

# AÇÃO PENAL

## Sumário:

### 1. Conceito

### 2. Características do Direito de Ação

### 3. Condições da Ação Penal

#### 3.1. Condições Genéricas da Ação

##### 3.1.1. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

##### 3.1.2. LEGITIMIDADE PARA AGIR ou *LEGITIMATIO AD CAUSAM*

###### 3.1.2.1. Legitimação Ordinária

###### 3.1.2.2. Legitimação Extraordinária

###### 3.1.2.3. Legitimação Ativa Concorrente

###### 3.1.2.4. Legitimação Alternativa

##### 3.1.3. INTERESSE DE AGIR

##### 3.1.4. JUSTA CAUSA

#### 3.2. Condições específicas

##### 3.2.1. Condições de procedibilidade X Condições objetivas de punibilidade

##### 3.2.2. Condição de procedibilidade X Condição de prosseguibilidade

##### 3.2.3. A Natureza Jurídica da Representação

##### 3.3. Momento de verificação das condições da ação

### 4. Princípios da ação penal

#### 4.1. Princípios Gerais às ações de iniciativa pública e privada

#### 4.3. Princípios aplicáveis às ações de iniciativa privada

### 5. Classificação das ações penais quanto ao Titular da ação

#### 5.1. A ação penal pública

##### 5.1.2. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA

###### 5.1.1. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA

###### 5.1.3. AÇÃO PENAL PÚBLICA SUBSIDIÁRIA DA PÚBLICA

#### 5.2. Ação Penal de Iniciativa Privada

##### 5.2.1. AÇÃO PENAL EXCLUSIVAMENTE PRIVADA

##### 5.2.2. AÇÃO PENAL PRIVADA PERSONALÍSSIMA

##### 5.2.3. AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA DA PÚBLICA

##### 5.2.4. Causas extintivas da punibilidade relacionadas à ação penal exclusivamente privada ou personalíssima

### 6. Ação Penal Cabível em razão da natureza de determinadas infrações

#### 6.1. Crimes contra a Honra

#### 6.2. Crime de Racismo

#### 6.3. Crimes contra a liberdade sexual

#### 6.4. Crime de Embriaguez ao volante

#### 6.5. Crimes ambientais

#### 6.6. Ação penal do crime de lesão corporal leve praticado mediante violência doméstica ou familiar contra a mulher

### 7. Questões Complementares

#### 7.1. Ação Penal Popular

#### 7.2. Ação Penal Secundária

#### 7.3. Ação Penal Adesiva

#### 7.4. Ação Penal Indireta

#### 7.5. Ação Penal Pública de Natureza extensiva

#### 7.6. Ação penal *ex officio* → *habeas corpus ex officio*

#### 7.7. Ação de prevenção penal

## 1. Conceito

A persecução penal nada mais é do que o poder-dever do Estado de submeter o autor de um delito a um processo criminal.

A persecução penal se desenvolve em duas fases muito distintas.

- **1ª fase: Investigatória** – A fase investigatória é pré-processual, sendo realizada por meio do inquérito policial.

- **2ª fase: Judicial** – A fase judicial é processual, sendo iniciada por meio do exercício do direito de ação (o direito de ingressar em juízo pleiteando a tutela jurisdicional).

A ação penal é o *direito subjetivo público* de pedir ao Estado-juiz a aplicação do direito penal objetivo ao caso concreto, exercido na fase judicial da *persecutio criminis*.

## 2. Características do Direito de Ação

- O direito de ação é um direito **PÚBLICO** – porque a atividade jurisdicional que se pretende provocar é de natureza pública, sendo exercida contra o Estado.

**É correto se utilizar a expressão ação penal privada?**

A partir do momento em que a ação é um direito público, tecnicamente seria errado utilizar essa expressão. O mais correto seria dizer “ação penal de iniciativa privada”. Essa ação continua sendo pública, havendo o Estado transferido apenas o direito de a vítima ingressar em juízo.

**É correto dizer que se vai oferecer denúncia contra alguém?**

Como a ação é um direito público, no qual se pede ao Estado a tutela jurisdicional, o ideal é oferecer “denúncia em relação a Tício”, pois o direito de ação é exercido contra o Estado e não contra a pessoa.

Obs.: o despacho judicial que recebe a denúncia é uma decisão interlocutória simples, sem conteúdo decisório, que, na sistemática processual vigente, dispensa fundamentação por não gerar preclusão quanto à regularidade da peça vestibular da ação penal.

O despacho judicial que recebe a denúncia deverá ser fundamentado se for caso de defesa preliminar (ex: crimes de competência originária dos tribunais).

Por sua vez, o despacho que rejeita a denúncia deve ser fundamentado.

- O direito de ação é um direito **SUBJETIVO** – porque tem titular especificado na legislação, e porque esse titular pode exigir do Estado a prestação jurisdicional.

Em regra, o titular da ação penal é o **Ministério Público**, mas pode ser, excepcionalmente, a própria vítima ou seu representante.

Art. 257 do CPP. Ao Ministério Público cabe:

I - **promover, privativamente, a ação penal pública**, na forma estabelecida neste Código;

- O direito de ação é um direito **AUTÔNOMO** – Significa que o direito de ação não se confunde com o direito material que se pretende tutelar por meio dele. O direito de ação é pré-existente à pretensão punitiva do Estado.
- O direito de ação é um direito **ABSTRATO** – Significa que independe do resultado do processo. Por mais que o cidadão, ao final do processo, seja absolvido (e ação julgada improcedente), o direito de ação foi exercido.
- O direito de ação é **INSTRUMENTAL** – Pois é o meio para se alcançar a efetividade do direito material.
- O direito de ação é um direito **ESPECÍFICO** – Porque o direito de ação deve estar relacionado a um caso concreto. A ação não pode ser exercida para a discussão de teses doutrinárias, acadêmicas.

## 3. Condições da Ação Penal

As condições são necessárias para o exercício regular do direito de ação. A doutrina processual penal trata de dois tipos de condições da ação: genéricas e específicas.

- **Condições Genéricas:** Devem estar presentes em toda e qualquer ação penal, independentemente de quem esteja sendo processado, qual o crime praticado, qual o tribunal, etc.
- **Condições Específicas:** Também chamadas de CONDIÇÕES DE PROCEDIBILIDADE, são necessárias em relação a alguns delitos específicos. Ex: crimes de ameaça e de lesão corporal leve dependem de representação da vítima; crime contra honra do Presidente da República depende da requisição do Ministro da Justiça etc.

Alguns doutrinadores utilizam a expressão condições de procedibilidade como sinônimo de condições específicas, mas outros utilizam como sinônimo de condições da ação (genéricas e específicas). Ex: Tourinho Filho.

### 3.1. Condições Genéricas da Ação

Existem duas doutrinas acerca do assunto: uma conservadora e outra mais moderna.

- **Doutrina Conservadora (Escola Paulista) →** Aplica uma teoria geral para todos os tipos de processo (civil e penal). Essa doutrina tem sido muito criticada. As condições da ação, segundo essa doutrina, são:
  - Possibilidade Jurídica do Pedido
  - Legitimidade para agir (legitimidade *ad causam*)
  - Interesse de Agir
  - Justa Causa

A adequação dessa visão tradicional do Processo Civil ao Processo Penal é muito discutida, na atualidade, pois os institutos do Processo Civil por vezes não guardam correspondência no Processo Penal. EXEMPLO: A possibilidade jurídica do pedido e o interesse de agir são condições que não se adequam totalmente ao processo penal.

- **Doutrina Moderna →** Uma doutrina mais moderna e atenta às especificidades do processo penal intenta desenvolver uma teoria das condições da ação própria do direito processual penal, negando a importação das condições do processo civil. Para essa doutrina moderna, as condições da ação são:

- PRÁTICA DE FATO APARENTEMENTE CRIMINOSO (*fumus comissi delicti*) – Está no art. 43 (revogado), que continua sendo aplicado.

Se o juiz verificar a atipicidade ou a presença de causa excludente da ilicitude ou da culpabilidade<sup>1</sup>, no momento em que é oferecida a denúncia, deverá rejeitá-la.

Se essa verificação ocorrer somente após a resposta do acusado, já tendo se dado o recebimento da peça acusatória, a decisão deverá ser de absolvição sumária (art. 397)<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Salvo no caso da inimputabilidade, já que o inimputável tem que ser julgado e absolvido.

<sup>2</sup> Até 2008, a absolvição sumária era instituto apenas do Procedimento do Tribunal do Júri (art. 415 do CPP):

Art. 415. O juiz, fundamentadamente, absolverá desde logo o acusado, quando: (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)

I – provada a inexistência do fato; (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)

II – provado não ser ele autor ou partícipe do fato; (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)

III – o fato não constituir infração penal; (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)

IV – demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)

Exemplo: quando se realiza uma queixa em que se narra o adultério (que passou pelo *abolitio criminis*).

Art. 397 do CPP. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato;

II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimizabilidade;

III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou

IV - extinta a punibilidade do agente.

Existe julgamento antecipado da lide no processo penal? *Sim*, é o que se chama de absolvição sumária.

- PUNIBILIDADE EM CONCRETO – se o juiz perceber que ocorreu alguma causa de extinção da punibilidade (ex: prescrição), deve rejeitar a peça acusatória.
- LEGITIMIDADE PARA AGIR
- JUSTA CAUSA

Perceber que a teoria moderna das condições da ação do Processo Penal extrai a possibilidade jurídica do pedido e o interesse de agir.

### 3.1.1. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

O pedido formulado deve se referir a uma providência admitida pelo direito objetivo. Se o juiz perceber a ausência dessa condição logo no início, deve rejeitar a peça acusatória:

Art. 395 do CPP. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

II - faltar pressuposto processual ou **condição** para o exercício da ação penal; ou

EXEMPLOS DE PEDIDOS IMPOSSÍVEIS: **(i)** Pedido de aplicação de pena privativa de liberdade ao menor de 18 anos – caso da inimizabilidade já verificada no curso do inquérito policial (o inimputável deve ser denunciado, mas não se deve pedir sua condenação. O pedido deve ser de *absolvição imprópria*, para que lhe seja aplicada medida de segurança); **(ii)** Cobrança de dívida de jogo.

#### **Cuidado: *Emendatio Libelli* e Perempção X Carência da ação**

No caso das ações penais condenatórias, o art. 383 do CPP prevê a possibilidade de o juiz adequar os fatos alegados à norma penal correspondente (realizando *EMENDATIO LIBELLI*). Ex: no caso em que se pede a pena de morte (sanção não admitida no Brasil), embora o pedido não seja possível, o juiz não poderá extinguir o processo por impossibilidade jurídica do pedido, devendo analisar apenas os fatos e não o pedido. Inclusive, mesmo que a peça venha sem pedido, autores como Pacelli entendem que deve ser considerada a pretensão punitiva do MP (decorrente da só elaboração da peça), impondo ao juiz analisar os fatos e adequá-los à norma.

Por essa razão, Pacelli considera que, nesses casos, a possibilidade jurídica do pedido não seria uma condição da ação penal condenatória.

Diferentemente ocorre no caso dos crimes de ação penal privada, em que se exige pedido expresso de condenação no momento das alegações finais. Não é necessário que venha o pedido na queixa, mas se não vier nas alegações, entende Pacelli ocorrer a PEREMPÇÃO da ação já ajuizada e admitida, e não carência dela por falta de condição da ação.

---

Parágrafo único. Não se aplica o disposto no inciso IV do caput deste artigo ao caso de inimizabilidade prevista no caput do art. 26 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, salvo quando esta for a única tese defensiva. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)

Art. 60 do CPP. Nos casos em que somente se procede mediante queixa, considerar-se-á **perempta** a ação penal:

III - quando o querelante deixar de comparecer, sem motivo justificado, a qualquer ato do processo a que deva estar presente, ou **deixar de formular o pedido de condenação nas alegações finais**;

### 3.1.2. LEGITIMIDADE PARA AGIR ou *LEGITIMATIO AD CAUSAM*

É a pertinência subjetiva da ação, pois a ação só pode ser proposta por quem é titular do interesse que se quer realizar. A legitimidade *ad causam* engloba tanto a passiva como a ativa.

#### Legitimidade ativa:

Ação penal de iniciativa pública → Ministério Público.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

Ação penal de iniciativa privada → O ofendido (querelante<sup>3</sup>) ou seu representante legal<sup>4</sup>, como substituto processual do MP (pleiteando em nome próprio direito alheio, já que o *ius puniendi* é do Estado).

QUESTÃO (MPF): Dois candidatos, durante a propaganda eleitoral, trocaram ofensas (ambos praticaram crimes contra a honra). Entrando um deles com uma queixa contra o outro, há algum problema?

Sim, o crime contra a honra praticado durante a propaganda eleitoral é crime eleitoral, e todo crime eleitoral é de ação penal pública incondicionada. Assim, falta ao ofendido legitimidade para agir. Como o crime é de ação penal pública, quem tem *legitimatío ad causam* é o MP.

TODOS OS CRIMES ELEITORAIS SÃO DE AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA.

#### Legitimidade passiva:

Quem ocupará o pólo passivo será o provável autor do delito maior de 18 anos, ou a pessoa jurídica.

No caso das ações penais não condenatórias (mandado de segurança, habeas corpus) é necessário apontar com exatidão a autoridade que figurará no pólo passivo (autoridade coatora). No caso das ações penais condenatórias, o pólo passivo não assume tanta relevância. – Pacelli.

#### **Legitimidade da pessoa jurídica**

OBS 1: A pessoa jurídica ocupa o pólo passivo da demanda criminal com base dos arts. 173, §5º e 225, §3º da CF<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> O ofendido é chamado de querelante nas ações penais de iniciativa privada.

<sup>4</sup> Se o ofendido morrer e ocorrer a sucessão processual, poderão promover a ação o CCADI: cônjuge, companheiro, ascendente, descendentes e irmão.

<sup>5</sup> **Art. 173, § 5º da CF** - A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

**Art. 225, § 3º da CF** - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Na responsabilização criminal da pessoa jurídica tem sido aplicada a **TEORIA DA DUPLA IMPUTAÇÃO**, pela qual a ação deve ser manejada não só em face da pessoa jurídica infratora, mas também contra a pessoa física responsável pela administração da mesma. É o entendimento do STJ (Resp 889528/SC<sup>6</sup>).

OBS 2: Estando a pessoa jurídica no **pólo ativo** da demanda, exercendo o direito de ação (ex: empresa que seja vítima de difamação), a representação será feita por quem os respectivos contratos ou estatutos designarem, e, no silêncio destes, pelos diretores ou sócios administradores (art. 37 do CPP<sup>7</sup>).

Geralmente, a questão acerca do pólo passivo está relacionada ao mérito. A negativa de autoria geralmente estará relacionada com o pólo passivo da ação penal. Seria o exemplo do caso de **homônimos** (quando uma pessoa que não tem nada a ver com a questão é denunciada) – ver no ponto sobre o momento da verificação das condições da ação.

Verificada a ausência de uma condição da ação penal, deve o processo ser extinto sem julgamento do mérito (Paceli):

Art. 267 do CPC. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

### 3.1.2.1. Legitimidade Ordinária

Alguém postula em nome próprio a defesa de interesse próprio. Essa é a regra. Ou seja, em regra, a pessoa só pode entrar em juízo para defender seu próprio interesse. É legitimado ordinário o Ministério Público.

EX: A partir do momento em que o CPP diz que o Ministério Público é titular privativo da ação penal pública, ele estará defendendo interesse próprio. Por isso, a ação penal pública é caso de legitimação ordinária.

### 3.1.2.2. Legitimidade Extraordinária

Alguém postula em nome próprio a defesa de interessa alheio. Somente pode ocorrer quando expressamente autorizado em lei, por ser uma exceção:

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

Exemplos:

- **A ação penal de iniciativa privada** → É um exemplo de legitimação extraordinária porque o direito de punir pertence ao Estado, que transfere ao ofendido a titularidade da ação.

<sup>6</sup> PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIMES CONTRA O MEIO AMBIENTE. DENÚNCIA REJEITADA PELO E. TRIBUNAL A QUO. SISTEMA OU TEORIA DA DUPLA IMPUTAÇÃO.

Admite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais **desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício**, uma vez que "não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio" cf. Resp nº 564960/SC, 5ª Turma, Rel. Ministro Gilson Dipp, DJ de 13/06/2005 (Precedentes). Recurso especial provido. Resp 889528/SC

<sup>7</sup> **Art. 37 do CPP.** As fundações, associações ou sociedades legalmente constituídas poderão exercer a ação penal, devendo ser representadas por quem os respectivos contratos ou estatutos designarem ou, no silêncio destes, pelos seus diretores ou sócios-gerentes.

- **Ação civil *ex delicto* proposta pelo MP em substituição de pessoa pobre** → É uma ação indenizatória em virtude do delito. O MP, ao propor a ação, não está correndo atrás da punição (*ius puniendi* do Estado), mas da indenização. Ela está prevista no art. 68 do CPP.

Art. 68 do CPP. Quando o titular do direito à reparação do dano for **pobre** (art. 32, §§ 1º e 2º), a execução da sentença condenatória (art. 63) ou a ação civil (art. 64) será promovida, **a seu requerimento, pelo Ministério Público**.

Pela Constituição, ao MP incumbe apenas a proteção do direito individual indisponível. Assim, *a priori*, o MP não poderia correr atrás de interesses disponíveis (indenização pecuniária).

Contudo, o STF entendeu que a declaração da inconstitucionalidade do art. 68 do CP, iria prejudicar as pessoas pobres. Assim, declarou a INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA desse artigo, para determinar que, enquanto não houver Defensoria Pública na Comarca, permanece em vigor o art. 68, podendo o MP pleitear em juízo a reparação de dano em favor de pessoa pobre.

LEGITIMIDADE - AÇÃO "EX DELICTO" - MINISTÉRIO PÚBLICO - DEFENSORIA PÚBLICA - ARTIGO 68 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CARTA DA REPÚBLICA DE 1988. A teor do disposto no artigo 134 da Constituição Federal, cabe à Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, a orientação e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV, da Carta, estando restrita a atuação do Ministério Público, no campo dos interesses sociais e individuais, àqueles indisponíveis (parte final do artigo 127 da Constituição Federal). INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA - VIABILIZAÇÃO DO EXERCÍCIO DE DIREITO ASSEGURADO CONSTITUCIONALMENTE - ASSISTÊNCIA JURÍDICA E JUDICIÁRIA DOS NECESSITADOS - SUBSISTÊNCIA TEMPORÁRIA DA LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Ao Estado, no que assegurado constitucionalmente certo direito, cumpre viabilizar o respectivo exercício. **Enquanto não criada por lei, organizada - e, portanto, preenchidos os cargos próprios, na unidade da Federação - a Defensoria Pública, permanece em vigor o artigo 68 do Código de Processo Penal, estando o Ministério Público legitimado para a ação de ressarcimento nele prevista.** Irrelevância de a assistência vir sendo prestada por órgão da Procuradoria Geral do Estado, em face de não lhe competir, constitucionalmente, a defesa daqueles que não possam demandar, contratando diretamente profissional da advocacia, sem prejuízo do próprio sustento. STF RE 135328.

### 3.1.2.3. Legitimação Ativa Concorrente

Ocorre a legitimidade ativa concorrente quando mais de uma parte está legalmente autorizada a agir, sendo que quem ajuizar primeiro afasta a legitimidade do outro (porque não pode haver duas ações sobre o mesmo fato, contra uma mesma pessoa).

Casos de legitimidade ativa concorrente:

- a. **Nos casos de sucessão processual:** quando o autor morre, o direito de ação é transmitido ao cônjuge, companheiro, ascendentes, descendentes ou irmão (CCADI)<sup>8</sup>.

Art. 31 do CPP. No caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou prosseguir na ação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

- b. **A ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública (depois do decurso do prazo do MP para oferecer denúncia):** Por exemplo, no 16º dia depois de chegarem os autos do inquérito ao MP, surge ao particular o direito de ajuizar ação penal privada subsidiária da pública. Mas como o MP continua como legitimado para oferecer a denúncia, existem dois legitimados.

