

MARCELO RISSI

ASPECTOS PROCESSUAIS DA REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO

CURITIBA

2004

MARCELO RISSI

ASPECTOS PROCESSUAIS DA REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO

**Monografia apresentada como requisito parcial
à obtenção do grau de Bacharel em Direito.
Curso de graduação em Direito, Setor de
Ciências Jurídicas, Universidade Federal do
Paraná.**

**Orientador: Prof. Dr. João Gualberto Garcez
Ramos**

CURITIBA

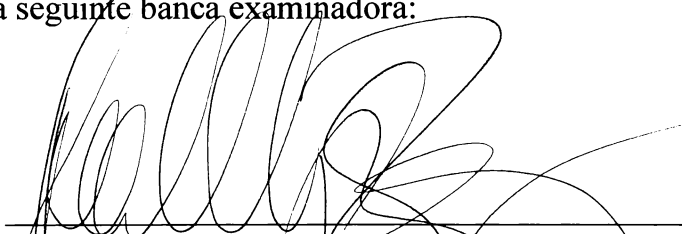
2004

TERMO DE APROVAÇÃO

MARCELO RISSI

ASPECTOS PROCESSUAIS DA REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel no curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



Orientador: Professor Doutor João Gualberto Garcez Ramos
Setor de Ciências Jurídicas da UFPR



Professor Rodrigo Muniz Santos
Setor de Ciências Jurídicas da UFPR



Professor Jamal Abi Faraj
Setor de Ciências Jurídicas da UFPR

Curitiba, 06 de outubro de 2004

Ao doutor João Gualberto Garcez Ramos,
mais que um orientador para a pesquisa, um professor para a vida;
Aos professores Rodrigo Muniz Santos e Antonio Acir Breda,
cujas lições ministradas na Faculdade de Direito, motivaram a presente pesquisa;
A Janio, Vilmarize e Fernanda Rissi, por todo o apoio e compreensão.

SUMÁRIO

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS.....	iv
RESUMO.....	v
INTRODUÇÃO.....	1
1. A AÇÃO PENAL.....	4
1.1 FUNDAMENTOS DO DIREITO DE AÇÃO PENAL.....	4
1.1.1 A detenção do monopólio da administração da Justiça pelo Estado.....	4
1.1.2 Processo penal, ação e jurisdição.....	6
1.1.3 A base constitucional da ação penal.....	10
1.2 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DA AÇÃO PENAL.....	12
1.3 CLASSIFICAÇÃO DA AÇÃO PENAL. O CRITÉRIO SUBJETIVO.....	15
1.4 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À AÇÃO PENAL.....	21
2. CONDIÇÕES DA AÇÃO PENAL.....	25
2.1 ELENCO DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO PENAL.....	27
2.1.1 Possibilidade jurídica do pedido.....	28
2.1.2 Interesse de agir.....	29
2.1.3 Legitimação <i>ad causam</i>	31
2.1.4 A justa causa como condição da ação penal.....	32
2.1.5 As condições da ação conforme o Código de Processo Penal	34
3. OUTRAS CONDIÇÕES AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO PENAL.....	36
3.1 DENOMINAÇÃO E AUTONOMIA.....	36
3.2 ENUMERAÇÃO.....	39
3.3 DISTINÇÃO EM RELAÇÃO ÀS CONDIÇÕES OBJETIVAS DE PUNIBILIDADE.....	41
4. A REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO: CONDIÇÃO AO EXERCÍCIO DO DIREITO À JURISDIÇÃO PENAL NA AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA.....	44
4.1 CONCEITO E ESCORÇO HISTÓRICO.....	44
4.2 OS FUNDAMENTOS DO INSTITUTO.....	47
4.3 NATUREZA JURÍDICA DA REPRESENTAÇÃO.....	51
4.4 ROL DE CRIMES DEPENDENTES DE REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO PARA A RESPECTIVA PERSECUÇÃO PENAL.....	53
4.5 A TITULARIDADE DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE REPRESENTAÇÃO.....	56
4.6 DESTINATÁRIOS DA REPRESENTAÇÃO.....	60
4.7 O PRAZO PARA O EXERCÍCIO DO DIREITO DE REPRESENTAÇÃO E A DECADÊNCIA.....	63
4.7.1 Justificativas, natureza, características e contagem do prazo.....	63
4.7.2 Início da contagem do prazo.....	65
4.7.3 Exceções ao prazo geral de seis meses e ao critério para o início da contagem.....	67
4.7.4 Contagem do prazo nos crimes continuados, habituais e permanentes.....	68
4.8 A IRRETRATABILIDADE DA REPRESENTAÇÃO APÓS O OFERECIMENTO DA DENÚNCIA.....	70
4.9 EFICÁCIA OBJETIVA E NÃO-VINCULAÇÃO DO ATO DE REPRESENTAÇÃO.....	74
4.10 FORMA DO ATO DE REPRESENTAÇÃO.....	77
4.11 CONSEQÜÊNCIAS PROCESSUAIS DA AUSÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO E A IMPORTÂNCIA DE SUA IMEDIATA CONSTATAÇÃO.....	79
CONCLUSÃO.....	81
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	84

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

t.: tomo

v.: volume

p.: página/páginas. O número de páginas separado por hífen significa que a referência inclui as páginas situadas no intervalo, incluídas as mencionadas.

ed.: edição

a.: ano

n.: número

art./arts.: artigo/artigos

c/c: combinado com

inc.: inciso

CP: Código Penal

CPP: Código de Processo Penal

CF: Constituição Federal

RT: Revista dos Tribunais

RTJ: Revista Trimestral de Jurisprudência

RTJESP: Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

JUTACRIM/SP: Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo

STF: Supremo Tribunal Federal

RESUMO

Tendo por finalidade apresentar as questões processuais de maior relevância sobre a representação do ofendido enquanto inserida nas condições da ação penal, a presente pesquisa efetiva-se de modo a apontar as tendências atuais da delação postulatória, voltando-se à garantia dos direitos do indivíduo ofendido pelo delito e do acusado pela prática do ilícito, cujo processamento ocorre por meio da ação penal pública condicionada. Para alcançar-se o tema que se pretende dissecar, efetua-se um panorama sobre a ação penal, destacando seu fundamento e base constitucional, conectados à indispensabilidade do devido processo penal para a concretização do *ius puniendi* estatal. Também ressaltam-se suas características e sua classificação de acordo com o titular do direito de propô-la, tópico em que se distinguem a ação penal pública, subdividida em incondicionada (a regra) e condicionada, e a ação penal de iniciativa privada. Os princípios orientadores da ação penal, que se desdobram desta classificação, figuram-se como tema essencial ao estudo em pauta. Aviltando-se os requisitos gerais para a regularidade da relação processual penal, analisam-se as condições da ação e os pressupostos processuais, necessários às garantias constitucionais do acusado. Dentre tais condições da ação penal, quando a lei expressamente exigir, encontra-se a representação do ofendido. Esta condição demonstra-se como autônoma e fundamenta-se nos direitos essenciais do ofendido, restando à sua conveniência o início da persecução penal do agente do delito. Diferentes regras sobre a representação, como as referentes à legitimidade (ampla) para exercê-la e as informalidades que orientam o ato postulatório, decorrem deste fundamento. O conhecimento destas regras é de essencial relevância para a garantia dos direitos dos particulares ofendidos e acusados por delito processável por ação penal pública condicionada à representação.

INTRODUÇÃO

Ao longo do desenvolvimento da justiça, superou-se a era da vingança privada, em que preponderavam situações de injustiça e impunidade, resolvidas geralmente pela imposição da força de uma das partes em conflito à outra e na qual se encontrava o Estado em posição alheia e indiferente ao resultado desta batalha.

Ao avocar de forma monopolística a função de administrar a justiça, o Estado vedou a atuação autodefensiva dos particulares, a fim de garantir-se o respeito pleno aos direitos fundamentais destes. Esta assunção estatal, entretanto, para que se exercesse pautada em tais garantias, teve de ser realizada sob o ônus de somente poder exercer-se o direito-dever de punir aos transgressores da norma penal pela via do processo.

Passando-se a aplicar o princípio da *nulla poena sine iudicio* a todos os ordenamentos jurídicos democráticos, em consideração à dignidade humana e à liberdade individual, a efetivação da lei penal aos casos concretos realiza-se exclusivamente pelas formalidades previstas em lei e por meio dos órgãos jurisdicionais.

Nesse contexto, localiza-se o direito de ação, essencial para a provocação da atividade jurisdicional, assim como para o processo em que esta se efetiva.

Este exercício da ação no processo penal, em regra, procede-se por um órgão acusador desmembrado do próprio Estado (o Ministério Público) em razão dos ilícitos penais geralmente ofenderem a toda a coletividade (ação penal pública incondicionada). Situações ocorrem, no entanto, em que o bem jurídico protegido pelo legislador denota caráter mais privado do que público ou em que a publicidade do processo pode ser mais prejudicial aos interesses da vítima do que a impunidade do infrator ao interesse social. Nestes casos, concede-se ao ofendido a faculdade de provocar a iniciativa do Estado-Administração (ação penal pública condicionada) ou, dependendo da gravidade do interesse privado envolvido, a oportunidade de exercer pessoalmente a ação penal (neste caso, de iniciativa privada).

A conveniência de tais decisões, em certas ocasiões, é conferida ao ofendido, pois desta forma se compreende estar melhor atendendo àqueles direitos humanos

essenciais pelos quais deve o Estado zelar. Estas divisões orientam os princípios que se aplicam ao exercício do direito de ação penal.

Este direito de realizar a ação penal, sempre se encontrará condicionado, a fim de evitar abusos em sua concretização e o conseqüente desrespeito às garantias constitucionais do acusado.

As condições da ação penal demonstram-se, assim, como tema a ser detidamente estudado, visto que a ausência de alguma delas ocasiona a invalidade dos atos processuais efetuados desde a indevida propositura da acusação.

Dentre estas condições, merece tratamento detalhado a representação do ofendido, que condiciona a persecução penal quando interesse particular relevante estiver envolvido na ocorrência do ilícito, nos casos em que a lei especificamente a exigir para o processamento deste delito.

O conhecimento das características e especificidades processuais que orientam o direito de representação mostra-se como tema essencial para toda a comunidade, jurídica ou leiga. Devem dominá-las a autoridade policial, para que determine ou não o início das investigações em face de supostos autores do delito; o órgão acusador, a fim de que somente ofereça a denúncia caso presente a condição e formada sua *opinio delictis*, pela ponderação sobre a viabilidade da acusação; o órgão julgador, com o objetivo de que, quando inexistente (ou inválida) a representação, não conduza processo eivado de nulidade; e os indivíduos em geral, que se verificam como os destinatários do direito de representar (quando o crime os atinge em sua esfera pessoal), de modo que tenham ciência de todos os procedimentos e conseqüências do exercício do direito que lhes cabe.

A despeito da atestada importância da representação como condicionante do direito de ação penal, a doutrina ainda reluta sobre questões inerentes ao instituto, como a determinação de sua natureza, além de manter-se alheia a certos debates, como os que envolvem os efeitos do Novo Código Civil sobre regras processuais intrínsecas à representação.

Em todo este contexto, objetiva-se cuidar, no trabalho que se inaugura, do enquadramento da representação do ofendido no tema da ação penal, passando-se pela necessária referência a seus fundamentos, características, princípios e classificações

para, em seguida, aludir-se aos requisitos de regularidade da instância, no caso, os pressupostos processuais e as condições da ação, inserindo a representação entre estas. Então, procurar-se-á estudar os aspectos processuais essenciais ao exercício da representação, indicando-se suas referências históricas; os fundamentos e princípios que a norteiam; sua natureza jurídica; o elenco de crimes que dela dependem para que sejam submetidos à persecução; a legitimidade para exercê-la e os efeitos do Novo Código Civil no tema; aqueles que figuram como destinatários do ato; o prazo para sua realização e as conseqüências de sua decorrência; as possibilidades e efeitos de sua retratação; a forma do ato; e as implicações de sua ausência em processo instaurado.

1. A AÇÃO PENAL

1.1 FUNDAMENTOS DO DIREITO DE AÇÃO PENAL

1.1.1 A detenção do monopólio da administração da Justiça pelo Estado.

Compreende-se a presença do Estado como fundamental para a regulação da vida em sociedade, garantindo a paz e a ordem no meio social.

Experiências anteriores da humanidade permitiram tal constatação. Os modos primitivos para composição dos delitos, presenciados em formas co-associativas remotas geravam absoluta insegurança, operante a justiça privada (no sistema da vingança privada).

Preponderavam entre estes métodos a autodefesa e a autocomposição. A primeira, traduzida na ausência de um juiz parcial e na imposição da vontade de uma das partes à outra mediante o emprego da força, mostrava-se instável e perigosa, transparecendo-se em impunidade. A segunda (surgida em momento histórico posterior à vingança privada), em que uma das partes se abstinha de seu direito em favor de outra, ou em que ambas as partes renunciariam parcelas de suas pretensões em nome da pacífica solução das divergências, mesmo que reputada interessante do ponto de vista econômico, não se poderia aplicar a todos os casos, vez que não solucionava aqueles em que as partes não desejassem transigir¹.

A autorizada introdução do professor Jorge de Figueiredo DIAS exterioriza que nas sociedades primárias, descentralizadas, ou destituídas de poder central, “conflitos de interesses juridicamente relevantes entre os seus membros eram resolvidos ou pelo *acordo voluntário* ou pela *força* (o que podia sempre significar a prepotência do ilícito sobre o direito), enquanto, paralelamente a retribuição e reparação do crime era abandonada à *autodefesa* ou *acção direta* do ofendido ou da comunidade familiar a que pertencia.”²

Diante das necessidades de solucionar de maneira pacífica e justa os litígios e em face da insuficiência dos referidos meios privados para a realização desta tarefa,

¹ Nota-se, entretanto, que tal forma autocompositiva vem adquirindo relevância no processo penal atualmente, como se depreende da criação dos institutos da conciliação e da transação penal para as infrações de menor potencial ofensivo (consultem-se os artigos 72 e 76 da Lei 9099/1995).

² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Editora Coimbra, Coimbra, 1974, p. 25.

Estado, cuja força que denota no meio social capacita a conferência de respeito e obediência a suas decisões, assumiu o monopólio da administração da justiça, a fim de aplicar o Direito normativo aos casos concretos, sempre objetivando a manutenção da ordem no meio social. Sustenta-se que, atualmente, o princípio do monopólio estadual da função jurisdicional constitui alicerce inatacável de todas as sociedades³.

