

5- DA AÇÃO PENAL

O direito de ação está previsto constitucionalmente. De acordo com a Carta Política de 1988, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (artigo 5º, inciso XXXV, da CF).

Assim, todo aquele que estiver diante de uma lesão ou ameaça de lesão a direito, poderá propor ao Poder Judiciário a respectiva ação com o objetivo de proteger tal direito.

No Direito Penal, o Estado detém o direito de punir. Com a realização da conduta criminosa, surge para o Estado, de forma potencial, o Direito de punir. Para concretizar o Direito de punir, o Estado deve promover o respectivo processo judicial, isto é, deve ele exercer o Direito de ação.

O Direito de ação não se confunde com o direito buscado, isto é, com o direito pretendido. Assim, o direito de a ação não se confunde com o direito de punir que é pretendido pelo Estado.

Observe, **por exemplo**, o proprietário de um imóvel dado em locação. Quando o inquilino deixa de pagar os alugueres, surge para o proprietário o direito aos alugueres não pagos, bem como, diante da rescisão contratual, o de reaver a propriedade. Este o seu direito subjetivo material (direito pretendido). Para tanto, necessitará se valer do direito de ação, isto é, do direito de propor ao Judiciário a respectiva ação com o intuito de, por meio de sentença, obter o pagamento dos alugueres e reaver seu imóvel.

Portanto, não se pode confundir o direito buscado com o direito de ação. No caso do Estado, quando alguém comete um crime, surge para ele o direito de punir, o qual só será alcançado por meio da respectiva ação penal.

De acordo com Luiz Regis Prado¹, a **ação penal** consiste na faculdade de exigir a intervenção do poder jurisdicional do Estão para a investigação de sua pretensão punitiva no caso concreto.

Brilhante, todavia, em que pese simples, a conceituação dispensada por Guilherme de Souza Nucci². Para ele, **ação penal** é o direito de pleitear ao Poder Judiciário a aplicação da lei penal ao caso concreto, fazendo valer o poder punitivo do Estado em face do cometimento de uma infração penal.

De tais conceitos retiramos o **caráter instrumental** da ação penal. Ela é o instrumento para se alcançar a aplicação da lei penal. Não é possível aplicar-se a

¹ Comentários ao Código Penal – Editora RT.

² Manual de Direito Penal – Editora RT.

lei penal, sem que se tenha valido da ação penal. Portanto, o Direito de ação penal é um instrumento para alcança a aplicação da lei penal ao caso concreto.

Antes, todavia, de nos enveredarmos na ação penal, devemos tratar do direito de punir. Assim, no próximo item falaremos do direito de punir, que, como já visto, não se confunde com o instrumento para sua concreção: Ação Penal.

5.1 – DO DIREITO DE PUNIR.

Diante da prática de um crime, surge para o Estado o Direito de punir. Tal direito ainda é uma potencialidade, já que depende do exercício do direito de ação penal, ocasião em que ao acusado dar-se-á oportunidade à ampla defesa e ao contraditório.

Quando, por meio do processo penal, o Estado obtém uma sentença penal condenatória transitada em julgado, o direito de punir que era potencial passa a ser concreto, podendo, com isso, o Estado executar o comando da sentença, isto é, a pena.

O direito de punir, entretanto, não pode ser entendido somente como o direito de aplicar pena. Quando, aqui, falamos em direito de punir, estamos querendo dizer que o Estado tem o direito de ao infrator dar a resposta jurídico-penal cabível. Eventualmente, da aplicação da lei penal não decorrerá a aplicação de pena.

Observe o caso do inimputável por doença mental. A ele não será aplicada pena, mas aplicando-se a lei penal, estabelecer-se-á ao acusado medida de segurança, que, apesar de ser consequência jurídico-penal, não é pena.

Portanto, absolutamente acerta a conceituação dada por Guilherme de Souza Nucci à ação penal. Segundo o mestre, **ação penal** é o direito de pleitear ao Poder Judiciário a aplicação da lei penal ao caso concreto, fazendo valer o poder punitivo do Estado em face do cometimento de uma infração pena.

Quanto, então, se fala em direito de punir, o que se quer expressar é a pretensão que tem o Estado, por meio da aplicação da lei penal, impor ao transgressor da norma penal sua consequência jurídica, isto é, pena ou medida de segurança.