<sup>8</sup> Trata-se de uma ordem preferencial.

**IMPORTANTE: Crime contra honra de servidor público em razão de suas funções<sup>9</sup> é hipótese de legitimação alternativa e não concorrente.**

A doutrina apontava os crimes contra a honra do servidor público em razão de suas funções como hipótese de legitimação concorrente ativa, pois tanto podia ser por ação privada (de iniciativa do ofendido) como por ação pública, condicionada à representação<sup>10</sup>.

A doutrina fundamentava esse entendimento na súmula 714 do STF:

Súmula 714 do STF – É *concorrente* a legitimidade do **ofendido**, mediante queixa, e do **Ministério Público**, condicionada à representação do ofendido, para a ação penal por crime contra a honra de servidor público em razão do exercício de suas funções.

Contudo, a partir do inquérito 1939, o STF passou a entender que no momento em que o ofendido oferece a representação ao MP, está renunciando ao direito de ajuizar a ação penal privada. Ou seja, para o STF, se o ofendido oferecer representação, estará preclusa a instauração de ação penal privada.

Como o MP não pode agir enquanto não oferecida a representação (pois é caso de ação penal pública condicionada), e depois de oferecida a representação, a legitimação do ofendido acaba, constata-se que a legitimação, *in casu*, é ALTERNATIVA e não concorrente.

EMENTA: I. Ação penal: crime contra a honra do servidor público, *propter officium*: legitimação concorrente do MP, mediante representação do ofendido, ou deste, mediante queixa: **se, no entanto, opta o ofendido pela representação ao MP, fica-lhe preclusa a ação penal privada: electa una via...** II. Ação penal privada subsidiária: descabimento se, oferecida a representação pelo ofendido, o MP não se mantém inerte, mas requer diligências que reputa necessárias. III. Processo penal de competência originária do STF: irrecusabilidade do pedido de arquivamento formulado pelo Procurador-Geral da República, se fundado na falta de elementos informativos para a denúncia. STF – INQ 1939 do STF

Ou seja, a partir desse julgado, a legitimação para crime contra a honra de servidor público *propter officium* deixou de ser concorrente para ser alternativa.

OBS: Nestor Távora entende que a legitimação, nos crimes contra a honra de funcionário público *propter officio*, é concorrente, não tratando da hipótese de ser alternativa ou não, com base na súmula 714 do STF<sup>11</sup>. Ele afirma que o STF entende que, se o funcionário representar e o MP, ao invés de oferta a denúncia, promover o arquivamento, o funcionário poderá ofertar a ação privada, pois a legitimidade é *concorrente* e não subsidiária.

AÇÃO PENAL: LEGITIMAÇÃO ALTERNATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DO OFENDIDO PROPTER OFFICIUM: INTERPRETAÇÃO DO ART. 145, PARAGRAFO ÚNICO, CP E DO ART 40, I, B, DA LEI DE IMPRENSA, CONFORME AO ART. 5., X, DA CONSTITUIÇÃO.

1. Se a regra geral para a tutela penal da honra e a ação privada, compreende-se, não obstante, que, para desonerar, dos seus custos e incômodos, o funcionário ofendido em razão da função, o Estado, por ele provocado, assumo a iniciativa da repressão da ofensa delituosa; o que não se compreende, porém, e que só por ser funcionário e ter sido moralmente agredido em função do exercício do cargo público - o que não ilide o dano a sua honorabilidade pessoal -, o ofendido não a possa defender pessoalmente em

<sup>9</sup> É necessário que tanto o servidor quanto o interesse público sejam envolvidos na agressão. Por isso que a agressão tem que ser em razão das funções. Se alguém chama um servidor de corno, não se trata de crime contra a honra de servidor pois não se refere às suas funções. Há necessidade de que o servido seja agredido em razão de suas funções, pois é daí que surge o interesse estatal e, assim, tanto a vítima quando o MP terão legitimidade.

<sup>10</sup> Não é todo crime contra a honra de servidor público que se coaduna com essa regra, mas apenas os crimes praticados em razão de suas funções.

<sup>11</sup> Ver data do julgado (inquérito) para saber se é só o livro de Nestor (de 2009) que está atualizado ou se esse é o pensamento dele mesmo.



juízo - como se propicia a qualquer outro cidadão -, mas tenha de submeter previamente a sua pretensão de demandar a punição do ofensor ao juízo do ministério público. 2. **Por isso, a admissão da ação penal pública quando se cuida de ofensa *propter officium*, para conformar-se à Constituição (art. 5, X), há de ser entendida como alternativa a disposição do ofendido, jamais, como privação do seu direito de queixa.** 3. Conseqüente revisão de jurisprudência mais recente do tribunal, para o restabelecimento de precedentes (v.g., APCR. 932, 12.4.24 - caso Eptácio Pessoa - rel. Geminiano da Franca; RE 57.729, 2.4.65, Hahnemann Guimaraes, RTJ 32/586), não só por seus fundamentos persistentes, mas também pelo advento do art. 5., X, da vigente Constituição da Republica. 4. Conclusão pela legitimação concorrente do MP ou do ofendido, independentemente de as ofensas, desde que *propter officium*, ou a propositura da conseqüente ação penal serem, ou não, contemporâneas ou posteriores a investidura do ofendido.

Inq 726/RJ – Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

#### 3.1.2.4. Legitimação Alternativa

A legitimidade para propositura da ação referente ao crime contra honra de servidor em razão de suas funções é alternativa porque temos o seguinte quadro:

1º) Só o ofendido tem legitimação → Como a atuação do MP depende de representação do ofendido, enquanto esta não for oferecida, o MP não está legitimado a agir;

2º) Só o MP pode oferecer a ação penal → Após oferecida a representação, há preclusão da ação penal privada, em razão da decisão do STF no inquérito 1939 (acima).

Cabe ao ofendido, portanto, escolher entre a ação privada ou o oferecimento da representação.

#### 3.1.3. INTERESSE DE AGIR

A doutrina diverge um pouco. Interesse de agir seria um trinômio composto por necessidade, adequação e utilidade:

- **Necessidade:** A necessidade, no processo penal, é PRESUMIDA, pois o direito penal não pode ser aplicado diretamente – fazer justiça com as próprias mãos é proibido (art. 345 do CP) –, uma vez que não há pena sem processo, salvo na hipótese dos juizados<sup>12</sup>.

Art. 345 - Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite:

Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.

- **Adequação:** A adequação também não é discutida no processo penal, pois não há diferentes espécies de ações penais condenatórias, mas apenas uma. No processo penal, o acusado se defende dos FATOS e não do pedido. Por isso, o pedido *sempre* poderá ser corrigido pelo juiz (o MP pode pedir a pena de morte e, mesmo assim, o juiz receber a denúncia), perdendo relevância.

Art. 383 do CPP. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em conseqüência, tenha de aplicar pena mais grave. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

Nestor Távora entende o interesse-adequação por outro viés, dizendo que ele é importante sim, pois deve ser eleito o procedimento adequado para alcançar os objetivos processuais. Assim, o *habeas corpus* não é a via cabível contra pena de multa, uma vez que não há risco de restrição à liberdade de locomoção. O meio adequado seria mandado de segurança:

<sup>12</sup> Onde, por transação penal, é possível que o indiciado aceite pena restritiva de direitos.

Súmula 693 do STF. Não cabe hábeas corpus contra decisão condenatória a pena de multa, ou relativo a processo em curso por infração penal a que a pena pecuniária seja a única cominada.

- **Utilidade:** É a análise da eficácia da atividade jurisdicional para satisfazer o interesse do autor. Se a punição não for mais possível, a ação passa a ser absolutamente inútil.

### **OBS: Prescrição Virtual, Hipotética, em Perspectiva**

Se o órgão do MP consegue visualizar antecipadamente que vai ocorrer prescrição, não haveria utilidade no oferecimento da peça acusatória. Assim, a prescrição virtual ocorre quando, antecipadamente, vislumbra-se futura prescrição.

A prescrição virtual é o reconhecimento da carência da ação (por falta de interesse-utilidade), por conta da constatação de que eventual pena que venha a ser aplicada, numa condenação hipotética, inevitavelmente será abarcada pela prescrição retroativa, tornando inútil a instauração da ação penal, ou, se for o caso, a continuação da ação já iniciada.

QUESTÃO: O cidadão, no dia 10 de março de 2006, praticou um furto simples, cuja pena é de 1 a 4 anos. Na época do delito ele tinha 19 anos de idade, sem antecedentes criminais. O inquérito foi para a delegacia e ficou lá por alguns anos, até que em 2 de junho de 2009, foi para o MP. O que o promotor de justiça deve fazer?

Olhando para frente, a pena *provável* será de 1 ano (porque a pessoa tem bons antecedentes e existe uma política de se aplicar a pena mínima nesses casos). 1 ano prescreve em 4 anos, e, como ele era melhor de 21 anos na época do crime, na prática a prescrição ocorrerá em 2 anos (tempo esse que já passou). Assim, apesar de a prescrição abstrata (que analisa a pena máxima do delito: 4 anos) ainda não ter ocorrido, o promotor pode olhar para frente e vislumbrar a prescrição virtual.

**ATENÇÃO: A prescrição virtual NÃO é admitida pelos Tribunais<sup>13</sup>, por falta de previsão legal. A súmula nº 438 do STJ tem o seguinte enunciado: "É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal".**

O órgão do MP **NÃO** deve requerer o arquivamento com base na extinção da punibilidade, em razão da prescrição, pois a prescrição virtual **não tem previsão legal** (conforme jurisprudência do STF).

Assim, deve o MP requerer o arquivamento por ausência de uma das condições da ação penal, qual seja, o interesse de agir (em sua acepção interesse-utilidade).

### **3.1.4. JUSTA CAUSA**

Em síntese, é o lastro probatório mínimo indispensável para o início do processo penal (que aponte indícios de autoria, materialidade, e alguma prova da antijuridicidade e da culpabilidade).

Exponente: **Afrânio Silva Jardim**.

Art. 395 do CPP. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

I - for manifestamente inepta;

II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou

III - **faltar justa causa** para o exercício da ação penal.

OBS: A necessidade de justa causa se justifica no fato de que o processo penal, por si só, já atenta contra o *status dignitatis* do demandado.

<sup>13</sup> Apesar de na prática todo mundo utilizar.

EX: Ano passado, foi oferecida uma queixa contra um ministro do STF. A única prova existente nos autos era o depoimento dele. Esse depoimento não seria justa causa para instauração do processo. Lembra muito do caso do Mike Tayson.

Pacelli menciona decisão do STF de que até mesmo para o fim de impedir o indiciamento no curso do inquérito policial lhe parece possível o manejo da ausência de justa causa, quando absolutamente inexistentes indícios probatórios para tal valoração. Julgado: Inq. 2041, de 2003.

### 3.2. Condições específicas

São condições necessárias em relação a alguns delitos ou algumas determinadas situações<sup>14</sup>. Alguns exemplos:

- Requisição do Ministro da Justiça – nos crimes contra a honra do Presidente ou de Chefe de Governo.
- Representação do Ofendido – nos crimes de ameaça, lesão corporal leve, lesão corporal culposa. O MP fica dependendo do implemento dessa condição para atuar nos crimes de ação penal pública condicionada à representação.
- Laudo pericial nos crimes contra a propriedade imaterial.
- Laudo de constatação do crime de drogas – Se mesmo para prender em flagrante é necessário o laudo de constatação, imagine para o oferecimento da denúncia.

Obs.: em agosto de 2012, a 6ª T do STJ entendeu diferente (informativo 501):

#### TRÁFICO. NÃO APREENSÃO DA DROGA. HC 131.455-MT

**A ausência de apreensão da droga não torna a conduta atípica se existirem outros elementos de prova aptos a comprovarem o crime de tráfico. No caso, a denúncia fundamentou-se em provas obtidas pelas investigações policiais, dentre elas a quebra de sigilo telefônico, que são meios hábeis para comprovar a materialidade do delito perante a falta da droga, não caracterizando, assim, a ausência de justa causa para a ação penal.**

**Em 2015, a 6ª T do STJ decidiu: “A materialidade delitiva para a persecução por crime de drogas pode dar-se por meios de prova diversos do laudo de constatação.” (RHC 55781, DJ 28/08/2015).**

- Qualidade de militar da ativa para a prática do crime de deserção – quando o soldado se ausenta por mais de 8 dias.
- Trânsito em julgado da sentença anulatória do casamento em relação ao crime do art. 236 do CP (induzimento a erro essencial).

Art. 236 do CP - Contrair casamento, induzindo em erro essencial o outro contraente, ou ocultando-lhe impedimento que não seja casamento anterior:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

Parágrafo único - A ação penal depende de queixa do contraente enganado e não pode ser intentada senão depois de transitar em julgado a sentença que, por motivo de erro ou impedimento, anule o casamento.

<sup>14</sup> Nestor Távora considera que são condições específicas da ação: **condições de procedibilidade** (Requisição do Ministro da Justiça e; Representação) e **condições objetivas de punibilidade** (Sentença anulatória do casamento no caso de induzimento a erro ao matrimônio; Ingresso no país, no caso de crime praticado no exterior; Declaração de procedência da acusação, pela Câmara dos Deputados, no julgamento do Presidente da República; Sentença que decreta a falência, concede a recuperação judicial ou extrajudicial, nas infrações falimentares).

- Ingresso no país de autor de crime praticado no estrangeiro (art. 7º, §§2º, “a”, “b” e 3º do CP).

Art. 7º do CP - Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro:

II - os crimes:

- a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir;
- b) praticados por brasileiro;
- c) praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados.

§ 2º - Nos casos do inciso II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições:

- a) **entrar o agente no território nacional;**
- b) ser o fato punível também no país em que foi praticado;
- c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição;
- d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena;
- e) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável.

- Declaração de procedência da acusação, pela Câmara de Deputados, no julgamento do Presidente da República:

Art. 86 da CF. Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade.

### 3.2.1. Condições de procedibilidade X Condições objetivas de punibilidade

Essas condições específicas da ação diferenciam-se entre condições da ação penal e condições objetivas de punibilidade, segundo o quadro abaixo delineado:

Condição da ação penal X Condição objetiva de punibilidade	
Condições da Ação Penal (condição de procedibilidade)	Condições Objetivas da Punibilidade
<p>1) Estão relacionadas ao direito processual penal (de acordo com a doutrina conservadora).</p> <p>2) São condições necessárias para o exercício regular do direito de ação, podendo ser de natureza genérica ou específica.</p> <p>3) Conseqüência de sua ausência:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Se o juiz percebe sua falta no momento do recebimento da denúncia → Rejeição da peça acusatória por carência da ação.</li> <li>• Depois do recebimento → o juiz pode anular o processo ou extingui-lo sem exame do mérito (aplicação subsidiária do art. 267, VI do CPC).</li> </ul> <p>A decisão só faz COISA JULGADA FORMAL<sup>15</sup>, ou seja, removido o defeito, nada impede o oferecimento de nova peça acusatória.</p>	<p>1) Estão relacionadas ao Direito Penal</p> <p>2) Essas condições situam-se entre o preceito primário e secundário da norma penal incriminadora, <i>condicionando a existência da pretensão punitiva do Estado</i>. São chamadas de condições objetivas porque independem do dolo ou da culpa do agente.<sup>16</sup></p> <p>3) Conseqüências de sua ausência:</p> <p>Sem o implemento dessa condição, sequer será possível a instauração do inquérito policial. Se verificado no curso do processo, o acusado deve ser absolvido.</p> <p>Exemplos:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Sentença declaratória de falência, nos crimes falimentares;</li> <li>• Decisão final do procedimento administrativo de lançamento nos crimes materiais contra a ordem tributária (ver obs. da Súm. Vinc. 24).</li> </ul>

<sup>15</sup> Porque está relacionada ao Direito Processual Penal.

<sup>16</sup> A punibilidade é uma conseqüência do delito, não integrando o crime. As condições objetivas de punibilidade são condições colocadas por lei para que o fato seja punível. No caso da sentença declaratória de falência, sem ela, o Estado não pode exercer sua pretensão punitiva.

	<ul style="list-style-type: none"><li>• Declaração de procedência da acusação, pela Câmara de Deputados, no julgamento do Presidente da República</li><li>• Sentença anulatória do casamento, no crime de induzimento a erro ao matrimônio.</li></ul>
--	---

Questão: O acórdão que provê recurso contra a rejeição da denúncia vale, desde logo, por seu recebimento, se não for nula a decisão de primeiro grau. *Verdade.* → súmula 709 do STF<sup>17</sup>

### **ATENÇÃO: Sentença declaratória da falência, nos crimes falimentares**

Essa sentença era considerada uma condição específica de procedibilidade (ligada à ação). Com a nova lei de falências, ela passou a ser considerada como **condição objetiva de punibilidade** (liga o tipo penal à pena).

Art. 180 da Lei 11.101. A sentença que decreta a falência, concede a recuperação judicial ou concede a recuperação extrajudicial de que trata o art. 163 desta Lei é **condição objetiva de punibilidade** das infrações penais descritas nesta Lei.

### **OBS: Condição objetiva de punibilidade de decisão final do procedimento administrativo do lançamento nos crimes materiais contra a ordem tributária → Súmula vinculante 24**

Súmula vinculante 24 do STF. Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo.

Quando usa a expressão “não se tipifica”, a súmula pode confundir, parecendo que se trata de aspecto da tipicidade (é o que interpreta LFG). A súmula também não foi feliz ao aplicar esse entendimento aos crimes do art. 1º.

Na verdade, a jurisprudência tem aplicado esse entendimento a todo o crime material contra a ordem tributária (os crimes formais não).

Para uma correta interpretação do entendimento, ver julgados:

CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (LEI Nº 8.137/90). LANÇAMENTO DEFINITIVO DO CRÉDITO (CONDIÇÃO OBJETIVA DE PUNIBILIDADE). ESFERA ADMINISTRATIVA (LEI Nº 9.430/96). ESTELIONATO (INÉPCIA FORMAL).

1. A propósito da natureza e do conteúdo da norma inscrita no art. 83 da Lei nº 9.430/96, o prevalente **entendimento é o de que a condição ali existente é condição objetiva de punibilidade.**
2. Conseqüentemente, a ação penal pressupõe haja decisão final sobre a exigência do crédito tributário correspondente.
3. Notícia não há, no caso, de decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário, o qual se torna exigível somente após o lançamento definitivo do crédito.
4. É necessário, antes, que o procedimento seja unicamente administrativo-fiscal; evitando-se, com isso, que expedientes próprios da investigação criminal sejam indevidamente usados para a definição de créditos tributários. Em boa verdade, esse não é o propósito de tais expedientes, porquanto dispõe a administração de expedientes seus para a constituição desses créditos. Depois é que virá a ação penal, contanto que se apresentem condutas ilícitas em tese, por exemplo, a omissão, a fraude, a falsificação.
5. É inepta formalmente a denúncia que não expõe, às claras, o fato criminoso – no caso, estelionato –, qual a descrição contida no art. 171 do Cód. Penal.
6. Habeas corpus concedido com extensão da ordem à co-ré. STJ HC 54248 – 25/06/2007

<sup>17</sup> Súmula 709 do STF - Salvo quando nula a decisão de primeiro grau, o acórdão que provê o recurso contra a rejeição da denúncia vale, desde logo, pelo recebimento dela.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EFEITOS INFRINGENTES. ADMISSIBILIDADE EXCEPCIONAL. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DA PARTE EMBARGADA PARA CONTRA-RAZÕES. ART. 2º, INC. I, DA LEI Nº 8.137/90. CRIME FORMAL. DESNECESSIDADE DE CONCLUSÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PARA A PERSECUÇÃO PENAL.