Neste ponto concebe-se a avocação monopolística pelo Estado da função de administrar a justiça e da decorrente vedação, em regra, da atuação autodefensiva dos particulares.

Às supostas violações ao ordenamento jurídico-penal, no entanto, não se pode exercer de forma direta a constrição do direito à liberdade humana (direito essencial e inerente à pessoa em sua convivência em ordem e paz social), sendo imperativa a existência de um processo por meio do qual se apurem os deflorações, em tese, das normas penais materiais positivas. Dessa forma, plausível afirmar-se que, no caminho da civilização, o direito de vingança converte-se no de demandar justiça, de acusar, substituindo-se a ação física pela ação processual.

Os princípios *nullum crimen nulla poena sine lege e nulla poena sine iudicio* devem ser aplicados aos ordenamentos jurídicos democráticos para que se presencie o respeito à dignidade humana e à liberdade individual. Em face disso é que “o Estado fixa a manutenção do seu poder repressivo não só em pressupostos jurídicos penais materiais (*nullum crimen nulla poena sine lege*), como também assegura a aplicação da lei penal ao caso concreto, de acordo com as formalidades previstas em lei, e sempre por meio dos órgãos jurisdicionais (*nulla poena sine iudicio*).”⁴

Portanto, encontrou o Estado, durante sua evolução, o processo como meio para aplicar seu poder-dever de punir com vistas à administração da justiça, uma vez vedado aos particulares o exercício da justiça pelas próprias mãos. Diante desta forma escolhida (a idealizar os princípios acima referidos) verifica-se que a imposição de uma pena pelo Estado caracteriza-se como direito de coação indireta (não auto-

³ DIAS, Jorge de Figueiredo. Idem, p. 25.

⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 25ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003, v. 1, p. 13.

executável), estando condicionado a um pronunciamento jurisdicional que conclua pela necessidade de punição ao acusado.

O processo figura-se, assim, como garantia da ordem e paz social e com essa conformação, deve-se conceber a administração da justiça como assunto de interesse geral, tanto da comunidade organizada como do Estado, que mediante o funcionamento daquela, procura consignar seus escopos. Como expõe Mario A. OEDRIGO, “... a todos interessa que exista a possibilidade de recorrer-se aos tribunais de justiça, de obter o processo para fazer valer seus direitos materiais, os quais, como sabemos, não se podem realizar de mão própria.”⁵

Importa, com isso, conhecer-se da forma jurisdicionalizada de exercício do poder-dever de punir e, em especial, para os objetivos do presente trabalho, a maneira de acionar este mecanismo jurisdicional.

1.1.2 Processo penal, ação e jurisdição

Tendo preferido o Estado, ao longo de seu louvável desenvolvimento democrático, a concretização do ordenamento penal objetivo através do processo, compreende-se que somente através da formação legítima deste, respeitando todos os trâmites legalmente impostos, poderá originar-se a imposição da pena atinente à infração praticada.

Certifica-se, com base na lição de TUCCI, que: “a imposição de sanção ao infrator da norma penal material não pode ser imposta imediata e diretamente, mas, tão-só, por meio do processo, com estrita observância de todas as formalidades em lei prescritas.”⁶

No tema, assegura COUTINHO, que: “... não sendo auto-executável a sanção penal, não há outro caminho que o processo para fazer o acertamento do caso penal.”⁷

A autorizada e sempre pertinente lição de José Frederico MARQUES demonstra que “... embora tendente a proteger o bem-geral e a coletividade, o poder-

⁵ ODERIGO, Mario. A. *Lecciones de derecho procesal*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1971, Tomo I, p. 340 (tradução livre).

⁶ TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal. Jurisdição ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 24.

⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá Editora, 1998, p. 135.

dever de punir não é auto-executável, pois não se exerce administrativamente, ou por coação direta, e sim depois de pronunciamento jurisdicional. O Estado chamou a si a função de punir. Mas não exerce com imediata aplicação da pena, porquanto, no caso, a ordem jurídica não responde com a imposição automática das sanções”⁸.

Caracterizando-se a imposição da pena, assim, como não dotada de auto-exeqüibilidade, não se aplica administrativamente, mas somente se efetiva mediante prévio pronunciamento jurisdicional, que entenda, após o accertamento do fato, como devida a punição ao réu. Nesta medida, o significado da regra *nulla poena sine iudicio*, no sentido de que não há condenação penal sem processo e decisão judicial (de modo que nenhuma pena poderá ser imposta senão por meio do juiz e de um regular processo). Por isso, realizando-se a análise penal e processual penal deste princípio que orienta a matéria, relevante afirmar que “se não existe crime sem prévia cominação legal, também não há pena sem sentença condenatória”⁹. Nesse sentido, entende-se que a conseqüência do crime não se mostra na pena, mas no direito subjetivo de punir.

Verifica-se, assim, que o Estado, além de impedir que o particular faça justiça com as próprias mãos, autolimita a executoriedade de seu poder de punir na realização do devido processo legal, única forma apta a efetivá-lo concreta e legitimamente. Em face desta orientação, devem-se consignar os meios pelos quais a necessária e obrigatória via processual é instaurada e operada. É neste ponto que se encontram o exercício do direito de ação e a jurisdição, exigidos à aplicação da justiça penal.

O moderno sistema de distribuição de justiça hoje vigente demonstra-se calcado, portanto, neste trinômio: “jurisdição, ação e processo, em condições potenciais de garantir a estabilidade social e de fornecer a cada um a segurança jurídica reclamada, mediante expressa provocação.”¹⁰

A jurisdição, como se pode perceber, reflete o modo encontrado pelo Estado para promover a justiça no meio social. Concebe-se, em abstrato, como o poder-dever desta realização do direito e, em ato, como a atividade mesma de a exercerem os

⁸ MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito processual penal*. São Paulo, Saraiva, 1980, v. 1, p. 5.

⁹ TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal. Jurisdição ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 42.

¹⁰ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Ação Penal*. Rio de Janeiro, AIDE, 1997, p. 16.

agentes estatais. No que se refere à jurisdição penal, peculiarmente, considera-a TUCCI, consubstanciada na ação judiciária, ou na atuação do Estado, por intermédio de catalogados e especializados servidores, agentes do Poder Judiciário, com o escopo aplicarem-se normas penais materiais a determinada situação concreta, trazida à sua cognição por formas legalmente previstas¹¹.

Compreende-se que a jurisdição sempre se realiza através do processo, sendo a inércia uma de suas principais características. Daí a essencialidade da ação, que proporciona a devida provocação, sem a qual não há jurisdição, nem o processo em que esta se efetiva.

Assenta COUTINHO, quanto à jurisdição e o processo, que: “A jurisdição atua para fazer o accertamento do fato, e o processo é o meio que utiliza para concluir se deve ser punido ou não.”¹² E sobre a necessidade da ação penal para exercer-se a jurisdição por meio do processo, explica:

... frente a uma jurisdição inerte, (*ne procedat iudex ex officio*), impõe-se uma provocação por parte daquele que tem seu direito (regulado na esfera material) violado ou ameaçado e não pode impô-lo sozinho, na esfera privada (teoricamente porque vedada a justiça pelas próprias mãos. Assim, aquele poder, para garantir sua imparcialidade, só se põe em funcionamento, em atividade, quando acionado (*nemo iudex sine actore*).¹³

Para a concretização do exercício do direito de ação penal, compreendeu-se em dado momento histórico a necessidade de criar-se ao lado do Estado-Juiz, um órgão que exercesse a função de acusar. Tal exigência foi reconhecida para garantir-se a imparcialidade do órgão julgador e também diante da aludida impossibilidade de imposição automática das sanções penais pelo ordenamento jurídico. Diante dessa realidade, leciona TUCCI que: “sendo exclusivos do Estado o *poder-dever de punir* e o *poder-dever de tutela jurídica processual*, torna-se necessário o desdobramento em *Estado-Administração*, como titular do *interesse punitivo*, e em *Estado-Jurisdição*, ou mais simplesmente, *Estado-Juiz*, como titular de *potestade-encargo jurisdicional*”¹⁴.

¹¹ TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal. Jurisdição ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 43.

¹² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá Editora, 1998, p. 134.

¹³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Idem*, p. 143.

¹⁴ TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal. Jurisdição ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 25.

O Estado-Administração, na relação jurídico-processual, é representado pelo Ministério Público e a institucionalização deste foi visualizada por Silva JARDIM como a grande criação que possibilitou a realização do processo penal moderno¹⁵.

As garantias do devido processo penal, ação e jurisdição como única via legítima à imposição de uma sanção penal, refletem um preceito fundamental no Estado Democrático de Direito: resguardar o direito de liberdade do indivíduo.

Diante desta essencial proteção, Joaquim Canuto Mendes de ALMEIDA assevera que “ninguém deve ser condenado sem defesa; e ninguém pode defender-se sem garantia jurisdicional, isto é, sem outorga da força executiva às sentenças absolutórias ou, por qualquer maneira, favoráveis ao réu”¹⁶.

Com isso, compreende-se a relevância do tema que se tratará de desenvolver nas linhas seguintes, já que essencial ao devido processo penal a regularidade do exercício do direito de ação penal.

¹⁵ Sua exposição sobre o tema, a despeito de longa, merece transcrição, devido seu caráter esclarecedor: “Era preciso chegar-se a um processo que fosse a síntese da estrutura causatória individualista e do brutal procedimento inquisitório. Impunha-se o afastamento do juiz daquelas atribuições persecutórias, mas por outro lado, não mais podia o Estado cruzar os braços no que tange à persecução penal. O Estado sentiu a necessidade de criar mecanismos seguros para que a atividade jurisdicional se fizesse de maneira justa, independentemente da vontade ou interesse das partes privadas. Mas o juiz tinha de ser preservado, em prol de sua neutralidade e imparcialidade.

Na verdade, conseguiu-se este grande salto de qualidade através da institucionalização do Ministério Público, que pode ser considerado o verdadeiro ‘ovo de colombo’ para o processo penal que surgiu modernamente.

Através do Ministério Público, o Estado assumiu a titularidade da *persecutio criminis in iudicio*, sem precisar comprometer a neutralidade judicial. Assim, as três funções processuais são entregues a sujeitos diversos, sem retorno à acusação privada.

Como salientamos anteriormente, a partir deste momento histórico, o processo penal passou a ser ao mesmo tempo um engenhoso instrumento de repressão penal e uma forma de autolimitação do Estado, pelo princípio da *nulla poena sine iudicio*”. (JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. Rio de Janeiro, Forense, 1994, p. 25).

¹⁶ O mestre completa nas seguintes palavras a imperatividade do processo para a proteção do indivíduo: “Normas penais e processuais penais são coativas e a elas pertinentes não só o dever de uniformizar a conduta com a vontade nelas expressa, mas também o direito subjetivo público do Estado de exigir que a vontade contida na norma de direito penal seja atuada e, precisamente, nos modos, nas formas e nos limites prescritos pelas normas de direito processual.

A esse direito do Estado corresponde, por oposição, o direito do imputado, ou dos sujeitos secundários processuais, a que o Estado não aja, senão nos modos, nas formas e nos limites prescritos pela norma.” (ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Processo penal, ação e jurisdição*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975, p. 112 e 123).

1.1.3 A base constitucional da ação penal

A garantia do direito à jurisdição encontra-se consagrada na Carta Magna de todos Estados Democráticos desenvolvidos. Aduz-se, com essa perspectiva, trazida ao âmbito de processo penal, que “a Constituição faz do processo penal um instrumento essencial da justiça repressiva, que só tem eficácia jurídica quando se observam concretamente as formalidades prescritas pelo direito que lhe dê vida.”¹⁷ O mestre português Jorge de Figueiredo DIAS acentua, em adição, que: “o direito processual penal é, como se exprime H. HENKEL, verdadeiro direito constitucional aplicado. Numa dupla dimensão, aliás: naquela, já caracterizada, derivada de os fundamentos do processo penal serem, simultaneamente, os alicerces constitucionais do Estado, e naquela outra resultante de a concreta regulamentação de singulares problemas processuais ser conformada jurídico-constitucionalmente”¹⁸.

Não destoam do exposto nos tópicos anteriores o fundamento constitucional do direito ao exercício da jurisdição penal, que transparece na proibição imposta pelo Estado aos particulares de fazerem justiça com as próprias mãos (vedação da autodefesa, exceto em casos excepcionais) e também na autolimitação do *ius puniendi* estatal, na medida em que desprovido de auto-executoriedade, dada a indefectibilidade da jurisdição penal. Cumpre, aqui, pontuar os dispositivos constitucionais que encerram tais preceitos.

Neste tema, entende-se descansar nos incisos XXXV, LIII, LIV, LV e LVII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988¹⁹ o lastro assecuratório da ação penal.

¹⁷ MARICONDE, Alfredo Vélez. *Derecho procesal penal*. 2. ed., Buenos Aires, Ed. Lerner, 1969, t.2, p. 23-30; *apud* AQUINO, José Carlos G. Xavier de; NALINI, José Renato, *Manual de Processo Penal*. São Paulo, Saraiva, 1997, p. 8.

¹⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Editora Coimbra, Coimbra, 1974, p. 74.

¹⁹ Os dispositivos do texto constitucional assim encontram-se redigidos: Art. 5º. XXXV “-a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito; LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV – aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

Assim se considera em virtude de tais normas traduzirem essencialmente as referidas restrição da autodefesa, garantindo aos indivíduos a possibilidade de exercício da jurisdição, e limitação da auto-executoriedade de certos atos estatais, fazendo nascer para o Estado (aqui, o Estado-Administração) o direito de agir para impetrar de seus juízes a aplicação da lei²⁰.

Nesta conjectura, o direito de ação pode ser compreendido em dois planos: o constitucional e o processual. Relevante esclarecer, no entanto, acompanhando a lição de GRECO FILHO, que o direito de ação é sempre processual, pois é por meio do processo que ele se exerce, sendo que a Constituição prevê a garantia constitucional genérica do direito de ação, impedindo que a lei obstrua o acesso ao Judiciário na correção das lesões de direitos²¹.

