sobretudo, na modernidade, quando é comum a exposição do pretenso

autor do fato aos meios de comunicação de massa, conduzindo a um juízo peremptório de culpabilidade que não se desfaz pela sentença judicial absolutória. Até em nome da preservação do mandamento constitucional, a investigação e a ação penal só devem ser iniciadas quando houver justa causa.

A justa causa é conceito relativamente novo, proposto por Jardim (2000, p. 92), e simboliza a existência de elementos mínimos de autoria e materialidade para a propositura da ação penal. Consiste no “suporte probatório mínimo que deve lastrear toda e qualquer acusação penal”. Esse lastro mínimo de prova que deve dar sustentação à inicial origina-se do inquérito policial (ou das peças de informação).

De acordo com as lições de Breda (1980, 103), a justa causa encontra suporte legal no art. 43, III, 2ª parte, c/c art. 18, ambos do CPP, e se explica pelo fato de que pedindo o Ministério Público o arquivamento por falta de base para a denúncia, está ele referindo-se a esta condição da ação penal, e “estaríamos diante da chamada falta de justa causa para a acusação, isto é, falta de prova do fato e de indícios de autoria, requisitos indispensáveis ao exercício da ação penal, uma vez que o processo penal não se compadece com a acusação fruto de mera elaboração mental”.

Neste contexto, admitindo a justa causa como condição da ação penal subsidiária, há, como sustenta Gebran Neto (1996, p. 53), uma mitigação do princípio da obrigatoriedade, conferindo-se maior liberdade à atuação do Ministério Público, a qual, porém, “não é fundada no arbítrio, mas na discricionariedade técnica, que observa uma estrita obediência ao ordenamento jurídico”.

---

**1** “Esta doutrina, que distingue o mérito da causa dos requisitos de admissibilidade da ação, mantém, como categoria autônoma, os pressupostos processuais. Isto significa que, em lugar do binômio pressupostos processuais e condições da ação, surge um trinômio pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa... As condições da ação igualmente não se confundem com o mérito da causa. Consiste este no julgamento da procedência ou improcedência do pedido. Assim, a falta da possibilidade jurídica, de legitimidade, ou de interesse processual não tem o efeito de produzir uma sentença definitiva de rejeição no mérito, antes apenas uma decisão de que o autor é carecedor da ação. Sendo o objeto do processo, a questão de mérito é a questão principal e de ordinário a última a ser decidida. Normalmente o juiz começa pela análise dos pressupostos do processo, a fim de verificar se a relação se constituiu e se desenvolveu regularmente. Superada esta fase, examinará se concorrem os requisitos de admissibilidade da ação. Isto posto, ingressará a final no mérito da causa, declarando se procede, ou não, o pedido que lhe foi formulado” (TORNAGHI, 1959, p.64-65).

**2** “Incumbe ao juiz, antes de entrar no exame do mérito, verificar se a relação processual, que se instaurou, desenvolveu-se regularmente (pressupostos processuais) e se o direito de ação pode ser validamente exercido, no caso concreto (condições da ação). Em última análise, quer os pressupostos processuais, quer as condições da ação são requisitos prévios, cuja inobservância impede que o juiz chegue ao conhecimento e ao julgamento do mérito; mas, com o mérito não se confundem: nada têm a ver com a eventual existência do direito subjetivo material afirmado pelo autor” (GRINOVER, 1977, p. 29).

**3** Preferiu-se, neste trabalho, conferir um enfoque tradicional, conservador, das condições da ação penal (a exceção cabe à inclusão da justa causa). É a posição mais segura, porque submetida ao teste do tempo. Para um enfoque crítico da matéria, conferir Stasiak (2004), em que o autor analisa com profusão as condições da ação penal, adotando postura inovadora e crítica, questionando a possibilidade jurídica do pedido como condição da ação condenatória e dizendo ser o interesse processual elemento implícito em toda acusação.

**4** A não ser que se trate de dívida de jogo contraída no Exterior, em local onde sua prática seja legalizada. (REsp 307.104-DF, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 3/6/2004, 4ª T, STJ, Informativo 211/STJ, de 31/5 a 4/6/2004).

**5** “Com referência à possibilidade jurídica, no processo penal, tem se revelado que, enquanto no processo civil é possível pedir o provimento que a lei expressamente não proíba, no processo penal,

somente é viável o provimento condenatório que seja expressamente permitido” (GRINOVER, 1977, p. 66).

**6** A tipicidade divide-se em formal e material. O princípio da insignificância estabelece que a conduta, por sua pequenez, não chega a lesar o bem jurídico tutelado pela norma penal. Assim, a insignificância, afastando a tipicidade material (conteúdo do bem jurídico) acaba por afastar a própria tipicidade como um todo.

**7** Ada Pellegrini Grinover e Afrânio Silva Jardim pensam um pouco diferente. Para Grinover (1977, p. 69), admitindo-se que a possibilidade jurídica do pedido decorre de um juízo de tipicidade, na ausência desta, haveria um julgamento de mérito, pois a “tipicidade é evidentemente matéria de mérito”. Para Jardim (2000, p. 96): “Estamos com a eminente professora Ada Pellegrini Grinover quando sustenta que a ausência de tipicidade e a extinção de punibilidade não configuram impossibilidade jurídica do pedido, mas dizem respeito ao próprio mérito da pretensão punitiva deduzida na denúncia ou queixa. Nestas hipóteses, não importando o momento em que a decisão é pronunciada, o órgão jurisdicional declara a inexistência do poder-dever de punir afirmado pelo Estado (*ius puniendi*). Em outras palavras, a sentença é absolutória e resulta do não acolhimento da pretensão do autor”.

**8** CPC, art. 6º: “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

**9** A colocação do interesse de agir como uma condição da ação no âmbito do processo penal não é unânime na doutrina. Com efeito, Jardim (2001, p. 42) entende que “com certa razão, afirma-se que, no processo penal, há sempre o interesse de agir, na medida em que está vedada a autocomposição, tendo em vista o salutar princípio da *nulla poena sino iudicium*”. Grinover (1977, p. 131-132), por sua vez, entende “no sentido de o interesse de agir não ser condição de admissibilidade da ação penal condenatória, por estar implícito em toda acusação”. Como também Fernandes; Gomes Filho e Grinover (2001, p. 67).

**10** Para Liebman (1973, p. 121), consiste no interesse em se obter o provimento solicitado: “L’interesse ad agire è l’elemento materiale del diritto d’azione e consiste nell’interesse ad ottenere il provvedimento domandato”.