Visando os embargos declaratórios à modificação do provimento embargado, impõe-se, considerado o devido processo legal e a ampla defesa, a ciência da parte contrária para, querendo, apresentar contra-razões. **O tipo penal previsto no artigo 2º, inc. I, da Lei 8.137/90, é crime formal** e, portanto, independe da consumação do resultado naturalístico correspondente à auferição de vantagem ilícita em desfavor do Fisco, bastando a omissão de informações ou a prestação de declaração falsa, não demandando a efetiva percepção material do ardil aplicado. **Dispensável, por conseguinte, a conclusão de procedimento administrativo para configurar a justa causa legitimadora da persecução.** Embargos declaratórios providos. STF RHC 90532 – 23/09/2009.

### 3.2.2. Condição de procedibilidade X Condição de prosseguibilidade

Condição de procedibilidade é uma condição necessária para o início do processo. Assim, quando se fala de condição de procedibilidade, está-se referindo a um processo que ainda não teve início.

**Condição de prosseguibilidade, por sua vez, é uma condição necessária para que o processo possa prosseguir.** Assim, quando se fala em condição de prosseguibilidade, está-se referindo a um processo que está em andamento e que, para continuar, precisa que a condição de prosseguibilidade seja verificada.

A condição de prosseguibilidade pode gerar uma **crise de instância** (fazendo com que o processo fique parado). Ex: a necessidade de o agente recobrar a higidez mental nas hipóteses de insanidade superveniente, pois, enquanto isso não ocorre, o processo fica paralisado, e a prescrição corre normalmente (art. 152, caput, CPP).

Art. 152 do CPP. **Se se verificar que a doença mental sobreveio à infração o processo continuará suspenso até que o acusado se restabeleça**, observado o § 2º do art. 149.

§ 1º O juiz poderá, nesse caso, ordenar a internação do acusado em manicômio judiciário ou em outro estabelecimento adequado.

§ 2º O processo retomará o seu curso, desde que se restabeleça o acusado, ficando-lhe assegurada a faculdade de reinquirir as testemunhas que houverem prestado depoimento sem a sua presença.

### 3.2.3. A Natureza Jurídica da Representação

A representação é a manifestação do ofendido ou de seu representante legal no sentido de que tem interesse na persecução penal do fato delituoso. Até a representação da vítima, a autoridade policial sequer pode iniciar o inquérito policial.

Art 5º, § 4º do CPP. O inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá sem ela ser iniciado.

Art. 19 do CPP. Nos crimes em que não couber ação pública, os autos do inquérito serão remetidos ao juízo competente, onde aguardarão a iniciativa do ofendido ou de seu representante legal, ou serão entregues ao requerente, se o pedir, mediante traslado.

A representação tem natureza jurídica de condição de procedibilidade.

Qual a natureza jurídica da representação nos crimes de lesão corporal leve?

Os crimes de **lesão corporal leve e culposa** eram crimes de ação penal pública incondicionada. A partir de 1995, pela lei dos Juizados, eles passaram a ser crimes de **ação penal pública condicionada à representação**.

Art. 88 da lei 9099. Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, **dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas.**

Art. 91 da lei 9099. Nos casos em que esta Lei passa a exigir representação para a propositura da ação penal pública, o ofendido ou seu representante legal **será intimado para oferecê-la no prazo de trinta dias, sob pena de decadência.**

A lei dos juizados mudou a espécie da ação penal (era pública incondicionada e passou a depender de representação). Além disso, a lei **passou a exigir representação também para os processos que já estavam em andamento.** Isso repercutiu na análise da natureza jurídica da representação.

Assim, a representação passou a ter duas naturezas jurídicas diferentes, a depender de o processo estar em andamento ou não quando da edição da lei:

- **Processo ainda não iniciado** → A representação terá natureza jurídica de CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE (art. 88 da lei 9099/95).
- **Processo já em andamento à época da edição da lei** → A representação é uma CONDIÇÃO DE PROSEGUIBILIDADE (art. 91 da lei 9099/95), pois o ofendido teria que ser intimado para oferecer representação, sob pena de decadência.

#### **Importância prática do assunto, na atualidade:**

##### **Qual a espécie de ação penal no crime de estupro com violência real hoje?**

A ação penal era pública incondicionada, mas a nova lei dos crimes sexuais definiu que a regra será a **ação penal pública condicionada à representação.** Será pública incondicionada apenas se a vítima for menor de 18 anos ou vulnerável (art. 225 do CP).

Para os processos iniciados daqui para frente, a ação depende de representação (como condição de procedibilidade).

Mas cuidado: **em relação aos processos que já estavam em andamento, existe discussão sobre se haverá ou não condição de prosseguibilidade,** porque a lei dos crimes sexuais não fez essa ressalva:

1ª corrente: Para o professor Nucci, a representação passou a ser uma condição de prosseguibilidade nos processos penais em andamento pela prática de crime de estupro com violência real. Se a vítima não oferecer a representação, ocorre a decadência.

2ª corrente (prevalece): Para Rogério Sanches, ao contrário da lei dos juizados, que trouxe dispositivo expresso sobre o assunto, a lei 12015/09 silenciou a respeito do assunto. Portanto, a representação **NÃO** deve ser considerada um condição de prosseguibilidade para os processos que estavam em andamento quando da entrada em vigor da lei (de 07/08/09).

**OBS:** Quando cobram crime que depende de representação em concurso, geralmente gostam de apontar o art. 182 do CP:

Art. 182 do CP - Somente se procede mediante representação, se o crime previsto neste título é cometido em prejuízo:

I - do cônjuge desquitado ou judicialmente separado;

II - de irmão, legítimo ou ilegítimo;

III - de tio ou sobrinho, com quem o agente coabita.

Art. 183 - Não se aplica o disposto nos dois artigos anteriores:

I - se o crime é de roubo ou de extorsão, ou, em geral, quando haja emprego de grave ameaça ou violência à pessoa;

II - ao estranho que participa do crime.

III – se o crime é praticado contra pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

Um crime de furto praticado contra um tio com o qual se coabita passa a ser um caso de representação.

### 3.3. Momento de verificação das condições da ação

Se o juiz percebe antes do recebimento da inicial a falta de qualquer condição da ação, deve REJEITAR a peça acusatória.

Mas o que acontece quando se percebe a falta de uma condição da ação durante o curso do processo, após o recebimento da denúncia?

QUESTÃO (MP/MG): Na audiência, o Promotor percebe que se trata de um homônimo (falta legitimidade *ad causam*). O que deve fazer diante dessa situação?

- **1ª Corrente:** Considera que as condições da ação podem ser aferidas em **qualquer momento**, inclusive depois da instrução probatória. Entende ser possível a aplicação subsidiária do art. 267, VI do CPC, com a conseqüente extinção do processo sem julgamento do mérito. É encabeçada por **Liebman**, que afirma que as condições da ação comportam dilação probatória. Prevalece.

Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

Quando se vê que a pessoa que está no banco dos réus era, na verdade, testemunha, ou homônimo, não há necessidade de absolver o “réu”, pois isso é análise do mérito da ação e, no caso, o processo fica obstado antes dessa análise, diante da falta das condições da ação.

- **2ª Corrente:** Considera que o único momento em que se deve discutir as condições da ação é o da **admissibilidade da peça inicial**.

## 4. Princípios da ação penal

### 4.1. Princípios Gerais às ações de iniciativa pública e privada

- **PRINCÍPIO DA INÉRCIA DA JURISDIÇÃO** (*ne procedat iudex ex officio*): É comum às ações penais pública e privada. Significa que ao juiz não é dado iniciar o processo de ofício.

O contrário desse princípio é o **processo judicialiforme**, na qual o juiz dá início ao processo de ofício. Ele era previsto nas hipóteses das contravenções penais, dos crimes culposos de lesão corporal e homicídio. O processo judicialiforme não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, pois a Constituição diz expressamente que a ação penal pública é privativa do MP, ou seja, que o juiz já não pode mais dar início ao processo.

- **PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM (Double Jeopardy):** Esse é um princípio comum às duas ações penais. Significa que ninguém poderá ser processado duas vezes pela mesma imputação. Se o fato atribuído ao agente for diferente, nada impede que o agente seja processado novamente. Esse princípio está previsto na Convenção Americana de Direito Humanos.

A pessoa que foi processada como autor do crime e foi absolvido pode depois ser processado como partícipe, pois se trata de outra imputação. Não há, no caso, *double jeopardy*. → informativo do STF



E se a pessoa for processada pela Justiça incompetente pode ser processada novamente pela Justiça competente? NÃO! Porque **a coisa julgada recai sobre os fatos**. Esse argumento também é utilizado para fundamentar o re-julgamento no caso acima (pois os fatos – as condutas de autor e partícipe – seriam outros)

OBS: No caso em que a pessoa for processada por juiz incompetente, parte da doutrina entende que seria um absurdo a pessoa não ser processada novamente pelo juiz competente. Ada Pellegrini entende que decisão dada por juiz incompetente seria ato inexistente, podendo a pessoa ser julgada novamente. Prevalece, contudo, o entendimento de que **se trata de decisão eivada de nulidade** que, portanto, deve ser declarada.

Para os tribunais, decisão absolutória ou declaratória extintiva da punibilidade, mesmo que proferida com vício de incompetência absoluta, é capaz de transitar em julgado e produzir seus efeitos, dentre eles, o de impedir que a pessoa seja novamente processada perante a justiça competente em relação à mesma imputação. Isso tem acontecido muito em crimes militares (quando são julgados pelos juizados especiais). Julgado: STF HC 86606.

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PERSECUÇÃO PENAL NA JUSTIÇA MILITAR POR FATO JULGADO NO JUIZADO ESPECIAL DE PEQUENAS CAUSAS, COM TRÂNSITO EM JULGADO: IMPOSSIBILIDADE: CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ADOÇÃO DO PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM. HABEAS CORPUS CONCEDIDO. 1. **Configura constrangimento ilegal a continuidade da persecução penal militar por fato já julgado pelo Juizado Especial de Pequenas Causas**, com decisão penal definitiva. 2. **A decisão que declarou extinta a punibilidade em favor do Paciente, ainda que prolatada com suposto vício de incompetência de juízo, é susceptível de trânsito em julgado e produz efeitos**. A adoção do princípio do ne bis in idem pelo ordenamento jurídico penal complementa os direitos e as garantias individuais previstos pela Constituição da República, cuja interpretação sistemática leva à conclusão de que o direito à liberdade, com apoio em coisa julgada material, prevalece sobre o dever estatal de acusar. Precedentes. 3. Habeas corpus concedido.

Art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos - Garantias judiciais  
4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

- **PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA ou PESSOALIDADE:** Significa que a ação penal só pode ser proposta contra quem se imputa o delito (não podendo passar da pessoa do autor do delito). Em alguns países há a possibilidade da ação penal *in rem* (que acompanha a coisa, os valores, a fim de que haja o ressarcimento do Estado), mas no Brasil isso não existe.

#### 4.2. Princípios Aplicáveis às Ações Penais Públicas

- **PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE ou da LEGALIDADE PROCESSUAL:** Esse princípio é aplicado aos crimes de ação penal pública. Significa que, presentes as condições da ação e, havendo justa causa, o MP é obrigado a oferecer denúncia. O promotor não pode se valer de nenhum critério de discricionariedade (como oportunidade e conveniência). Esse princípio se aplica antes do início do processo. A fonte desse princípio está no CPP:

Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta **será** promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

Nos EUA, é muito comum haver aplicação da jurisdição consensual, mas no Brasil não temos esse costume, exceto em relação à delação premiada, que tem sido muito utilizada no âmbito do MPF. O princípio da obrigatoriedade dá surgimento ao:

- **PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE MITIGADA/REGRADA ou DA DISCRICIONARIEDADE REGRADA:** Fixa exceções ao princípio da obrigatoriedade (hipóteses em que o MP, mesmo havendo indícios, não é obrigado a oferecer a ação penal):

**a. Transação penal** – É aplicada no caso de crimes da Lei dos Juizados Especiais. Caso a pessoa cumpra o acordo, o MP não poderá mais oferecer a denúncia<sup>18</sup>.

Pacelli pontua que não se trata, *in casu*, de mitigação da obrigatoriedade, pois o MP deixou de ser obrigado a propor a ação penal pública, no caso de infrações penais de menor potencial ofensivo, e passou a ser obrigado a propor, inicialmente, a transação penal.

Há decisão do STF no sentido de que se o MP não propor a transação penal, cabe a aplicação subsidiária do art. 28 do CPP (MPE) e do art. 62 (MPF). Julgado: HC 75343-4/MG<sup>19</sup>

TRANSAÇÃO PENAL. CUMPRIMENTO. PENA. Informativo 387 STF – março de 2009

1. A proposta de transação é ato privativo do MP. Se o Promotor se negar a oferecê-la, o juiz pode invocar o art. 28 do CPP e remeter os autos ao PGJ, mas não pode decretar a transação de ofício. 2. É possível o oferecimento de transação, após a denúncia, se ocorrer a desclassificação do delito quando da prolação da sentença.

AÇÃO PENAL. Juizados Especiais Criminais. Transação penal. Art. 76 da Lei nº 9.099/95. Condições não cumpridas. Propositura de ação penal. Possibilidade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário improvido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC.

**Não fere os preceitos constitucionais a propositura de ação penal em decorrência do não cumprimento das condições estabelecidas em transação penal.** Informativo STF 576 – 22/02/2010.

**b. Acordo de Leniência** – Acordo de leniência, também conhecido com acordo de *brandura* ou de *doçura*, trata-se de espécie de **colaboração premiada nos crimes contra a ordem econômico-financeira**:

Lei 12.850. Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

§ 1º Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.

§ 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

§ 3º O prazo para oferecimento de denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional.

<sup>18</sup> A transação não importa em reconhecimento da culpa, nem em reincidência, distinguindo-se da transação norte-americana, onde a transação pressupõe a assunção de culpa pelo transacionado (*plea bargaining*).

<sup>19</sup> Não consegui encontrar esse julgado.

§ 4o Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador:

I - não for o líder da organização criminosa;

II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

§ 5o Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

§ 6o O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

- c. **Termo de Ajustamento de Conduta nos crimes ambientais** – Enquanto a empresa estiver cumprindo o termo, o MP não poderá oferecer denúncia. A celebração desse termo não impede o oferecimento de denúncia na hipótese de reiteração da atividade ilícita.

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME AMBIENTAL. HABEAS CORPUS PARA TUTELAR PESSOA JURÍDICA ACUSADA EM AÇÃO PENAL. ADMISSIBILIDADE. INÉPCIA DA DENÚNCIA: INOCORRÊNCIA. DENÚNCIA QUE RELATOU a SUPOSTA AÇÃO CRIMINOSA DOS AGENTES, EM VÍNCULO DIRETO COM A PESSOA JURÍDICA CO-ACUSADA. CARACTERÍSTICA INTERESTADUAL DO RIO POLUÍDO QUE NÃO AFASTA DE TODO A COMPETÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA E BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. EXCEPCIONALIDADE DA ORDEM DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ORDEM DENEGADA. [...] II - Writ que deve ser havido como instrumento hábil para proteger pessoa jurídica contra ilegalidades ou abuso de poder quando figurar como co-ré em ação penal que apura a prática de delitos ambientais, para os quais é cominada pena privativa de liberdade. III - Em crimes societários, a denúncia deve pormenorizar a ação dos denunciados no quanto possível. Não impede a ampla defesa, entretanto, quando se evidencia o vínculo dos denunciados com a ação da empresa denunciada. IV - Ministério Público Estadual que também é competente para desencadear ação penal por crime ambiental, mesmo no caso de curso d'água transfronteiriços. V - **Em crimes ambientais, o cumprimento do Termo de Ajustamento de Conduta, com conseqüente extinção de punibilidade, não pode servir de salvo-conduto para que o agente volte a poluir.** VI - O trancamento de ação penal, por via de habeas corpus, é medida excepcional, que somente pode ser concretizada quando o fato narrado evidentemente não constituir crime, estiver extinta a punibilidade, for manifesta a ilegitimidade de parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal. VII - Ordem denegada. – STF HC 92921 (19/08/2008)

- d. **Parcelamento do débito tributário** – Os crimes contra a ordem tributária têm um tratamento muito benigno. Fica extinta a punibilidade do agente que efetua o pagamento do débito tributário e, durante o parcelamento, fica suspensa. Se a denúncia ainda não foi oferecida, o MP não poderá fazê-lo:

Art. 151 do CTN. **Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:**

I - moratória;

II - o depósito do seu montante integral;

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

V – a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial; (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

VI – o **parcelamento**. (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

Parágrafo único. O disposto neste artigo não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela conseqüentes.

OBS: Nestor Távora afirma ser pacífico no STJ que o parcelamento do crédito tributário, antes da data do recebimento da denúncia, extingue a punibilidade, por força do disposto no art. 34 da Lei 9.249/95, sendo desnecessário o pagamento integral da dívida. O Superior Tribunal de Justiça esclarece que a expressão “promover o

pagamento”, do referido artigo deve ser interpretada como manifestação concreta no sentido de pagar o tributo devido. E completa asseverando que a transação proposta pelo contribuinte aceita pelo Fisco, ainda que de forma parcelada, renova a dívida e, por consecutivo, retira a justa causa para a ação penal.

Em 2011, foi publicada a Lei nº 12.382/2011. Por ela, se o parcelamento não for efetuado antes do recebimento da denúncia do Ministério Público pelo juiz (quando o magistrado diz se aceita ou não a abertura da ação penal), o processo criminal passa a correr normalmente, ao contrário do que acontecia anteriormente.

A Lei nº 10.684/2003 estabelecia que, se o tributo devido fosse pago, em qualquer fase do processo, o contribuinte se livrava da punição. A Lei nº 12.382 revoga tacitamente a previsão da antiga norma.

A nova legislação aumenta a possibilidade de o Ministério Público promover ações penais. Essa é a interpretação do procurador da República, Uendel Domingues Ugatti, do Ministério Público do Estado de São Paulo. "Porque cria um marco temporal (denúncia) que limita a possibilidade de suspender o poder punitivo do Estado", afirmou à reportagem do impresso.

A nova lei só será aplicável em relação a dívidas fiscais constituídas a partir do início da sua vigência, ou seja, 1º de março. Confira-se:

LEI Nº 12.382, DE 25 DE FEVEREIRO DE 2011.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º (...)

Art. 6º O art. 83 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996, passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 1o a 5o, renumerando-se o atual parágrafo único para § 6o:

"Art. 83. ....

**§ 2º É suspensa a pretensão punitiva do Estado referente aos crimes previstos no caput, durante o período em que a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no parcelamento, desde que o pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia criminal.**

§ 3º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 4º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no caput quando a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento.

§ 5º O disposto nos §§ 1o a 4o não se aplica nas hipóteses de vedação legal de parcelamento.

Pela literalidade da lei, somente a celebração do parcelamento efetuada antes do recebimento da denúncia, é que terá o condão de suspender a pretensão punitiva do Estado. Já o **pagamento do débito**, segundo o STF, desde que integralmente realizado, a qualquer tempo, fará operar a extinção da punibilidade do agente.

- **PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE** – Significa que, uma vez proposta a ação, o MP não pode desistir da ação penal pública e nem do recurso que houver interposto<sup>20</sup>. Esse princípio acaba sendo um desdobramento do princípio da obrigatoriedade.

<sup>20</sup> **IMPORTANTE:** o MP não é obrigado a recorrer, mas se já houver recorrido, não pode desistir do recurso, em razão do princípio da indisponibilidade.

Art. 42 do CPP. O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.

Art. 576 do CPP. O Ministério Público não poderá desistir de recurso que haja interposto.

OBS: Na atuação de fiscal da lei, apesar de não poder dispor da ação, o MP pode pleitear a absolvição do réu, impetrar *habeas corpus* em seu favor e, até, recorrer para beneficiá-lo.