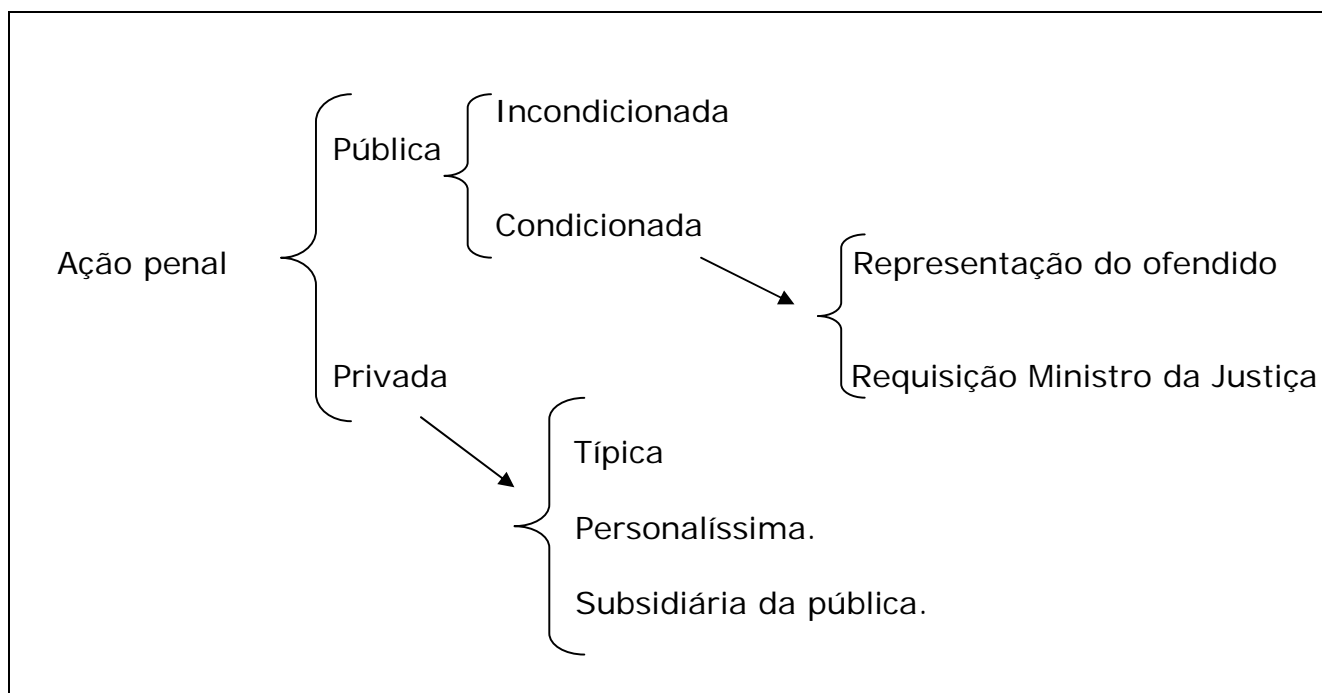
Assim, o **direito de punir** é o Direito que possui o Estado de, ao transgressor da norma penal, aplicar pena ou medida de segurança. **Aqui, a pretensão punitiva.**

5.2 – ESPÉCIES DE AÇÃO PENAL.

De acordo com o que dispõe o nosso legislador, a ação penal pode ser pública, incondicionada ou condicionada, ou privada. Primeiramente, vamos dispensar

atenção aos titulares das ações penais para, posteriormente, tratarmos de cada uma delas.

No entanto, observe o quadro abaixo para visualizar o tema.



5.2.1 – TITULARES DO DIREITO DE AÇÃO.

Por meio da ação penal busca-se satisfazer o direito de punir. Este sempre será estatal. Portanto, só o Estado tem o direito de punir. De regra, o direito de ação é exercido pelo titular do direito pretendido. Se a pretensão é punitiva, o Estado deterá o direito de ação penal que busca satisfazer tal pretensão.

Quando o Estado tem o direito de ação, diz-se que a **ação penal é pública**. A ação penal pública será promovida (exercida) pelo Estado junto ao Poder Judiciário por meio de uma instituição que muito já ouvimos falar, que é o Ministério Público.

De acordo com a Constituição Federal, é função institucional do Ministério Público, promover, privativamente, a ação penal pública³.

3

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

Assim, o Ministério Público é o titular da ação penal pública.

Em outras oportunidades, o Estado detentor do direito de punir abre mão do direito de ação penal, deixando ao arbítrio do particular o interesse de promovê-la ou não. **Aqui, a ação penal privada**. Assim, em que pese o direito pretendido (a pretensão punitiva) ser estatal, o direito de ação cabe ao ofendido ou seu representante legal.

Portanto, titular do direito de ação, quando privada, será o ofendido (sujeito passivo da infração penal) ou seu representante legal.

Síntese conceitual:

Ação penal pública = titular Ministério Público.

Ação penal privada = titular o ofendido ou seu representante legal.

Atenção: Para todas as ações penais, pública ou privada, necessário que estejam presentes dois requisitos mínimos, ou seja, **1- indícios de autoria e 2- prova da materialidade delitiva**. Necessário, portanto, que haja prova de que houve um crime e indícios de que alguém foi seu autor. Só assim é possível a propositura de qualquer ação penal.

Agora, pressupondo a coexistência dos requisitos mínimos, vamos tratar de cada uma das ações penais, pública e privada. Este tema exige muita atenção, já que constantemente é objeto de questionamento.

5.2.2 – DA AÇÃO PENAL PÚBLICA.

O Estado, por meio do Ministério Público, exercerá o direito de ação penal em busca da satisfação de sua pretensão punitiva. Assim, aqui age em nome próprio defendendo direito próprio.

Sabemos que a ação penal pública pode ser incondicionada ou condicionada. Quando o legislador silencia, a ação penal é pública incondicionada. Quando, portanto, pretende estabelecer uma das condições, expressamente o diz.

De regra, as ações penais são públicas incondicionadas. É o que preceitua o artigo 100 do CP, cuja literalidade segue.

Ação pública

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

§ 1º - 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.

Tanto a incondicionada, como a condicionada, será promovida pelo Ministério Público. Trataremos delas separadamente. Primeiro, da incondicionada e, posteriormente, da condicionada.

5.2.2.1 – DA AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA.