A seu lado, TUCCI compreende o paralelo acima aludido entre o direito constitucional e o processual de ação, na distinção entre duas situações: na primeira abrange-se a titularidade, pertencente genérica, abstrata e incondicionalmente aos membros da coletividade, de invocar a prestação jurisdicional; e na segunda, o efetivo exercício desse direito. O doutrinador prossegue em seu posicionamento elucidando que na primeira referência acima, encontra-se o direito à jurisdição, direito subjetivo material designado direito de ação; já na última acha-se o direito processual, transparecido na ação propriamente dita e caracterizado pela efetivação do direito à jurisdição. Por derradeiro, coloca sobre os respectivos direitos subjetivo material e processual: “Aquele – direito abstratamente concebido – vem preconizado nas cartas magnas dos povos cultos, e, destarte, no inc. XXXV da CF vigente em nosso país ('a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito'); e este –

²⁰ A explanação de MARQUES sobre o tema é concorrente com este sentido: “O fundamento constitucional da ação penal, como direito abstrato de agir pertencente ao Estado para a aplicação da lei penal objetiva, reside justamente nessa autolimitação decorrente dos mandamentos constitucionais, no que diz respeito ao direito de punir. Uma vez que a regra do *nulla poena sine iudicio* foi acolhida pelo legislador constitucional, quando estabeleceu a necessidade de processo e sentença judiciais para a condenação penal, -é óbvio que o direito de punir não é auto-executável, dependendo sempre de apreciação jurisdicional. (...) A ação penal, por isso, é uma resultante das garantias individuais que tornam o *jus puniendi* um direito de coação indireta, em virtude de ninguém poder ser condenado a uma pena criminal, a não ser por meio de sentença judiciária” (MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas, Bookseller, 1997, v.1, p. 286).

²¹ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995, p. 94.

direito concretamente realizado – nas leis processuais, sejam elas de que natureza forem”²².

O aprofundamento que se desempenhará em seguida respeita o exatamente o aspecto processual do direito de ação, vez que, como se viu, é por meio do processo que ele se pratica e atinge seus objetivos de promoção da ordem e justiça sociais.

1.2 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DA AÇÃO PENAL

Através dos elementos trazidos até o momento, percebe-se que a ação penal figura como condição do funcionamento jurisdicional. Consoante assinala Joaquim Canuto Mendes de ALMEIDA, “as formas judiciárias da atividade penal são jurisdição e ação penal”²³. Estas conformam o imprescindível devido processo penal para que se conclua sobre a punição ou não do acusado diante de um caso penal.

Apesar de pacífica a identificação dos fundamentos e da essencialidade da ação penal para o citado objetivo, é tema controvertido na doutrina o seu conceito.

Autores como CAPEZ²⁴ e GRECO FILHO²⁵, formulam o conceito buscado em conexão à pretensão punitiva. A orientação de MARQUES, compreendendo que “a ação penal é o direito que tem o Estado-Administração em face do Estado-Juiz, ao julgamento sobre o mérito de uma pretensão punitiva regularmente deduzida na acusação”²⁶, também é neste sentido, refletindo a ponderação daqueles que acreditam

²² TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal. Jurisdição ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 76.

²³ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Processo penal, ação e jurisdição*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975, p. 125.

²⁴ Definido a ação penal como “o direito público subjetivo do Estado-Administração, único titular do poder-dever de punir, de pleitear ao Estado-Juiz a aplicação do direito penal objetivo, com a conseqüente satisfação da pretensão punitiva” (CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 5ª edição, São Paulo, Saraiva, 2000, p. 95).

²⁵ Com o seguinte conceito da ação penal: direito subjetivo público de pleitear ao Poder Judiciário uma decisão sobre uma pretensão”. [pretensão que o doutrinador considera o bem jurídico que o autor deseja obter por meio da atuação jurisdicional]. (GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995, p. 93-94).

²⁶ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas, Bookseller, 1997, v.1, p. 291.

na teoria unitária do processo, transpassando para o processo penal conceitos do processo civil²⁷.

CINTRA GRINOVER E DINAMARCO, expoentes da teoria geral do processo, nessa linha, decifram a ação penal como o direito ao exercício da atividade jurisdicional, originado processualmente da prática de uma transgressão legal que concretiza o *ius puniendi* estatal (nascendo da violação efetiva ou aparente da norma legal a pretensão punitiva do Estado), não diferenciando a natureza da ação penal da ação em geral, mas apenas quanto ao conteúdo; concluem os autores, que: “é o direito público subjetivo a um provimento do órgão jurisdicional sobre a pretensão punitiva”²⁸.

Entendendo criar um problema maior e uma inútil complicação conceitual esta relação da ação penal com a pretensão punitiva, Jorge Alberto ROMEIRO prefere dispensar a referência a esta no conceito que se busca delimitar. Para tanto, adota a definição de FLORIAN, segundo o qual a “ação penal é o poder jurídico de exercitar e promover a decisão do órgão jurisdicional sobre uma determinada relação de direito penal”²⁹.

A seu lado, TUCCI ressalta a irrelevância processual da lide no âmbito do processo penal, asseverando que os conceitos de pretensão punitiva e ou de pretensão executória não se adequam a este, sendo-lhe de todo estranhas³⁰. Prenuncia a ação penal como: “... correspondente ao exercício do direito à jurisdição criminal, para reconhecimento ou satisfação, da prevalência, enfim, do *ius puniendi* estatal, ou do *ius libertatis* do ser humano envolvido numa *persecutio criminis*”³¹.

²⁷ Tais autores aceitam a existência de lide (na concepção de Carnelutti, o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida) e todos os demais elementos subjetivos que encerra, como pretensão - aqui analisada -, interesse e vontade, no processo penal.

²⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 9ª edição, São Paulo, Malheiros 1993, p. 215-216.

²⁹ FLORIAN, *Principii di diritto processuale penale*, 2ª ed., Turim, 1932, p. 183-184, *apud* ROMEIRO, Jorge Alberto. *Da ação penal*. 1ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1949, p. 16.

³⁰ Para o autor, a irrelevância da lide para o processo penal decorre essencialmente da impessoalidade dos interesses justapostos e da inquisitorialidade que caracteriza a *persecutio criminis*. (TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal. Jurisdição ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 34 e 36).

³¹ TUCCI, Rogério Lauria. *Idem*, p. 83.

Ícone na doutrina que rejeita a teoria geral do processo, COUTINHO, insurge-se contra a exportação de categorias do processo civil para o processo penal³². Nesta orientação própria, perfeita explanação apresenta sobre o tema quando, em termos genéricos, define o direito de ação como “... um direito-dever de provocar, para acertar um determinado caso penal, a atuação jurisdicional”³³.

Definida a ação penal, para os objetivos do presente trabalho, reflete relevância, a seguir, determinarem-se suas características, que, de modo amplo, podem incluir-se em seu conceito.

Neste tópico, com base em LIEBMAN, demonstra-se a ação penal como direito subjetivo, autônomo, abstrato e público³⁴.

A particularidade de subjetivo do direito de ação penal denota a possibilidade de requerer-se do Estado-Juiz a prestação jurisdicional, ou seja, de pleitear-se do órgão jurisdicional o reconhecimento ou o lastro de um direito substancial.

Já o caráter autônomo e independente do exercício do direito à jurisdição penal é concebido por sua desvinculação em face do direito material que almeja tutelar, pela distinção em relação ao interesse que pretende tornar efetivo em juízo.

Paralelamente, infirma-se a peculiaridade de abstrato ao direito em voga, vez que independe de ser fundada, viável ou não a postulação deduzida em juízo, estando, assim, desvinculado do resultado final do processo (da procedência ou improcedência do pedido).

³² O professor rejeita o pensamento clássico que concebe o conflito de interesses no processo penal, baseando-se em dois fundamentos considerados inaceitáveis neste: a rigorosa indisponibilidade do conteúdo do processo (inexistente, tanto pela oportunidade dada ao Ministério Público de deixar de recorrer de sentença desfavorável, como pela oportunidade também concedida ao particular na ação penal de iniciativa privada para deixar de propor a queixa) e a presumibilidade do conflito (ausente, vez que não há que se presumir algo já existente). Conclui que: “... a lide não serve para designar o conteúdo do processo penal, seja lá da forma como for apresentada.” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá Editora, 1998, p. 130-132)

³³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Idem*, p. 147.

³⁴ Estas características do direito de ação penal, a despeito de consignadas pacificamente pela ciência processual moderna, foram objeto de controvérsia extensa ao longo da evolução histórica no estabelecimento da natureza jurídica do direito de ação. O estudo de teorias que, inicialmente, não conferiam autonomia à ação e ao processo em relação ao direito substancial e das que deixavam de reconhecer a abstração do direito de ação, tendo-o como concreto e considerando-o existente apenas quando, ao final, fosse favorável a decisão, não será aprofundado aqui, sendo suficiente para os objetivos traçados para este trabalho conhecer-se a configuração contemporânea da ação penal.

Ainda é público o direito de ação penal, pelos fatos de ser exercido perante o Estado (único administrador da justiça) e de visar realização de um direito público, o de provocar a atuação jurisdicional.

Adiciona-se a estas especificidades do direito de ação penal, a de ser um direito instrumentalmente conexo a uma situação concreta.

Portanto, apesar de imperativa a manutenção do caráter abstrato do direito de ação penal para confirmar sua existência ainda quando infundado o pedido realizado em juízo, necessário ponderar que se concebe como direito conexo a um caso concreto, uma circunstância de direito material deduzida em juízo. TUCCI assim assegura na seguinte passagem:

... embora autônomo e independente, não se pode deixar de ter o *direito à jurisdição* (e. com ele, a *ação* por meio da qual se efetiva o seu exercício) como conectado a uma situação de direito material, deduzida em juízo mediante a acusação, formulada ao pórtico da ação penal condenatória, ou reclamante da afirmação do *ius libertatis* do suposto autor de infração penal; ou, ainda, decorrente de título executivo, demonstrativo de precedente imposição de sanção no processo de conhecimento.³⁵

1.3 CLASSIFICAÇÃO DA AÇÃO PENAL. O CRITÉRIO SUBJETIVO.

Doutrinariamente comporta a ação penal diferentes classificações.

Uma delas apresenta-se como a firmada na espécie de tutela jurisdicional invocada, na natureza do provimento jurisdicional almejado. Neste particular, seria a ação penal dividida em: ação penal de conhecimento, ação penal de execução e ação penal cautelar. A primeira mostra-se quando a pretensão jurisdicional formulada compreende uma decisão sobre situação jurídica disciplinada pelo Direito Penal³⁶. Esta modalidade comporta subdivisão em: declaratória (objetivando declaração que meramente determine a certeza sobre a existência ou inexistência de relação jurídica

³⁵ TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal. Jurisdição ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 84. No mesmo sentido, TOURINHO FILHO, diante da exigência de incluir-se nas especificidades do direito de ação penal tal condição de instrumentalidade conexa a um caso concreto, acrescenta, às ditas características as da especificidade e da determinação, aduzindo que "... a ação no conceito processual é não só específica, isto é, apresenta um conteúdo, que no caso é a pretensão deduzida, como também determinada, porquanto ligada a um fato ou interesse concreto". (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 25ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003, v. 1, p. 306).

³⁶ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas, Bookseller, 1997, v.1, p. 298.

penal material), condenatória (visando a imposição da sanção penal prevista pela norma jurídica transgredida) e constitutiva (buscando criar, modificar ou extinguir certa situação jurídica disciplinada pelo Direito Penal). Por sua vez, a ação penal executiva procura realizar atos executórios que efetivem condenação imposta em sentença. Ao fim, a ação penal cautelar destina-se a antecipar provisoriamente as conseqüências do processo principal, fazendo com que a decisão final possa, a sua época, produzir seus efeitos.

Certifique-se que algumas destas modalidades são refutadas por parte da doutrina, como TUCCI, que não reconhece a cautelar e GRECO FILHO, que rejeita tanto esta como a de execução. Note-se, ainda, que aquele autor justifica esta classificação em virtude da ação penal ser direito instrumentalmente conexo a uma situação concreta, que seja, determinado interesse socialmente relevante³⁷.

Vislumbram-se, ainda, outras classificações historicamente descritas para a ação penal, como as noticiadas por Frederico MARQUES³⁸: em ação penal condenatória e em ação de prevenção penal; ou na ação introdutória (de CARNELUTTI). Estas divisões representam valor meramente histórico, não sendo admitidas atualmente³⁹.

Reflete extrema relevância para o que se propôs a tratar nos presentes, outra classificação da ação penal: aquela realizada de acordo com o critério subjetivo.

O eminente mestre português Figueiredo DIAS, prefere à égide do direito de seu país, dividir os próprios delitos pelo processo a que serão submetidos, em públicos, semi-públicos e particulares:

Mesmo no direito processual atual, porém, o princípio da promoção processual oficiosa não se afirma sem limitações. Limitações de ordem legal, por um lado, derivada da existência dos crimes públicos, semi-públicos e dos crimes particulares. (...)

Dizem-se crimes públicos aqueles em que o MP promove oficiosamente e por sua própria iniciativa o processo penal e decide com plena autonomia – embora estritamente ligado por um princípio de legalidade – da submissão ou não-submissão de uma infração a julgamento. Dizem-se crimes particulares em sentido lato aqueles em que a legitimidade do MP para por eles acusar precisa de ser integrada por uma denúncia (chamados crimes semi-públicos ou

³⁷ TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal. Jurisdição ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 101.

³⁸ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas, Bookseller, 1997, v.1, p. 303.

³⁹ As classificações acima, entretanto, não apresentam grande utilidade para o presente trabalho.

semi-particulares) ou também por uma acusação particular (crimes particulares em sentido estrito)⁴⁰.

Na doutrina brasileira, tradicionalmente, o critério subjetivo da ação penal vem sendo tratado como o predominante e mais relevante modo de dividi-la, sendo calcado na titularidade do direito à jurisdição.

ROMEIRO, seguindo a orientação de Pimenta BUENO, considera como espécies de ação penal: a ação criminal pública ou oficial, pertencente à sociedade, ao poder público, sendo o direito deste de demandar, perante os tribunais, a punição devida pela violação das leis; a ação criminal popular, significando este mesmo direito quando concedido a qualquer do povo, para acusar os réus de certos crimes que, por sua natureza, a lei entende que ofendem a todos e a cada um dos cidadãos; e a ação criminal particular, como o direito conferido pela lei ao ofendido ou a seu legítimo representante de demandar a imposição da pena sobre o delinqüente em consequência de ofensa que lhe fez⁴¹. Observe-se que, contemporaneamente, com a vigência dos atuais Código Penal e de Processo Penal, que omitiram qualquer disposição a respeito, não mais se reconhece a existência da ação penal popular no ordenamento jurídico pátrio (neste sentido, TUCCI⁴²).