**Exceção ao princípio da indisponibilidade ➔ Suspensão condicional do processo.** Ela está na lei dos juizados. É cabível em qualquer crime, desde que tenha uma pena *mínima* igual ou inferior a 1 ano (e estejam presentes os demais requisitos da *sursis*), e não somente àqueles processados perante os juizados<sup>21</sup>.

Art. 89 da lei 9099/90. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

OBS: A suspensão condicional do processo cabe em relação a qualquer delito, abrangido ou não pela lei, desde que tenha a pena mínima de 1 ano (ex: furto).

**Cabe suspensão em relação ao delito do art. 5º da lei 8137/90?**

Essa norma prevê a venda casada, tendo pena mínima de 2 a 5 anos ou multa.

Em uma primeira vista, pareceria que não cabe a suspensão condicional, porque o crime tem pena mínima de mais de 1 ano. Mas, ATENÇÃO: O STF entende que, quando há a possibilidade de haver a pena de multa de forma alternativa (essa é a pegadinha), seria um contra-senso que não se possibilitasse a suspensão. **Para o STF, mesmo que a pena mínima cominada**

<sup>21</sup> Passado o período de prova (de 2 a 4 anos), a punibilidade é extinta (art. 89, §5º da lei 9099/95).

Art. 89 da lei 9099. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de freqüentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§ 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

§ 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.

§ 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.

§ 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará **extinta a punibilidade**.

§ 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.

§ 7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos.

**seja superior a 1 ano, será cabível a suspensão condicional do processo quando a pena de multa estiver cominada de maneira alternativa (“ou”).**

Resumindo: Caberá suspensão condicional sempre que o crime tiver **pena mínima de até 1 ano** ou quando houver **pena de multa cominada de forma alternativa**.

- **PRINCÍPIO DA DIVISIBILIDADE** – O MP pode denunciar alguns co-réus sem prejuízo do prosseguimento das investigações em relação aos demais. Esse é o entendimento do STF e da maioria da jurisprudência (caso do Mensalão).

O STF afirma que se as investigações estão continuando é porque não há provas acerca dos demais co-réus (e aí não haveria com denunciá-los, para se falar em indivisibilidade).

Há uma forte divergência na doutrina, pois alguns autores dizem que, na ação penal pública vige o princípio da divisibilidade, enquanto que a segunda corrente diz que na ação penal pública se aplica o princípio da indivisibilidade.

Capez e Luiz Flávio Gomes sustentam que, havendo elementos de informação (justa causa), o MP é obrigado a denunciar todos os investigados, razão porque vigeria o princípio da indivisibilidade. Embora razoável o argumento, mas **o STF entende que vige o princípio da divisibilidade**.

Para o STF vige o princípio da DIVISIBILIDADE na ação penal pública.

- **PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE** – define que a persecução penal em juízo está a cargo de um órgão oficial (o Ministério Público).
- **PRINCÍPIO DA AUTORITARIEDADE** – porque o membro do MP é autoridade pública.
- **PRINCÍPIO DA OFICIOSIDADE** – porque a ação penal pública não depende de condição para ser instaurada, atuando o MP de ofício.

#### 4.3. Princípios aplicáveis às ações de iniciativa privada

- **PRINCÍPIO DA OPORTUNIDADE OU DA CONVENIÊNCIA:** É aplicado aos crimes de ação penal privada. Significa que, mediante critérios de oportunidade ou conveniência, o ofendido ou seu representante legal pode optar pelo oferecimento ou não da queixa-crime. Esse princípio se aplica antes do início do processo.

Deixa-se de exercer o direito de queixa em três hipóteses:

- Renúncia ao direito de queixa** – Ela pode ser expressa ou tácita (ex: quando convida para ser padrinho de casamento). A renúncia expressa deve ser escrita e; a tácita admite todos os meios de prova da prática do ato incompatível com a vontade de processar o infrator. A renúncia é UNILATERAL (não precisa de aceitação), PRÉ-PROCESSUAL (ela ocorre antes do início do processo, quando se abre mão do direito de queixa) e IRRETRATÁVEL, gerando a **extinção da punibilidade do agente**.

Art. 107 do CP - Extingue-se a punibilidade:

V - pela **renúncia** do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;

**ATENÇÃO:** A aceitação de composição civil somente importa em renúncia tácita nos casos de crimes de menor potencial ofensivo (art. 74 da lei 9099/95).

Se a renúncia for exercida em benefício de parcela dos infratores, estende-se a todos, porque a ação penal privada é indivisível (ela é indivisível porque o direito penal é a *ultima ratio* e fragmentário – se a vítima renuncia o direito de punir um dos agentes, está demonstrando que o fato não é excessivamente grave, a ponto de demandar a atuação do Estado).

Art. 49 do CPP. A renúncia ao exercício do direito de queixa, em relação a um dos autores do crime, a todos se estenderá.

- b. Decadência (pelo decurso do prazo decadencial de 6 meses)** – o prazo decadencial (não é prorrogável nem pode ser suspenso) de que dispõe a vítima é contado, em regra, desde o conhecimento da autoria da infração (art. 38 do CPP), na forma do art. 10 do CP. Decaindo o direito, extingue-se a punibilidade (art. 107, IV do CP).

Art. 38 do CPP. Salvo disposição em contrário, o ofendido, ou seu representante legal, **decairá no direito de queixa ou de representação, se não o exercer dentro do prazo de seis meses**, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do art. 29 (*ação penal subsidiária*), do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia.

Parágrafo único. Verificar-se-á a decadência do direito de queixa ou representação, dentro do mesmo prazo, nos casos dos arts. 24, parágrafo único, e 31.

Art. 107 do CP - Extingue-se a punibilidade:

IV - pela prescrição, **decadência** ou preempção;

OBS: A pendência de inquérito policial inconcluso não possibilita a dilação do prazo da para vítima ofertar sua ação (restando ao querelante a possibilidade de propor a demanda sem o inquérito, requerendo que os autos sejam apensados ao processo, assim, que concluído).

- **PRINCÍPIO DA DISPONIBILIDADE** – É aplicado aos crimes de ação penal privada. Esse princípio é um desdobramento do princípio da oportunidade ou da conveniência. Esse princípio é aplicado durante o processo (e não apenas antes do processo), podendo-se dispor a ação penal privada até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (porque o direito de punir pertence ao Estado).

#### **Formas de disposição da ação penal privada pelo querelante:**

- a. Perdão do Ofendido** – O perdão poderá ser expresso (dentro ou fora do processo, mediante declaração escrita) ou tácito (admitindo todos os meios de prova). Ele é **BILATEAL**, pois **depende de aceitação**, que poderá ser tácita (se, intimado para aceitar, o réu não se manifestar em 3 dias).

Havendo mais de um réu, o perdão ofertado a um aproveita aos demais (porque a ação penal privada é indivisível).

OBS: É diferente da renúncia, primeiro porque o perdão é apenas durante o processo, enquanto a renúncia é antes; segundo, porque o perdão depende de aceitação do réu e a renúncia não.

Art. 105 do CP - O perdão do ofendido, nos crimes em que somente se procede mediante queixa, obsta ao prosseguimento da ação.

Art. 106 do CP - O perdão, no processo ou fora dele, expresso ou tácito:

I - se concedido a qualquer dos querelados, a todos aproveita;

II - se concedido por um dos ofendidos, não prejudica o direito dos outros;

III - se o querelado o recusa, não produz efeito.

§ 1º - Perdão tácito é o que resulta da prática de ato incompatível com a vontade de prosseguir na ação.

§ 2º - **Não é admissível o perdão depois que passa em julgado a sentença condenatória.**

Art. 107 do CP - Extingue-se a punibilidade:

V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo **perdão aceito**, nos crimes de ação privada;

**b. Perempção** – É a perda do direito de prosseguir no exercício da ação penal exclusivamente privada ou personalíssima, com a conseqüente extinção da punibilidade, em razão da desídia/inércia do querelante. É uma sanção ao querelante preguiçoso (que deixa de promover o andamento do processo).

Art. 107 do CP - Extingue-se a punibilidade:

IV - pela prescrição, decadência ou **perempção**;

Art. 60 do CPP. Nos casos em que somente se procede mediante queixa, considerar-se-á perempta a ação penal:

I - quando, iniciada esta, o querelante deixar de promover o andamento do processo **durante 30 dias** seguidos;

II - quando, **falecendo** o querelante, ou sobrevivendo sua **incapacidade**, não comparecer em juízo, para prosseguir no processo, dentro do prazo de **60 (sessenta) dias**, qualquer das pessoas a quem couber fazê-lo, ressalvado o disposto no art. 36;

III - quando o querelante deixar de comparecer, **sem motivo justificado**, a qualquer ato do processo a que deva estar presente, ou **deixar de formular o pedido** de condenação nas alegações finais;

IV - quando, sendo o querelante pessoa jurídica, esta se extinguir sem deixar sucessor.

Não ocorre perempção quando o atraso do querelante for justificado.

No caso do inciso I, se ocorrerem diversas paralisações (nenhuma atingindo os 30 dias), **é incabível seu somatório** para reconhecimento da perempção.

No caso de deixar de formular o pedido de condenação nas alegações finais, o juiz não deve reconhecer a perempção se a intenção de ver condenado o réu puder ser extraída das alegações finais.

Havendo concurso de infrações, pode ocorrer perempção em face de apenas algumas delas. Já quanto à existência de vários querelante, a perempção em razão de parte deles não prejudica os demais.

**c. Desistência do Processo em crimes de ação penal privada contra a honra** – A desistência é BILATERAL, pois depende da aceitação da parte contrária.

- **PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE** – É aplicado aos crimes de ação penal privada. Significa que o processo de um obriga ao processo de todos. Na ação penal privada, ou a vítima processa todos os co-autores do delito, ou não pode processar ninguém.

Art. 48 do CPP. A queixa contra qualquer dos autores do crime obrigará ao processo de todos, e o Ministério Público velará pela sua indivisibilidade.

O que acontece se a vítima conceder a renúncia a um dos co-autores? **A renúncia concedida a um dos co-autores estende aos demais.**

E o perdão concedido a um dos querelados? **O perdão concedido a um dos querelados estende-se aos demais, porém desde que haja aceitação** (pois pode ser que um dos querelados não queira ser perdoado, preferindo esperar absolvição).

**O MP será fiscal** do princípio da indivisibilidade na ação penal privada.



**Como o MP fiscaliza o princípio da indivisibilidade?**

Como fiscal do princípio da indivisibilidade, **o MP NÃO pode aditar a queixa-crime** para incluir co-autores, pois não tem legitimidade *ad causam* para tanto (já que o legitimado para a ação é o ofendido)<sup>22</sup>.

Como fiscal do princípio da indivisibilidade, **o MP deve pedir a intimação do querelante para que faça a adição da queixa**, sob pena de a renúncia concedida a um dos co-autores se estender aos demais (gerando a extinção da punibilidade).

Princípios da Ação Penal Privada	Princípios da Ação Penal Pública
	1) Princípio da Inércia da Jurisdição. 2) Princípio do <i>Ne Bis In Idem</i> . 3) Princípio da Intranscendência/Pessoalidade.
4) Princípio da Oportunidade/Conveniência 5) Princípio da Disponibilidade 6) Princípio da Indivisibilidade	4) Princípio da Obrigatoriedade/Legalidade Processual. 5) Princípio da Indisponibilidade 6) Princípio da Divisibilidade – STF (com divergência) 7) Princípio da Oficialidade 8) Princípio da Autoritariedade 9) Princípio da Oficiosidade

Ação penal pública	Ação penal privada
<b>1. <i>Ne procedat iudex ex officio</i>:</b> Com a adoção do sistema acusatório, ao juiz não é dado iniciar o processo.	<i>Idem</i>
<b>2. <i>Ne bis in idem</i>:</b> Ninguém pode ser processado duas vezes pela mesma imputação <b>Obs.:</b> decisão <b>absolutória</b> ou que declara extinta a punibilidade, mesmo que proferida com vício de incompetência, é capaz de transitar em julgado e produzir seus efeitos, impedindo nova acusação pelo mesmo fato delituoso. A Convenção Americana de Direitos Humanos não permite a revisão criminal em favor da sociedade. Cf. STF. HC 86606 <sup>23</sup> ; HC 92912 <sup>24</sup>	<i>Idem</i>

<sup>22</sup> Tourinho Filho diz ser possível o aditamento, pelo MP, lançando co-réu. Nestor Távora aponta que, em que pese possa o MP aditar a ação penal privada (em 3 dias, segundo o art. 45 do CPP), isso não lhe dá direito de inserir outros réus na demanda. O aditamento do MP se restringe a correções de ordem formal porque será o ofendido que terá que arcar com as conseqüências da demanda (ex: imputação de crime de denunciação caluniosa).

Art. 46, § 2º do CPP. O prazo para o aditamento da queixa será de 3 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.

<sup>23</sup> “Configura constrangimento ilegal a continuidade da persecução penal militar por fato já julgado pelo Juizado Especial de Pequenas Causas, com decisão penal definitiva. 2. A decisão que declarou extinta a punibilidade em favor do Paciente, ainda que prolatada com suposto vício de incompetência de juízo, é susceptível de trânsito em julgado e produz efeitos. A adoção do princípio do *ne bis in idem* pelo ordenamento jurídico penal complementa os direitos e as garantias individuais previstos pela Constituição da República, cuja interpretação sistemática leva à conclusão de que o direito à liberdade, com apoio em coisa julgada material, prevalece sobre o dever estatal de acusar. Precedentes.”.

<p><b>3. Princípio da intranscendência:</b></p> <p>A ação penal só pode ser proposta contra o suposto autor do delito.</p>	<p><i>Idem</i></p>
<p><b>4. Princípio da oficialidade</b></p> <p>Consiste na <i>atribuição aos órgãos do Estado legitimados para a persecução penal</i>.</p> <p>Desse princípio, extraem-se mais 2:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ <b>Autoritariedade</b> → Diz respeito ao exercício das funções persecutórias por autoridades estatais.</li> <li>▪ <b>Oficiosidade</b> → Trata-se do dever de procedimento <i>ex officio</i></li> </ul>	<p>Não é aplicável, pois a acusação é feita pelo particular.</p>
<p><b>5. Princípio da obrigatoriedade ou da legalidade processual:</b></p> <p>Não se reserva ao MP qualquer juízo de discricionariedade, devendo oferecer denúncia quando presentes as condições da ação e elementos informativos quanto à autoria e materialidade.</p> <p><b>Esse princípio comporta exceções (princípio da discricionariedade/opportunidade regrada):</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a) <b>Transação penal</b> (art. 76, L. 9.099/95);</li> <li>b) <b>Acordo de leniência (acordo de brandura ou doçura)</b> → Trata-se de <i>espécie de colaboração premiada</i>, prevista da Lei Antitruste.</li> <li>c) <b>Termo de ajustamento de conduta nos crimes ambientais;</b></li> <li>d) <b>Parcelamento do débito tributário</b></li> </ul>	<p><b>Princípio da oportunidade ou conveniência</b></p> <p>Mediante critérios de oportunidade, o <i>ofendido ou seu representante legal podem optar pelo oferecimento ou não da queixa-crime</i>.</p> <p>O ofendido <b>abre mão</b> do seu direito de queixa mediante as seguintes possibilidades:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a) <b>Decurso do prazo decadencial (6 meses);</b></li> <li>b) <b>Renúncia ao direito de queixa;</b></li> <li>c) <b>O arquivamento do inquérito policial (citado por alguns autores);</b></li> </ul> <p><b>Obs.:</b> segundo NUCCI, na ação penal pública condicionada, aplicam-se dois princípios em seqüência.</p>
<p><b>6. Princípio da indisponibilidade:</b></p> <p>Acaba sendo um desdobramento da obrigatoriedade. Duas regras são extraídas:</p> <p><b>(a) O MP não pode desistir da ação penal pública e (b) nem do recurso que haja interposto (art. 42<sup>25</sup>, CPP e 576<sup>26</sup>).</b></p> <p>Exceção: <b>suspensão condicional do processo,</b></p>	<p><b>Princípio da disponibilidade</b></p> <p>O querelante pode dispor da ação penal privada dos seguintes modos:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a) Perdão</li> <li>b) Desistência</li> <li>c) Perempção</li> </ul>

<sup>24</sup> “Eventual reconhecimento da coisa julgada ou da extinção da punibilidade do crime de abuso de autoridade na Justiça comum não teria o condão de impedir o processamento do Paciente na Justiça Castrense pelos crimes de lesão corporal leve e violação de domicílio. 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que, por não estar inserido no Código Penal Militar, o crime de abuso de autoridade seria da competência da Justiça comum, e os crimes de lesão corporal e de violação de domicílio, por estarem estabelecidos nos arts. 209 e 226 do Código Penal Militar, seriam da competência da Justiça Castrense. Precedentes. 3. Ausência da plausibilidade jurídica dos fundamentos apresentados na inicial. 4. Habeas corpus indeferido”.

<sup>25</sup> Art. 42 - O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.

<sup>26</sup> Art. 576 - O Ministério Público não poderá desistir de recurso que haja interposto.

<p>prevista no art. 89 da Lei 9.099/95<sup>27</sup> (pena mínima igual ou inferior a 1 ano).</p> <p>Atenção: para o STF, mesmo que a pena mínima cominada seja superior a 1 ano, <b>será cabível a suspensão condicional do processo quando a pena de multa estiver cominada alternativamente. Ex.: art. 5º, Lei 8.137/90<sup>28</sup>.</b></p>	
<p><b>7. Princípio da divisibilidade</b></p> <p>Neste ponto, há duas correntes.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Uma <b>primeira corrente</b> entende que, na ação penal pública, vige o princípio da <b>DIVISIBILIDADE</b>. Essa corrente <b>prevalece na jurisprudência</b>.</li> </ul> <p>Assim, o MP pode oferecer denúncia contra alguns dos co-autores, sem prejuízo do aprofundamento das investigações com relação aos demais. (Corrente que deve ser sustentada em concursos.).</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Uma <b>segunda corrente</b> (CAPEZ, LFG) entende que também vige a indivisibilidade na ação penal pública. Havendo elementos de informação, o MP é obrigado a denunciar todos os suspeitos.</li> </ul>	<p><b>Princípio da indivisibilidade</b></p> <p>O processo de um obriga ao processo de todos (art. 48, CPP).</p> <p>Art. 48 – “A queixa contra qualquer dos autores do crime obrigará ao processo de todos, e o Ministério Público velará pela sua indivisibilidade”.</p> <p><b>Atenção: o que o MP pode fazer, fiscalizando o princípio da indivisibilidade?</b></p> <p>R: Como fiscal desse princípio, <b>o MP não pode aditar a queixa para incluir co-autores</b>, pois não tem legitimidade para tanto. Deve, portanto, <b>pedir a intimação do querelante</b>, para que adite a queixa, sob pena de <b>a renúncia concedida a um dos co-autores estender-se aos demais</b>.</p>

## 5. Classificação das ações penais

A principal classificação é quanto ao titular da ação penal. Nesse aspecto, a ação penal pode ser de iniciativa pública ou de iniciativa privada.

### 5.1. Ação Penal Pública

O MP é o titular da ação penal pública (129, I da CF) e a peça acusatória é a denúncia.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

<sup>27</sup> Art. 89. Nos crimes em que a **pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano**, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

<sup>28</sup> Art. 5º Constitui crime da mesma natureza:

I - exigir exclusividade de propaganda, transmissão ou difusão de publicidade, em detrimento de concorrência;

II - subordinar a venda de bem ou a utilização de serviço à aquisição de outro bem, ou ao uso de determinado serviço;

III - sujeitar a venda de bem ou a utilização de serviço à aquisição de quantidade arbitrariamente determinada;

IV - recusar-se, sem justa causa, o diretor, administrador, ou gerente de empresa a prestar à autoridade competente ou prestá-la de modo inexato, informando sobre o custo de produção ou preço de venda.

Pena - detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.

Espécies de ação penal pública:

### 5.1.1. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA

O MP não depende do implemento de condição específica. A regra no Código Penal é que a ação penal seja pública incondicionada. Assim, quando a lei não disser nada, é porque se procede por ação penal pública incondicionada.