Quando o legislador silencia, a ação penal é pública incondicionada. Portanto, basta que presentes estejam os requisitos mínimos, ou seja, indícios de autoria e prova da materialidade delitiva, para que a ação penal seja proposta.

A ação penal pública incondicionada será regrada pelos seguintes princípios: 1)- obrigatoriedade; 2)- indisponibilidade; 3)- oficialidade.

1)-OBRIGATORIEDADE: Desde que presentes os requisitos mínimos, o titular da ação penal (Ministério Público) não atuará discricionariamente. Deve, peremptoriamente, iniciar a ação penal. Não lhe cabe fazer juízo de conveniência e oportunidade. No caso, o seu atuar é vinculado (não há discricionariedade) no sentido de que não tem outra coisa a fazer que não seja promover a ação penal cabível. Assim, se o Ministério Público tiver elementos (no inquérito policial ou peças informativas) para iniciar a ação penal, deverá fazê-lo, pois a ação não é dele e sim do Estado.

2)-INDISPONIBILIDADE: Iniciada a ação penal com o oferecimento da denúncia, não pode dela desistir o Ministério Público⁴. Todavia, não está ele proibido de, após a produção das provas, requerer a absolvição do acusado.

3)-OFICIALIDADE: a persecução penal (início do inquérito policial e da ação penal pública) cabe a órgãos do Estado. Assim, a ação penal pública só terá início por meio de proposta do Ministério Público. Excepcionalmente, com a inércia do órgão oficial de acusação, o ofendido ou seu representante legal poderá manejar a ação penal privada subsidiária da pública. Esta, de índole constitucional.

No caso da ação penal pública incondicionada, não há dificuldade.

5.2.2.2 – DA AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA.

⁴ Artigo 42 do CPP : “O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.”

Agora vamos tratar da ação penal pública condicionada. O legislador em determinadas oportunidades exige, para o exercício do direito de ação, o preenchimento de algumas condições. De acordo com a letra da lei, as condições da ação penal pública são: 1- representação do ofendido ou de seu representante legal ou 2- requisição do Ministro da Justiça.

Ação pública

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

§ 1º - 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**.

As condições da ação penal pública não são cumulativas, mas sim alternativas. Portanto, o legislador exige uma ou outra condição para o exercício do direito de ação.

Atenção: O titular do direito de ação continua sendo o Estado, o qual será representando por seu órgão institucional: Ministério Público.

Tratemos, nas linhas seguintes, de cada uma das condições da ação penal.

5.2.2.3 – DA REQUISIÇÃO DO MINISTRO DA JUSTIÇA.

Em determinadas hipóteses o legislador exige a intervenção do Poder Executivo da União para que se possa dar início à ação penal pública. Assim, em raras hipóteses, o Ministro da Justiça poderá requisitar ao Ministério Público a ação penal. A requisição é ato discricionário, político. Poderá ser feita ou não, ao arbítrio do seu titular: o Ministro da Justiça.

O Ministério Público, por sua vez, estando preenchida a condição, passará a analisar se presentes estão os requisitos mínimos para a ação penal. Se também presentes, a ele não cabe fazer juízo de valor, pois a ação penal pública é obrigatória.

Disso, todavia, não podemos concluir que a requisição do Ministro da Justiça condiciona, vincula o Ministério Público. Este só estará obrigado a propor a ação se presentes os requisitos necessários para tanto.

A requisição do Ministro da Justiça, além de discricionária, não respeita prazo decadencial, isto é, a ela não se aplica o prazo decadencial dirigido aos titulares do direito de representar e de oferecer queixa-crime.

Portanto, apesar de ser condição de ação, como o é a representação do ofendido ou de seu representante legal, à requisição do Ministro da Justiça não se aplica o prazo decadencial previsto no artigo 103 do CP⁵.

Como foi falado, em raras hipóteses o legislador exige a requisição do Ministro da Justiça como condição da ação penal. Assim ocorre nos casos de crime contra a honra do Presidente da República (artigo 145, parágrafo único do CP) e nos crimes praticados por estrangeiro, no exterior, contra brasileiro (artigo 7º, parágrafo 3º, "b", do CP).

Síntese conceitual:

Requisição do Ministro da Justiça:

- 1- Ato político, discricionário.
- 2- Não vincula o condiciona o Ministério Público.
- 3- Não respeita prazo decadencial.

Atenção: Apesar de não respeitar ou estar vinculada a prazo decadencial, a requisição do Ministro da Justiça **deve respeitar o prazo prescricional**, do qual falaremos quando formos tratar das causas extintivas da punibilidade (artigo 107, inciso IV, do CP).

5.2.2.4 – DA REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO.

Em determinadas situações, apesar de não privar o Estado do direito de ação, o legislador condiciona o seu exercício pelo Ministério Público à representação do ofendido (vítima) ou de seu representante legal.

Representação, então, é manifestação de vontade (ato jurídico) da vítima ou de seu representante legal no sentido de permitir o início da ação penal pelo Ministério Público.

Em que pese a lei aparentemente exigir forma rígida para a exteriorização do ato de representação (artigo 39 do CPP), a jurisprudência e a doutrina são uniformes

5

Decadência do direito de queixa ou de representação

Art. 103 - Salvo disposição expressa em contrário, o ofendido decai do direito de queixa ou de representação se não o exerce dentro do prazo de 6 (seis) meses, contado do dia em que veio a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do § 3º do art. 100 deste Código, do dia em que se esgota o prazo para oferecimento da denúncia.