**11** CF, art. 5º, XXXV: “ a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

**12** Não há unanimidade na doutrina quanto à nomenclatura e à subdivisão do interesse processual. Assim, por exemplo, Fernandes; Gomes Filho e Grinover (2001, p. 67) afirmam: “No processo penal, o interesse necessidade é implícito em toda acusação, uma vez que a aplicação da pena não pode fazer-se senão através do processo. Já o interesse-adequação se coloca na ação penal condenatória, em que o pedido deve necessariamente ser a aplicação da sanção penal, sob pena de caracterizar-se a ausência de condição. Pode-se também falar no interesse-utilidade, compreendendo a idéia de que o provimento pedido deve ser eficaz: de modo que faltará interesse de agir quando se verifica que o provimento condenatório não poderá ser aplicado (como, por exemplo, no caso de a denúncia ou queixa ser oferecida na iminência de consumir-se a prescrição da pretensão punitiva. Sem aguardar-se a consumação desta, já se constata a falta de interesse de agir”.

# 10 CONSEQÜÊNCIAS DA FALTA DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO

A falta das condições da ação impede o seu exame pelo mérito. Assim, como o juiz não pode decidir sobre a questão que lhe fora apresentada, deverá pôr termo ao processo sem julgamento do mérito (art. 267, VI, do CPC, aplicado por analogia ao processo penal – art. 3º, CPP). Profere-se, ante a ausência de uma das condições da ação – carência da ação (art. 301,X, CPC) – uma sentença eminentemente processual. Poderá a parte, entretanto, reapresentar a questão em outra ação, desde que satisfeitas as condições outrora ausentes.

# 11 O MINISTÉRIO PÚBLICO E O ESGOTAMENTO DO PRAZO PARA O OFERECIMENTO DA DENÚNCIA

Questão instigante é saber se o Ministério Público deve oferecer denúncia tão logo haja indícios de autoria e prova da existência do crime ou se este pode aguardar a prova completa de todos os fatos e da participação de todos os co-autores. Isso se mostra relevante porque, principalmente nos dias que correm, com o expressivo aumento de ocorrências policiais, o inquérito policial, sobretudo quando se trata de indiciados soltos, nunca termina no prazo de lei (30 dias). Assim, são usuais inúmeras baixas dos autos à delegacia de polícia e os inquéritos acabam durando dois, três, quatro anos. Em parte dessas investigações, pode ocorrer que já existam indícios de autoria e materialidade suficientes à instauração da lide penal. O membro do Ministério Público oficiante torna a baixa dos autos à polícia automática e, sem analisar os autos, concede novo prazo à polícia para a continuação do inquérito. Indaga-se então? Nesses casos, estaria a vítima legitimada à propositura da ação penal subsidiária? Entendemos que sim. Sobre este ponto assim se manifesta Tornaghi (1966, p. 156):

O que a lei quer é que, tão pronto haja prova de materialidade de fato típico e sinais de autoria, o Ministério Público apresente denúncia, dando início ao processo criminal. Antes disso só se permitem as diligências imprescindíveis ao oferecimento da denúncia. Tudo mais vem depois. É erro, e erro funesto, pretender que o inquérito policial deva ministrar toda a prova do crime. Esse lamentável preconceito transformou o inquérito, de mera investigação sumária, em verdadeira instrução criminal.

Mais à frente, comenta o autor que, em anteprojeto de sua autoria, esclarece que o inquérito policial é apuração sumária, não tem caráter instrutório e se destina exclusivamente a ministrar elementos necessários a promover a ação penal. Esclarece ainda que diligências imprescindíveis são justamente aquelas sem as quais a denúncia seria rejeitada. Qualquer outra diligência, por mais importante que seja, deve ser realizada no curso da instrução criminal, portanto, após a denúncia. Isso é até melhor para o acusado, pois tal diligência realizar-se-ia à vista do contraditório.

Também parece ser problema da modernidade o acúmulo de inquéritos policiais por instaurar em delegacias de polícia, na maior parte das vezes com requisições do Ministério Público efetuadas há mais de ano. Pergunta-se? O que a vítima poderá fazer? Poderá interpor a ação subsidiária? Entende-se que a vítima estará apta à promoção da ação subsidiária (uma vez esgotado o prazo ministerial, é claro) a partir do momento em que os autos da investigação se encontrarem aparelhados com a prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria. Se o inquérito ainda pende de instauração, é evidente que ainda se ressenete desses elementos, o que inviabilizará a propositura da ação penal. Assim, a *contrario sensu* do artigo 43 do CPP, é suficiente para a propositura da ação que o fato narrado constitua crime; que não esteja extinta a punibilidade e que concorram às condições para o exercício regular do direito de ação. Também se entende que se a notícia do crime já vem acompanhada de prova cabal de autoria e materialidade e o membro do Ministério Público mesmo assim requisita desnecessariamente o inquérito legitima-se a vítima à ação penal.

# 12 A FASE PRÉ-PROCESSUAL DA AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA

Na fase de investigação da conduta criminosa, não há diferenças no papel exercido pelo Ministério Público e pela vítima do crime, porque ainda não se sabe se a ação será proposta pelo *parquet* ou pela vítima. Destarte, como se trata de crime de ação penal pública, compete ao Ministério Público realizar a investigação ou delegá-la à polícia, podendo, neste último caso, determinar as diligências que entenda cabíveis e acompanhar todo o desenrolar da investigação policial. Quanto à vítima, esta poderá sugerir diligências, que serão realizadas ou não a critério da autoridade presidente da investigação.

# 13 O MINISTÉRIO PÚBLICO E O ARQUIVAMENTO DA INVESTIGAÇÃO

Se o órgão do Ministério Público, ao invés de propor a ação penal, promove o arquivamento da investigação (decorrente de inquérito policial ou de peças de informação), não pode a vítima promover a ação penal privada subsidiária. Se o fizer, compete ao juiz rejeitá-la por ilegitimidade da parte (art. 43, III, CPP). É que nesta hipótese não agiu o órgão ministerial com desídia. Pelo contrário, efetuou, em tempo certo, a análise da situação jurídica

do caso posto em apreciação e entendeu que este não apresentava elementos suficientes que o autorizassem à propositura da demanda. Esta posição é predominante na doutrina.