Art. 100 do CP - **A ação penal é pública**, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.

A ação penal no crime complexo

Art. 101 - Quando a lei considera como elemento ou circunstâncias do tipo legal fatos que, por si mesmos, constituem crimes, cabe ação pública em relação àquele, desde que, em relação a qualquer destes, se deva proceder por iniciativa do Ministério Público.

Nestor Távora lembra que a definição do MP como titular da ação penal extinguiu o processo judicialiforme (iniciado pelo delegado ou pelo magistrado: ação penal *ex officio*).

Vale lembrar a regra do art. 24, §3º do CPP, segundo o qual qualquer que seja o crime, quando praticado em detrimento ou interesse da União, Estado ou Município, a ação penal será pública.

§ 2º Seja qual for o crime, quando praticado em detrimento do patrimônio ou interesse da União, Estado e Município, a ação penal será pública.

### 5.1.2. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA

Também é titularizada pelo MP (pois também é pública) mas, como o nome sugere, ele depende do implemento de uma condição. Exemplos de condições específicas: representação da vítima, requisição do Ministro da Justiça etc.

Art. 100, § 1º do CP - **A ação pública é promovida pelo Ministério Público**, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça.

EXEMPLO: O estupro é um crime de ação penal pública condicionada à representação da vítima (era crime de ação penal privada).

## I. Representação do ofendido

### a) Conceito

Representação é a manifestação do ofendido ou de seu representante legal no sentido de que possui interesse na persecução penal do fato delituoso.

Representação é uma *condição de procedibilidade* (condição específica da ação penal) para instauração da persecução penal. É um pedido autorizador feito pela vítima ou por seu representante<sup>29</sup>.

A ação penal pública é regida pelo princípio da obrigatoriedade, mas em relação à representação vige o PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE DA VÍTIMA, ou seja, ela não é obrigada a representar.

### b) Natureza Jurídica

---

<sup>29</sup> Nem mesmo o auto de prisão em flagrante poderá ser lavrado sem que a vítima autorize.

Em regra, a representação funciona como uma **CONDIÇÃO ESPECÍFICA DE PROCEDIBILIDADE** (pois vai se dar em relação aos processos que ainda não tenham tido início).

Se a lei assim o prever, a representação irá funcionar como uma **CONDIÇÃO DE PROSEGUIBILIDADE** nos processos em andamento (no caso, por exemplo, da lei dos juizados, quando diz que para os processos em andamento é necessário representação). Se a lei não prever a necessidade de representação para os processos em andamento, a doutrina se divide sobre sua necessidade ou não.

### c) Direcionamento

De acordo com o art. 39 do CPP, a representação é dirigida ao delegado, ao juiz ou ao MP:

Art. 39. O direito de representação poderá ser exercido, pessoalmente ou por procurador com poderes especiais, mediante declaração, escrita ou oral, feita ao **juiz**, ao órgão do **Ministério Público**, ou à **autoridade policial**.

§ 1º A representação feita oralmente ou por escrito, sem assinatura devidamente autenticada do ofendido, de seu representante legal ou procurador, será reduzida a termo, perante o juiz ou autoridade policial, presente o órgão do Ministério Público, quando a este houver sido dirigida.

§ 2º A representação conterá todas as informações que possam servir à apuração do fato e da autoria.

§ 3º Oferecida ou reduzida a termo a representação, a autoridade policial procederá a inquérito, ou, não sendo competente, remetê-lo-á à autoridade que o for.

§ 4º A representação, quando feita ao juiz ou perante este reduzida a termo, será remetida à autoridade policial para que esta proceda a inquérito.

§ 5º O **órgão do Ministério Público dispensará o inquérito**, se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal, e, neste caso, oferecerá a denúncia no prazo de quinze dias.

### d) Representação como ato informal

A representação é **ATO INFORMAL**. Para os tribunais, não há necessidade de formalismo quanto à representação.

Assim, uma pessoa que se submete a exame de corpo de delito já está demonstrando a intenção de que o agente seja processado. Já há, inclusive, entendimento no sentido de que o mero BO também demonstra interesse na persecução penal, já configurando uma representação.

### e) Prazo

O prazo decadencial para oferecimento da representação (ação pública condicionada) é o mesmo da queixa-crime (ação de iniciativa privada): **6 meses**.

Art. 38 do CPP. Salvo disposição em contrário, o ofendido, ou seu representante legal, **decairá no direito de queixa ou de representação, se não o exercer dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime**, ou, no caso do art. 29, do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia.

Parágrafo único. Verificar-se-á a decadência do direito de queixa ou representação, dentro do mesmo prazo, nos casos dos arts. 24, parágrafo único, e 31.

Esse prazo de 6 meses, em regra, **é contado a partir do momento em que se souber quem é o autor do delito**<sup>30</sup>.

<sup>30</sup> Na prática, as vezes é difícil comprovar a partir de qual momento a vítima conhecia a autoria.

A exceção prevista no art. 38 (“salvo disposição em contrário”) refere-se aos crimes que prevêem que esse prazo decadencial tem termo inicial diverso:

- No crime do art. 236 do CP – Esse prazo de 6 meses começa a correr após o trânsito em julgado da decisão que anulou o casamento.

Art. 236 - Contrair casamento, induzindo em erro essencial o outro contraente, ou ocultando-lhe impedimento que não seja casamento anterior:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

Parágrafo único - A ação penal depende de queixa do contraente enganado (*ação penal personalíssima*) e não pode ser intentada senão **depois de transitar em julgado a sentença** que, por motivo de erro ou impedimento, anule o casamento.

- Na lei de imprensa – O prazo para oferecer representação e queixa é de 3 meses.

ATENÇÃO: Lembrar a ADPF 130, julgada procedente para declarar como não-recepcionada a lei de imprensa.

Como é realizada a contagem do prazo para representação e oferecimento da queixa crime? Trata-se de prazo penal ou processual?

**Trata-se de PRAZO PENAL porque repercute no *jus puniendi*** (já que a decadência é causa extintiva da punibilidade), aplicando-se, portanto, o art. 10 do CP: o dia do início é levado em consideração.

Art. 10 do CP - O **dia do começo inclui-se no cômputo do prazo**. Contam-se os dias, os meses e os anos pelo calendário comum.

QUESTÃO: Que horas a pessoa deve se apresentar para ser preso temporariamente (que dura 5 dias)? Deve se apresentar por volta das 23:00h do primeiro dia, pois sendo um caso de prazo penal, o dia do início já é levado em consideração.

Se a pessoa tomou conhecimento do autor da infração no dia 24/02, terá até 23/08 (6 meses depois, incluindo o dia do início) para oferecimento da representação ou da queixa-crime.

A Lei 9.099/95 (Juizados Especiais) estabelece que a representação será apresentada oralmente na audiência preliminar, uma vez frustrada a composição civil de danos (art. 75), contanto que esteja dentro do prazo. Por isso a autoridade policial deve colher a representação quando da elaboração do termo circunstanciado (TCO), evitando-se a frustração da representação pelo decurso do tempo.

Art. 75 da lei 9099. Não obtida a composição dos danos civis, será dada imediatamente ao ofendido a oportunidade de exercer o direito de representação verbal, que será reduzida a termo.

Parágrafo único. O não oferecimento da representação na audiência preliminar não implica decadência do direito, que poderá ser exercido no prazo previsto em lei.

## f) Legitimidade

A legitimidade para o oferecimento da representação e para o oferecimento da queixa-crime será do ofendido ou seu representante legal.

Representante legal é qualquer pessoa que de alguma forma seja responsável pelo menor. Não há necessidade de formalismos de tutela ou curatela.

Observações:

- **Maior de 18 anos tem plena capacidade e pode oferecer queixa, por meio de um advogado, ou representação** (não precisando de advogado, nesse caso).

- **Vítima menor de 18 anos** – A representação deve ser oferecida pelo representante legal do menor.

**Representante legal** é qualquer pessoa que, de alguma forma, seja responsável pelo menor. Assim, a avó, com quem o menor mora, poder ser sua representante.

Se houver colidência de interesses entre representado e representante (ex: no caso de o crime houver sido praticado pelo representante contra o menor) deve ser nomeado um **curador especial (art. 33 do CPP)**<sup>31</sup>.

**Decadência para o representante legal e direito do menor:**

A decadência do direito de queixa do representante legal atinge o direito do menor? (quando o representante sabe do crime, mas não faz nada<sup>32</sup>).

Não há unanimidade na doutrina. Existem duas correntes:

**1ª Corrente** - Para Pacelli e Luis Flávio Gomes, a decadência para o representante legal acarreta a **extinção da punibilidade**, mesmo que o menor não tenha completado 18 anos. Essa posição traz maior segurança jurídica.

**2ª Corrente** - Para Capez, Nucci e Nestor Távora, não há como se falar em decadência de um direito que não pode ser exercido. Assim, para eles, o prazo decadencial só começa a contar com a maioria do menor (não é nem com a emancipação, mas com a maioria mesmo).

- **Menor de 18 anos, mentalmente enfermo ou retardado mental, sem representante legal ou colidindo-lhes os interesses** – Nomeia-se curador especial. Cuidado com o art. 33 do CPP.

Art. 33 do CPP. Se o ofendido for menor de 18 (dezoito) anos, ou mentalmente enfermo, ou retardado mental, e não tiver representante legal, ou colidirem os interesses deste com os daquele, o direito de queixa poderá ser exercido por **curador especial**, nomeado, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, pelo juiz competente para o processo penal.

O curador especial não é obrigado a oferecer a queixa, podendo fazer um juízo de oportunidade e conveniência acerca da representação. Ele é um verdadeiro **substituto processual** (que atua em nome próprio, na defesa de interesse alheio).

- **Vítima menor de 18 anos emancipada** (ex: vítima com 17 anos, casada) – A partir do momento em que a pessoa casa, emancipa-se, cessando o poder familiar dos pais. Ocorre que a emancipação confere maioria civil, apenas, mas não a penal. Há duas possibilidades: nomeação de curador especial para oferecer a representação ou aguarda-se completar 18 anos (e aí vai depende da corrente que se adota, para saber se o prazo decadencial só começa a contar com a maioria ou se já corre desde antes).

<sup>31</sup> O curador é verdadeiro substituto processual, atuando em nome próprio na defesa do interesse de outrem. O curador não estará obrigado a representar, cabendo-lhe ponderar a conveniência ou não da representação em face dos interesses da vítima.

<sup>32</sup> EXEMPLO: Tícia tinha 17 anos em 2005, quando foi vítima de um estupro, contando para sua mãe quem era o autor do delito. Se a mãe decair no direito de oferecer queixa, por ficar 6 meses parada, também Tícia perde o direito? A decadência vai atingir o direito do menor ou ele ficará preservado até o menor completar 18 anos?

- **Morte da vítima** – vai ocorrer a sucessão processual, ou seja, o direito de queixa (de representação) será transferido ao CADI (cônjuge/companheiro<sup>33</sup>, ascendentes, descendentes e irmão). Observações:
  - Essa ordem de sucessores processuais é *preferencial*;
  - Prevalece a vontade de quem tem interesse na persecução penal (no caso de o cônjuge não querer, mas o ascendente querer, vai valer o interesse do ascendente);
  - O prazo decadencial do sucessor começa a fluir:
    - Se tomou conhecimento da autoria do crime na mesma data que a vítima, seu prazo será o restante.
    - Se não tinha conhecimento da autoria do crime, seu prazo será contado a partir do momento em que atingir esse entendimento. Ex: Quando a pessoa só fica sabendo da autoria no testamento.
- **Pessoas Jurídicas** – podem representar por meio de seus representantes legais designados no contrato social ou, no silêncio destes, por seus diretores ou sócios-administradores (art. 37 do CPP<sup>34</sup>).

### g) Retratação da Representação

A retratação é possível até o OFERECIMENTO da denúncia (art. 25 do CPP).

Art. 25. A representação será irretroatável, depois de oferecida a denúncia.

Atente que não é até o momento do recebimento da denúncia, mas sim do oferecimento.

### Lei Maria da Penha

Prevê que a retratação da representação é possível até o momento do RECEBIMENTO da denúncia, para possibilitar a reconciliação.

Art. 16 da lei 11.340/06. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, **só será admitida a renúncia à representação perante o juiz**, em audiência especialmente designada com tal finalidade, **antes do recebimento da denúncia** e ouvido o Ministério Público.

OBS: Quando o art. 16 usa a expressão “renúncia”, o faz de maneira equivocada, pois estamos diante de uma retratação. Só se pode falar em renúncia quando se dispõe de um direito não exercido (no caso, de representação), e, no caso do art. 16, já houve denúncia. Na lei Maria da Penha, a retratação da representação pode ser feita até o recebimento da denúncia.

Importante: A lei Maria da Penha define que a retratação da representação só será admitida se realizada **perante o juiz, em audiência marcada com essa finalidade, ouvido o MP** (de modo a proteger a mulher contra possíveis coações).

---

<sup>33</sup> A maioria da doutrina inclui o companheiro por força da CF/88 e do instituto da União Estável. A inclusão do companheiro é realizada por analogia. Ocorre que essa inclusão é uma norma de direito material maléfica ao acusado (pois tem reflexos no direito penal e quanto menos pessoas nessa linha de sucessão processual, melhor para o acusado). Assim, **trata-se de uma analogia in malam partem, que não é admitida em direito penal**. Mas como a doutrina tem incluído o companheiro na linha sucessória processual, colocamos também.

<sup>34</sup> Art. 37 do CPP. As fundações, associações ou sociedades legalmente constituídas poderão exercer a ação penal, devendo ser representadas por quem os respectivos contratos ou estatutos designarem ou, no silêncio destes, pelos seus diretores ou sócios-gerentes.



## h) Retratação da Retratação da Representação

Ela nada mais é do que uma nova representação. Inicialmente a pessoa representa e se arrepende, aí se retrata. Depois se arrepende de novo e quer representar pela segunda vez → É perfeitamente possível, desde que feita dentro do prazo decadencial.

OBS: Tourinho Filho é da posição minoritária de que a retratação da representação implica em **RENÚNCIA** ao direito de representar, acarretando a **EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE**.

## i) Eficácia Objetiva da Representação

Havendo a vítima representado apenas contra um dos infratores, pode o MP denunciar contra os demais co-autores e partícipes? Existem duas correntes:

- **Posição majoritária:** A representação opera efeitos apenas objetivos, de indicar a intenção da vítima em realizar a persecução penal, já que a ação penal, *in casu*, é pública. Caberia ao *Parquet* delinear os limites subjetivos da denúncia.

Assim, o MP poderia, havendo a vítima representado apenas contra partes dos infratores, denunciar também os demais envolvidos, sem necessidade de nova manifestação de vontade do ofendido.

- **Posição minoritária** (Luiz Flávio Gomes e Nestor Távora): Entende que caberia ao MP provocar o ofendido a se manifestar sobre o co-réu não indicado. Permanecendo a omissão, operaria a extinção da punibilidade em relação a todos os envolvidos (porque a renúncia a todos se estende).

OBS: CRIME CONTRA A HONRA E LIMITES DA REPRESENTAÇÃO PENAL – 1 E 2. HC 98237/SP STF (dez/2010).

Nos crimes de ação penal pública condicionada, a inicial acusatória oferecida pelo *parquet* não pode extrapolar os limites materiais delineados na representação. A representação constitui *delatio criminis* postulatória, traduzindo elemento subordinante e condicionante do ajuizamento, pelo Ministério Público, da ação penal de que é titular. No caso, o ofendido representou pela prática do delito de injúria, tendo o MP denunciado o paciente por injúria, calúnia e difamação, havendo ampliação objetiva indevida.

## j) Ausência de vinculação ao Ministério Público

A representação é uma autorização e um pedido para que a persecução penal seja instaurada, mas não é uma ordem. O MP irá decidir pela instauração, pelo arquivamento e pelo enquadramento típico dos fatos.

## II. Requisição do Ministro da Justiça

Requisição é um ato de conveniência política, a cargo do Ministro da Justiça e direcionada ao Ministério Público, autorizando-o à persecução penal.

Em relação à requisição, importa dizer que, da mesma forma como a representação, ela tem natureza jurídica de **condição específica de procedibilidade**, ou seja, é exigida, em alguns crimes, para que o processo tenha início.

Um exemplo de crime que exige a requisição é o crime contra a honra do Presidente ou chefe de governo estrangeiro, disposto no art. 145, parágrafo único do CP.

Art. 145, parágrafo único do CP - Procede-se mediante requisição do Ministro da Justiça, no caso do n.º I do art. 141, e mediante representação do ofendido, no caso do n.º II do mesmo artigo.

Art. 141 do CP - As penas cominadas neste Capítulo aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido:

I - contra o Presidente da República, ou contra chefe de governo estrangeiro;

**O Ministro da Justiça NÃO está obrigado a oferecer requisição**, podendo fazer juízo de oportunidade.

**O MP não está vinculado à requisição, que não é sinônimo de ordem.** Por ser o MP o titular da ação penal, não está obrigado a denunciar quando o Ministro da Justiça requisita. A requisição é apenas uma condição da ação.

**A requisição NÃO está sujeita à prazo decadencial** (ao contrário da representação, que está sujeita a um prazo decadencial de 6 meses).

ATENÇÃO: Apesar de a requisição não estar sujeita a prazo decadencial, o crime praticado, obviamente, está sujeito à prescrição, como todo e qualquer delito.

**A requisição tem eficácia objetiva.** O entendimento majoritário é no sentido de que a requisição ministerial, assim como a representação, goza de eficácia apenas objetiva, podendo o MP denunciar os co-infratores não inclusos na requisição, sem necessidade de aditamento da requisição pelo Ministro de Justiça.

#### a) Retratação da Requisição

É possível a retratação da requisição pelo Ministro da Justiça? O tema é bem dividido.

- **1ª Corrente:** Não é possível a retratação da requisição, pois revelaria fragilidade do Estado brasileiro (Capez, Paulo Rangel e Nestor Távora). Tourinho Filho diz que o fato de a lei não ter definido prazo para a requisição (como fez com a representação), é sinal de que o legislador não quis admitir a retratação.
- **2ª Corrente:** Admite a retratação até o OFERECIMENTO da denúncia, em analogia à representação (LFG, Denilson Feitosa, Nutti). O fundamento é de que a requisição é um ato administrativo de cunho político, admitindo-se seu desfazimento, como os atos administrativos em geral.

OBS: Não obstante a divergência doutrinária, tem prevalecido nos concursos o entendimento de que a requisição é irretratável.

#### 5.1.3. AÇÃO PENAL PÚBLICA SUBSIDIÁRIA DA PÚBLICA

Os doutrinadores citam dois exemplos de ações penais públicas subsidiárias da pública:

- **Decreto-lei 201/67, art. 2º, §2º → Não recepcionado pela CF**

Art. 2º, § 2º. Se as providências para a abertura do inquérito policial ou instauração da ação penal não forem atendidas pela autoridade policial ou pelo Ministério Público estadual, poderão ser requeridas ao Procurador-Geral da República.

Esse dispositivo diz que, se o MP Estadual não fizer nada, o Procurador-Geral da República (do MPF) poderá fazê-lo. Essa norma viola a independência funcional e autonomia do MPE, pois coloca o MPU em relação de superioridade ao MPE, o que não é admitido pela Constituição de 1988.

Assim, **esse dispositivo não foi recepcionado pelo CF.**

Diante da letargia do Procurador Geral de Justiça, restaria ao interessado procurador o Colégio de Procuradores no seio do MPE ou, ainda, dar início à ação penal privada subsidiária da pública.

- **Art. 357, §§3º e 4º do Código Eleitoral**

Art. 357. Verificada a infração penal, o Ministério Público oferecerá a denúncia dentro do prazo de 10 (dez) dias.

§ 3º Se o órgão do Ministério Público não oferecer a denúncia no prazo legal representará contra êle a autoridade judiciária, sem prejuízo da apuração da responsabilidade penal.