CURSOS ON-LINE – DIR. PENAL – CURSO BÁSICO
PROFESSOR JÚLIO MARQUETI

em afirmar que basta que haja manifestação inequívoca de vontade por parte do ofendido no sentido de processar o autor do crime, sendo dispensado qualquer requisito rígido de forma.

Sem a manifestação de vontade do ofendido ou de seu representante legal o Ministério Público não pode propor a ação penal. A ação penal pública condicionada à representação do ofendido está prevista no artigo 100, parágrafo 1º, do CP, como também no artigo 24 do CPP. Observe abaixo a redação de tais dispositivos.

Ação pública e de iniciativa privada

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

§ 1º - 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.

DA AÇÃO PENAL.

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.

Todavia, a lei estabelece um prazo para que a representação seja ofertada. O direito de representar não ficará eternamente à disposição do ofendido ou de seu representante legal.

A representação, de acordo com o disposto nos artigos 103 do CP e 38 do CPP, deverá ser oferecida, salvo expressa disposição em sentido contrário, no prazo de **06 (seis) meses** a contar do dia em que o ofendido ou seu representante legal veio a saber quem é o autor do crime. Caso não represente no prazo legal, ocorrerá a decadência, ou seja, a perda do direito de fazê-lo

Decadência do direito de queixa ou de representação

Art. 103 - Salvo disposição expressa em contrário, o ofendido decai do direito de queixa ou de representação se não o exerce dentro do prazo de 6 (seis) meses, contado do dia em que veio a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do § 3º do art. 100 deste Código, do dia em que se esgota o prazo para oferecimento da denúncia.

CURSOS ON-LINE – DIR. PENAL – CURSO BÁSICO
PROFESSOR JÚLIO MARQUETI

Art. 38 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 6 (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.

Decurso do prazo e sua consequência jurídica: O decurso do prazo, sem que o ofendido ou seu representante legal se manifeste, levará à **decadência**⁶ que é a perda do direito de ação. Perde-se o direito de ação, uma vez que o Ministério Público só poderia promovê-la quando presente a representação. Se não mais é possível a representação, já que escoou o prazo legal, o Ministério Público não poderá mais promover a ação penal. Deu-se, no caso, a decadência, causa extintiva da punibilidade (artigo 107, inciso IV, do CP).

A respeito do tema, observe a questão abaixo, deixando de lado o conceito de preempção.

TC SP – AGENTE DE FISCALIZAÇÃO – 2005 – ADMINISTRATIVO.
43- A perda do direito de representar ou de oferecer queixa, em razão do decurso do prazo fixado para o seu exercício, e o de continuar a movimentar a ação penal privada, causada pela inércia processual do querelante, configura respectivamente:
a- decadência e preempção.
b- prescrição e preempção.
c- prescrição e decadência.
d- preempção e decadência.
e- decadência e prescrição.
Gabarito oficial: A

Titulares do Direito: São titulares do direito de representar **o ofendido ou seu representante legal**.

⁶ Para Guilherme de Souza Nucci, decadência é a perda do direito de agir, pelo decurso de determinado lapso temporal, estabelecido em lei, provocando, assim, a extinção da punibilidade do agente. (in Código de Processo Penal Comentado – Editora RT – 5ª edição).

CURSOS ON-LINE – DIR. PENAL – CURSO BÁSICO
PROFESSOR JÚLIO MARQUETI

O representante legal, todavia, só poderá exercer o direito quando o ofendido, pela menoridade ou incapacidade outra, não tiver condições de praticar ato jurídico.

Não podemos nos esquecer que a maioridade civil plena é adquirida pelo indivíduo logo que completados 18 anos de idade. Assim, tendo em conta alteração efetivada pelo novo Código Civil, não há mais motivo para tratamento distinto àquele que é menor de 21 e maior de 18 anos. Completados 18 anos de idade, desde que capaz, não há que se falar em representante legal.

Independência do direito: Se incapaz o ofendido, o direito de representar será de seu representante legal. Este disporá de 06 meses (salvo expressa disposição legal em sentido contrário) para representar, caso ainda incapaz o ofendido, pois se a incapacidade deixar de existir antes de decorridos os 06 meses, a representação não mais existirá. O ofendido então contará agora com o prazo de 06 meses à sua disposição, desde o momento em que deixou de ser incapaz.

Sucedores: São sucessores do ofendido no direito de representar o seu cônjuge, seu ascendentes, seu descendente ou irmão (CADI). Estes, sem que se imponha a obediência à ordem descrita no artigo 24, parágrafo único, do CPP, poderão sucedê-lo quando o ofendido falecer ou for declarado judicialmente ausente.⁷

A possibilidade de sucessão decorre de interpretação analógica do disposto no artigo 100, parágrafo 4º, do CP. Em tal dispositivo o legislador prevê a sucessão quando do direito de queixa. Silencia, no entanto, quanto o direito de representar. O legislador processual, mais cauteloso, não incidiu no mesmo erro. Assim, o atual Código de Processo Penal prevê a sucessão do direito de representar no parágrafo único do artigo 24.

Tais dispositivos seguem abaixo para confronto.

Artigo 100 do CP.