Com efeito, pensam assim Espínola Filho, Borges da Rosa, Walter Acosta, Roberto Lyra, Nélon Hungria, Frederico Marques (2º momento), Tourinho Filho, Heráclito Mossin, Sérgio Demoro Hamilton, Rogério Lauria Tucci, Fernando Capez, Guilherme de Souza Nucci, Adilson Mehmeri, Pedro Henrique Demercian, Jorge Assaf Maluly, Paganella Boschi, Scarance Fernandes, Afrânio Silva Jardim, Paulo Rangel, dentre outros. Têm o pensamento contrário apenas Tornaghi, Basileu Garcia e Bento de Faria.

Transcrevo as palavras de Stábile (1994, p. 135) sobre este ponto:

A doutrina e a jurisprudência, não obstante os termos dos artigos 100, § 3º, do Código Penal e 29 do Código de Processo Penal, têm entendido de forma francamente majoritária que a denominada ação penal privada subsidiária de ação pública somente pode ser intentada no caso de desídia ou relapsia do Ministério Público. Vale dizer: desde que o órgão do Ministério Público atue, seja denunciando ou requerendo o arquivamento do inquérito policial ou peças de informação, no prazo legal, a promoção da ação penal pelo particular fica vedada.

Traz-se também à colação o posicionamento do processualista Tucci (2003, p. 138):

Firma-se esse nosso entendimento na orientação da mais autorizada doutrina nacional, de que somente é possível o aforamento de ação penal de iniciativa privada subsidiária se houver inércia do Ministério Público; sendo ela inadmissível, portanto, quando este atua no prazo fixado no art. 46 do CPP, *e.g.*, pleiteando o arquivamento de autos da *informatio delicti* ou de outras peças de informação.

Por fim, Boschi (2002, p. 42):

[...] em 1941, a Conferência de Desembargadores, realizada no Rio de Janeiro e, mais tarde, a doutrina e a jurisprudência, concluíram, acertadamente, que o arquivamento do inquérito a pedido do promotor evidenciava pleno, regular e legal exercício de sua atribuição funcional – pelo que, com sua ação, não haveria como se justificar o uso, pela vítima, de mecanismo próprio para controlar a inércia do servidor da instituição.

A jurisprudência também já consagrou o mesmo entendimento. Advinda a nova Constituição,

sustentaram alguns a admissibilidade da ação subsidiária em caso de arquivamento. Submetida a questão à Excelsa Corte, firmou sua 2ª Turma, de forma unânime, através do julgamento do Habeas-Corpus nº 67.502-RJ, relator o Ministro Paulo Brossard, o entendimento de que descabe a ação subsidiária em caso de arquivamento pelo Ministério Público (RTJ 130/1084). Essa decisão reiterou a orientação sedimentada anteriormente. Assim, mesmo após o advento da Carta de 88, continuou a mais alta Corte de Justiça brasileira mantendo a posição anterior<sup>1</sup>, conforme transcreve-se a seguir:

O pressuposto dessa ação penal é a inércia do MP. Tendo o STJ, em recurso especial que transitou em julgado, reconhecido que o pedido de arquivamento formulado pelo MP e deferido pelo juiz, foi feito em tempo hábil, não há cogitar de ação penal subsidiária. Situação fática insuscetível de reexame na via extraordinária (Súmula 279) ([RE 274.115 Agr](#), Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 19/03/03).

A admissibilidade da ação penal privada subsidiária da pública pressupõe, nos termos do art. 5º, LIX, da CF ('será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal'), a inércia do Ministério Público em adotar, no prazo legal (CPP, art. 46), uma das seguintes providências: oferecer a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou requisitar novas diligências. Precedentes citados: Inq 172-SP (RTJ 112/474), HC 67502-RJ (RTJ 130/1084)." (HC 74.276, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 03/09/96). No mesmo sentido: HC 67.502, Rel. Min. Paulo Brossard, DJ 09/02/90.

a admissibilidade da ação penal privada subsidiária da pública pressupõe, nos termos do art. 5º, LIX, da CF, a inércia do Ministério Público em adotar, no prazo legal, (CPP, art. 46), uma das seguintes providências: oferecer a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou requisitar diligências (Informativo do STF nº 43, STF – Hábeas Corpus nº 74.276-RS – rel. Min. Celso de Mello, 3-9-96).

É de se registrar, ainda, que a súmula 524 do STF<sup>2</sup> vedou expressamente a propositura da ação penal após arquivado o inquérito sem o advento de novas provas.

Além disso, o pedido de arquivamento já é controlado pelo juiz, que exerce a função anômala de fiscal do controle do princípio da obrigatoriedade da ação penal, nos termos do artigo 28 do CPP<sup>3</sup>.

Transcreve-se, por oportuno, as lições de Noronha (1998, p. 44):

Primeiramente é estranho que o Código fosse ocupar-se com o aditamento da queixa, o repúdio desta e o oferecimento da denúncia substitutiva por um promotor que pediu o arquivamento. Depois, chegar-se-ia a situação verdadeiramente aberrante. Com efeito, se o ofendido pode oferecer queixa-crime, que é que aconteceria se, no decurso da ação, dela ele se desinteressasse, provocando a perempção? O Promotor Público, por ser crime de ação pública, teria que retomar a ação como parte principal consoante a parte final do art. 29, não obstante não ter formado a *opinio delicti*, não obstante ter pedido o arquivamento. Isso, aliás, colide abertamente com o art. 28, que determina que o promotor que pede o arquivamento não mais funcionará no processo se o pedido não for atendido.

Assim, resulta não ser cabível a ação subsidiária em caso de arquivamento do inquérito ou peças informativas pelo Ministério Público. Isso porque o mecanismo estabelecido no artigo 28 do CPP é suficiente para afastar a peja de eventual abuso ou conluio do órgão ministerial. Consumado o arquivamento, é de se indagar: Se surgirem novas provas, poderá a vítima ingressar com a ação subsidiária? Entende-se que não, pois a titularidade da ação pertence ao Ministério Público (art. 129, I, CF/88).

### 13.1 A Posição de Mirabete

MIRABETE (2000, p. 124; 2003, p. 131) também concorda com a tese acima esboçada, fazendo as seguintes ressalvas:

a) Caberia a ação privada quando ainda não apreciado o pedido de arquivamento do Ministério Público pelo juiz; bem como quando houvesse pedido de arquivamento implícito quanto a determinado crime.

Não se pode concordar com esta posição, porque quando há pedido de arquivamento, embora ainda não apreciado pelo juiz, não houve desídia ministerial. Se o juiz não concordar com este pedido, cabe-lhe remetê-lo ao procurador-geral, nos termos do art. 28 do CPP, e não simplesmente acolher a ação subsidiária.