§ 4º Ocorrendo a hipótese prevista no parágrafo anterior o juiz solicitará ao Procurador Regional a designação de outro promotor, que, no mesmo prazo, oferecerá a denúncia.

Caso o Promotor Estadual, agindo por delegação em crimes eleitorais, permaneça inerte, devem os autos ser encaminhados ao Procurador Regional Eleitoral, que poderá oferecer denúncia subsidiária. Essa norma é válida, pois existe hierarquia entre o Promotor Eleitoral (1ª instância) e o Procurador Regional Eleitoral (2ª instância).

**OBS: A hipótese não se confunde com incidente de deslocamento da competência** – que ocorre quando ficar provado que o Estado está em inércia, o PGR pode pedir o deslocamento da competência para a Justiça Federal ao STJ (art. 109 da CF). Nesse caso, na verdade, não há inércia do Estado, por isso não se trata de hipótese de deslocamento de competência.

**OBS: Processo Judicialiforme (processo iniciado pelo Juiz)** – O CPP previa que o juiz poderia dar início ao processo nos casos de contravenções e no caso de lesões corporais culposas e homicídio culposo (arts. 26 e 531 – em sua redação antiga – do CPP):

Art. 26. A ação penal, nas contravenções, será iniciada com o auto de prisão em flagrante ou por meio de portaria expedida pela autoridade judiciária ou policial.

531. O juiz poderia dar início ao processo nos crimes de lesão corporal culposa e homicídio culposos.

Cuidado: o chamado processo judicialiforme não foi recepcionado pela CF (art. 129, §1º)

## 5.2. Ação Penal de Iniciativa Privada

Nas hipóteses de ação penal de iniciativa privada, a persecução criminal é transferida para o ofendido, que atua em nome próprio, na tutela do interesse alheio (*jus puniendi* do Estado), como verdadeiro **substituto processual**.

Art. 100, § 2º do CP - A ação de iniciativa privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo.

Na ação penal privada, o autor é denominado querelante e o réu, querelado.

O Estado transfere a possibilidade ingressar em juízo em virtude do chamado *strepitus iudicii* (é o “escândalo do processo”). A tendência agora é acabar com a ação penal privada para trabalharmos com a ação penal pública condicionada à representação. A ação penal privada ainda subsiste porque, em alguns casos, o processo pode ser pior do que o próprio crime, para a vítima.

Existem três espécies de ação penal de iniciativa privada:

- Ação penal de iniciativa exclusivamente privada ou propriamente dita
- Ação penal de iniciativa privada personalíssima
- Ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública

É pacífico o entendimento, sobretudo no STF, de que “o requerimento de instauração do inquérito policial por crime de ação penal privada não interrompe o prazo decadencial”.

### 5.2.1. AÇÃO PENAL EXCLUSIVAMENTE PRIVADA

Também é chamada de ação penal privada propriamente dita (por ser a regra em se tratando de ação penal de iniciativa privada). É exercida pela vítima ou por seu representante legal. Caracteriza-se pela possibilidade de **sucessão processual**<sup>35</sup> do direito de oferecer queixa. Ex: crime contra a honra.

Art. 100 § 4º do CP - No caso de morte do ofendido ou de ter sido declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou de prosseguir na ação passa ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

### 5.2.2. AÇÃO PENAL PRIVADA PERSONALÍSSIMA

**O direito de ação só pode ser exercido pela vítima:** não haverá intervenção do representante legal, nem sucessão processual (o direito da vítima não será transmitido aos herdeiros).

Como não pode haver intervenção, a vítima menor de 18 anos terá que aguardar completar 18 anos para intentar a ação, sem que corra o prazo decadencial (Nestor Távora).

Nos crimes de ação penal privada personalíssima, **a morte da vítima extingue a punibilidade, por DECADÊNCIA** (se a ação ainda não houver sido iniciada) **ou PEREMPÇÃO** (se a ação já houver sido iniciada), pois o direito de ação penal (de dar início ou de prosseguir no processo) não será transmitido aos herdeiros.

O único exemplo que temos hoje é o do art. 236 do CP (induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento). Antigamente, tínhamos também o crime de adultério (só o corno poderia ingressar com a queixa).

Art. 236 do CP - Contrair casamento, induzindo em erro essencial o outro contraente, ou ocultando-lhe impedimento que não seja casamento anterior:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

Parágrafo único - A ação penal depende de **queixa do contraente enganado** e não pode ser intentada senão depois de transitar em julgado a sentença que, por motivo de erro ou impedimento, anule o casamento.

QUESTÃO: A morte da vítima extingue a punibilidade? Sim, mas somente nos casos de ação penal privada personalíssima, pois não há sucessão processual do direito à iniciativa penal.

### 5.2.3. AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA DA PÚBLICA

Ela está prevista constitucionalmente, como uma forma de controle do próprio MP:

Art. 5º, LIX da CF - será admitida ação privada nos crimes de ação pública, **se esta não for intentada no prazo legal** → *é uma cláusula pétrea*.

Art. 100, §3º do CP. A ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal.

Art. 29 do CPP. Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva,

<sup>35</sup> Pela ordem do CADI – cônjuge/companheiro, ascendente, descendente e irmãos.

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.

### Somente é cabível em face da inércia do MP.

A inércia do MP se verifica, normalmente, em 5 ou 15 dias, a depender da existência ou não de prisão do réu, se o MP permanecer com os autos do inquérito na mão sem fazer nada.

Art. 46 do CPP. O prazo para oferecimento da denúncia, **estando o réu preso, será de 5 dias**, contado da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos do inquérito policial, e de **15 dias, se o réu estiver solto ou afiançado**. No último caso, se houver devolução do inquérito à autoridade policial (art. 16), contar-se-á o prazo da data em que o órgão do Ministério Público receber novamente os autos. § 1º Quando o Ministério Público dispensar o inquérito policial, o prazo para o oferecimento da denúncia contar-se-á da data em que tiver recebido as peças de informações ou a representação

Ou seja, se o MP pediu diligências, arquivamento do inquérito, ou declinou da competência, não cabe a ação subsidiária.

Quando o Ministério Público, não tendo ficado inerte, requer, no prazo legal (art. 46 do CPP), o arquivamento do inquérito ou da representação **não cabe ação penal privada subsidiária**. – STF InqAgR 2242/DF (25/08/2006)

**OBS: Conseqüências para o promotor desidioso** → O art. 801 do CPP prevê a perda de vencimentos do promotor desidioso por tantos dias quantos forem os excedidos do prazo que dispunha para atuar, e na contagem do tempo de serviço, para efeito de promoção e aposentadoria, a perda seria do dobro dos dias excedidos (parágrafo único). Esse dispositivo **não tem mais aplicação** porque: **(i)** a CF assegurou irredutibilidade de vencimentos ao MP e **(ii)** os critérios de promoção são tratados nas Leis Orgânicas.

#### a) Cabimento → quando a vítima for individualizada

Essa ação cabe sobre quais delitos? A CF só fala que será cabível a ação penal subsidiária da pública, por isso se pensa logo que, *a priori*, todo crime comportaria ação penal subsidiária.

Mas e os casos em que não houver vítima individualizada (ex: tráfico de drogas)? Haveria quem oferecer a queixa subsidiária?

Em regra, só é possível o oferecimento de queixa subsidiária quando o crime possuir um **ofendido individualizado**, porque quando não se individualiza uma vítima, não há quem ofereça a queixa subsidiária. No caso de crime de embriaguez ao volante, crime de perigo, por exemplo, não há como se individualizar o ofendido.

QUESTÃO: É possível o ajuizamento de ação penal privada subsidiária da pública no caso de crime de embriaguez ao volante. *Falso*, pois não há ofendido individualizado.

#### EXCEÇÕES:

- **O PROCON e as associações de defesa de direitos do consumidor** (art. 82, IV do CDC), apesar de não serem vítimas diretas, têm autorização legal para ajuizar ação penal subsidiária.

Art. 82 do CDC. Para os fins do art. 81, parágrafo único<sup>36</sup>, **são legitimados concorrentemente**:

<sup>36</sup> Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

I - o Ministério Público,

II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III - **as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta**, ainda que sem personalidade jurídica, **especificamente destinados** à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código<sup>37</sup> (PROCON);

IV - **as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano** e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

§ 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

Art. 80 do CDC. No processo penal atinente aos crimes previstos neste código, bem como a outros crimes e contravenções que envolvam relações de consumo, poderão intervir, como assistentes do Ministério Público, os legitimados indicados no art. 82, inciso III e IV, aos quais também **é facultado propor ação penal subsidiária, se a denúncia não for oferecida no prazo legal.**

- **O administrador e o credor podem propor a queixa subsidiária nos crimes falimentares**, ainda que não sejam os ofendidos diretos. Lei de falências, art. 184

Art. 184 da lei 11. 101/2005. Os crimes previstos nesta Lei são de ação penal pública incondicionada. Parágrafo único. Decorrido o prazo a que se refere o art. 187, § 1º, sem que o representante do Ministério Público ofereça denúncia, **qualquer credor habilitado ou o administrador judicial poderá oferecer ação penal privada subsidiária da pública**, observado o prazo decadencial de 6 (seis) meses.

## **b) Prazo para oferecimento da ação subsidiária**

O prazo decadencial é de **6 meses**, contados a partir do momento em que ficar caracterizada a inércia do MP, ou seja, após o decurso do prazo disposto no art. 46 do CPP (5 ou 15 dias, a depender da existência ou não de prisão).

EXEMPLO: No dia 6 de abril de 2009, o MP tem vista do inquérito policial e 15 dias para oferecer a denúncia (pois o acusado está solto). Prazo processual, começa a contar do dia 07, indo para o dia 21 de abril. Como 21 de abril é feriado, o prazo processual é prorrogado para o primeiro dia útil subsequente: 22 de abril. Sendo 22 de abril o último dia do prazo do MP, no dia 23 de abril de 2009 surge o direito de propor a queixa subsidiária (prazo de direito material que conta incluindo o dia do início). Nessa linha, no dia 22 de outubro de 2009 (6 meses depois) vai-se operar a decadencial.

Prazo para o MP oferecer denúncia – é prazo processual

Prazo para oferecimento da queixa – é prazo de direito material penal.

Essa decadência é conhecida como **decadência imprópria** porque **NÃO GERA A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE**, na medida em que o crime possui natureza pública.

Mesmo após o final do prazo de 15 dias para o oferecimento da denúncia pelo MP, ele sempre poderá oferecê-la, desde que dentro do prazo prescricional. Assim, mesmo durante e ao final do prazo para o oferecimento da ação penal privada subsidiária da pública, continua a legitimidade do MP (limitado apenas ao prazo prescricional<sup>38</sup>).

---

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

<sup>37</sup> Exemplo: Procon.

<sup>38</sup> Justamente porque se sujeita apenas a prazo prescricional, e não a decadencial, o prazo para oferecimento de denúncia pelo MP é processual. Já o prazo do ofendido para o oferecimento da ação penal privada subsidiária da pública sofre decadência, de modo que se trata de prazo material.

### c) Atuação do MP perante a ação penal privada subsidiária da pública

Apesar de ela estar disposta aqui como tipo de ação penal de iniciativa privada, devemos sempre ter em mente que se trata de AÇÃO PENAL PÚBLICA, razão pela qual o MP possui amplos poderes sobre ela.

Assim, o *Parquet* atua como **interveniente adesivo obrigatório**, sob pena de nulidade.

Art. 564 do CPP. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:

d) a **intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação** por ele intentada e nos da intentada pela parte ofendida, quando se tratar de crime de ação pública.

Os poderes do MP são:

Art. 29 do CPP. Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público **aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir** em todos os termos do processo, **fornecer elementos de prova, interpor recurso** e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, **retomar a ação como parte principal**.

Ou seja:

- I. **Repudir a queixa, oferecendo denúncia substitutiva.** Quando o MP repudia a queixa, é *obrigado* a oferecer a denúncia, senão ele estaria negando a existência do direito de oferecimento da ação penal privada subsidiária. OBS: A ação penal subsidiária pode ser repudiada ainda que esteja em perfeitas condições<sup>39</sup>.

QUESTÃO: O que é denúncia substitutiva? *É a denúncia oferecida pelo MP após repudiar a ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública.*

- II. **Aditar a queixa, tanto em seus aspectos materiais como formais.** Devemos lembrar que a ação penal subsidiária, no fundo, tem natureza pública. Por isso, o MP pode aditar à vontade, para incluir co-autores, outros fatos delituosos, circunstâncias de tempo e lugar etc.

Devemos sempre lembrar que, no caso da ação penal privada subsidiária da pública, a natureza da ação penal é PÚBLICA, de modo que o MP tem ampla legitimidade para atuar.

- III. **Ação penal indireta.** Se o querelante for negligente (relapso, desidioso), o MP reassume o pólo ativo da ação, porque, como dito antes, a ação penal subsidiária é pública.
- IV. **Fornecer elementos de prova.**
- V. **Recorrer.**

### d) Custos e honorários advocatícios

As custas do processo criminal de ação penal privada são obrigatórias, menos nos Estados em que estão dispensadas e nas hipóteses de querelante ou querelado pobres:

Art. 806 do CPP. Salvo o caso do art. 32 (*pobre*), nas ações intentadas mediante queixa, nenhum ato ou diligência se realizará, sem que seja depositada em cartório a importância das custas.

Contudo, em relação à ação privada subsidiária da pública, como o querelante atua em substituição do *Parquet*, **não há custas ou despesas processuais.**

<sup>39</sup> Nestor Távora considera que o repúdio da queixa-crime deve ser fundamentado, cabendo ao magistrado, concluindo que houve arbítrio do promotor e que a desídia existia, rejeitar o repúdio e a denúncia substitutiva, acatando a queixa-crime.

Já há precedente pela admissibilidade de honorários advocatícios pagos pelo querelante vencido ao querelado.

Quando, sendo a vítima pobre, o juiz houver nomeado o advogado em razão da impossibilidade ou inexistência de Defensor Público na comarca, os honorários (devidos pelo Estado) deverão ser fixados em sentença pelo magistrado, de acordo com a tabela organizada pela seccional da OAB.

Art. 22 da lei 8.906/94. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.

§ 1º O advogado, quando indicado para patrocinar causa de juridicamente necessitado, no caso de impossibilidade da Defensoria Pública no local da prestação de serviço, tem direito aos honorários fixados pelo juiz, segundo tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB, e pagos pelo Estado.

Súmula 201 do STJ. Os honorários advocatícios não podem ser fixados em salários mínimos.

#### **5.2.4. Causas extintivas da punibilidade relacionadas à ação penal exclusivamente privada ou personalíssima**

Tanto a renúncia quanto o perdão do ofendido são causas extintivas da punibilidade em ações privadas, conforme previsto no art. 107, V do CP:

Art. 107 do CP - Extingue-se a punibilidade:

V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;

**CUIDADO:** A renúncia e o perdão não geram a extinção da punibilidade em toda e qualquer ação penal.

***A renúncia e o perdão só vão produzir a extinção da punibilidade na ação penal exclusivamente privada e na personalíssima.***

No caso de ação penal privada subsidiária da pública, a ação penal pertence ao Estado. Assim, a renúncia ou o perdão não geram qualquer efeito nesses crimes.
---

### **I. Renúncia**

**Conceito:** É o ato pelo qual o ofendido ou seu representante legal abre mão do direito de oferecer queixa. Como a renúncia é um ato unilateral, não depende de aceitação.

Está prevista no art. 104 do CP:

Art. 104 - O direito de queixa não pode ser exercido quando renunciado expressa ou tacitamente.

Parágrafo único - Importa renúncia tácita ao direito de queixa a prática de ato incompatível com a vontade de exercê-lo; não a implica, todavia, o fato de receber o ofendido a indenização do dano causado pelo crime.

A renúncia ocorre antes do início do processo, por se tratar de uma manifestação do PRINCÍPIO DA OPORTUNIDADE OU CONVENIÊNCIA, segundo o qual não há obrigatoriedade do oferecimento de denúncia.

A renúncia pode ser tácita ou expressa:

a) **Renúncia tácita** – Ocorre pela prática de ato incompatível com a vontade de processar.

Ex: Convidar o suposto autor do crime como padrinho de seu casamento.

**ATENÇÃO:** o recebimento de indenização pecuniária não importa em renúncia tácita, salvo nos crimes dos Juizados Especiais (onde é possível a composição civil dos danos).



**b) Renúncia expressa** – É feita por declaração assinada pelo ofendido.

A renúncia concedida pelo querelante para um dos co-autores estende-se aos demais, beneficiando-se, em razão do princípio da indivisibilidade.

A renúncia dada por uma das vítimas NÃO prejudica o direito de ação dos demais.

Cuidado com o art. 74 da lei 9099/95, que prevê o cabimento da renúncia ao direito de representação para as situações em que ocorrer a composição civil dos danos:

Art. 74 da lei 9099. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, **o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.**

## II. Perdão do ofendido

**Conceito:** É o ato pelo qual o ofendido ou seu representante legal desiste de prosseguir com o andamento do processo, perdendo o querelado.

Ao contrário da renúncia, o perdão é um ato bilateral, que depende de aceitação (pois o acusado pode ter interesse em sua absolvição). Essa aceitação pode ser expressa ou tácita.

O silêncio do acusado importa em aceitação tácita, conforme art. 58 do CPP:

Art. 58. Concedido o perdão, mediante declaração expressa nos autos, o querelado será intimado a dizer, dentro de três dias, se o aceita, devendo, ao mesmo tempo, ser cientificado de que o seu silêncio importará aceitação.

Parágrafo único. Aceito o perdão, o juiz julgará extinta a punibilidade.

Art. 59. A aceitação do perdão fora do processo constará de declaração assinada pelo querelado, por seu representante legal ou procurador com poderes especiais.

É um desdobramento, um consectário lógico do PRINCÍPIO DA DISPONIBILIDADE.

Pode ser concedido durante todo o curso do processo, mas desde que antes do trânsito em julgado de sentença condenatória. Depois que a sentença transita em julgado, o querelante deixa de ter qualquer ingerência sob o *ius puniendi* do Estado.

Questão: o perdão pode ser concedido em qualquer momento, após o início do processo. *FALSO.*

O perdão concedido a um dos querelados estende-se aos demais, pelo princípio da indivisibilidade, *mas os querelados não são obrigados a aceitá-lo.*

O perdão concedido por um dos querelantes NÃO prejudica o direito dos demais.

## III. Quadro Renúncia X Perdão

	RENÚNCIA	PERDÃO
<b>Conceito</b>	É o ato pelo qual o ofendido ou seu representante legal abre mão do direito de oferecer queixa.	É o ato pelo qual o ofendido ou seu representante legal desiste de prosseguir com o andamento do processo, perdendo o querelado.
<b>Natureza Jurídica</b>	É causa extintiva da punibilidade nos crimes de ação penal exclusivamente	É causa extintiva da punibilidade nos crimes de ação penal exclusivamente

	privada ou personalíssima.	privada ou personalíssima.
<b>Necessidade ou não de aceitação</b>	É um ato unilateral (não depende de aceitação).	É um ato bilateral (depende de aceitação).
<b>Momento</b>	Ocorre antes do início do processo.	Ocorre desde o início do processo até o trânsito em julgado.
<b>Manifestação</b>	Princípio da oportunidade ou conveniência.	Princípio da disponibilidade.
<b>Dado pelo querelante a um dos co-autores</b>	Beneficia os demais co-autores (princípio da indivisibilidade).	Beneficia os demais co-autores (princípio da indivisibilidade), mas os querelados não são obrigados a aceitá-lo.
<b>Dada por uma das vítimas</b>	NÃO prejudica o direito de ação das demais vítimas.	NÃO prejudica o direito das demais vítimas.

### III. Perempção

**Conceito:** Perempção é a perda do direito de prosseguir no exercício da ação penal exclusivamente privada ou personalíssima, em razão da desídia/negligência do querelante.