§ 4º - No caso de morte do ofendido ou de ter sido declarado ausente por decisão judicial, **o direito de**

⁷ A declaração judicial de ausência ocorre quando determinado indivíduo abandona o seu lar, seu convívio social por um lapso de tempo (duradouro), oportunidade em que, para transmissão de seus bens entre os sucessores, é tido como morto (morte civil).

oferecer queixa ou de prosseguir na ação passa ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

Art. 24 do CPP. 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.

§ 1º No caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, **o direito de representação** passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

Procurador: O direito de representar poderá ser exercido pelo ofendido ou por seu representante legal pessoal e diretamente, como também por meio de procurador. Neste caso, o instrumento de procuração (outorga de mandato) deverá trazer poderes específicos para o exercício da representação (artigo 39 do CPP).

Curador especial: O artigo 33 do CPP, que trata da curatela especial na queixa-crime, será, valendo-se da analogia, aplicado aos casos de representação. Assim, o direito de representar poderá ser exercido por curador especial, nomeado pelo juiz, “ex officio” ou a pedido do Ministério Público ou do próprio ofendido, quando os interesses deste colidirem com os interesses de seu representante legal (ex: crime praticado pelo representante legal contra o seu pupilo).

Atenção: Observe quando o representante legal ou alguém que lhe seja muito próximo tenha praticado crime contra o representado. É certo que aquele não terá interesse em autorizar o Ministério Público a processá-lo ou a processar aquele lhe é próximo. Nestes casos, o juiz nomeará curador especial ao ofendido.

Haverá a curatela especial também no caso do incapaz não possuir representante legal (vide artigo 33 do CPP).

Retratação: a representação é passível de retratação até antes do oferecimento da denúncia pelo Ministério Público. A retratação nada mais é que a manifestação de desejo de não processar o autor do crime.

Após o **oferecimento** da denúncia, tornou-se impossível a retratação, pois a ação penal proposta é pública e, com isso, indisponível. A possibilidade de

retratação está prevista nos artigos 102 do CP e 25 do CPP, que seguem transcritos abaixo.

Irretratabilidade da representação.

Art. 102 - A representação será irretratável depois de oferecida a denúncia.

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

Observe você que tais dispositivos na realidade trazem uma proibição, isto é, determinam a irretratabilidade da representação após o oferecimento da denúncia e, por via reflexa, nos indicam a possibilidade de retratação ainda que não oferecida denúncia pelo Ministério Público.

Lembre-se você daquelas observações que foram feitas quando analisamos a preclusão temporal para a obtenção da benesse legal prevista no artigo 16 do CP. Naquela oportunidade, abrimos um parêntese para tratarmos de matéria processual penal, com o intuito de sabermos até quando poderia haver a restituição da coisa ou a reparação do dano para que o agente viesse a ser beneficiado pelo arrependimento posterior previsto no artigo 16 do CP.

Aqui, necessário que nos remetamos àquelas anotações (item 3.7.2), com o intuito de, agora, sabermos até que momento é possível a retratação da representação. Assim, abaixo segue a parte daquele texto que nos interessa.

DA DENÚNCIA E DA QUEIXA-CRIME :

O processo penal pode ser iniciado no fórum por iniciativa do Promotor de Justiça (ação penal pública) ou pela vítima (ação penal privada). A eles caberá protocolar no fórum o pedido para o processo ser iniciado contra determinada pessoa. Esse pedido tem o nome de DENUNCIA, na ação penal pública, e de QUEIXA-CRIME, na ação penal privada.

A ação penal, pública ou privada, será manejada por seu titular (titular do direito de agir). A este caberá levar a querela ao Poder Judiciário. Este só se manifestará se provocado. A provocação, por sua vez, efetivar-se-á por meio do exercício do direito de ação. Para tanto, isto é, para promover a respectiva ação penal, caberá aos titulares do direito de agir formularem a DENUNCIA, no caso de ação penal pública (movida pelo Ministério Público), ou a QUEIXA-CRIME, caso privada a ação penal (movida pelo ofendido ou por seu representante legal). Assim, portanto, a DENUNCIA e a QUEIXA-CRIME são as peças inaugurais do processo penal. A primeira, relativa à ação penal pública e a segunda à ação penal privada.

O direito de ação (jus postulandi) é, no direito processual penal, exercido por meio da DENÚNCIA e da QUEIXA- CRIME. Entretanto, não podemos nos esquecer que eventual processo depende da existência de requisitos mínimos para que nasça validamente. Portanto, sempre deverão estar presentes: 1)- indícios suficientes de autoria; e 2)- prova da materialidade delitiva.

Os requisitos da denúncia e da queixa-crime estão elencados no artigo 41 do CPP, cuja literalidade é a seguinte: Artigo 41 do CPP : “A denúncia ou a queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas”.

OFERECIDA (protocolada no fórum) a denúncia pelo Ministério Público, na ação penal pública, ou a queixa-crime pelo ofendido ou seu representante legal (a vítima = particular), caberá ao juiz analisar se é realmente o caso de processar alguém. Nesse momento ele, juiz, apreciará os requisitos dos pedidos que lhe foram feitos. Admitindo o processo, o juiz receberá a denúncia ou a queixa-crime, determinando que se inicie o processo.

Observe que a retratação (retirada da representação) pode ser efetivada até o oferecimento da denúncia. Caso o Ministério Público já a tenha oferecido (protocolada ou distribuída), não mais é possível a retratação da representação.