Já no caso do arquivamento implícito, sabe-se que o Código de Processo Penal não agasalhou esta modalidade de arquivamento. O Ministério Público deve, quando promover qualquer arquivamento, fazê-lo de forma explícita, oferecendo as competentes razões para tanto. É o que prescreve o artigo 28 do CPP. Ademais, se para requisitar a instauração de inquérito, exige-se que se indiquem os fundamentos jurídicos (CF, art. 129, VIII)<sup>4</sup>, com muito mais razão o deve fazer quando postular pelo arquivamento.

Mirabete (2000; 2003), contudo, faz a ressalva de que não caberia a ação subsidiária se o arquivamento implícito dissesse respeito a pessoas e não a fatos criminosos. Não se vê, entretanto, razão para distinguir o arquivamento implícito quanto a determinado crime do arquivamento implícito quanto a determinada pessoa. Tudo é modalidade de arquivamento e as razões que valem para um devem valer para o outro.

b) Caberia ação subsidiária quando o Ministério Público se pronunciasse pelo arquivamento fora do prazo legal.

Não há dúvida de que cabe ação subsidiária uma vez ultrapassado o prazo ministerial para o oferecimento da denúncia. É preciso, porém, aprofundar a reflexão deste tema. Em primeiro lugar, coloca-se a situação em que o juiz está diante de um pedido de arquivamento formulado pelo Ministério Público e de uma queixa supletiva. Entende-se que o juízo está livre para apreciar os dois pedidos. Como são incompatíveis, um eliminará o outro. Assim, se acolher o arquivamento, deverá rejeitar a queixa. Se aceitar a queixa, deverá rejeitar o arquivamento. Nesta última hipótese, não deverá remeter os autos ao procurador-geral, pois mesmo que ele insista no pedido de arquivamento, este não poderá ser acatado, pois já há ação iniciada mediante queixa supletiva. A punição pela desídia ministerial é, justamente, a possibilidade da ação subsidiária, e, uma vez aberta esta possibilidade, não se há de falar em seu reparo diante da determinação do procurador-geral, que resolvera, por hipótese, insistir no arquivamento.

Se o juiz, porventura, já tivesse deferido o arquivamento do inquérito ou peças de informação no momento em que fosse aforada a ação subsidiária, não haveria mais nada o que fazer. O juízo não poderia voltar atrás e receber a queixa, a não ser que viesse acompanhada de novas provas a respeito dos fatos. Neste caso, aplicar-se-ia por analogia a súmula 524 de STF e receber-se-ia a queixa.

Uma última possibilidade que se vislumbra é aquela em que o juízo já apreciou o pedido de arquivamento e o desacolheu, remetendo os autos ao procurador-geral, nos termos do artigo 28 do CPP. Neste caso, entende-se que o juízo não mais se vinculará à decisão do órgão hierárquico superior do Ministério Público, cabendo-lhe apreciar o recebimento ou não da queixa como devido. É a solução que brinda o particular, dando conteúdo de efetividade ao dispositivo constitucional inserto no art. 5º, LIX da CF/88.

---

<sup>4</sup> Conferir também STF (2ª T., RE 94.135, RTJ, 99/452-5; 2ª T., HC 59.966-6, DJU, 26/11/82; Pleno, HC 63.802, RTJ, 118/130-49; 1ª T., HC 65.260-3, DJU, 8/9/1989).

[2](#) Súmula 524/STF: “Arquivado o inquérito policial por despacho do juiz, a requerimento do Promotor de Justiça, não pode a ação penal ser iniciada sem novas provas”.

[3](#) Art. 28/CPP: “Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de qualquer 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”.

[4](#) CF/88 Art. 129: “São funções institucionais do Ministério Público: VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais”.

# 14 A MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELA INCOMPETÊNCIA, PELO CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES E PELA DEVOLUÇÃO DOS AUTOS À POLÍCIA PARA NOVAS DILIGÊNCIAS

Quando os autos do inquérito policial ou peças de informação concluídos chegam ao Ministério Público, há cinco caminhos a seguir: oferecimento da denúncia; arquivamento dos autos; suscitação de conflito de competência; conflito de atribuições <sup>1</sup> ou, finalmente, devolução dos autos para novas diligências. Nos três últimos casos, entende-se que não se legitima a vítima à propositura da ação subsidiária. Quando o Ministério Público, ao receber os autos de um inquérito policial ou peças de informação, manifesta-se, no prazo devido, pela incompetência do órgão jurisdicional, não poderia a vítima ingressar com a ação penal privada subsidiária. Da mesma forma, quando o *parquet* suscita conflito de atribuições ou requisita novas diligências imprescindíveis ao oferecimento da denúncia (art. 16, CPP). A razão para este entendimento é bastante simples. É que, quando o órgão do Ministério Público suscita o conflito de atribuições ou postula pela incompetência do juízo, não está sendo desidioso, negligente. Ao contrário, está cumprindo seu mister de zelar pela correta aplicação da lei penal. Não se pode agasalar, entretanto, pretensão do promotor em requerer diligências meramente protelatórias com o intuito, justamente, de burlar o direito da vítima de propor a ação subsidiária. Neste caso, o juiz deveria ficar alerta para não permitir essa situação, devendo submeter a questão ao procurador-geral, que decidiria sobre a real necessidade da diligência por aplicação analógica do artigo 28 do CPP.

---

<sup>1</sup> O conflito de competência ocorre entre juízes, enquanto que o conflito de atribuições ocorre entre membros do Ministério Público.

# 15 A RENÚNCIA À PROMOÇÃO DA AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA PELA VÍTIMA

O instituto da renúncia ocorre quando, em crimes de ação penal privada, a vítima abre mão de seu direito de promover a ação penal contra o ofensor. A renúncia ao direito de queixa implica extinção da punibilidade (CP, art.107, V). Pode-se dar de duas maneiras: expressamente, quando torna pública, por escrito ou verbalmente, a decisão de não propor a ação respectiva; ou, tacitamente, quando pratica ato que se repute incompatível com a vontade de promover a ação penal, o que ocorre, por exemplo, quando a vítima do estupro convida o agressor para ser padrinho de casamento de sua filha, entendendo-se que, aí, ocorreria verdadeira reconciliação.