A perempção é uma causa extintiva da punibilidade, mas só nos casos de ação penal exclusivamente privada ou personalíssima:

Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:  
IV - pela prescrição, decadência ou **perempção**;

Não cabe extinção da punibilidade por perempção em ação penal privada subsidiária da pública, situação em que o pólo ativo será substituído pelo Ministério Público.

A perempção, por óbvio, só pode ocorrer durante um processo em andamento.

Qual a diferença entre a perempção e a decadência? As duas são causas extintivas da punibilidade. A diferença é que a decadência é a perda do direito de iniciar a ação penal privada, enquanto a perempção é a **perda do direito de prosseguir**.

Os casos de perempção estão previstos no art. 60 do CP:

Art. 60. **Nos casos em que somente se procede mediante queixa** (ação penal exclusivamente privada ou personalíssima), considerar-se-á perempta a ação penal:  
I - quando, iniciada esta, o querelante deixar de promover o andamento do processo durante 30 dias seguidos;  
II - quando, falecendo o querelante, ou sobrevindo sua incapacidade, não comparecer em juízo, para prosseguir no processo, dentro do prazo de 60 (sessenta) dias, qualquer das pessoas a quem couber fazê-lo, ressalvado o disposto no art. 36;  
III - quando o querelante deixar de comparecer, sem motivo justificado, **a qualquer ato do processo a que deva estar presente**, ou deixar de formular o pedido de condenação nas **alegações finais**;  
IV - quando, sendo o querelante pessoa jurídica, esta se extinguir sem deixar sucessor.

No caso do inciso II, quando alguém morre, o direito é transferido aos sucessores. Embora haja alguma controvérsia, a melhor doutrina entende que não é necessária a intimação dos sucessores para comparecerem a juízo<sup>40</sup>. Vale dizer, a perempção será automática, após 60 dias, independentemente de qualquer intimação.

<sup>40</sup> Com base na realidade fática, para que o juiz não tenha que instaurar um pseudo-inventário

No caso do inciso III, impende pontuar que **a ausência do querelante à audiência de conciliação nos crimes contra honra<sup>41</sup> NÃO é causa de perempção**, pois não é necessariamente “um ato do processo a que deva estar presente” (a mensagem que o querelante passa ao não comparecer é que ele não quer acordo e não que não quer processo).

Julgados: STF HC71219

## 6. Ação Penal Cabível em razão da natureza de determinadas infrações

### 6.1. Crimes contra a Honra

A espécie de ação penal nos crimes contra a honra é a **ação penal privada**, em regra.

Art. 145 - Nos crimes previstos neste Capítulo somente se procede mediante **queixa**, salvo quando, no caso do **art. 140, § 2º, da violência resulta lesão corporal**.

Parágrafo único - Procede-se mediante requisição do Ministro da Justiça, no caso do **n.º I do art. 141 (Presidente)**, e mediante representação do ofendido, no caso do **n.º II (funcionário público)** do mesmo artigo, bem como no caso do **§3º do art. 140** deste Código (*injúria racial*).

**a. Regra → AÇÃO PENAL PRIVADA**, no Código Penal.

- **Código Eleitoral →** a regra é a **AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA** (porque atenta contra o sufrágio universal). Ex: Caso do crime praticado durante a propaganda eleitoral (é crime eleitoral).

Todo crime eleitoral é de ação penal pública incondicionada.

- **Código Penal Militar →** a regra é a **AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA**.

**b. Exceções:**

- **Crime praticado contra Presidente da República ou Chefe de Governo Estrangeiro →** AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REQUISIÇÃO do Ministro da Justiça.
- **Crime cometido contra funcionário público e em razão das funções (*prompter officio*) →** ação penal privada *ou* ação penal pública condicionada à representação (súmula 714 do STF<sup>42</sup>): lembrar que se trata de AÇÕES ALTERNADAS.
- **Injúria Racial →** AÇÃO PENAL CONDICIONADA (mudou pela lei 12033/09<sup>43</sup>). É crime que ofende a honra subjetiva da vítima:

Art. 140 § 3º do CP. Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência:

- **Injúria Real →** existem três situações:

Art. 140, § 2º do CP - Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes:

- **Se praticada mediante vias de fato → AÇÃO PENAL PRIVADA;**

OBS: Entende-se que as vias de fato (ex: tapa no rosto de homem) são absorvidas pelo crime contra a honra.

<sup>41</sup> Essa pergunta é sempre feita em concursos.

<sup>42</sup> Súmula 714 do STF. É concorrente a legitimidade do ofendido, mediante queixa, e do Ministério Público, condicionada à representação do ofendido, para a ação penal nos crimes contra a honra de servidor público em razão do exercício de suas funções.

<sup>43</sup> Antes, a regra era de ação penal privada, assim como os demais crimes contra a honra.

QUESTÃO (MP): Por qual crime responderá a pessoa que dá um tapa na cara de outra que cai no chão e morre?

Muita gente respondeu que seria “lesão corporal seguida de morte”. Ocorre que não houve lesão no tapa, que caracteriza vias de fato (contravenção). Como não existe a infração preterdolosa “vias de fato seguida de morte”, deve-se afastar o dolo (das vias de fato) e responder apenas pelo crime de “homicídio culposo”, aplicando o critério da consunção. Assim, não há concurso entre “vias de fato” e homicídio culposo, pois o tapa foi o meio para se alcançar o fim morte, razão que justifica a aplicação do critério da consunção<sup>44</sup>.

- **Se praticada mediante lesão corporal leve → AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA** à representação (por força da lei 9099/95).

OBS: Tapa no rosto é o que? Pode haver lesão corporal se for em briga de mulher (pois ofende a integridade física), mas, no caso de homens, trata-se de vias de fato, que é absorvida pela ofensa à honra da vítima, muito mais do que um atentado a integridade física.

- **Se praticada mediante lesão corporal grave ou gravíssima → AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA.**

## 6.2. Crime de Racismo

Racismo significa uma *oposição indistinta a toda* uma raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

DICA: Quando a ofensa for dirigida a uma pessoa, em razão de sua cor, não haverá racismo, mas sim injúria racial.

No caso de racismo, a ação penal é **PÚBLICA INCONDICIONADA**, deferindo do crime de injúria racial, que é de ação penal pública condicionada.

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ART. 20, DA LEI Nº 7.716/89. ALEGAÇÃO DE QUE A CONDUTA SE ENQUADRARIA NO ART. 140, §3º, DO CP. IMPROCEDÊNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. INOCORRÊNCIA.

I - O crime do art. 20, da Lei nº 7.716/89, na modalidade de praticar ou incitar a discriminação ou preconceito de procedência nacional, não se confunde com o crime de injúria preconceituosa (art. 140, §3º, do CP). **Este tutela a honra subjetiva da pessoa. Aquele, por sua vez, é um sentimento em relação a toda uma coletividade em razão de sua origem (nacionalidade).**

II - **No caso em tela, a intenção dos réus, em princípio, não era precisamente depreciar o passageiro (a vítima), mas salientar sua humilhante condição em virtude de ser brasileiro**, i.e., a idéia foi exaltar a superioridade do povo americano em contraposição à posição inferior do povo brasileiro, atentando-se, dessa maneira, contra a coletividade brasileira. Assim, suas condutas, em tese, subsumem-se ao tipo legal do art. 20, da Lei nº 7.716/86.

III - A peça acusatória deve vir acompanhada com o mínimo embasamento probatório apto a demonstrar, ainda que de modo indiciário, a efetiva realização do ilícito penal por parte dos denunciados. Se não houver um lastro probatório mínimo a respaldar a denúncia, de modo a tornar esta plausível, não haverá justa causa a autorizar a instauração da *persecutio criminis* (Precedentes da Corte Especial e da Turma). In casu há o mínimo de elementos (v.g., prova testemunhal) que indicam possível participação dos recorrentes no delito a eles imputado.

Writ denegado. – RHC19166 STJ

## 6.3. Ação Penal nos crimes contra a liberdade sexual

---

<sup>44</sup> Critério de solução de conflito aparente de normas: Critério da especialidade (relação de especialidade); Critério da subsidiariedade (relação de gravidade) e; Critério da consunção (relação entre meio e fim).

Quanto a esse assunto, é importante atentar às alterações trazidas pela lei 12.015/2009. Essa lei entrou em vigor em 07/08/2009.

O novo crime de estupro assim define:

Art. 213 do CP. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

O crime de estupro acabou fundindo os antigos crimes de estupro e atentado violento ao pudor. Essa lei é mais gravosa ou mais benéfica aos agentes?

Na prática, vai gerar diversos benefícios aos acusados. Antes da lei, se uma pessoa realizasse conjunção carnal e, depois de uma hora, tivesse coito anal, haveria concurso material de crime (porque não haveria continuidade delitiva entre tipos penais diferentes). Agora, esse mesmo agente terá praticado um mesmo crime, ou, se considerar que foram dois crimes, será por continuidade delitiva, o que melhora sensivelmente a pena do acusado.

ESTUPRO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. LEI N. 12.015/2009. – HC 144.870-DF, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 9/2/2010.

1) A Turma assentou que a prática de estupro e atentado violento ao pudor no mesmo contexto e contra a mesma vítima constitui um crime único [crime continuado], já que a figura do atentado violento ao pudor não constitui mais um tipo penal autônomo. 2) Observou-se que com relação a ponto específico relativo ao art. 213 do CP, está-se diante de norma penal mais benéfica (novatio legis in mellius), razão pela qual sua aplicação, em consonância com o princípio constitucional da retroatividade da lei penal mais favorável, há de alcançar os delitos cometidos antes da Lei n. 12.015/2009, e, via de consequência, o apenamento referente ao atentado violento ao pudor não há de subsistir. 3) Todavia, registrou-se, também, que caberá ao julgador, quando da análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP para fixação da pena-base, punir mais severamente aquele que pratique mais de uma ação integrante do tipo, pois haverá maior reprovabilidade da conduta (juízo da culpabilidade) quando o agente constranger a vítima à conjugação carnal e, também, ao coito anal ou qualquer outro ato reputado libidinoso. 4) Determinou-se que a nova dosimetria da pena há de ser feita pelo juiz da execução penal, visto que houve o trânsito em julgado da condenação, a teor do que dispõe o art. 66 da Lei n. 7.210/1984.

Antes da lei 12.015/09, a regra da ação penal era a ação penal privada.

Agora, a regra é a ação penal **PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO**.

Se a vítima for menor de 18 anos ou vulnerável a ação será **PÚBLICA INCONDICIONADA**.

Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I (*estupro, violação sexual mediante fraude e assédio sexual*) e II (*estupro de vulnerável, satisfação de lascívia perante criança, favorecimento à prostituição etc.*) deste Título, procede-se mediante **ação penal pública condicionada à representação**.

Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante **ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável**.

## I. Confronto entre a lei anterior e a atual

- **Regra** – Antes, a regra era que o crime era de ação penal privada. Hoje, a regra é que a ação penal seja **PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO**.

- **Vítima pobre** – Antes da lei 12015/2009, a ação penal era pública condicionada à representação (com atestado de pobreza). A nova lei não falou nada sobre vítima pobre, assim, segue-se a atual regra geral, que, coincidentemente, é na mesma linha da exceção de antes: por **AÇÃO PENAL CONDICIONADA**.

Histórico: Na época (anterior à lei), questionaram o STF “e se tivesse defensoria pública na Comarca?”. O STF respondeu que mesmo havendo defensoria pública na localidade, a ação penal seria pública condicionada (STF: RHC 88143)

- **Crime de estupro com emprego de violência real** – Violência real é o emprego de força física sobre o corpo da vítima (OBS: Lesão provocada na área da vagina não é considerada violência real). Nesse caso, a ação penal era pública incondicionada, conforme entendimento da súmula 608 do STF, anterior à lei 12015/09, pouco importando se resultou lesão corporal leve, grave ou gravíssima (STF: HC 82206).

Súmula 608 do STF. No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada<sup>45</sup>.

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. LEI 9.099/95. REVISÃO DA SÚMULA STF 608. AÇÃO PENAL. NATUREZA. REPRESENTAÇÃO. RETRATAÇÃO TÁCITA. AUSÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO ESPECÍFICA PARA O DELITO DE ESTUPRO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE QUEIXA. DESCARACTERIZAÇÃO DOS DELITOS DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PROGRESSÃO DE REGIME. 1. O advento da Lei 9.099/95 não alterou a Súmula STF 608 que continua em vigor. O estupro com violência real é processado em ação pública incondicionada. Não importa se a violência é de natureza leve ou grave. 2. O Ministério Público ofereceu a denúncia após a representação da vítima. Não há que se falar em retratação tácita da representação. 3. Nem é necessária representação específica para o delito de estupro, quando se trata de delito de estupro com violência real. 4. No caso, inexistente decadência do direito de queixa por não se tratar de ação penal privada. 5. A jurisprudência do Tribunal pacificou-se no entendimento de que os crimes de estupro e atentado violento ao pudor caracterizam-se como hediondos. Precedentes. Inviável a progressão do regime. HABEAS conhecido e indeferido. STF HC 82206/SP, Rel. Min. NELSON JOBIM - DJe 08/10/2002 2T.

Quando entrou em vigor a lei dos juizados, teve doutrinador dizendo que quando a lesão fosse corporal leve, seria ação condicionada à representação, e doutrinador dizendo que continuava a ser pública incondicionada.

O fundamento legal dessa súmula é o art. 101 do CP. Assim, para o STF, aplicava-se, nesse caso, o art. 101 do CP, razão pela qual a ação penal de iniciativa pública seria extensiva ao crime complexo.

Art. 101 do CP - Quando a lei considera como elemento ou circunstâncias do tipo legal fatos que, por si mesmos, constituem crimes, cabe ação pública em relação àquele, desde que, em relação a qualquer destes, se deva proceder por iniciativa do Ministério Público.

Esse artigo basicamente diz que, no caso de crime complexo (fusão de dois crimes), um deles sendo de ação penal privada e o outro de ação penal pública, a ação penal pública irá contaminar os dois crimes, e aí ambos serão processados por ação penal pública.

**Para o STF, mesmo que dessa violência real resultasse lesão corporal leve, a ação penal continuava sendo de natureza pública incondicionada.**

A crítica que recai sobre essa súmula é que o crime de estupro não é complexo, pois não envolve duas figuras típicas diferentes<sup>46</sup>. O STF dizia que o crime de estupro era complexo porque envolvia a violência e a conjunção carnal. Ocorre que, embora violência seja crime, não o é a conjunção carnal, sozinha considerada. Por isso não se trata de crime complexo.

<sup>45</sup> O STF e o STJ sempre entenderam que essa súmula se aplicava tanto ao estupro quanto ao atentado violento ao pudor.

<sup>46</sup> Exemplo de crime complexo: roubo é um crime complexo que envolve o furto + o constrangimento ilegal.

Se um crime de ação penal privada ou de ação penal pública condicionada à representação possuir elementos ou circunstâncias que, por si só, sejam crimes de ação penal pública incondicionada, tal crime complexo também passará a ser de ação penal pública incondicionada, por força do disposto no art. 101 do CP.

Trata-se de **ação penal pública de natureza extensiva**.

De acordo com o art. 225 da lei 12015/09, quando o crime for cometido com violência real, o crime segue a regra (ação penal pública **CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO**).

A doutrina diz que a súmula 608 do STF não é mais aplicada, prevalecendo, nos casos de crimes praticados com violência real, a ação penal pública condicionada à representação.

Assim, segue a regra de ação penal pública condicionada à representação, restando superada a súmula 608 do STF.

- **Quando o crime resultasse lesão grave ou morte** – Na redação anterior, a ação penal seria pública incondicionada. Apesar de a lei 12.015/09 não ter tratado desse caso, não se deve aplicar a regra geral (ação penal pública condicionada à representação), por desproporcional. Paulo Rangel defende que deve continuar aplicando a **AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA**.

Nesse caso, o Procurador Geral da República já ajuizou uma ADI, de modo a impedir que a violência que gere lesão grave ou morte a ação seja condicionada. Devemos acompanhar.

- **Crime sexual contra vulnerável (com violência presumida)** – Antes da lei 12.015/09, a regra era ação penal privada para o crime de estupro com violência presumida. O legislador de 2009 substituiu o estupro com violência presumida pelo crime contra pessoa vulnerável. Nesse caso, a ação penal será **PÚBLICA INCONDICIONADA**.

O estupro de vulnerável está previsto no novo art. 217-A<sup>47</sup>:

**Estupro de vulnerável**

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no *caput* com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, **não tem o necessário discernimento para a prática do ato**, ou que, por qualquer outra causa, **não pode oferecer resistência**.

O que antes se chamava de violência presumida agora será caso de crime sexual contra vulnerável.

- **Crime contra menor de 18 anos** – Na legislação anterior, a ação era XXX. Hoje, o crime é de **AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA**.

<sup>47</sup> Pela redação antiga do art. 224.:

Art. 224 - Presume-se a violência, se a vítima:

- a) não é maior de catorze anos;
- b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;
- c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação.

Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante **ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável.**

- **Crime cometido com abuso de poder familiar** – Antes da lei 12015/09, a ação penal pública era incondicionada. O atual art. 225 não menciona o poder familiar, mas, ao tratar da vítima menor de 18 anos (imputando a AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA), já está abarcando os crimes cometidos com abuso de poder familiar (pois o poder familiar cessa com a maioridade).

OBS: A lei 12.015 também alterou os crimes sexuais mediante fraude (sem violência). A hipótese está prevista no art. 215:

**Violação sexual mediante fraude**

Art. 215 do CP. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

Parágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa. (NR)

Trata-se de um estupro sem violência ou grave ameaça. Seria o caso de festa a fantasia, do gêmeo que transa com a namorada do irmão, etc.

Cuidado com a questão do falso professor de cursinho. Rogério Sanches diz que esse inciso tem como exemplo o caso de embriaguez *leve* da vítima (o que dificultaria sua livre manifestação de vontade).

No caso de vítima anestesiada ou de embriaguez total, será estupro de vulnerável, porque a vítima não poderá oferecer qualquer resistência (ainda que ela tenha se colocado em situação de embriaguez sozinha).

No caso de falso médico, se vítima estiver acordada, é violação sexual mediante fraude. Se a vítima estiver dormida, há estupro de vulnerável.

Antes da lei 12.015/09	Depois da lei 12.015/09
<p><b>Regra Geral:</b>  <b>Ação penal privada.</b></p> <p><b>Exceções:</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1) Vítima Pobre: ação penal condicionada.</li> <li>2) Estupro com violência real: ação penal pública incondicionada.</li> <li>3) Crime praticado com abuso do poder familiar: ação penal pública incondicionada.</li> <li>4) Crime resultando em lesão grave ou morte: ação penal pública incondicionada.</li> <li>5) Crime sexual com violência presumida: ação penal privada</li> <li>6) Crime praticado com menor de 18 anos:</li> </ol>	<p><b>Regra Geral:</b>  <b>Ação penal pública condicionada à representação</b></p> <p><b>Exceções:</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1) Vítima pobre: regra geral</li> <li>2) Estupro com violência real: regra geral (a tendência é não aplicar mais a súmula 608 do STF).</li> <li><b>3) Crime praticado com abuso de poder familiar: ação penal pública incondicionada porque é crime contra menor de 18 anos.</b></li> <li><b>4) Crime resultando lesão grave ou morte: ação penal pública incondicionada.</b></li> <li><b>5) Crime sexual contra vulnerável: ação penal pública incondicionada.</b></li> <li><b>6) Crime praticado com menor de 18 anos: ação penal</b></li> </ol>



	<b>pública incondicionada.</b>
--	--------------------------------

#### 6.4. Embriaguez ao volante e “Pega”

O crime de embriaguez está previsto no art. 306 do CTB:

Pela redação anterior do CTB, ainda que o infrator se recusasse a realizar o exame de sangue ou do bafômetro, poderia ser levado à delegacia, pois a norma somente previa necessidade de estar “sob influência de álcool”. Era possível, portanto, haver prova da embriaguez por meio de testemunha. A redação anterior do art. 306 também determinava ser este um **crime de perigo concreto**, porque era necessário demonstrar a “exposição a dano potencial a incolumidade de outrem”.