O momento preclusivo não é o recebimento da denúncia, mas sim o seu **oferecimento pelo Ministério Público**. Muita atenção a este detalhe já que constantemente as organizadoras dos concursos buscam, nas questões objetivas, confundir o candidato⁸.

8

Analista do BACEN – 2005 – FCC.

26- Nos crimes de ação penal pública condicionada, a representação do ofendido é:

- a- retratável até o trânsito em julgado da sentença condenatória.
- b- Irretratável.
- c- irretratável após o oferecimento da denúncia.
- d- retratável desde que haja concordância do réu.
- e- irretratável após o recebimento da denúncia.

Gabarito oficial: C.

Poderá a retratação ser objeto de retratação, isto é, o ofendido representa, retrata-se posteriormente (antes do oferecimento de denúncia), e, mais à adiante, retrata-se da retratação, isto é, resolve novamente processar o réu. Neste último caso, necessário que a retratação da retratação seja efetivada dentro do prazo decadencial.

Síntese conceitual:

Representação: ato jurídico por meio do qual se dá ao titular do direito de ação a autorização para propor a ação penal que, apesar de pública, é condicionada.

Forma: Não necessita de forma rígida, basta que represente de forma inequívoca a vontade do ofendido ou de seu representante legal.

Prazo: Os titulares terão, salvo expressa disposição legal em sentido contrário, o prazo de 06 meses a contar de quando souberam quem é o autor do crime.

Natureza do prazo: O prazo é decadencial e seu decurso sem manifestação gera a perda do direito de ação.

Retratação da representação: é a retirada representação (desiste de processar o autor do crime). A retratação pode ocorrer **até o oferecimento da denúncia**.

5.2.3 – DA AÇÃO PENAL PRIVADA.

“A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido”. É o que dispõe o artigo 100 do CP. Das letras da lei, extrai-se a regra e a exceção. De regra, Pública; excepcionalmente, privada. No silêncio do legislador, a ação penal será pública.

O legislador quando fala em ação penal privada, o faz de forma peculiar. Em algumas oportunidades, afirma que tais crimes serão apurados mediante queixa-crime (peça acusatória inicial da ação penal privada); noutras diz que tais crimes serão apurados mediante ação penal de iniciativa do ofendido.

O certo, no entanto, é que a lei penal que definirá qual será a ação penal, pública ou privada. No silêncio, pública.

Quando a ação penal é privada, ocorre uma anomalia, já que o titular do direito de ação, o ofendido, não é o titular do direito buscado, pretendido, ou seja, do direito de punir (pretensão punitiva). Assim, promoverá em nome próprio ação para a tutela de direito alheio.

Nosso estudo será dividido em duas partes. Primeiro falaremos da ação penal privada típica, onde, salvo a possibilidade de sucessão, que veremos de forma detida, tudo se aplica à ação penal personalíssima. Posteriormente, vamos dispensar atenção à ação penal privada subsidiária da pública.

Síntese conceitual:

Ação Penal Pública = Ministério Público = denúncia (peça inicial).

Ação Penal Privada = ofendido = queixa-crime (peça inicial).

5.2.3.1 – DOS TITULARES DA AÇÃO PENAL PRIVADA.

De acordo com a lei, o direito de propor a ação penal privada é do ofendido ou de seu representante legal. Portanto, titular do direito de ação é o ofendido e, quando incapaz, será titular o seu representante legal. Ambos os titulares para a propositura da ação penal, valer-se-ão da queixa-crime. Esta é a peça inicial acusatória da ação penal privada. É o que se extrai do artigo 100, parágrafo 2º, do CP.

Ação pública e de iniciativa privada

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

§ 1º.

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

Enquanto na ação penal pública o Ministério Público se vale da DENÚNCIA. Aqui, na ação penal privada, os seus titulares utilizar-se-ão da QUEIXA-CRIME. Tais peças estrutural e substancialmente são idênticas. A distinção está no nome, nos subscritores e na ação penal que darão causa.

Assim, são **titulares** da ação penal privada o **ofendido ou quem tenha qualidade para representá-lo**. A titularidade também vem reconhecida no artigo 30 do CPP, cuja literalidade segue abaixo.

Art. 30. Ao ofendido ou a quem tenha qualidade para representá-lo caberá intentar a ação privada.

CURSOS ON-LINE – DIR. PENAL – CURSO BÁSICO
PROFESSOR JÚLIO MARQUETI

Quando o ofendido for pessoa jurídica, deverá ela, para promover a respectiva ação penal, ser representada por quem determina os estatutos ou contratos sociais, ou, no silêncio, pelos seus diretores ou sócios-gerentes⁹.

Sucessores: No caso morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou de prosseguir na ação já proposta passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão (CADI). É o que dispõe os artigos 100, parágrafo 4º do CP e 31 do CPP.

Atenção: Na ação penal privada personalíssima, não se admite a sucessão. Falecendo o titular do direito de ação, não será possível a sucessão. Segundo Fernando Capez (curso de Direito Penal – Parte Geral – Editora Saraiva), há hoje apenas um crime que é de ação penal personalíssima, uma vez que, o crime de adultério (artigo 240, parágrafo 2º do CP), seu congêneres foi revogado. Assim, restou somente o crime de Induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento (artigo 236 do CP) como crime de ação penal personalíssima.