O Código Penal vigente alberga expressamente a classificação da ação penal tendo em conta o sujeito que a promove, no artigo 100, §§ 1º e 2º: “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. § 2º A ação de iniciativa privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo”.

Como se depreende do dispositivo transcrito, quando a titularidade do direito à jurisdição for do Ministério Público (o que se manifesta como regra geral segundo o contido no *caput* do artigo 100 do CP), a ação penal será pública; já quando tal

⁴⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Editora Coimbra, Coimbra, 1974, p. 120.

⁴¹ ROMEIRO, Jorge Alberto. *Da ação penal*. 1ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1949, p. 86

⁴² TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal. Jurisdição ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 155-156.

titularidade for conferida ao particular, a ação penal será de iniciativa privada (consoante a melhor designação).

Assim, na primeira, o Ministério Público subscreve a peça chamada denúncia e, representando o Estado-Administração, leva ao conhecimento do Estado-Juiz a ocorrência de um fato considerado delituoso com suas circunstâncias, apontando o seu provável autor, esperando do órgão jurisdicional o acerto do caso penal⁴³. Na ação penal de iniciativa privada, o ofendido ou seu representante legal promoverá, por meio da queixa, a instauração do processo com os mesmos objetivos.

Ambas as modalidades comportam subdivisões. A ação penal pública, em incondicionada e condicionada. Naquele caso, independe o Ministério Público da vontade ou interferência de outrem para promovê-la, sendo suficiente a presença das condições da ação e dos pressupostos processuais. Por sua vez, na forma pública condicionada, particularizada pela exigência do artigo 100, § 1º, do Código Penal, apesar de ainda ser do Ministério Público a titularidade da ação, dispositivos legais específicos condicionam seu exercício à representação do ofendido (dependendo do caso, de seu representante legal), ou à requisição do Ministro da Justiça.

De outra banda, subdivide-se a ação penal de iniciativa privada em de iniciativa exclusivamente privada (ou de iniciativa privada principal) e em subsidiária da pública (ou de iniciativa privada subsidiária). Verifica-se a primeira quando somente o ofendido ou quem possa representá-lo, nos casos previstos taxativamente em lei, pode exercitá-la e a segunda, quando as mesmas pessoas a exercitam em crime de ação pública, em decorrência da inércia do Ministério Público, que deixa transcorrer *in albis* o prazo legal para intentar a denúncia.

A concessão, pelo Estado, do *ius perseguendi in iudicio* ao particular, na ação penal de iniciativa privada não desnatura o caráter público da ação penal. Frederico MARQUES considera esta modalidade de ação, uma hipótese de substituição processual: “A ação penal privada é um caso de substituição processual, em que o Estado transfere ao particular o direito de agir e de acusar para que expressa este

⁴³ Utilizando-se a expressão sugerida por COUTINHO, que procura proclamar a reconstituição efetivada no processo penal através de um termo ainda não comprometido com outros significados relevantes. (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá Editora, 1998, p. 134-135).

promova a instauração do processo penal, deduzindo em juízo a pretensão punitiva nascida do fato delituoso”⁴⁴. Com tal orientação, ainda, TUCCI, ao ter o particular (ofendido, ou seu representante legal) como substituto processual do Estado-Administração, que é o exclusivo titular do interesse punitivo inserido em concreta relação jurídica de natureza penal⁴⁵.

Assim, pautando-se na lição de Joaquim Canuto Mendes de ALMEIDA, entende-se que a publicidade da ação penal (que linhas acima foi enumerada como uma de suas características) não se modifica com a transferência do *ius persequendi in iudicio* ao particular. As palavras do insigne mestre, defensor histórico desta orientação, sedimentam o tema:

... mesmo a ação penal privativa do ofendido, sendo ação penal, é uma ação pública por seu fim, porque mesmo a ação penal privativa do ofendido tende, enquanto ação penal, à realização da pena, à realização da medida de segurança, à realização dos direitos individuais garantidos pelas leis penais. Pois bem, esses interesses são interesses de ordem pública, e ainda quando possa o particular ofendido usar de um certo poder de disponibilidade sobre a ação penal, sobre o processo penal, o fim que o processo da ação exclusivamente privada tem em mira realizar é um fim de ordem pública. A ação privada é, por isso mesmo, ação pública.

A ação penal é pública, então, já poderemos dizer, mesmo quando a lei expressamente a declare privativa do ofendido. Estamos a encarar, entretanto, a publicidade do direito penal, do ponto de vista do fim que o processo procura realizar na sentença penal. Do ponto de vista do sujeito que move a ação penal é que temos de fazer as distinções⁴⁶.

Esta tese mostra-se como a mais acolhida pela doutrina. Como opinião divergente, cita-se a de ROMEIRO que, defendendo a terminologia adotada pela comissão elaboradora do Código Penal de 1940, afasta-se da orientação de que a ação penal é sempre pública, mesmo quando privativa do ofendido, por não aceitar posições da doutrina estrangeira sobre o assunto e por compreender elogiável divisão da ação penal estabelecida pela referida comissão, em pública e privada⁴⁷.

Entende-se que as divisões da ação penal em pública e de iniciativa privada, e em pública incondicionada e condicionada, fundam-se em razões de política criminal.

⁴⁴ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas, Bookseller, 1997, v.1, p. 323.

⁴⁵ TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal. Jurisdição ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 112.

⁴⁶ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Ação Penal in Revista Forense*, v. XCI (Rio, 1942), p. 321-322, *apud* ROMEIRO, Jorge. A. *Da ação penal*. 1ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1949, p. 91.

⁴⁷ ROMEIRO, Jorge Alberto. *Idem.*, p. 95-96.

Estes fundamentos, na segunda classificação, serão aprofundados quando se tratar em capítulo posterior da razão de ser do instituto da representação do ofendido⁴⁸. Cabe, neste momento, deixar registrado que a política penal é determinante no sentido de considerar uma ação como pública ou como de iniciativa privada.

O objetivo da transferência do *ius accusationis* ao particular alberga-se no fato de que, por diversas vezes considerar-se-á o mal do processo maior que o mal do crime, ou seja, “a repercussão do fato face ao caráter publicístico da ação e do processo penais, poderá ser mais prejudicial à vítima do crime do que a persecução penal de seu autor.”⁴⁹ Abdica o Estado do direito de promover a ação penal contra o agente, crendo ser o silêncio mais condizente com os interesses da vítima. Neste sentido, a clássica lição de Nelson HUNGRIA: “em certos casos em que o bem jurídico protegido tem caráter mais privado do que público ou em que o *strepitus iudicii* pode ser mais prejudicial aos interesses do ofendido do que a impunidade do ofensor ao interesse social, é razoável que ao ofendido deve ser deixada a iniciativa ou o exercício da ação penal”⁵⁰.

Outra razão, que se adere às aventadas para a decisão de política criminal do legislador, é consignada por TOURINHO FILHO, consistindo no geralmente necessário concurso do ofendido para a produção das provas do delito⁵¹.

Como se disse, este assunto será revisado em momento oportuno, mais especificamente no tocante aos fundamentos do instituto da representação do ofendido (condição ao regular exercício da ação penal pública condicionada)⁵².

⁴⁸ Vide *infra* 4.2.

⁴⁹ PEDROSO, Fernando de Almeida. *Ação Penal Pública Condicionada*. *Justitia*, n. 100, p. 61-89, p. 64.

⁵⁰ HUNGRIA, Nelson. *Novas questões jurídico-penais*. 1945, p. 275, *apud* MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas, Bookseller, 1997, v.1, p. 323.

⁵¹ O professor sustenta que nos casos de ação penal privada, “a lei, atendendo à tenuidade da lesão, atendendo ao seu caráter tão profundamente particular, cujo *strepitus iudicii*, afetando a honra das pessoas e a dignidade das famílias, pode causar maior mal que a impunidade do próprio crime à sociedade, e atendendo, ainda, que, nesses casos, a produção da prova depende quase exclusivamente do concurso do ofendido, o Estado, então, concede ao particular ou a seu representante legal o *jus persequendi in iudicio*. Vale dizer, o Estado, embora continue como detentor do *jus puniendi*, concede, nesses casos excepcionais, ao ofendido, a titularidade da ação penal.” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 25ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003, v. 1, p. 321).

⁵² Ver *infra* 4.2.

1.4 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À AÇÃO PENAL

Delimitada a classificação da ação penal de acordo com a titularidade do exercício do direito à jurisdição, faz-se mister enumerar os princípios a ela aplicáveis. A classificação da ação penal de acordo com este critério subjetivo mostra-se crucial à designação dos princípios que a regem, vez que se modificam os ideais ao se cuidar de ação penal pública ou de iniciativa privada.

O mestre Figueiredo DIAS, expoente na matéria de princípios no processo penal, relativamente ao tema em apreço, coloca como relativos à promoção processual, os princípios da oficialidade, da legalidade e da acusação⁵³. O primeiro fundado no fato de ser o Estado titular exclusivo da acusação penal, exercendo-a oficiosamente por intermédio do Ministério Público ou, em casos especiais, de outra entidade oficial e sempre conduzindo o tribunal oficiosamente o processo penal, até a decisão. O segundo, refletido no dever do Ministério Público de promover e prosseguir no processo penal, inexistindo juízo de oportunidade sobre isto e sendo consequência deste ideal de legalidade, a regra de imutabilidade, que dispõe a impossibilidade de retirar-se acusação a partir do momento em que um tribunal é convocado a decidi-la (excluídas, assim a renúncia ou a desistência sobre ela). Enfim, o princípio da acusação (derivado da evolução histórica do processo penal do tipo inquisitório para este, acusatório) apresenta como conteúdo “investigar e julgar dentro dos limites que lhe são postos por uma acusação fundamentada e deduzida por um órgão diferenciado (em regra o Ministério Público ou um juiz de instrução)”⁵⁴.

A partir dos ensinamentos acima e do que se exibiu nos dois tópicos anteriores sobre as características e a classificação da ação penal, permite-se neste momento, expor os princípios que a doutrina entende por orientadores do direito ao exercício da jurisdição penal. Dadas as peculiaridades, a análise deve ser feita tendo em conta o critério subjetivo de separação da ação penal.

⁵³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Editora Coimbra, Coimbra, 1974, p. 115-147.

⁵⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Idem*, p. 136-137.

A ação penal de iniciativa pública apresenta os seguintes princípios informadores: obrigatoriedade ou legalidade, indisponibilidade, oficialidade, indivisibilidade e intranscendência.

A regra da obrigatoriedade impõe dever funcional ao Ministério Público de promover a ação penal quando presentes os elementos mínimos à sua propositura e inexistente qualquer condicionamento para tanto. O titular do exercício de tal ação, no sistema pátrio, não deve se ater em motivos de ordem política ou de utilidade social para efetivar o direito de agir, mas é obrigado a concretizá-lo sempre que presentes os requisitos legalmente necessários. Assim, não há margem à discricionariedade ou à conveniência do órgão do *parquet* na promoção da ação penal no processo penal brasileiro. Por outro lado, constata-se a existência de sistemas, como o francês, o alemão, o norueguês e o russo, em que vige o princípio da oportunidade nesta espécie de ação penal, destoando do modelo brasileiro, sendo facultado ao Ministério Público propô-la tendo em vista a utilidade, sob o ponto de vista do interesse público.

Necessário reconhecer, no entanto, que, para parte da doutrina nacional, tal princípio já encontra mitigação no processo penal pátrio, em virtude da promulgação da lei que instituiu os Juizados Especiais Criminais (Lei nº 9099/1995). Isso porque esta lei teria designado, para as infrações de menor potencial ofensivo, a possibilidade do Ministério Público dispor da ação penal pública, em hipóteses taxativamente previstas. Tal situação configuraria o princípio da oportunidade ou discricionariedade regrada ou controlada para estas ocasiões, viabilizando ao órgão do *parquet* realizar uma transação penal com o autor do fato ilícito, propondo-lhe pena restritiva de direito ou multa (art. 76 daquele diploma legal).

Prosseguindo nos ideais da ação penal pública, tem-se o princípio da indisponibilidade, verdadeiro corolário do princípio da legalidade. No caso ora tratado, entende-se que, em virtude da ação penal pertencer em regra ao Estado, aquele a quem se confere o seu exercício não pode dela dispor (certo que o Ministério Público é dotado apenas do *ius perseguendi in iudicio*). O Código de Processo Penal, nos artigos

42 e 576, acolhe o princípio em estudo, impedindo que o Ministério Público desista da ação penal ou de recurso que haja interposto⁵⁵.

A seu lado, o princípio da oficialidade alberga a regra anteriormente vista de que o Estado, para proteger a imparcialidade e neutralidade do órgão julgador, criou instituição legitimada para agir: o Ministério Público. A este, órgão oficial e autorizado do Estado, cabe o direito ao exercício da jurisdição no caso da ação penal de iniciativa pública.

Por último, compreendem-se os princípios da indivisibilidade e da intranscendência, que se aplicam tanto à ação penal pública como à de iniciativa privada.

O princípio da indivisibilidade determina que a ação penal deve, necessariamente, abranger todos os indivíduos que cometeram o ilícito. O artigo 48 do Código Processual Penal⁵⁶ agasalha este princípio expressamente para informar a ação de iniciativa privada. Ideais de equidade e de justiça social e abstrata (somados ao próprio princípio da obrigatoriedade acima aludido) impõem que se aplique tal princípio também à ação penal pública, devendo esta (e também a de iniciativa privada) englobar todos os co-autores do delito. No mais, “dada a unidade ontológica do crime e o vínculo unitário que liga entre si os partícipes da ação criminosa, a ação penal se estende *de jure* a todos.”⁵⁷

Já o princípio da intranscendência, apontado por TOURINHO FILHO, deriva da limitação do âmbito da ação penal ao indivíduo a que se imputa a prática de uma infração. Com isso, quer-se garantir que a *persecutio criminis* não atinja familiares ou estranhos ao autor do ilícito.

Resta mencionar-se dois princípios referentes exclusivamente à ação penal de iniciativa privada: o da oportunidade ou conveniência e o da disponibilidade.

A regra da oportunidade ou conveniência na ação penal de iniciativa privada solidifica que, pertencendo tal ação ao ofendido ou quem legalmente o represente, possui este a faculdade de concretizar ou não a proposição acusatória. Por este preceito

⁵⁵ Preceituam os artigos citados: Art. 42. “O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.” Art. 576 “O Ministério Público não poderá desistir do recurso que haja interposto.”