A formulação da renúncia em crime de ação penal privada subsidiária produz o efeito da decadência do direito da vítima em propor a ação subsidiária. Isso se dá, porque o artigo 104 do Código Penal não restringe a renúncia aos casos em que somente se procede mediante queixa.<sup>1</sup> Não se operará, porém, a extinção da punibilidade pelo fato do crime permanecer de ação penal de natureza pública. A qualquer tempo, o Ministério Público poderá oferecer a denúncia, desde que ainda não se tenha produzido o efeito da prescrição. Não se admite, entretanto, a renúncia da renúncia, pois aí já se terá operada a extinção da punibilidade.

---

<sup>1</sup> Art. 104, CP: “O direito de queixa não pode ser exercido quando renunciado expressa ou tacitamente”.

# 16 O PRAZO PARA O QUERELANTE PROMOVER A AÇÃO SUBSIDIÁRIA

O querelante dispõe de seis meses, contados da data em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia por parte do Ministério Público, para promover a ação penal (art. 38, CPP). Se deixar escoar este prazo, perderá o direito de propor a ação. Ocorrerá, então, a decadência de seu direito de queixa. Curioso, contudo, que esta decadência não ensejará a extinção da punibilidade do réu, porque a ação penal possui natureza pública. O ofendido, de fato, decaiu, pela fluência do prazo processual, de seu direito de promover a ação penal, mas o réu não se livrará do processo, porque o Ministério Público poderá promover a ação penal a qualquer tempo, enquanto não se operar a prescrição.

# 17 A FASE PROCESSUAL: O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ANÁLISE DO ARTIGO 29 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Só é permitido o exercício da ação penal privada subsidiária em crimes de ação pública (condicionada ou incondicionada). A titularidade para o exercício desta ação penal, *ab initio*, pertenceria ao Ministério Público (art. 129, CF). A ação penal não deixa de ser pública pelo fato de o Ministério Público não ter exercido o direito de ação no prazo legal. Apenas, nesta hipótese, surge um outro titular para a propositura da ação penal; no caso, a vítima do crime. O Ministério Público passaria, então, a exercer o papel de fiscal do correto exercício da ação penal, ocupando, assim, posição supletiva no processo. Nessas condições, conforme dispõe o artigo 29 do CPP, caberá 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, em caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal. É o que será examinado a seguir.

## 17.1 Do Aditamento Pelo Ministério Público

Aditar significa adicionar, acrescentar, agregar. Os aditamentos se explicam pela presença em processo penal do princípio da correlação entre a acusação e a sentença. De acordo com este princípio, não pode o juiz julgar *extra, infra ou citra petita*. O juiz julga aquilo que foi pedido pelo órgão acusador. Desta forma, o aditamento visa justamente manter a simetria entre aquilo que está sendo pedido com aquilo que vai ser julgado.

Assim, em nome deste princípio, poderá o membro do Ministério Público aditar a queixa para inserir elementos materiais que repute importantes e que foram omitidos pelo querelante, como os dados qualificativos do réu; circunstâncias de tempo e de lugar em que fora cometido o crime. Por exemplo: O crime comporta agravantes ou qualificadoras e o querelante as deixou de fora; houve concurso de crimes (formal ou material) e o querelante não os mencionou.

Também, entre os poderes do Ministério Público, encontra-se o de aditar a queixa para incluir uma infração penal omitida pelo querelante ou para incluir um co-autor ou partícipe. Isso se explica por que vige na ação penal pública o princípio da obrigatoriedade, ou seja, diante de indícios de autoria e materialidade de uma infração penal, não cabe ao órgão do *parquet* fazer juízo de valor sobre a conveniência e a oportunidade da propositura da ação penal. Encontra-se ele de mãos atadas ante seu mister de promover a ação penal. A prerrogativa constitucional elencada no artigo 129, I, da Magna Carta, possui a natureza jurídica de um poder-dever institucional, em nome da sociedade que representa, uma vez que a esta não se autoriza impor sua própria justiça. Ora, se se trata de crime cuja ação penal é, em sua origem, de natureza pública, não pode a vítima do delito, propositadamente, deixar de promover a ação penal somente em relação a alguns crimes, deixando outros de fora; bem como escolher os autores e partícipes que deseja ver processados, excluindo outros. Porque aí seria o mesmo que conferir à vítima poderes que nem o próprio Estado, através do Ministério Público, dispõe na ação penal pública. Por que o Estado iria conferir tais poderes à vítima do crime e não os conferir a ele mesmo, Estado? A resposta lógica é: se não pode o *parquet* escolher os delitos e os réus que comporão a ação penal, não os pode também a vítima do crime. Esta resposta quanto à ação subsidiária se impõe ainda mais quando se tem em mente que, na ação penal privada propriamente dita, o querelante não pode selecionar a infração e as vítimas, competindo ao *parquet* zelar pelo princípio da indivisibilidade da ação.

Quando houver o aditamento pelo Ministério Público, compete ao juiz analisar se o recebe ou não. Caso o rejeite, caberá a interposição do recurso em sentido estrito, nos termos do art. 581, I, do CPP.<sup>1</sup>

### 17.1.1 Do prazo para o aditamento

Em caso de aditamento, o Ministério Público detém o prazo de três dias para fazê-lo. Essa interpretação decorre da aplicação analógica do artigo 46, § 2º, do CPP: “O prazo para o aditamento da queixa será de 3 (três) dias, contado da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos, e, se este não se pronunciar dentro do tríduo, entender-se-á que não tem o que aditar, prosseguindo-se nos demais termos do processo”. Uma vez esgotado este prazo, não poderá mais o Ministério Público aditar a denúncia. Esta regra tem sua razão de ser. É que, se, na ação penal pública, o legislador conferiu um prazo ao *parquet* para a oferta da denúncia, sob pena de, além de responder por eventual infração administrativa (e até mesmo pelo crime de prevaricação, se for o caso) ver-se alijado da titularidade da ação penal (pelo emprego da ação subsidiária), com muito mais razão não se pode permitir que ele pudesse aditar a queixa supletiva quando bem entendesse. Se isso lhe fosse permitido, enormes prejuízos adviriam à correta solução da lide, visto que o processo teria de ser renovado.