Curador especial: O artigo 33 do CPP prevê que o direito de queixa poderá ser exercido por curador especial, nomeado pelo juiz, “ex officio” ou a pedido do Ministério Público ou do próprio ofendido, quando os interesses deste colidirem com os interesses de seu representante legal (ex: crime praticado pelo representante legal contra o seu pupilo).

Atenção: Observe quando o representante legal ou alguém que lhe seja muito próximo tenha praticado crime contra o ofendido. É ilógico dar a ele representante legal titularidade de uma ação que pode ser movida contra ele ou contra aquele lhe é próximo. Nestes casos, o juiz nomeará curador especial ao ofendido.

Haverá a curatela especial também no caso do incapaz não possuir representante legal (vide artigo 33 do CPP).

Atenção: Não se admite curatela especial nos crimes de ação penal privada personalíssima, já que, se incapaz o ofendido, o prazo decadencial só começará a

⁹ 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.

fluir do momento em que cessa a incapacidade. Não se admite em tais crimes a intervenção de representante legal.

5.2.3.2 – DO PRAZO DECADENCIAL.

Salvo expressa disposição legal em sentido contrário, o ofendido ou seu representante legal disporá de **06 meses** para oferecer a queixa-crime. Caso, não o faça no prazo, operar-se-á a **decadência**. Ocorrerá, daí, a perda do direito de ação, o que motiva a extinção da punibilidade (artigo 107, IV, do CP).

A respeito do prazo o legislador se ocupa nos artigos 103 do CP e 38 do CPP, cuja literalidade segue.

Decadência do direito de queixa ou de representação

Art. 103 - Salvo disposição expressa em contrário, o ofendido decai do **direito de queixa** ou de representação se não o exerce dentro do prazo de 6 (seis) meses, contado do dia em que veio a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do § 3º do art. 100 deste Código, do dia em que se esgota o prazo para oferecimento da denúncia.

Art. 38. 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 6 (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

Início da contagem: O prazo será contado a partir do momento em que o ofendido ou, no caso de incapacidade, o seu representante legal, tomou conhecimento da autoria do crime. Assim, o prazo não flui do momento em que o crime ocorreu. **Fluirá de quando é conhecida a autoria do ilícito.** Como o prazo atinge o direito de punir, tem ele natureza material (Penal) e, com isso, aplica-se, na contagem a regra insculpida no artigo 10 do CP¹⁰, ou seja, inclui-se

¹⁰ **Contagem de prazo**

na contagem o dia do começo. (exemplo: tomou conhecimento da autoria no dia de hoje às 23:30 horas, o dia de hoje já é contado).

Independência do direito: Se incapaz o ofendido, o direito de oferecer a queixa será de seu representante legal. Este disporá de 06 meses (salvo expressa disposição legal em sentido contrário) para propor a ação penal privada, caso ainda incapaz o ofendido, pois se a incapacidade deixar de existir antes de decorridos os 06 meses, a representação não mais existirá. O ofendido então contará agora com o prazo de 06 meses à sua disposição, desde o momento em que deixou de ser incapaz.

5.2.3.3 – DOS PRINCÍPIOS DA AÇÃO PENAL PRIVADA.

Aqui, dispensaremos atenção aos princípios (regras que dão norte) que regem a ação penal privada. Trataremos daqueles em que a doutrina é uniforme. Não é nosso objetivo aqui entrar em embate doutrinário sobre o tema.

São três os princípios que norteiam a ação penal privada. São eles: oportunidade ou conveniência; disponibilidade e indivisibilidade. Falaremos de cada um deles.

A **oportunidade ou conveniência** se manifesta ao dar o legislador ao ofendido liberdade de escolha. Caberá a ele, só a ele se capaz, ou a seu representante legal, o juízo de valor acerca da oportunidade e conveniência de se propor a ação penal privada. O ofendido poderá abrir mão do direito de ação por meio da **decadência** (decurso do prazo decadencial) ou da **renúncia** ao direito de queixa. Diferentemente do que ocorre na ação penal pública, onde ao Ministério Público não se dá qualquer liberdade. Presentes os requisitos, é seu dever propor a ação penal pública.

Quando já proposta a ação penal privada, poderá o ofendido ou seu representante legal dela dispor, bastando, para tanto, que não exista sentença penal transitada em julgado. A **disponibilidade** se manifesta quando se dá ao ofendido a possibilidade de oferecer o **perdão** ao querelado ou quando por desleixo ocorre a **perempção**. As hipóteses de perempção estão arroladas no artigo 60 do CPP¹¹. Sobre elas falaremos quando formos tratar da extinção da punibilidade.

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

¹¹ Art. 60. Nos casos em que somente se procede mediante queixa, considerar-se-á perempta a ação penal:

O ofendido deve propor a ação penal privada contra todos os autores e partícipes do crime, desde que, é óbvio, conheça-os. Caso não o faça, apesar de conhecê-lo, operou-se a renúncia ao direito de queixa em relação aos não processados. Como a renúncia a todos se estende, não há motivo para ação penal. Ou processa todos ou processa nenhum¹². Aqui, a **indivisibilidade**.

Sobre a renúncia e o perdão falaremos quando formos tratar das causas de extinção da punibilidade. Por ora nos interessa somente trazer à baila os dispositivos do Código Penal que trata de ambos os institutos. Observem abaixo.