⁵⁶ Art. 48. “A queixa contra qualquer dos autores do crime obrigará ao processo de todos, e o Ministério Público velará pela sua indivisibilidade”.

⁵⁷ BARBOSA, Marcelo Fortes. *Ensaio sobre a ação penal*. *Justitia*, n. 92, p. 97-123, p. 103.

exprime-se o exercício facultativo da ação penal por seu titular. Tal como a ação penal de iniciativa privada é exceção à regra geral da ação penal pública, o princípio da oportunidade é excepcionado em relação ao princípio da obrigatoriedade, regente no sistema pátrio.

A seu lado, o princípio da disponibilidade, consectário da regra da oportunidade, reflete a permissão ao querelante, titular da ação penal de iniciativa privada, de deixar de prosseguir no processo formado pelo exercício deste exclusivo direito de ação. Desta forma, plena é a decisão do querelante, possibilitando-se a ele não propor a ação no prazo legalmente determinado (operando-se a decadência), renunciar explícita ou implicitamente o exercício deste seu direito e, ainda, desistir da ação proposta, perdoando o querelado, ou abandonar o processo, operando-se, em decorrência da inércia após a propositura da ação, a preempção da ação penal. Visualiza-se, assim, oportunidade na formulação da acusação e disponibilidade no prosseguimento da ação aforada pelo querelante.

2. CONDIÇÕES DA AÇÃO PENAL

Como antes salientado, a ação penal caracteriza-se, no plano processual, por ser instrumentalmente conexa a uma situação concreta, que constitui o objeto da tutela jurisdicional suscitada. Visando atuar a ordem jurídica, o direito de ação apresenta seu exercício condicionado a determinados requisitos, que se exteriorizam nas condições da ação.

Uma razão para que o exercício do direito à jurisdição esteja dependente de certos requisitos encontra-se na necessidade de impedir-se a ocorrência de abusos na efetivação deste direito, assim como no indevido dispêndio de tempo, do erário público e do acúmulo de serviço dos órgãos jurisdicionais que seguiria à inválida propositura da ação penal.

Diante desta realidade, essencial que o juízo, previamente à análise sobre a viabilidade da concessão ou não do pedido deduzido pela ação, verifique se estão presentes as condições e os requisitos que conferem validade à constituição e ao desenvolvimento da relação jurídica processual. Com essa visão, Frederico MARQUES esclarece que anteriormente à decisão do *meritum causae*, “o juiz examina se o processo está regular e se estão atendidos os pressupostos da relação processual. Em seguida passa a examinar, se regular o processo, as condições do direito de ação. A falta de pressupostos processuais torna inadmissível o julgamento do mérito, o mesmo sucedendo com a ausência das condições da ação”⁵⁸.

LIEBMAN, cuja doutrina inspirou o legislador processual civil pátrio no tema, reúne quatro categorias distintas, chamadas questões prévias, de necessária análise antes do julgamento de mérito: os pressupostos processuais, as nulidades dos atos processuais, as situações terminativas do processo (fatos ou circunstâncias que, sem integrarem uma nulidade, autorizam, no entanto, o réu a pedir a absolvição da instância, isto é, o encerramento do processo sem conhecimento do mérito) e as condições da ação⁵⁹. Estas, especificamente, seriam “requisitos que a lide deve possuir

⁵⁸ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas, Bookseller, 1997, v.1, p. 292.

⁵⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *O despacho saneador e o julgamento do mérito*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a. 42, n. 104, 1945.

para poder ser julgada. Eles dizem respeito às relações entre a lide e o conflito de interesses que a fez surgir, porque a lide só pode ser decidida se for adequada e apropriada àquele conflito.”⁶⁰

Costuma reconhecer a doutrina nacional, ao lado das condições da ação, como essenciais para a entrega da prestação jurisdicional buscada, os pressupostos processuais. Extraem-se daí as três categorias fundamentais da ciência do processo: pressupostos processuais, condições da ação e mérito (na teoria do trinômio seguida por Ada P. GRINOVER⁶¹), sendo o aperfeiçoamento dos dois primeiros imperativo para que se chegue ao exame do terceiro.

Aquela autora entende por pressupostos processuais os “requisitos para constituição de uma relação processual válida (ou seja, com viabilidade para desenvolver-se regularmente).”⁶² Enumera-os como: a correta propositura da ação, feita perante autoridade jurisdicional, por uma entidade capaz de ser parte em juízo, ou seja, o pedido, a investidura do destinatário deste e a capacidade de quem o formula⁶³.

A seu lado, MASSARI, para estes pressupostos, apresenta a seguinte definição: “são aqueles elementos, fatos jurídicos ou situações, cuja ocorrência ou remoção é indispensável ao exercício da ação penal bem como ao nascimento ou ao desenvolvimento da relação processual”⁶⁴.

René Ariel DOTTI, ainda, designa como pressupostos processuais “as relações preliminares de natureza constitucional, administrativa, civil, etc., necessárias para a existência e a validade da relação processual, e se referem aos sujeitos ou ao seu objeto”⁶⁵. Tendo visão mais abrangente destes requisitos, em relação à da autora acima descrita, compreende este doutrinador haverem pressupostos de existência da relação processual, quais sejam, a demanda processual, a jurisdição e as partes, e pressupostos

⁶⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Idem*, p. 223.

⁶¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As condições da ação penal*. São Paulo, José Bushatsky, 1977, p. 29. A autora alberga a tese de LIEBMAN. Ao contrário, CHIOVENDA posiciona-se na teoria do binômio, referindo a integração das condições da ação ao mérito, decorrente de sua defesa do direito de ação como concreto (*apud* LIEBMAN, Enrico Tullio. *O despacho saneador e o julgamento do mérito*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a. 42, n. 104, 1945, p. 224).

⁶² GRINOVER, Ada Pelegrini. *As condições da ação penal*. São Paulo, José Bushatsky, 1977, p. 19.

⁶³ GRINOVER, Ada Pelegrini. *Idem*, p. 19.

⁶⁴ MASSARI. *Lineamenti Del processo penale*. 1972, p. 155, *apud* BARBOSA, Marcelo Fortes. *Ensaio sobre a ação penal*. *Justitia*, n. 92, p. 97-123, p. 105.

⁶⁵ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*. Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 644.

de validez, cuja ausência vicia a relação processual, nomeadamente referentes às partes (capacidade processual), ao juiz (competência e insuspeição) e ao objeto (que não haja litispendência nem coisa julgada)⁶⁶.

Traçado este panorama sobre os pressupostos processuais, retomando-se o tema das condições da ação penal, verifica-se que estas localizam-se entre tais pressupostos e o mérito, certo que, inicialmente o juiz examinará sobre a presença dos primeiros e, somente constatando a presença deles, passará a examinar as condições ao exercício do direito de ação. Finalmente, figurando ambos os requisitos (instauração e desenvolvimento processual regular e co-existência das condições da ação), demonstrar-se-á apto o processo a receber o devido julgamento de mérito.

Necessário atestar, neste ponto, na linha do ensinado por Silva JARDIM, que as condições da ação que aqui se delimitam, são condições para o regular exercício da ação, e não para a existência do direito de agir⁶⁷.

2.1 ELENCO DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO PENAL

No tocante à enumeração das condições da ação, o tema encontra divergência doutrinária. Os afetos da teoria geral do processo visualizam a possibilidade de transplantarem-se as condições da ação do processo civil para o processo penal. Aqueles que repudiam tal teoria unitária procuram, à luz do art. 43 do CPP, elaborar condições próprias do processo penal.

Sustentando-se em LIEBMAN, os primeiros, aduzindo a ação penal como um direito subjetivo instrumental conectado a um caso concreto, consignam a existência de três condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimação *ad causam*⁶⁸.

⁶⁶ DOTTI, René Ariel. Idem, p. 644-645.

⁶⁷ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal; estudos e pareceres*. 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 140.

⁶⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. *O despacho saneador e o julgamento do mérito*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a. 42, n. 104, 1945, p. 223. Modernamente a doutrina vem incluindo a justa causa entre estas condições. Outros preferem enquadrar este elemento em uma das clássicas condições da ação, ora no interesse de agir, ora na possibilidade jurídica do pedido. Este tema será brevemente abordado a seguir.

2.1.1 Possibilidade jurídica do pedido

Significa a possibilidade jurídica do pedido, no que se refere às condições da ação penal, que o requerido inicialmente pelo autor deve figurar como providência abstratamente admissível no ordenamento jurídico. Denota, ainda, tal condição, que o fato narrado pelo autor para instauração da ação penal e futura condenação do réu deve constituir crime⁶⁹.

Diante deste sentido dado à possibilidade jurídica do pedido, conclui-se que o artigo 43, I, do Código de Processo Penal (sobre as hipóteses de inadmissibilidade da inicial acusatória) cuida desta condição da ação penal, ao dispor: “A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I – o fato narrado evidentemente não constituir crime”.

Afirma TUCCI⁷⁰ que, para a vigência da ora estudada condição ao exercício do direito à jurisdição, devem coincidir o fato relatado à inicial e a norma de direito aplicável; “... isto é, o pedido formulado na postulação proemial deve ser admitido ou não vedado pelas normas materiais, integrantes do ordenamento jurídico”⁷¹.

Nota-se que Ada Pellegrini GRINOVER, defensora da configuração negativa desta condição da ação penal, vendo-a nos casos em que o ordenamento não inviabiliza ao autor o exercício do direito de ação, (o que ocorreria quando insatisfeito um requisito ou não praticado um ato imposto pela lei⁷²), inclui nesta possibilidade jurídica do pedido, as condições tradicionalmente designadas de procedibilidade, como a representação do ofendido e a requisição do Ministro da Justiça, deixando de conferir autonomia a tais condições de procedibilidade. Para esta autora, ainda, a tipicidade

⁶⁹ Como assinala DOTTI: “O autor da ação penal (MP ou querelante) não poderá requerer ao juiz a instauração da ação penal e a futura condenação do réu se o fato narrado, evidentemente não constituir crime.” (DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*. Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 644).

⁷⁰ Observe-se que este autor, apesar de combater a teoria geral do processo, aceita para a nomeação das condições da ação penal, a enumeração advinda do processo civil: possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimação para a causa. (TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal. Jurisdição ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 91-97).

⁷¹ TUCCI, Rogério Lauria. *Idem*, p. 91-92.

⁷² GRINOVER, Ada Pellegrini. *As condições da ação penal*. São Paulo, José Bushatsky, 1977, p. 194-195.

configuraria matéria de mérito (estando afeta a esta sua apreciação), e não condição da ação⁷³.

2.1.2 Interesse de agir

O interesse de agir como condição da ação penal corresponde ao interesse processual e faz-se presente quando necessária a atuação perante órgão jurisdicional para obter-se a tutela jurídica buscada. Surge, então, da impossibilidade de se conseguir o direito suscitado sem a intervenção do Estado⁷⁴.

O princípio do *nulla poena sine iudicio*, repisado ao início deste trabalho, justifica que em toda ação penal, a condição do interesse de agir, visto como necessidade da tutela jurisdicional, encontre-se atendida. Isto em virtude de, no processo penal, vigorar a regra da inafastabilidade, da indefectibilidade da jurisdição criminal para o acerto do caso penal.

Diante desta constatação é que GRINOVER afirma estar o interesse de agir implícito em toda acusação, vez que o Estado não pode impor a pena, senão através das vias jurisdicionais, sendo, assim, inerente ao próprio direito de ação, o interesse de promover a ação penal⁷⁵. Daí negar a autora, a natureza de condição de admissibilidade da ação penal ao interesse de agir, por ser o processo penal sempre necessário. Esta a constatação lógica proveniente da indefectibilidade da jurisdição penal, já aviltada na evolução do processo penal exposta neste trabalho.

⁷³ GRINOVER, Ada Pellegrini. Idem, p. 195-197. Abona esta opinião da professora GRINOVER, Afrânio Silva JARDIM, sustentando que a ausência de tipicidade e a extinção de punibilidade dizem respeito ao mérito do deduzido na denúncia ou queixa, não configurando impossibilidade jurídica do pedido. Este posicionamento apresenta consequências importantes no que se refere à natureza da sentença que nega a existência destes elementos (tipicidade e punibilidade): tal decisão mostrará caráter absolutório, resultando do não acolhimento do postulado pelo acusador. Por isso, a esta condição da ação, JARDIM aduz que: “a possibilidade jurídica do pedido diz respeito à possibilidade de o juiz pronunciar, em tese, a decisão invocada pelo autor, tendo em vista o que dispõe a ordem jurídica de forma abstrata. Assim, se o provimento jurisdicional postulado pelo autor é negado pelo direito positivo, seria uma perda de tempo examinar se são ou não verdadeiros os fatos narrados na inicial”. (JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. Rio de Janeiro, Forense, 1994, p. 39).

⁷⁴ Para LIEBMAN, é “a relação de utilidade entre a afirmada lesão a um direito e o provimento de tutela jurisdicional pedido”. (LIEBMAN, Enrico Tullio. *O despacho saneador e o julgamento do mérito*. Revista Forense, Rio de Janeiro, a. 42, n. 104, 1945, p. 224).

⁷⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As condições da ação penal*. São Paulo, José Bushatsky, 1977, p. 109.

Certa parte da doutrina, buscando resgatar o interesse de agir como condição da ação penal costuma acrescentar elementos a seu conceito, como a idoneidade do pedido ou a justa causa, além da necessidade de atuação jurisdicional penal para concretização do *ius puniendi*.

Esta corrente doutrinária tem exemplo em TOURINHO FILHO, que infirma a necessidade de reconhecer-se no interesse de agir, além da exigência de recorrer-se ao Judiciário para que não se sofra um prejuízo, uma outra faceta: a idoneidade do pedido, ou seja, sua dignidade de ser apreciado, o que ocorrerá caso esteja amparado em elementos de convicção quanto à existência do crime e sua autoria. Seria preciso, assim, demonstrar-se ao juiz a seriedade do pedido, com a exibição dos documentos nos quais se pauta a acusação⁷⁶.

MARQUES, que também se filia a esta linha de autores, adiciona elementos ao interesse de agir e atesta que: “para que haja o interesse de agir, é necessário que o autor formule uma pretensão adequada, ou seja, um pedido idôneo a provocar a atuação jurisdicional. (...) O interesse de agir é a relação entre a situação antijurídica denunciada e a tutela jurisdicional requerida. Disto resulta que somente há interesse quando se pede uma providência jurisdicional adequada à situação concreta a ser decidida”⁷⁷. O mestre adota a posição de incluir-se nesta condição da ação penal a justa causa para sua propositura. Isso porque a própria acusação mostra-se como ameaça de coação e esta é considerada ilegal quando despida de justa causa e, portanto, de legítimo interesse.