## 17.2 O Repúdio à Queixa Pelo Ministério Público e o Oferecimento da Denúncia Substitutiva

Repudiar tem a conotação de repelir, recusar, rejeitar. Os casos em que compete ao Ministério Público repudiar a queixa na ação subsidiária guardam similitude às hipóteses de inépcia da denúncia. A inépcia da denúncia ocorre nos termos do artigo 43 do CPP (casos de

rejeição); bem como, quando não contiver ela os requisitos consubstanciados no art. 41 (casos de não-recebimento); ou, também, quando ausente algum pressuposto processual. Note-se que o Ministério Público não pode oferecer denúncia substitutiva se não repudiou a queixa quando lhe foi dada vista dos autos. Uma vez oferecida a denúncia substitutiva e aceita pelo juiz, fica a queixa sem efeito, já que não se admitem sobre o mesmo fato criminoso duas acusações. Daí a expressão empregada pelo CPP – denúncia substitutiva, significando que a queixa fica substituída pela denúncia.

Pensa-se que o Ministério Público não dispõe de termo *ad infinitum* para repudiar a queixa. Uma vez promovida a ação penal pelo querelante, compete ao juiz intimar o membro do Ministério Público, sob pena de nulidade (art. 29, CPP – intervir em todos os termos do processo - c/c art. 564, III, d, CPP). O Ministério Público, então, disporia do prazo de três dias (art. 46, § 2º, CPP, por analogia) para, em sendo o caso, repudiar a queixa e oferecer denúncia substitutiva. Nada impede, todavia, possa o *parquet* repudiar a queixa no prazo e solicitar ao juiz a devolução dos autos para a denúncia, que será feita conforme os prazos legais. O juiz, então, teria dois caminhos a seguir: ou rejeitava a queixa do querelante (abrindo-se-lhe a oportunidade para recorrer – art. 581, I, CPP) e acataria a denúncia substitutiva do Ministério Público; ou, rejeitava a denúncia do Ministério Público, legitimando-o, assim, a também recorrer. Pode, é óbvio, rejeitar tanto a queixa quanto à denúncia, conferindo a ambos a possibilidade recursal.<sup>2</sup>

Questão instigante é a de saber se pode o Ministério Público repudiar a queixa, por entendê-la inepta, e formular pedido de arquivamento do inquérito policial. Pensa-se que nada obsta. Neste caso, o juiz deve decidir, em primeiro lugar, se aceita o repúdio por parte do *parquet*. Se aceitar, rejeitará a queixa e o querelante poderá interpor recurso em sentido estrito (art. 581, I, CPP). Antes de decidir sobre o pedido de arquivamento, deverá o juiz aguardar o resultado do julgamento do recurso em sentido estrito. Se o tribunal lhe der provimento, o processo terá seu curso normal. Se o tribunal não acolher o recurso, aí sim decidirá o juiz sobre o pedido de arquivamento. Caso entenda não ser cabível o arquivamento, deverá remeter os autos ao procurador-geral, nos termos do artigo 28 do CPP. É claro que se o Ministério Público pode requerer o arquivamento também poderá requisitar diligências; postular pela incompetência do juízo ou suscitar conflito de atribuições. Se o juiz não acatar o repúdio à queixa formulado pelo Ministério Público, é sinal de que a ação terá seu curso normal. Assim, poderá o *parquet* interpor *habeas corpus* em favor do querelado com base no artigo 648 do CPP, fundamentado na ausência de justa causa (I) para aquela ação ou na nulidade do feito (VI), cuja inicial reputa inepta. Nesse caso, embora o magistrado tenha desacolhido seu repúdio, o Ministério Público deverá assumir a posição de interveniente em todos os termos do processo, como determina o artigo 29 do CPP. Por outra via, se se concretizar a situação do repúdio e a aceitação da denúncia substitutiva, nada impede que a vítima, utilizando-se da faculdade inserida no artigo 268 do CPP, venha a ocupar a posição de assistente de acusação.<sup>3</sup>

Por último, cabe lembrar que se o querelante promoveu a ação penal por um crime e na verdade o crime é outro, compete ao Ministério Público oferecer denúncia substitutiva, nos termos da lei. Retoma, assim, sua posição original de *dominus litis*. É claro que, se, neste caso, o *parquet* manteve-se inerte, cabe ao juiz, ao final do processo, aplicar a regra do artigo 383 do CPP (*emendatio libelli*) e dar ao fato a definição jurídica que reputar conveniente.

### **17.3 A Intervenção do Ministério Público em Todos os Termos do Processo**

A comunicação dos atos processuais se dá com os instrumentos da citação, da intimação e da notificação. A citação é o ato pelo qual o réu toma conhecimento da propositura da ação penal e da data designada para seu interrogatório. A intimação é a comunicação às partes ou a terceiros que compõem a relação processual de algum ato processual passado. A notificação, por sua vez, é a comunicação a alguém para fazer ou deixar de fazer alguma coisa no processo, portanto, um ato que ainda se vai realizar.

O artigo 29 do CPP estabelece que cabe ao Ministério Público intervir em todos os termos do processo. Assim, compete ao juiz determinar sua intimação ou notificação para acompanhar todos os atos processuais, mesmo porque está o órgão ministerial autorizado a interpor recurso, fornecer provas etc. A função exercida pelo Ministério Público neste caso possui a natureza jurídica de *custos legis*.

A falta desta formalidade processual constitui-se nulidade insanável, nos termos do art. 564, III, d, do CPP.

### **17.4 O Fornecimento de Elementos de Prova**

O Código de Processo Penal elenca uma série de provas que podem ser produzidas na instrução processual. São elas, por ordem: interrogatório, exame de corpo de delito, perícias, confissão, declarações do ofendido, testemunhos, reconhecimento de pessoas e coisas, acareação, documentos, indícios, busca e apreensão.

O artigo 29 do CPP autoriza o Ministério Público a fornecer elementos de prova. Isso significa que está autorizado a requerer a produção de qualquer das provas acima elencadas, que serão realizadas ou não conforme o critério do juízo (de entendê-las relevantes para a busca da verdade), cabendo ao sucumbente recorrer dos indeferimentos.

### **17.5 A Interposição de Recursos**

Também compete ao Ministério Público interpor todos os recursos que repute necessários para a correta solução da lide. Entende-se que está ele legitimado em todos os recursos, pois a lei não restringiu as hipóteses de legitimação recursal para o *parquet* neste caso. Tivesse o legislador esta intenção, ter-se-ia valido de mensagem expressa, como o fez ao limitar as hipóteses recursais do assistente de acusação. Ali (art. 271, CPP), ao conferir uma gama de poderes ao assistente (propor meios de prova, requerer perguntas, aditar o libelo, participar do debate oral, arrazoar os recursos interpostos pelo Ministério Público), limitou os casos de recursos interpostos por ele (assistente) às hipóteses do art. 584, § 1º, e 598, ambos do CPP. A própria redação do artigo 29 do CPP é consentânea com esta interpretação, ao estipular que pode o Ministério Público retomar a ação como parte principal em caso de negligência do querelante. Assim, não o legitimou a retomá-la a seu bel-prazer. Impôs-lhe o ônus de aguardar a omissão do querelante. Ao contrário, bem que poderia ter limitado as hipóteses recursais do *parquet*. Não o fazendo, é porque quis legitimá-lo para todos os recursos. Talvez o tenha feito em respeito à natureza pública da infração penal perpetrada.