Renúncia expressa ou tácita do direito de queixa

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.

Perdão do ofendido

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

Art. 106 - 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.

I - quando, iniciada esta, o querelante deixar de promover o andamento do processo durante 30 (trinta) 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.

¹² Capez – Fernando (Curso de Direito Penal – Parte Geral – Editora Saraiva).

5.3.4 – DA AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA DA PÚBLICA.

A ação penal pública subsidiária é um direito do cidadão, pois, atualmente, está ela arrolada dentre os “Direitos e deveres individuais e coletivos”, os quais integram os “Direitos e Garantias Fundamentais” do título II de nossa Carta Constitucional.

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LIX, da CF¹³, assegura o direito de ação penal privada ao ofendido quando inerte o Ministério Público.

A previsão constitucional da ação penal privada subsidiária da pública como um direito individual dentro do texto constitucional, traz a grande consequência de esse direito não poder ser suprimido nem mesmo por Emenda Constitucional, pois está arrolado dentre as denominadas cláusulas pétreas.

No entanto, em que pese previsão constitucional, o legislador penal, como também o processual penal, não deixou de tratar de tal ação. Assim, tais diplomas também dispensam atenção ao tema que é de grande relevância e que em concursos públicos vem sendo explorado constantemente.

De acordo com o artigo 100, parágrafo 3º do CP será possível a ação penal privada nos crimes de ação penal pública, desde que o Ministério Público não ofereça denúncia no prazo legal. Observe a redação do dispositivo abaixo.

Artigo 100 do CP

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

Não podemos nos esquecer que o crime é de ação penal pública. No entanto, o Ministério Público, após ter à sua disposição as provas (inquérito policial ou peças informativas) não propôs a ação penal respectiva. Manteve-se inerte, não agindo no prazo estipulado pela lei.

¹³ Artigo 5º, inciso LIX - será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal;

Ao membro do Ministério Público é imposto o dever de atuar quando presentes os requisitos para a propositura da ação penal. No entanto, não terá ele a vida inteira para fazê-lo. A lei estipula prazo para sua atuação. Quando não age no prazo legal, a lei, para assegurar o direito do ofendido (**vitima do crime**), outorga a este o direito de propor, em substituição à ação penal pública, ação penal privada subsidiária da pública.

Então, com a inércia do Ministério Público, surge a possibilidade de ação penal privada, quando de ação penal pública o crime. Tais dispositivos legais instituem, então, titularidade excepcional concorrente do ofendido ou de seu representante legal.

Prazo decadencial: Caso o ofendido ou seu representante legal não promova a ação penal privada subsidiária da pública no prazo **de 06 meses**, decairá do direito de fazê-lo. Perderá, assim, o direito de promovê-la. Aqui, o prazo começa fluir do dia em que o Ministério Público deixou escoar o prazo que a lei lhe impunha para a propositura da ação. Não se aplica a regra segundo a qual o prazo começa a contar da data do conhecimento da autoria do crime.

Observe que com a inércia do ofendido em propor a ação penal privada subsidiária da pública, mesmo que ainda disponha de tempo para fazê-lo, poderá o Ministério Público propor a ação penal pública, sanando, assim, sua incúria. Então, durante o prazo de 06 meses poderão propor a ação penal tanto o ofendido como o Ministério Público. Há, aqui, **titulares concorrentes**.

Caso ofendido não haja no prazo decadencial, perderá o direito de fazê-lo, o que não exclui a possibilidade de o Ministério Público propor ação penal pública.

Portanto, no caso da ação penal privada subsidiária da pública, o decurso do prazo decadencial só acarreta a perda do direito de ação por parte do ofendido. **Não há que se falar em extinção da punibilidade**, já que o Ministério Público ainda poderá manejar a ação penal pública.

5.3.5 – DA AÇÃO PENAL NOS CRIMES COMPLEXOS.

Antes de falarmos da ação penal, devemos estabelecer o que se considera crime complexo.

CURSOS ON-LINE – DIR. PENAL – CURSO BÁSICO
PROFESSOR JÚLIO MARQUETI

Para a doutrina crime complexo é aquele que tem como elementares ou circunstâncias do tipo penal fatos que por si só constituam ilícitos. Há, na realidade uma fusão de crimes em um só crime.

Observe o caso do roubo (artigo 157). Trata-se de crime complexo, pois a lei traz a ameaça à pessoa e a subtração de coisa alheia móvel como seus elementos. Tais elementos, por si só, constituem crimes, isto é, crime de ameaça ou de constrangimento ilegal e furto.

Aqui, o legislador veio a afirmar que no crime complexo a ação penal será pública, desde que em relação a qualquer dos crimes integrantes a ação seja pública.

É o que se depreende do artigo 101 do CP, cuja literalidade segue.

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.

Em síntese: Nos crimes complexos a ação penal será pública, caso pública a ação penal que viesse a tratar isoladamente dos crimes que o integram.

No entanto, o legislador foi prolixo, redundante. De acordo com a sistemática adotada, inócua a regra. Observe você que o legislador quando silencia, determina que a ação seja pública. Expressamente, dirá quando privada. Basta a tais crimes complexos se aplicar tal sistemática. Se silenciosa a lei, a ação será pública. Caso contrário, privada.

**CURSOS ON-LINE – DIR. PENAL – CURSO BÁSICO
PROFESSOR JÚLIO MARQUETI**