No entanto, a justa causa afigura-se como condição apartada do interesse, vez que este se faz presente em toda acusação, diante da referida indefectibilidade da jurisdição criminal.

⁷⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 25ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003, v. 1, p. 518-519.

⁷⁷ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas, Bookseller, 1997, v.1, p. 293.

2.1.3 Legitimação *ad causam*

A legitimação para a causa, na clássica lição de Alfredo BUZAID⁷⁸, corresponde à pertinência subjetiva da ação, respeitando à titularidade ativa e passiva da ação.

“Somente quem tem legitimação ativa é que pode iniciar a ação penal, e, por outro lado, esta deve ser promovida contra aquele que tem legitimação passiva, vale dizer, contra o genuíno autor da infração”⁷⁹.

Pela classificação subjetiva da ação penal antes realizada, a apreciação desta condição da ação penal resta facilitada.

Para que haja legitimação ativa, é preciso que o autor seja o titular da ação ajuizada. Na legitimação ordinária, que se passa na ação penal pública (condicionada ou não), o Ministério Público será o titular do exercício do direito à jurisdição criminal, por razões já invocadas. Por outro lado, na ação penal de iniciativa privada, presente em situações excepcionais em que se confere a ação a pessoa distinta da titular do interesse a ser resguardado, ocorre a legitimação extraordinária. De acordo com esta, apenas o ofendido ou seu representante legal, será parte legítima a efetivar o direito à jurisdição penal.

Quanto à legitimidade passiva, compreende-se que o réu deve ser titular da relação jurídica substancial. Como acusado, é preciso que figure a pessoa em face da qual o pedido do autor há de ser feito. A pertinência da ação deve ser vista em confronto com a outra parte⁸⁰. A denúncia oferecida contra uma testemunha ou outra pessoa, que não o autor do ilícito penal seria exemplo de ilegitimidade passiva.

O Código de Processo Penal agasalha esta condição da ação penal, em seu artigo 43, III⁸¹, primeira parte, determinando a rejeição da denúncia ou queixa quando manifesta a ilegitimidade da parte.

⁷⁸ BUZAID, Alfredo. *Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*. 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1956, p. 89.

⁷⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 25ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003, v. 1, p. 510.

⁸⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As condições da ação penal*. São Paulo, José Bushatsky, 1977, p. 150.

⁸¹ CPP, Art. 43 “A denúncia ou queixa será rejeitada quando: III – for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal.”

Cumpra asseverar que não se deve confundir a legitimidade *ad causam*, condição da ação penal, com a capacidade processual das partes, pressuposto subjetivo de validade da relação processual penal (também chamada legitimidade *ad processum*). Esta diz respeito à faculdade de praticar atos jurídicos válidos, a que se atribuem efeitos jurídicos.

2.1.4 A justa causa como condição da ação penal

Há intensa polêmica doutrinária versando sobre constituir a justa causa uma quarta condição da ação penal, ou estar inserida na possibilidade jurídica do pedido, no interesse de agir, ou, ainda, de fazer parte da apreciação do mérito processual.

Um dos grandes defensores da autonomia da justa causa como condição da ação penal, ao lado das três anteriormente vistas, é Afrânio Silva JARDIM. Este autor assim invoca as razões para a existência da justa causa como condição ao regular exercício da ação penal:

Na verdade, levando em linha de conta que a simples instauração do processo penal já atinge o chamado *status dignitatis* do réu, o legislador exige do autor, o preenchimento de mais esta condição para se invocar legitimamente a tutela jurisdicional.(...)

Desta forma, torna-se necessário ao regular exercício da ação penal a demonstração *prima facie*, de que a acusação não é temerária ou leviana, por isso que lastreada em um mínimo de prova. Este suporte probatório mínimo se relaciona com os indícios da autoria, existência material de uma conduta típica e alguma prova de sua antijuridicidade e culpabilidade.⁸²

Em face desta lição, percebe-se a necessidade incluir-se um conjunto probatório mínimo e idôneo à acusação, que consigne credibilidade a esta, em nome do *status dignitatis* do acusado, pois o próprio processo ocasiona a ele ameaça de coação.

DOTTI, ainda que não negando a necessidade de um lastro probatório mínimo que acompanhe a ação penal para que esta seja admitida, percebe a justa causa como um aspecto da possibilidade jurídica⁸³.

⁸² JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. Rio de Janeiro, Forense, 1994, p. 41-42.

⁸³ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*. Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 643-644.

Grande parte da doutrina inclina-se no sentido de inserir a justa causa no interesse de agir, a fim de configurar a idoneidade do pedido. Neste sentido, TOURINHO FILHO⁸⁴, MARQUES⁸⁵ e TUCCI⁸⁶.

GRINOVER vê a justa causa como condição de procedência e, portanto, do mérito (devendo no exame deste ser analisada a existência de provas a corroborar o alegado pelo autor), não se mostrando como condição da ação, nem estando inserida no interesse de agir: “O princípio do interesse de agir não pode respeitar à existência nem à aparência do direito subjetivo material; como condição do exercício do direito abstrato de ação, não pode o interesse de agir, ser condição de acolhimento do pedido, mas sim apenas de sua admissibilidade.”⁸⁷

Em virtude da necessidade de resguardarem-se os direitos fundamentais do indivíduo, a doutrina contemporânea posiciona-se cada vez mais no sentido de exigir que a ação esteja pautada em elementos idôneos, desde a sua propositura. “Como o processo criminal é, por si, causa de constrangimento, exige-se para sua instauração que a denúncia ou queixa venha minimamente lastreada em elementos probatórios legítimos e idôneos em torno da conduta típica, não sendo suficiente a mera descrição desta, ‘para se evitar o perigo das acusações absurdas infundadas’”.⁸⁸

Conclui-se que a presença da justa causa como condição autônoma ao exercício do direito de ação, figura-se como mais adequada, inclusive tendo sido recepcionada pelo art. 648, I do CPP⁸⁹, não se confundindo com as demais condições vistas.

⁸⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 25ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003, v. 1, p. 513-521. Considera este autor, inclusive, a necessidade da existência de elementos de convicção sobre o fato e sua autoria, configuradores, ao menos, do *fumus boni iuris*, como pressupostos para a propositura da ação penal.

⁸⁵ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas, Bookseller, 1997, v.1, p. 294.

⁸⁶ TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria Teoria do Direito Processual Penal. Jurisdição ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 95.

⁸⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As condições da ação penal*. São Paulo, José Bushatsky, 1977, p. 133.

⁸⁸ TUCCI, Rogério Lauria. *Inépcia da denúncia e nulidade do processo*, in Revista dos Tribunais, v. 555/302, *apud* BOSCHI, José Antonio Paganella, *Ação Penal*. Rio de Janeiro, AIDE, 1997, p. 93.

⁸⁹ Art. 648: “A coação considerar-se-á ilegal: I - quando não houver justa causa;”

2.1.5 As condições da ação conforme o Código de Processo Penal

A doutrina que refuta a transposição das condições da ação civil para o processo penal entende que as condições para o regular exercício do direito à ação penal podem ser extraídas do art. 43 do CPP, que traz as ocasiões em que se mostra imperativa a rejeição da denúncia. Como ícones desta doutrina, encontram-se as lições de Fernando N. Bittencourt FOWLER⁹⁰, Antônio Acir BREDA⁹¹ e Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO⁹².

Seguindo-se esta orientação, portanto, as condições da ação penal poderiam ser denominadas: tipicidade aparente (art. 43, I, do CPP), punibilidade concreta (art. 43, II, do CPP)⁹³, legitimidade da parte (art. 43, III, 1ª parte, do CPP) e justa causa (art. 43, III, 2ª parte, c/c art. 18, ambos do CPP)⁹⁴.

A legitimidade da parte e a justa causa foram suficientemente dissecadas nos verbetes anteriores, cabendo no presente, registrar-se a tipicidade aparente e a punibilidade concreta.

FOWLER assevera a necessidade da tipicidade aparente do fato objeto da imputação, pois sem que este tenha o aspecto de ilícito descrito na legislação penal, “impossível é que a acusação se revista de idoneidade para justificar a instauração de um processo. O fato constante da imputação deve ser certo e determinado, isto é, representativo de um trecho de realidade vivida, que guarde correspondência a um modelo abstrato cunhado na lei penal”⁹⁵.

Por fim, concebe-se a punibilidade concreta como a inexistência de qualquer uma das causas de extinção da punibilidade. Na ocorrência, portanto, de qualquer das

⁹⁰ FOWLER, Fernando N. Bittencourt. *Anotações em torno da ação penal pública no projeto de reforma. Revista do Ministério Público do Paraná*, Curitiba, a. 6, n. 7, 1977.

⁹¹ BREDA, Antonio Acir. *Efeitos da declaração de nulidade no processo penal. Ajuris*, Porto Alegre, a. 8, n. 21, p. 48-67, março de 1981.

⁹² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá Editora, 1998, p. 148-149.

⁹³ CPP, Art. 43. “A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I – o fato narrado evidentemente não constituir crime; II – já estiver extinta a punibilidade pela prescrição ou outra causa;”.

⁹⁴ CPP, Art. 18. “Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia.”

⁹⁵ FOWLER, Fernando N. Bittencourt. *Anotações em torno da ação penal pública no projeto de reforma. Revista do Ministério Público do Paraná*, Curitiba, a. 6, n. 7, 1977, p. 91.

hipóteses descritas no art. 107 do CP e outras previstas em lei, estaria extinta a punibilidade e vedado o exercício da ação penal.

3. OUTRAS CONDIÇÕES AO EXERCÍCIO DO DIREITO À JURISDIÇÃO PENAL.

3.1 DENOMINAÇÃO E AUTONOMIA

À legítima instauração do processo além das condições da ação vistas no último tópico adicionam-se outras, que deverão fazer-se presentes em determinadas situações legalmente expressas.

Estas outras condições da ação penal, a rigor, não se diferenciam das anteriormente enumeradas, sendo, como tais, intrínsecas ao exercício direito à jurisdição penal. Como bem assevera TUCCI, todas estas condições são necessárias à propositura da ação penal, mostrando-se as previamente analisadas⁹⁶, “como requisitos de natureza processual, ou seja, de admissibilidade do proferimento da sentença de mérito; e as que passarão a ser individualmente examinadas, requisitos de natureza procedimental, consistentes em óbices à iniciação válida do processo”⁹⁷.

A doutrina apresenta diferentes formas de abordar estas condições. Já foram chamadas condições de processualidade⁹⁸, condições de procedibilidade⁹⁹, condições específicas¹⁰⁰, condições especiais, entre outras designações. Observa-se que os que preferem as duas últimas denominações, costumam designar que as condições anteriormente apreciadas são as genéricas, visto que exigíveis para todas as ações, enquanto que as ora em exame seriam as específicas ou especiais, já que obrigatórias somente quando o legislador penal ou processual penal o determinar. Estes últimos doutrinadores a ambas (genéricas e específicas ou especiais) conferem a qualificação de condições de procedibilidade.

⁹⁶ Vide Capítulo 2.

⁹⁷ TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal. Jurisdição ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 97.

⁹⁸ BARBOSA, Marcelo Fortes. *Ensaio sobre a ação penal. Justitia*, n. 92, p. 97-123, p. 105.

⁹⁹ Denominação de grande acolhida pela doutrina. Neste sentido, por exemplo, José Frederico MARQUES (*Elementos de direito processual penal*. Campinas, Bookseller, 1997, v.1, p. 315); Vicente GRECO FILHO (*Manual de Processo Penal*. 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995, p. 99); René Ariel DOTTI (*Curso de Direito Penal*. Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 645); Fernando de Almeida PEDROSO. (*Ação Penal Pública Condicionada. Justitia*, n. 100, p. 61-89, p. 66); José Antonio Paganella BOSCHI (*Ação Penal*. Rio de Janeiro, AIDE, 1997, p. 127).

¹⁰⁰ Por todos, TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Processo Penal*. 25ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003, v. 1, p. 521.

Nesta divergência designativa, entretanto, a razão parece estar com TUCCI¹⁰¹, que afirma não haverem distanciamentos entre as condições para a propositura da ação penal, devendo-se encará-las todas como condições para o exercício do direito à jurisdição penal, inviável que se mostra a divisão em específicas e genéricas, ainda salientando-se que: “Não se lhes ajuste, por outro lado, a denominação antes também usual, e conferida a elas e às outras, de condições de procedibilidade; sendo correta a de início aventada, até porque dizem todas, técnica e corretamente, com o exercício do direito à jurisdição penal.”¹⁰²

MARQUES entende figurarem como o que chama de condições de procedibilidade a representação do ofendido e a requisição do Ministro da Justiça. Estas constituiriam condições de impulso e movimentação da ação penal (exigidas pela lei em alguns casos para promover-se a ação penal pública), sem as quais “o Ministério Público não se acha investido da função de acusar determinados crimes. A propositura da ação penal, fica, assim, dependendo de uma provocação prévia, a fim de que o órgão da acusação pública possa investir-se da qualidade para agir.”¹⁰³

Nesta opinião, o mestre acaba vinculando as, por ele denominadas, condições de procedibilidade a outra condição da ação penal: a legitimidade *ad causam* (neste caso, a titularidade ativa do Ministério Público). Assim, somente restaria atendida esta legitimidade, se presente a requisição do Ministro da Justiça ou a representação do ofendido quando a lei o exigisse. Esta posição é seguida por Fernando de Almeida PEDROSO, que repisa: “... em crimes de ação penal pública condicionada, é a condição de procedibilidade que outorga ao representante do Ministério Público a legitimidade *ad causam* ativa, pelo que, sua falta, inquina o feito criminal que venha a ser instaurado pela denúncia, tornando-o írrito e, assim, conduzindo o processo a fatal nulidade.”¹⁰⁴

A notícia desta espécie de apreciação da matéria é importante, já que parte da doutrina nega a existência de autonomia às condições da ação em exame, entendendo

¹⁰¹ E esta a razão para o título do presente capítulo.

¹⁰² TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal. Jurisdição ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 98.

¹⁰³ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas, Bookseller, 1997, v.1, p. 315.