### **17.6 Retomar a Ação Como Parte Principal, a Todo Tempo, em Caso de Negligência do Querelante**

Esta situação se dá em caso de ficar constatada uma omissão por parte do querelante, que abandona a ação. Entende-se que é a mesma hipótese de perempção da ação penal privada propriamente dita, ou

seja, os casos previstos no artigo 60 do CPP, incisos I, II, III e IV.<sup>4</sup> Ocorre que, na ação subsidiária, não se opera o efeito da perempção, que é a extinção da punibilidade (art. 107, IV, do CPB), pois o crime é de natureza pública, embora iniciado por meio de queixa. O Ministério Público retoma a ação como parte principal para evitar a perempção.

Sempre salutar é não inventar conceitos, hipóteses e situações, imaginando inovações onde já exista sistemática prevista no ordenamento processual penal. Esta é a hipótese acima mencionada. Ora, se o legislador já retratou legalmente o que significam as hipóteses de abandono da ação penal, que são justamente aquelas previstas no artigo 60 do CPP, impossível criar-lhes outras *sponte propria*. Se a negligência do querelante em dar o adequado andamento à ação penal privada propriamente dita conduz à extinção da punibilidade pela perempção; nos casos da ação subsidiária, é razoável entender-se que a negligência do querelante se constitua nas mesmas hipóteses descritas no artigo 60 do CPP. Como se trata de ação de natureza pública, não pode incidir o efeito da extinção da punibilidade. O efeito gerado, então, é justamente aquele previsto no próprio artigo 29 do CPP, ou seja, renasce para o Ministério Público a titularidade integral e única da ação penal, voltando a ocupar a posição de *dominus litis*. O querelante, se assim o desejar, poderá apenas ocupar a posição de assistente de acusação, nos termos do art. 268 do CPP.

Quando se fala em retomar a ação como parte principal, obviamente, a ação penal já terá sido proposta. Então, não há necessidade de nova denúncia ou de denúncia substitutiva. A queixa converte-se em denúncia. Pensa-se, entretanto, ser necessária a ratificação da inicial pelo *parquet*.

Também poderá o Ministério Público retomar a ação como parte principal quando a vítima perdoar ao ofensor. Sabe-se que o perdão, instituto privativo da ação penal privada propriamente dita (CP, art. 105), uma vez aceito, tem o efeito de operar a extinção da punibilidade do agente (art. 107, V, CP). Nos casos em que se procede mediante ação subsidiária, o perdão concedido não operará a extinção da punibilidade. É que a ação penal continuará sendo pública, podendo o *parquet* retomá-la, assumindo sua titularidade. Entende-se que, neste caso, não poderá a vítima assumir a posição de assistente da acusação. É que, se ela perdoou ao agressor, perimiu seu direito de continuar a figurar no pólo ativo da ação penal. Seria até um contra-senso perdoar ao agressor e, ao mesmo tempo, assistir ao Ministério Público na acusação. Há, no caso, verdadeira preclusão lógica. Considera-se ainda que o artigo 105 do Código Penal não proíbe o perdão da vítima que propôs a ação subsidiária. É o seguinte o teor do artigo: “O perdão do ofendido, nos crimes em que somente se procede mediante queixa, obsta ao prosseguimento da ação penal”. Nada impede, portanto, que a vítima o faça na ação subsidiária. Por ser crime de ação pública, o perdão concedido e aceito não terá o efeito de extinguir a punibilidade do agente e representa, em verdade, uma forma de abandono da ação penal proposta. Uma vez que ela se rege pelo princípio da obrigatoriedade e da indisponibilidade, o Ministério Público deverá assumir em definitivo sua titularidade.

---

<sup>1</sup> A doutrina, de modo geral, vem admitindo a interposição do recurso em sentido estrito em casos de rejeição do aditamento à denúncia ou queixa, por analogia ao art. 581, I, do CPP, que fala em rejeição da própria denúncia ou queixa, em que pese o entendimento dominante de que as hipóteses de recurso em sentido estrito se constituem em *numerus clausus*.

<sup>2</sup> Emprega-se nesta dissertação, indiferentemente, o uso da expressão **rejeitar a denúncia ou queixa** (art. 43, CPP) com o sentido também de **não recebimento** (art. 41, CPP).

<sup>3</sup> Art. 268, CPP: “Em todos os termos da ação pública, poderá intervir, como assistente do Ministério Público, o ofendido ou seu representante legal, ou, na falta, qualquer das pessoas mencionadas no art. 31”.

[4](#) A perempção significa a morte da ação penal pelo manifesto desinteresse da parte autora (querelante) em lhe dar o andamento devido e vem retratada especificamente no artigo 60 do CPP.

# 18 A PESSOA JURÍDICA COMO AUTORA DA AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA

A ação penal privada subsidiária constitui-se hoje uma direito fundamental. As pessoas jurídicas também podem titular direitos fundamentais, desde que correspondentes à sua natureza. Hoje, acha-se superada a doutrina de que os direitos fundamentais se dirigem apenas às pessoas físicas (SILVA, 1982, p. 79; BRANCO; COELHO; MENDES, 2002, p. 165). Desta forma, entende-se que pode uma pessoa jurídica propor ação subsidiária. Digamos que uma empresa tenha sido vítima de um furto. O Ministério Público recebe o inquérito e deixa transcorrer o prazo legal sem se manifestar. Poderá, então, a pessoa jurídica ingressar com a queixa supletiva. Lembre-se de que o artigo 37 do CPP permite que as fundações, associações ou sociedades legalmente constituídas exerçam a ação penal. Também, do art. 80 c/c o art. 82, III e IV, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (lei nº 8.078/90), extrai-se a possibilidade das entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, e das associações legalmente constituídas há pelo menos um ano, cujas atividades se liguem à defesa dos consumidores, interporem a ação penal privada subsidiária.