A redação atual, dada pela lei 11.705, retirou a necessidade de expor a dano potencial, caracterizando o crime como crime de perigo abstrato. Não está inserido no tipo penal a violação à incolumidade de outrem. Assim, basta que a pessoa esteja conduzindo veículo embriagado.

Mas o legislador errou feio ao substituir a necessidade de “influência de álcool” para impor a necessidade de demonstrar a concentração de álcool por litro de sangue. Assim, quando o agente se recusar a produzir prova (fazer o teste do bafômetro ou exame de sangue), não há como suprir a necessidade da perícia, pois a prova testemunhal não permite identificar a quantidade de decigramas de álcool no sangue.

E qual o problema em relação à ação penal do crime de embriaguez?

De acordo com o revogado parágrafo único do art. 291, da lei 9503/97, tanto o crime de “embriaguez ao volante”, como o delito de “participação em competição não autorizada” seriam de ação penal pública condicionada à representação (diante da remissão ao art. 88 da lei 9.099, que assim prevê).

Art. 88 da lei 9099. Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas.

Só que surgia a dúvida: quem iria oferecer a representação, se os crimes são de perigo?

A doutrina sempre desconsiderou essa norma, dizendo que esses delitos seriam crimes de ação penal pública incondicionada. Hoje, o parágrafo único do art. 291 foi alterado, transformando-se no §1º do art. 291.

Com a nova redação do art. 291 do CTB, não há mais dúvida quanto à espécie de ação penal no crime de embriaguez ao volante e no delito de participação em competição não autorizada: **AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA.**

## 6.5. Crimes Ambientais

### A ação penal será PÚBLICA INCONDICIONADA.

Se é caso de ação penal pública incondicionada, a peça acusatória será a denúncia. Nesse caso, é possível haver o oferecimento de denúncia contra pessoa jurídica?

Até pouco tempo atrás, vigorava, nos tribunais, a teoria da dupla imputação, que determina que também seja denunciada a pessoa física que atua em nome ou em benefício da pessoa jurídica.

#### Teoria da DUPLA IMPUTAÇÃO

Uma pessoa jurídica pode ser denunciada por crimes ambientais, desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu benefício.

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CRIMES CONTRA O MEIO AMBIENTE. DENÚNCIA. INÉPCIA. SISTEMA OU TEORIA DA DUPLA IMPUTAÇÃO. NULIDADE DA CITAÇÃO. PLEITO PREJUDICADO.

I - Admite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais **desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício, uma vez que "não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio"** cf. Resp nº 564960/SC, 5ª Turma, Rel. Ministro Gilson Dipp, DJ de 13/06/2005 (Precedentes).

II - No caso em tela, o delito foi imputado tão-somente à pessoa jurídica, não descrevendo a denúncia a participação de pessoa física que teria atuado em seu

nome ou proveito, inviabilizando, assim, a instauração da persecutio criminis in iudicio (Precedentes).

III - Com o trancamento da ação penal, em razão da inépcia da denúncia, resta prejudicado o pedido referente à nulidade da citação.

Recurso provido. STJ RMS 20601

**MUITA ATENÇÃO: ISSO MUDOU.** Tanto o STF quanto o STJ possuem precedentes recentes afastando a teoria. Confira: "Conforme orientação da 1ª Turma do STF, "O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação." (RE 548181, Relatora Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 6/8/2013, acórdão eletrônico DJe-213, divulg. 29/10/2014, public. 30/10/2014)." (STJ, RMS, DJ 06/08/2015).

A pessoa jurídica pode ser impetrante de *habeas corpus*? Sim, pode.

Mas é possível que a pessoa jurídica seja paciente de *habeas corpus*?

Há quem diga que sim.

**Para o STF, como a pessoa jurídica não é dotada de liberdade de locomoção, não pode figurar com paciente em *habeas corpus*, mesmo que esse *habeas corpus* tenha sido impetrado por uma pessoa física com ela denunciada. Julgado: STF HC 92921<sup>48</sup>**

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME AMBIENTAL. HABEAS CORPUS PARA TUTELAR PESSOA JURÍDICA ACUSADA EM AÇÃO PENAL. ADMISSIBILIDADE. INÉPCIA DA DENÚNCIA: INOCORRÊNCIA. DENÚNCIA QUE RELATOU a SUPOSTA AÇÃO CRIMINOSA DOS AGENTES, EM VÍNCULO DIRETO COM A PESSOA JURÍDICA CO-ACUSADA. CARACTERÍSTICA INTERESTADUAL DO RIO POLUÍDO QUE NÃO AFASTA DE TODO A COMPETÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA E BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. EXCEPCIONALIDADE DA ORDEM DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ORDEM DENEGADA.

I - Responsabilidade penal da pessoa jurídica, para ser aplicada, exige alargamento de alguns conceitos tradicionalmente empregados na seara criminal, a exemplo da culpabilidade, estendendo-se a elas também as medidas assecuratórias, como o *habeas corpus*. II - **Writ que deve ser havido como instrumento hábil para proteger pessoa jurídica contra ilegalidades ou abuso de poder quando figurar como co-ré em ação penal que apura a prática de delitos ambientais, para os quais é cominada pena privativa de liberdade.** III - Em crimes societários, a denúncia deve pormenorizar a ação dos denunciados no quanto possível. Não impede a ampla defesa, entretanto, quando se evidencia o vínculo dos denunciados com a ação da empresa denunciada. IV - Ministério Público Estadual que também é competente para desencadear ação penal por crime ambiental, mesmo no caso de curso d'água transfronteiriços. V - Em crimes ambientais, o cumprimento do Termo de Ajustamento de Conduta, com conseqüente extinção de punibilidade, não pode servir de salvo-conduto para que o agente volte a poluir. VI - **O trancamento de ação penal, por via de *habeas corpus*, é medida excepcional, que somente pode ser concretizada quando o fato narrado evidentemente não constituir crime, estiver extinta a punibilidade, for manifesta a ilegitimidade de parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal.** VII - Ordem denegada.

## **6.6. Ação penal do crime de lesão corporal leve praticado mediante violência doméstica ou familiar contra a mulher (Lei Maria da Penha, nº 11340)**

A agressão contra namorada configura violência doméstica ou familiar contra a mulher? Antigamente, o STJ entendia que não, mas recentemente entendeu que pode ser, a depender do caso concreto, com fundamento no inciso III do art. 5º da lei 11.340.

Art. 5º da lei 11.340. Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em **qualquer relação íntima de afeto**, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, **independentemente de coabitação.**

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

COMPETÊNCIA. AGRESSÃO. NAMORO.

O disposto na Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) **pode ser aplicável às relações entre namorados, dependendo tal medida de análise do caso concreto.** Para tal incidência da Lei Maria da Penha, deve-se comprovar a convivência duradoura, afastando-se o vínculo eventual, efêmero. Precedente citado: CC 85.425-SP. STJ - CC 91.979-MG. (fevereiro 2009)

Qual a espécie de ação penal?

Surge um conflito entre as normas da lei dos Juizados e a lei Maria da Penha.

<sup>48</sup> Cuidado, pois esse julgado é meio obscuro, dando a entender que o HC pode ser impetrado em favor da pessoa jurídica, quando o entendimento do STF é que o HC deve ser impetrado em favor da pessoa física denunciada com ela por crimes ambientais.

Em regra, a lesão corporal leve (art. 129 do CP) é crime de ação penal pública condicionada à representação, por força do art. 88 da lei dos Juizados (9099/90).

Art. 88 da lei 9099. Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, **dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves** e lesões culposas.

O conflito surge a partir do cotejo entre esse dispositivo e o art. 41 da lei 11.340, que veda a aplicação da lei 9099 nos crimes da Lei Maria da Penha. Essa norma termina determinando a aplicação, no crime de lesão corporal leve qualificada pela violência doméstica, da ação prevista no art. 129, §9º do CP, genericamente, para os casos de lesão corporal leve<sup>49</sup>: ação penal pública incondicionada.

Art. 41 da lei 11340. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, **não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**

Contextualização Histórica: Antes da entrada em vigor da lei Maria da Penha, a maior revolta das vítimas era a aplicação da lei dos juizados, pois a agressão terminava sendo mensurada por cestas básicas. Por isso o legislador preocupou-se em **vedar expressamente a aplicação da lei 9099/95 nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.**

O problema é que o art. 16 da lei Maria da Penha diz que as ações são públicas condicionadas à representação (de modo a possibilitar a reconciliação do casal).

Art. 16. Nas **ações penais públicas condicionadas à representação** da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

É aí? Entendendo-se que não se aplica o art. 88 da lei 9099 (Juizados), a ação penal pública será incondicionada (pelo art. 129 §9º do CP) ou condicionada (pelo art. 16 da 11.340)?

**1ª corrente:** O art. 16 da lei Maria da Penha seria aplicável aos crimes de ação pública condicionada à representação diversos da lesão corporal leve. Ou seja, o crime de lesão corporal qualificada pela violência doméstica seria de ação pública incondicionada, como define o art. 129, §9º do CP.

**2ª Corrente:** Inicialmente, para o STJ, o crime de lesão corporal leve com violência doméstica ou familiar contra a mulher seria de ação penal pública incondicionada.

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LESÃO CORPORAL SIMPLES OU CULPOSA PRATICADA CONTRA MULHER NO ÂMBITO DOMÉSTICO. PROTEÇÃO DA FAMÍLIA. PROIBIÇÃO DE APLICAÇÃO DA LEI 9.099/1995. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. ORDEM DENEGADA.

1. A família é a base da sociedade e tem a especial proteção do Estado; a assistência à família será feita na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. (Inteligência do artigo 226 da Constituição da República).

2. As famílias que se erigem em meio à violência não possuem condições de ser base de apoio e desenvolvimento para os seus membros, os filhos daí advindos dificilmente terão condições de conviver sadiamente em sociedade, daí a preocupação do Estado em proteger especialmente essa instituição, criando mecanismos, como a Lei Maria da Penha, para tal desiderato.

3. **Somente o procedimento da Lei 9.099/1995 exige representação da vítima no crime de lesão corporal leve e culposa para a propositura da ação penal.**

<sup>49</sup> Art. 129 do CP. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

§ 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos.

4. **Não se aplica aos crimes praticados contra a mulher, no âmbito doméstico e familiar, a Lei 9.099/1995.** (Artigo 41 da Lei 11.340/2006).

5. **A lesão corporal praticada contra a mulher no âmbito doméstico é qualificada por força do artigo 129, § 9º do Código Penal e se disciplina segundo as diretrizes desse Estatuto Legal, sendo a ação penal pública incondicionada.**

6. A nova redação do parágrafo 9º do artigo 129 do Código Penal, feita pelo artigo 44 da Lei 11.340/2006, impondo pena máxima de três anos a lesão corporal qualificada, praticada no âmbito familiar, proíbe a utilização do procedimento dos Juizados Especiais, afastando por mais um motivo, a exigência de representação da vítima.

7. Ordem denegada. STJ HC 96992.

LEI MARIA DA PENHA. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. HC 106.805-MS.

Em se tratando de lesões corporais leves e culposas praticadas no âmbito familiar contra a mulher, a **ação penal é, necessariamente, pública incondicionada.** Precedentes citados: HC 84.831-RJ e REsp 1.000.222-DF. (fevereiro de 2009)

Posteriormente, o STJ (por meio da terceira seção: junção das 5ª e 6ª turmas), uniformizou seu posicionamento para entender que, a lesão corporal leve envolvendo violência doméstica ou familiar contra a mulher submete-se à **AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO:**

REPETITIVO. LEI MARIA DA PENHA. REsp 1.097.042-DF. Informativo STJ nº 424 – 22/02/2010

Para propositura da ação penal pelo MP, é **necessária a representação da vítima de violência doméstica nos casos de lesões corporais leves** (Lei Maria da Penha), pois se cuida de uma ação pública condicionada. Entender a ação como incondicionada resultaria subtrair da mulher ofendida o direito de livremente se relacionar com quem quer que seja escolhido como parceiro.

Ocorre que, no início de 2012 (fevereiro), no informativo n. 654, o **STF** pacificou, de uma vez por todas a situação, decidindo ser a ação penal **PÚBLICA INCONDICIONADA.** Confira-se:

#### **LEI MARIA DA PENHA E AÇÃO PENAL CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO. ADI 4424/DF**

Em seguida, o Plenário, por maioria, julgou procedente ADI para atribuir interpretação conforme a Constituição aos artigos 12, I; 16 e 41, todos da Lei 11.340/2006, e **assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão corporal, praticado mediante violência doméstica e familiar contra a mulher.** a) Preliminarmente, afastou-se alegação do Senado da República segundo a qual a ação direta seria imprópria, visto que a Constituição não versaria a natureza da ação penal. **Haveria, conforme sustentado, violência reflexa, uma vez que a disciplina do tema estaria em normas infraconstitucionais.** Salientou-se a evocação do princípio explícito da dignidade humana, bem como do art. 226, § 8º, da CF. b) No mérito, evidenciou-se que os dados estatísticos no tocante à violência doméstica seriam alarmantes, visto que, na maioria dos casos em que perpetrada lesão corporal de natureza leve, a mulher acabaria por não representar ou por afastar a representação anteriormente formalizada. Dessumiu-se que deixar a mulher — autora da representação — decidir sobre o início da persecução penal significaria desconsiderar a assimetria de poder decorrente de relações histórico-culturais, bem como outros fatores, tudo a contribuir para a diminuição de sua proteção e a prorrogar o quadro de violência, discriminação e ofensa à dignidade humana. **Entendeu-se não ser aplicável aos crimes glosados pela lei discutida o que disposto na Lei 9.099/95. Acentuou-se, entretanto, permanecer a necessidade de representação para crimes dispostos em leis diversas da 9.099/95, como o de ameaça e os cometidos contra a dignidade sexual.** Consignou-se que o Tribunal, ao julgar o HC 106212/MS (DJe de 13.6.2011), declarara, em processo subjetivo, a constitucionalidade do art. 41 da Lei 11.340/2006, no que afastaria a aplicação da Lei dos Juizados Especiais relativamente aos

crimes cometidos com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista.

**Diante disso, o STJ editou a súmula n. 542, que dispõe: “A ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada”.**

## 7. Questões Complementares

### 7.1. Ação Penal Popular

Ada Pelegrini admite as seguintes possibilidades de ação penal popular: **(i)** o *habeas corpus* e **(ii)** a faculdade de qualquer cidadão oferecer denúncia contra determinados agentes políticos por crimes de responsabilidade. **Esse não é o entendimento que prevalece.**

- **Habeas corpus** – O HC pode ser impetrado por qualquer pessoa, independentemente de sua capacidade.

Primeiro porque quando se fala em ação penal, estamos falando de uma ação em que se pede a condenação em uma pena privativa de liberdade a alguém. Por isso, tecnicamente, o *habeas corpus* não é uma ação penal, mas sim uma ação constitucional libertária (pois visa a preservação da liberdade de locomoção, e não a imputação de pena).

- **A faculdade de qualquer cidadão oferecer denúncia contra agentes políticos por crimes de responsabilidade**

Da mesma forma, tecnicamente não se trata de uma denúncia, mas sim de uma *noticia criminis* de crime de responsabilidade, pois o denominado crime de responsabilidade não é um crime propriamente dito, mas infração político-administrativa (imputa penas de perda de cargo público, ressarcimento ao erário, inelegibilidade etc.).

Se fosse uma denúncia propriamente dita, entraria em choque com a atual ordem constitucional, haja vista que a Constituição conferiu o exercício da ação penal pública privativamente ao Ministério Público. No entanto, sendo os crimes de responsabilidade meras infrações políticos-administrativas, não há que se falar em não recepção (como intentam alguns autores no fundamento de que a ação penal pública é privativa do MP).

Ademais, Pacelli lembra que em tal situação não se pode falar rigorosamente em ação penal, ainda que a terminologia adotada pela Constituição faça referência a “crimes de responsabilidade”.

### 7.2. Ação Penal Secundária

Ocorre a ação penal secundária quando as circunstâncias aplicadas ao caso concreto fazem variar a modalidade de ação penal a ser ajuizada, tal como se dá nos crimes contra a honra.

Essa ação penal secundária só tem importância em concurso.

A discussão está em saber se é possível haver ação penal secundária em casos de *crimes patrimoniais*.

Nos A ação penal é pública incondicionada, mas, a depender do caso concreto, pode variar o tipo de ação penal aplicável.

Ex: os crimes patrimoniais cometidos sem violência ou grave ameaça podem sofrer ação penal secundária, no caso em que passa a ser ação penal pública condicionada à representação:

Art. 182 do CP - Somente se procede mediante representação, se o crime previsto neste título é cometido em prejuízo:

- I - do cônjuge desquitado ou judicialmente separado;
- II - de irmão, legítimo ou ilegítimo;
- III - de tio ou sobrinho, com quem o agente coabita.

Art. 183 do CP- Não se aplica o disposto nos dois artigos anteriores:

- I - se o crime é de roubo ou de extorsão, ou, em geral, quando haja emprego de grave ameaça ou violência à pessoa;
- II - ao estranho que participa do crime.
- III - se o crime é praticado contra pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

### 7.3. Ação Penal Adesiva

Existem duas correntes que conceituam a ação penal adesiva:

- **Corrente Minoritária:** A primeira corrente defende que ocorre nas hipóteses de litisconsórcio ativo entre o MP (no crime de ação penal pública) e o querelante (no crime de ação penal privada), quando há *conexão* entre os crimes de ação penal pública e de ação penal privada. Expoente: Nestor Távora, isoladamente.

EXEMPLO: crime de furto (crime de ação penal pública) em conexão com o crime contra a honra (crime de ação penal privada).

- **Corrente Majoritária:** A segunda corrente, a predominante, diz que ação penal adesiva é o que se dá no direito alemão. A lei alemã diz que **em crimes de ação penal privada o MP pode promover a ação penal, desde que visualize um interesse público, hipótese em que o ofendido (ou seu representante legal) poderá intervir no processo como assistente**. Expoente: Tourinho Filho e Denilson Feitosa.

### 7.4. Ação penal indireta

No caso da ação penal privada subsidiária da pública, se o querelante for negligente (relapso, desidioso), o MP pode reassumir o pólo ativo da ação.

### 7.5. Ação Penal Pública de Natureza Extensiva

Será ação penal pública de natureza extensiva a ação penal que resulta da aplicação do art. 101 do CP:

Art. 101 do CP - Quando a lei considera como elemento ou circunstâncias do tipo legal fatos que, por si mesmos, constituem crimes, cabe ação pública em relação àquele, desde que, em relação a qualquer destes, se deva proceder por iniciativa do Ministério Público.

Esse artigo basicamente diz que, no caso de crime complexo (fusão de dois crimes), um deles sendo de ação penal privada e o outro de ação penal pública, a ação penal pública irá contaminar os dois crimes, e aí ambos serão processados por ação penal pública de natureza extensiva.

Assim, se um crime de ação penal privada ou de ação penal pública condicionada à representação possuir elementos ou circunstâncias que, por si só, sejam crimes de ação penal pública incondicionada, tal crime complexo também passará a ser de ação penal pública incondicionada.

### **7.6. Ação penal *ex officio* → *habeas corpus ex officio***

Nestor Távora diz que existem dois tipos de ação penal *ex officio*: o processo judicialiforme (não recepcionado pela CF/88) e o *habeas corpus* sem provocação (que ele considera trata-se de ação).

Art. 654, § 2º do CPP. Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de *habeas corpus*, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.

### **7.7. Ação de prevenção penal**

É a ação iniciada com o fito de aplicar ao demandado exclusivamente medida de segurança. Na própria denúncia, o MP deve requerer a absolvição imprópria do inimputável, para aplicar-lhe medida de segurança.