¹⁰⁴ PEDROSO, Fernando de Almeida. *Ação Penal Pública Condicionada. Justitia*, n. 100, p. 61-89, p. 67.

que tais deveriam ser subsumidas e inseridas em alguma outra das condições. Assim é a posição de A. P. GRINOVER, considerando que todos os exemplos dados pela doutrina de condição de procedibilidade compreender-se-iam na possibilidade jurídica do pedido¹⁰⁵. Para tanto, rebate precisamente a conclusão de F. MARQUES acima referida, nos seguintes termos:

... mesmo na ação penal pública condicionada, a pertinência subjetiva da ação permanece sempre do Ministério Público, que é o seu titular, não funcionando o particular como substituto processual, consoante acontece na ação penal privada (queixa-crime). Diversamente do que ocorre na ação penal privada, uma vez oferecida a representação ou a requisição, o Ministério Público assume em toda a sua plenitude a posição de *dominus litis*, tanto que é irrelevante, após o recebimento da denúncia, no direito pátrio uma vontade contrária do ofendido ou da Administração. Quem promove a ação é o Ministério Público, seu titular, desde que haja assentimento do ofendido ou do Ministro da Justiça. Assim sendo, não parece tecnicamente correta a afirmação de inexistência de legitimidade do Ministério Público, à falta de representação ou requisição, uma vez que não lhe se pode negar a qualidade de titular da ação penal pública, embora condicionada.¹⁰⁶

Melhor, entretanto, afigura-se a sustentação que confere autonomia a estas condições outorgando-lhes um posicionamento paralelo ao das demais, transparecendo-se obrigatórias nos casos em que a lei penal ou processual penal assim exigir (na chamada ação penal pública condicionada).

Revigora tal ponderação, o fato de correntemente afirmar-se que o próprio Código de Processo Penal, na segunda parte do inciso III do artigo 43¹⁰⁷, alude particularmente a estas condições exigidas pela lei ao exercício da ação penal, dispondo a rejeição da denúncia ou queixa ante a ausência delas. Desta forma, a intenção mesmo do legislador processual penal parece ter sido conferir autonomia a estas condições da ação. Assim, correto afirmar que: "... interpretando o art. 43 em sua integridade (inclusive com o parágrafo único), percebe-se que aquelas 'condições

¹⁰⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As condições da ação penal*. São Paulo, José Bushatsky, 1977, p. 198. Também considerando vinculadas à possibilidade jurídica do pedido as condições de procedibilidade, Vicente GRECO FILHO, que sustenta: "Condições de procedibilidade são fatos, naturais, ou jurídicos, cuja existência é exigida pela lei para a propositura da ação pena. (...) As condições de procedibilidade impedem a ação penal, tornando o pedido impossível. Não são outras condições da ação, mas condições especiais subsumidas na possibilidade jurídica do pedido". (GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995, p. 99).

¹⁰⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As condições da ação penal*. São Paulo, José Bushatsky, 1977, p. 170-172.

¹⁰⁷ Repisando a transcrição do CPP, Art. 43, III: "A denúncia ou queixa será rejeitada quando: for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal."

exigidas pela lei para o exercício da ação penal’, a que se refere a última parte do inc. III, são chamadas ‘condições específicas ou de procedibilidade’, às quais o direito de ação, às vezes, fica subordinado, ...”¹⁰⁸.

Antes de enumerar-se as essenciais dentre estas condições, deve-se concluir e deixar-se clara desde já, a seguinte referência: nas situações exigidas pela lei, a ausência de tais condições tornará inadmissível o *ius actionis*, inviável a instauração da persecução penal de um crime e obstaculizará, por conseguinte, a regular formação do processo.

3.2 ENUMERAÇÃO

Após a apresentação abstrata dessas outras condições da ação penal, chega-se ao momento de assentá-las em concreto.

A doutrina¹⁰⁹ costuma enumerar como principais, em virtude de serem as mais comuns: a representação do ofendido¹¹⁰, obrigatória para a promoção da ação penal relativa a certos ilícitos penais, com expressa menção legal, consoante o art. 24 do CPP; a requisição do Ministro da Justiça segundo este mesmo dispositivo, nos casos legalmente exigidos; a entrada do agente no território nacional nos delitos cometidos no exterior, tratados pelas letras *a* e *b* do inc. II do art. 7º do CP, assim como em seu parágrafo 3º; o trânsito em julgado de sentença que, por motivo de erro ou impedimento, declare a nulidade ou anule o casamento¹¹¹, conforme prenunciado pelo parágrafo único do art. 236 do CP; a autorização da Câmara dos Deputados, por dois terços de seus membros, para instauração de processo, por crime comum ou de responsabilidade praticado pelo Presidente e Vice-Presidente da República e Ministros de Estado, segundo estabelecido pelo art. 51, I, da CF; a autorização da Assembléia

¹⁰⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 25ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003, v. 1, p. 515.

¹⁰⁹ Para esta exemplificação, expressamente Rogério Lauria TUCCI, *Teoria do Direito Processual Penal. Jurisdição ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 98-99 e Fernando da Costa TOURINHO FILHO. *Processo Penal*. 25ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003, v. 1, p. 522-523.

¹¹⁰ Será pormenorizada no capítulo seguinte, sendo a mais freqüente e agasalhando o maior número de situações concretas neste tema.

¹¹¹ Para detalhada análise e defesa desta como condição específica da ação penal, consultar Fernando da Costa TOURINHO FILHO, *Processo Penal*. 25ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003, v. 1, p. 524-527.

Legislativa, pelo voto de dois terços de seus membros, para instauração de processo em face o Governador de Estado, nos crimes comuns ou de responsabilidade (art. 49 Constituição do Estado de São Paulo e outras); a licença para a instauração de processo criminal contra deputado ou senador, concedida pela respectiva Casa¹¹² (CF, art. 53, § 1º) as novas provas, às quais refere o parágrafo único do art. 409 do CPP; o exame pericial de que trata o art. 525 do CPP; a exibição de jornal ou periódico, cuidando-se de crime cometido pela imprensa (cf. Lei 5.250, de 09.02.1967, art. 43); a notificação aludida pelo art. 57 da mesma Lei de Imprensa, quando cometido o crime por radiodifusão (referido art. 43, Lei 5250/1967).

Ausente qualquer destas condições, haverá carência da ação (em função de obstáculo insuperável à sua promoção) e o juiz, deixará de apreciar o mérito, como ocorre com qualquer das demais condições da ação.

Nota-se, todavia, que parte da doutrina acaba negando a alguns dos exemplos citados esta natureza de condição da ação. Isso ocorre com o trânsito em julgado de sentença anulatória de casamento no crime de induzimento a erro essencial ou ocultação de impedimento, a que A. P. GRINOVER¹¹³, entre outros, confere o caráter de condição de punibilidade. Também uma parcela de autores prefere alargar este conceito e reduzir o âmbito da condição da ação penal em tela (considerando nesta apenas as hipóteses de representação do ofendido e requisição do Ministro da Justiça), vendo tanto nessa sentença anulatória de casamento, como no ingresso no país do autor de crime praticado no exterior e na declaração da Câmara de procedência da acusação para o julgamento do Presidente da República nos crimes de responsabilidade, condições objetivas de punibilidade¹¹⁴. H. B. TORNAGHI, nesta orientação de alargamento destas condições de punibilidade, mesmo à representação do ofendido e à requisição do Ministro da Justiça reconhece este caráter¹¹⁵.

¹¹² Esta incluída na lição de René Ariel DOTTI (*Curso de Direito Penal*. Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 645).

¹¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As condições da ação penal*. São Paulo, José Bushatsky, 1977, p. 186-190 e 197.

¹¹⁴ Esta a opinião de José Antonio Paganella BOSCHI (*Ação Penal*. Rio de Janeiro, AIDE, 1997, p. 144).

¹¹⁵ TORNAGHI, Hélio Bastos. *Compêndio de Processo Penal*. José Konfino, Rio de Janeiro, 1967, t. 2, p. 459-461.

Ante estas opiniões, é preciso delimitar a distinção entre as condições objetivas de punibilidade e as condições ao exercício do direito à jurisdição penal, o que se buscará a seguir.

3.3 DISTINÇÃO EM RELAÇÃO ÀS CONDIÇÕES OBJETIVAS DE PUNIBILIDADE

A doutrina que reconhece a autonomia de condições de procedibilidade da ação penal, procura distanciá-las das condições objetivas de punibilidade¹¹⁶.

Efetivamente não há razões para confundi-las, certo que as condições ao exercício da ação penal em apreço, como visto, refletem matéria de direito processual penal, mostrando-se como requisitos para a regular instauração da ação penal, e, a seu lado, as condições objetivas de punibilidade são afetas ao direito penal material e, conceituam-se como “circunstâncias extrínsecas ao crime, isto é, diversas da tipicidade, da injuricidade e da culpabilidade. Representam um *quid pluris* indispensáveis para que, à violação da lei penal, se siga a possibilidade de punição”¹¹⁷.

Fernando Almeida PEDROSO entende que a circunstância objetiva de punibilidade é constitutiva do tipo delitivo (neste inserida), estando desvinculada do elemento subjetivo ou *animus* do agente criminoso e não tendo por escopo sua realização com o ato que leva a efeito. Importante, outrossim, o distanciamento que o doutrinador apresenta, entre estas circunstâncias e as condições que considera de procedibilidade da ação penal, após exemplificar a primeira na existência de prejuízo no crime de introdução ou abandono de animais em propriedade alheia (CP, art. 164):

¹¹⁶ Este tema é mais afeto ao direito penal substantivo e, como neste trabalho os objetivos encontram-se conectados preponderantemente com o direito processual penal, não se mostra como pretensão essencial discorrer, aqui, profundamente sobre a condição objetiva de punibilidade, razão pela qual a abordagem limitar-se-á ao necessário para distingui-la da condição ao exercício da ação penal em exame. Deixam-se, como alguns exemplos dos penalistas para estas condições: sentença declaratória de falência (Dec.-Lei 7661/1945, art. 186, c/c o parágrafo único do art. 199); a existência de prejuízo no crime de introdução ou abandono de animais em propriedade alheia (CP, art. 164); ocorrência de perigo (concreto) à vida, à integridade física ou ao patrimônio de outrem, quanto ao incêndio e outros crimes de perigo comum. Estas hipóteses citadas por René Ariel DOTTI (*Curso de Direito Penal*. Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 670).

¹¹⁷ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1955, v. 1, t. 2., p.26.

A condição de procedibilidade ou processualidade, ao revés, nada mais representa que determinado requisito, exigido por lei, parta a *instauração da persecução penal* de um crime, e não para a *integração jurídica do delito*. Dessa forma, enquanto, a condição objetiva de punibilidade imiscui-se na estrutura tipológica de um crime, portando, assim, natureza eminentemente material, a condição de procedibilidade faz-se estranha ao plano *tipo*, denotando sua natureza processual¹¹⁸.

Com essa orientação para que fique sedimentada a almejada distinção, revela-se o ensinamento de FRAGOSO:

... as condições de procedibilidade não se confundem com as condições objetivas de punibilidade porque enquanto as primeiras têm conteúdo nitidamente processual e indicam que o Ministério Público não pode agir sem a prévia ‘autorização’ do ofendido ou de quem possa em seu nome dar o consentimento para a persecução, as condições de punibilidade, diversamente, independem da vontade de quem quer que seja, têm conteúdo penal e constituem ‘elementos ou circunstâncias exteriores ao fato que, por motivos de política criminal, condicionam sua ilicitude penal ou sua punição’¹¹⁹.

Ante essas explanações, nos termos das circunstâncias objetivas, vê-se que o legislador, fundado em razões de política penal, em alguns casos, determinou que a punibilidade fique subordinada a elementos ou circunstâncias que não se localizam na descrição típica do crime imputado ao agente e que, por conseguinte, apresentam-se como dados concretos e exteriores à sua conduta. Assim, sustenta-se que as condições objetivas de punibilidade, apesar de exteriores à conduta típica, são exigidas pela lei para a punibilidade e que o fato somente se torna punível a partir do momento em que a conduta se realiza¹²⁰. Destas circunstâncias, anteriores à conduta típica, distinguem-se as condições ao exercício da ação penal, exigidas para a regular formação do devido processo penal nos crimes processáveis por ação penal pública condicionada.

Importante, ainda, lembrar o ensinamento de A. P. GRINOVER que, na separação em exame, desfere visualização processualística essencialmente relevante para o tema. Apesar de a autora não reconhecer a existência autônoma da categoria das

¹¹⁸ PEDROSO, Fernando de Almeida. *Ação Penal Pública Condicionada*. *Justitia*, n. 100, p. 61-89, p. 66-67.

¹¹⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio, *Lições, A nova parte geral*, Forense, 8ª ed., Rio, 1985, p.223. Sua autorizada doutrina, em outra oportunidade, ensina que as condições objetivas de punibilidade: “são, sem sombra de dúvida, elementos constitutivos do crime, desde que, sem elas, o fato é juridicamente indiferente”. (*Pressupostos do crime e condições objetivas de punibilidade*, in *Estudos em homenagem a Nelson Hungria*, p. 176).

¹²⁰ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*. Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 669-670.

condições de procedibilidade¹²¹, ao refutar a tese de que a representação do ofendido e a requisição do Ministro da Justiça seriam condições objetivas de punibilidade, deixa importante justificativa aqui aplicável. Assevera, nesta linha, que, quando ausentes as condições de punibilidade em delito que as requisitasse, haveria possibilidade de decisão de mérito absolutória (por inexistência do fato, por falta de prova da autoria ou por falta de tipicidade). No entanto, quando ausente a representação ou a requisição, o juiz jamais poderia absolver pelo mérito. Condicionariam estas últimas condições, tão-só o direito do Estado deduzir em juízo a pretensão punitiva. Os efeitos concretos da distinção em alvitre, seriam os seguintes:

... a sentença que absolve por falta de condição objetiva de punibilidade, nega a pretensão punitiva e faz coisa julgada material; a que absolve por falta de condição de procedibilidade, nega o exercício da ação e, mesmo tornando-se irrecorrível, não se reveste da autoridade da coisa julgada material, permitindo a instauração de outro processo. A ausência de condição de punibilidade leva à sentença absolutória; a falta de condição de procedibilidade, conduz à rejeição da denúncia (art. 43, III “a” CPP), ou à anulação do processo (art. 564, III, “a” CPP).¹²²

Diante de todo o exposto, acredita-se não pairarem dúvidas acerca dos distanciamentos entre as condições da ação e as condições objetivas de punibilidade, ausente, assim, qualquer motivo que possa levar à confusão entre elas.