# 19 AÇÃO SUBSIDIÁRIA E CRIMES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO

Em geral, não se dará a ação subsidiária nos juizados especiais criminais. Isso porque não se afigura a hipótese de prazo para o oferecimento da denúncia, pois consoante a regra do artigo 77 da Lei nº 9.099/95, a denúncia deverá ser feita oralmente na audiência inaugural do procedimento sumaríssimo.

O dia-a-dia dos processos criminais veio a demonstrar, contudo, que há muitos casos em que, impossibilitada a transação penal, os autos vão com vistas ao Ministério Público para o oferecimento da denúncia. Nesta hipótese, é possível a existência da ação subsidiária nos juizados especiais. Basta que o membro do Ministério Público deixe extrapolar o prazo da denúncia sem oferecê-la.

## 20 AÇÃO SUBSIDIÁRIA E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

Dispõe o artigo 89 da Lei nº 9.099/95 que, nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um (1) ano, abrangidas ou não por essa lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão condicional do processo. Surge a indagação de se o querelante estaria legitimado a propor a suspensão condicional do processo nas ações subsidiárias. Entende-se que sim, cabendo a ele formular a proposta e, caso não o faça, o Ministério Público deverá suprir a omissão, pois o crime é de natureza pública e ao *parquet* cabe intervir em todos os termos do processo (art. 29, CPP).

# 21 AÇÃO SUBSIDIÁRIA NOS CRIMES DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DOS TRIBUNAIS, DA JUSTIÇA MILITAR E DA JUSTIÇA ELEITORAL

Nada impede possa haver a queixa supletiva em crimes afetos à competência originária dos Tribunais. Isso é possível, porque a Constituição não o proíbe: “Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal” (CF, art. 5º, LIX). Não se fazendo distinção entre ações propostas em primeiro grau ou nos tribunais, implicitamente está a Carta Magna a admiti-la. A mesma razão se encontra para a admissão da queixa supletiva em crimes afetos à competência das justiças especializadas, dentre elas a militar e a eleitoral.

Tema interessante parece ser o da possibilidade da propositura da ação subsidiária em caso de arquivamento de inquérito nos crimes de competência originária dos Tribunais. Demercian e Maluly (1999, p. 113-115) são pela impossibilidade de sua propositura nesses casos e dão notícia de acórdão originário da 5ª Turma do STJ, autorizando a propositura da ação, acórdão esse posteriormente cassado pelo STF em Habeas Corpus impetrado pela Procuradoria-Geral da República (HC 70.029, de 31/3/93, Rel. Min. Marco Aurélio). Jesus (1993, p. 1), comentando esta decisão do STF, manifesta-se no sentido de sua correção, argumentando que se fosse admitida a possibilidade da propositura da ação nesses casos, a ação penal poderia ser proposta em todos os casos em que o titular da ação penal entendesse pela não-ocorrência de ilícito penal. Para tanto, bastaria ao autor da subsidiária abandoná-la após seu aforamento, porque o Ministério Público seria obrigado a retomar a ação como parte principal. Fernandes (1995, p.115-116) afirma que a impossibilidade da propositura da ação subsidiária deve-se, entre outros motivos, ao fato de o CPP ter-se mantido omissivo em relação à decadência do direito de queixa quando ocorre o arquivamento do inquérito pelo Ministério Público e a vítima não propõe a ação subsidiária no prazo de seis meses, muito embora tenha o Código cuidado do tema da decadência de modo minudente. Assim, se o legislador não previu essa possibilidade significa que não a desejava, porque se o quisesse teria feito expressamente.

No que diz respeito à Justiça Militar, o artigo 29 do Código de Processo Penal Militar (Decreto-lei nº 1.002, de 21/10/69) dispõe que “a ação penal é pública e somente pode ser promovida por denúncia do Ministério Público Militar”. Também nesse sentido o artigo 121 do Código Penal Militar (Decreto-lei nº 1.001, de 21/10/69): “A ação penal somente pode ser promovida por denúncia do Ministério Público da Justiça Militar”. Como se percebe, esses diplomas legislativos não prevêm o instituto da ação subsidiária. Como é óbvio, considerada a supremacia do texto constitucional e sua aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, CF/88), impõe-se reconhecer sua plena aplicação no âmbito da Justiça castrense.

## 22 CONCLUSÃO

Deve-se procurar evitar a promoção de ações penais, só devendo utilizá-las em casos mais graves, principalmente aqueles que envolvam violência física. Há uma gama de casos penais em que a ação penal poderia ser evitada.

O não-oferecimento da denúncia se constitui no maior poder exercido pelo Ministério Público. Pode-se definir, nesta situação, que determinada pessoa não será punida. Se a “punidade” é tão séria que exige o *due process of law*, com a respectiva adoção do sistema acusatório (separando-se as funções de investigação, acusação e julgamento), a decisão sobre a “impunidade” não pode ficar reservada apenas a um órgão estatal, impondo-se um mecanismo de controle pelo emprego da ação subsidiária.

O livro procurou construir uma estrutura processual-penal apta à satisfação das necessidades da sociedade, em busca de um processo-penal democrático. O sistema penal, aqui entendido como o controle social punitivo institucionalizado, será mais perfeito na medida em que consiga se aproximar de seu desiderato maior - a promoção da justiça.

As seguintes conclusões finais podem ser extraídas do livro:

1. Para se evitar abusos de arquivamento deve-se eleger como mecanismo de contenção o emprego da ação penal privada subsidiária da pública.
2. A natureza jurídica da ação penal privada subsidiária da pública é a de uma garantia constitucional processual fundamental.
3. A ação subsidiária deveria ser tratada apenas na Constituição e no Código de Processo Penal, afastando seu tratamento do Código Penal.
4. Em tema de ação penal privada subsidiária pode-se falar em aplicação fluída dos princípios reitores desta modalidade de ação.
5. Os pressupostos processuais e as condições da ação penal privada subsidiária são os mesmos que emergem da teoria geral do processo penal.
6. Atualmente não é possível o emprego da ação penal privada subsidiária em casos de arquivamento de inquérito policial ou peças de informação.
7. O emprego da ação subsidiária em casos de arquivamento de inquérito ou peças de informação tornar-se-á possível através de simples alteração legislativa no texto do Código de Processo Penal.
8. O artigo 29 do Código de Processo Penal, com a alteração legislativa proposta, passaria a vigor com a seguinte redação: “será admitida queixa do ofendido ou de seu representante legal nos crimes de ação pública quando esta não for intentada no prazo legal e nos casos de arquivamento de inquérito policial ou peças de informação, 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”.