¹²¹ Como visto, para a eminente doutrinadora Ada Pellegrini GRINOVER, estariam inseridas na possibilidade jurídica do pedido.

¹²² GRINOVER, Ada Pellegrini. *As condições da ação penal*. São Paulo, José Bushatsky, 1977, p. 168-169.

4. A REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO: CONDIÇÃO AO EXERCÍCIO DO DIREITO À JURISDIÇÃO PENAL NA AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA.

4.1 CONCEITO E ESCORÇO HISTÓRICO

Quando se classificou segundo o critério subjetivo a ação penal, asseverou-se que esta, em sua modalidade pública, inicia-se exclusivamente através da concretização do exercício do direito à jurisdição penal pelo órgão do Ministério Público competente. Ponderou-se, também, que a ação penal pública comportava subdivisão em incondicionada e condicionada, sendo aquela a regra e esta, a exceção. No último caso, a despeito de permanecer com o Estado-Administração a titularidade da ação, além da presença dos pressupostos processuais, mostram-se necessárias condições à ação que não figuravam exigíveis para a forma incondicionada. Noticiou-se como tais condições a representação do ofendido, ou de seu representante legal, e a requisição do Ministro da Justiça, quando dispositivos legais específicos as demandem.

No presente capítulo procura-se descrever peculiaridades processuais da representação do ofendido quando imperativa para a efetivação do *ius actionis*.

A representação do ofendido pode ser entendida como “uma declaração de vontade do ofendido para que o Ministério Público instaure a ação penal e sem a qual não poderá fazê-lo”¹²³, ou como “o ato pelo qual o ofendido manifesta a vontade de não se opor ao procedimento.”¹²⁴

Na forma como concebida pelo direito pátrio, esta condição ao regular exercício da ação penal apresenta suas origens em institutos similares dos direitos francês e italiano. Encontra a ação penal pública condicionada à representação, prevista no art. 100, § 1º do Código Penal vigente, correspondência com a *plainte* francesa. Com efeito, de acordo com o lecionado por Joaquim Canuto Mendes de ALMEIDA, “no sistema francês, a ação penal é exercida pelo Ministério Público. O

¹²³ ROMEIRO, Jorge Alberto. *Da ação penal*. 1ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1949, p. 126.

¹²⁴ TORNAGHI, Hélio B. *Compêndio de Processo Penal*. José Konfino, Rio de Janeiro, 1967, t. 2, p. 460.

ofendido, porém, pode provocar-lhe o início, requerendo a *citação direta* do indiciado perante o tribunal correccional ou o tribunal de simples polícia, ou, perante, o tribunal de instrução, apresentando *plainte*, por crime ou delito, acompanhado de constituição regular de parte civil”¹²⁵. Neste caso, a queixa do ofendido coloca em movimento a ação pública, mas o exercício da ação continua a caber privativamente ao Ministério Público. Assim, a queixa “não é a proposição da ação penal do ofendido; é a declaração feita ao próprio Ministério Público a fim de que este possa propor a ação pública”¹²⁶.

Ainda, caracteriza este instituto francês, de essencial influência no direito europeu¹²⁷, o fato de que a vítima tem direito a deixar de desempenhar o direito à queixa; entretanto, uma vez que formulando-a, “não exerce em relação à instância para a aplicação da pena, isto é, em relação à ação pública, outra qualquer influência. O primeiro ato do processo não pode concluir-se sem o impulso da parte ofendida; mas, uma vez dado este impulso, o Ministério Público prossegue só e não deve consultar senão os interesses da ordem pública que lhe são confiados”¹²⁸.

O direito italiano também se mostra como referência da instituição da representação do ofendido no ordenamento jurídico brasileiro. Na Itália, que pelo Código de 1859 imitou o sistema francês acima referido, a *querela* é o instituto correspondente à representação em vista. Esta *querela*, possui a função de retirar um obstáculo que se coloca para o exercício da ação penal pública, mas não tem o condão de mover esta. Acentua Joaquim Canuto Mendes de ALMEIDA que, “o Código de

¹²⁵ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Processo penal, ação e jurisdição*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975, p. 229.

¹²⁶ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O Processo Criminal Brasileiro*. 3ª ed. Rio de Janeiro, 1920, v. 2, p. 184.

¹²⁷ Como atesta Joaquim Canuto Mendes de ALMEIDA, “o sistema francês foi imitado pelos Códigos da Itália, de 1859, da Bélgica, da Holanda, da Romênia, da Rússia, da Suécia, da Turquia e de certos cantões suíços – ensinava Bernardino Alimena (*Accusa Privata e parte civile, nos Studi di Procedura Penale, Fratelli Boca*, Turim, 1906, p. 174)”. (ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Processo penal, ação e jurisdição*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975, p. 230).

¹²⁸ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. *O Processo Criminal Brasileiro*. 3ª ed. Rio de Janeiro, 1920, v. 2, p. 184. Esta característica da *plainte* francesa assemelha-se à da irretratabilidade da representação do ofendido albergada pelo processo penal brasileiro, como se poderá analisar no verbete 4.8, *infra*.

Processo Penal italiano, de 1930¹²⁹, manteve à *querela*, estritamente, o valor funcional da *plainte* e que, entre nós cabe à *representação do ofendido*, nas ações públicas no furto entre parentes e afins até o quarto grau civil (conforme o art. 407, § 5º da consolidação das Leis Penais; art. 1º e o parágrafo único da Lei federal n. 628 de 28 de outubro de 1899)¹³⁰.

No direito positivo brasileiro, a representação do ofendido remonta exatamente a esta lei federal 628 de 28 de outubro de 1899¹³¹, cujo art. 1º, parágrafo único, foi consolidado no § 5º do art. 407, da Consolidação das Leis Penais, que assim dispunha: “A ação pública será iniciada sob representação do ofendido se o furto se der entre parentes e afins até o quarto grau civil, não compreendidos na disposição do art. 335”.

Ressalte-se que a representação do ofendido constou de todos os projetos para o Código Criminal brasileiro. Assim, no Projeto Galdino Siqueira (como exemplos os artigos 71, § 1º e 72, primeira parte); no Projeto Sá Pereira¹³², em que regulada a representação do ofendido, na parte geral (livro I, cap. III), pelos artigos 43 a 46 e na parte especial por ainda outros artigos, como, 182, 188, 205, 225, ...; e no anteprojeto Alcântara Machado no qual cabia a representação do ofendido em casos expressos na parte especial, como rezavam os artigos 268 a 274, 278, 328, III, 335, § 5º, Este último projeto preceituava, ainda, decair do direito de representação aquele que não o exercesse no prazo de três meses a contar da data em que tivesse conhecimento do autor da infração (art. 113, § 2º).

¹²⁹Neste, ao instituto da *querella* (a representação do ofendido no direito brasileiro) a natureza jurídica conferida é de condição objetiva de punibilidade, como atesta Jorge Alberto ROMEIRO (*Da ação penal*. 1ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1949, p. 128).

¹³⁰ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes. *Processo penal, ação e jurisdição*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975, p. 242.

¹³¹Esta a lição de Jorge Alberto ROMEIRO. (*Da ação penal*. 1ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1949, p. 131). Apesar disso, o Decreto nº 3084 de 5 de novembro de 1898, parte II, art. 38, com o intuito de consolidar leis referentes à Justiça Federal, já continha previsão expressa da representação do ofendido, no parágrafo 2º daquele art. 38: “Admite denúncia o crime de furto: mas, a ação pública só será iniciada sob representação do ofendido, e perime pela desistência deste, a quem incumbe pagar, neste caso as custas”, como noticiado por João Mendes de ALMEIDA JÚNIOR. *O Processo Criminal Brasileiro*. 4ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1959, v. 2, p. 187.

¹³²Este projeto visou reduzir os casos de ação exclusivamente privada ao mínimo dispensável, alargando as hipóteses de ação penal pública condicionada à representação do ofendido (crimes que atualmente se processam por ação exclusivamente privada).

O Código Penal vigente (1940 com as reformas introduzidas em 1984), da mesma forma que o Projeto Alcântara Machado, não relaciona num único dispositivo os casos em que a ação pública depende de representação, preferindo referir-se a esta, na sua parte especial, quando se configure um crime de ação pública dela dependente.

A regulamentação legal expressa da ação penal pública condicionada à representação do ofendido encontra-se recepcionada, genericamente, no art. 100, § 1º do Código Penal¹³³ e no art. 24 do Código de Processo Penal.

No direito comparado, encontram-se análogos da representação do ofendido pátria, nas referidas *plainte* francesa e *querela* italiana, assim como nas *palintes* belga e suíça, na *querella* mexicana e na *instancia privada* argentina¹³⁴.

4.2 OS FUNDAMENTOS DO INSTITUTO

Linhas atrás, quando se abordou a ação penal de iniciativa privada como exceção na matéria da classificação subjetiva da ação penal, apresentaram-se razões de política criminal que levam o Estado a transferir, em certos crimes, o *ius accusationis*, isto é, a titularidade da ação penal, ao particular.

A rigor, não se verificam grandes diferenças entre os vistos fundamentos da ação penal de iniciativa privada e os da ação penal pública condicionada à representação do ofendido. Em ambas, o ofendido por razões íntimas reflete e decide sobre a conveniência e a oportunidade de provocar a iniciação do processo penal. Visualizando-se semelhanças extensas entre as razões para os institutos da queixa e da representação do ofendido, o tênue distanciamento a ser destacado entre os fundamentos das ações que geram (de iniciativa privada e pública condicionada, respectivamente) reside essencialmente na intensidade com que as infrações penais atingem, por um lado, a esfera particular do ofendido e, por outro, a coletividade. Esta realidade é bem elucidada por Aníbal BRUNO:

¹³³ Na redação original do Código de Penal de 1940, cuidava genericamente da representação do ofendido, nos mesmos termos, o art. 102, § 1º. Com a reforma penal de 1984, o aludido art. 100, § 1º passou a trazer tal previsão: “A ação penal pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou requisição do Ministro da Justiça.”

¹³⁴ Como noticia Jorge Alberto ROMEIRO. *Da ação penal*. 1ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1949, p. 130-131.

As razões que justificam o direito de representação são as mesmas que apóiam o direito de queixa. Mas nos casos em que só se procede mediante representação, se pode haver legítimo interesse do ofendido em manter o crime ignorado, há também sensível interesse público em puni-lo, e assim não fica inteiramente nas mãos do particular a sua perseguição. (...) Assim, a representação tem esta vantagem: resguarda o interesse privado em não perseguir, mas permite a ação pública, mais idônea para efetivar o processo de repressão do crime¹³⁵.

José Frederico MARQUES também explica com propriedade as razões dos institutos na seguinte passagem:

A ação penal pública condicionada pode depender de representação do ofendido, nos casos taxativamente previstos em lei. Embora o crime atinja a um bem jurídico, cuja tutela penal interessa precipuamente ao Estado, figuras delituosas existem em que a pretensão punitiva somente surge quando o sujeito privado, que desse bem jurídico é titular, também tenha interesse na punição do autor da infração penal, e isso por motivos vários, que vinculam a própria tutela penal ao poder dispositivo do sujeito passivo do crime. Quando mais acentuada essa subordinação, o Estado transfere ao titular do bem jurídico atingido ou ameaçado, o direito de ação e o direito de acusar: são os casos de ação penal privada. Hipóteses existem, no entanto, em que o interesse público na punição do crime fica menos subordinado à vontade do ofendido, e, por isso, lhe não transfere o Estado o direito de acusar, mas tão-só condiciona à sua provocação o início da *persecutio criminis*: são as hipóteses de ação penal pública dependente de representação¹³⁶.

Diante das lições acima, acentua-se que o embasamento teórico da representação do ofendido como condição ao regular exercício da ação penal, advém da necessidade de proteção do interesse do lesado, vez que a repercussão do fato no processo penal¹³⁷, de caráter público, pode ocasionar um dano mais acentuado que o próprio estrago produzido pelo delito penal (os malefícios da divulgação do fato sendo maiores que o benefício trazido pela persecução penal de seu autor). Afirma-se, então, que a possibilidade do perigo do escândalo ser mais temível que a própria impunidade do criminoso faz com que o Estado condicione seu poder repressivo, respeitando a vontade do indivíduo e deixando a propositura da ação penal a critério deste. Diferencia-se, enfim, esta representação da queixa para a ação penal de iniciativa privada, peculiarmente pela menor acentuação da ofensa ao interesse privado e, assim, dada a menor intensidade do interesse particular, é conferido tão-somente, o direito de impulso inicial à *persecutio criminis*.

¹³⁵ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. 2ª ed., Forense, Rio, São Paulo, 1966, v. 1, t. 3, p. 240.

¹³⁶ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas, Bookseller, 1997, v.1, p. 316.

¹³⁷ Costuma-se mencionar em doutrina a expressão *strepitus iudicii* ou *strepitus fori*, para designar o escândalo do processo.

Neste sentido, Fernando da Costa TOURINHO FILHO explica que os crimes abrangidos nestas situações particulares são aqueles que afetam imediatamente o interesse particular e mediatamente o interesse geral e que, por isso, o Estado, embora ciente das conseqüências advindas da prática do delito e de seu poder-dever de reprimi-los, “prefere deixar a critério do particular (lesado) a apreciação da conveniência da repressão, não só pela tenuidade do interesse público afetado pelo crime, como também para resguardar interesses íntimos ou familiares do próprio lesado”¹³⁸.

Além deste principal fundamento à ação penal pública condicionada à provocação do ofendido, a doutrina costuma anunciar, alguns outros¹³⁹, como a necessária concorrência da vítima para a produção das provas do delito e a “conveniência política de evitar a exasperação e enrijecimento da hostilidade entre os particulares”¹⁴⁰.

Tais razões, que lastreiam o instituto da representação do ofendido, no entanto, não foram suficientes para deixá-lo livre de certas críticas, dirigidas, na verdade, a todas as formas de influência da vontade particular na aplicação da lei penal, por parte da doutrina. Ganham repercussão as de BINDING, que assim as enumera:

(...) prejuízo do Estado, como titular do *jus puniendi* e do poder de indultar; prejuízo do ofendido, a quem não foi possível apresentar a tempo a representação, ou que teve um representante inativo; lesão ao princípio de justiça de que toda culpa deve ter sua retribuição; abandono da autoridade do Estado ao arbítrio privado; condições favoráveis ao criminoso, que, com frequência, se subtrai à pena; condição favorável para o ofendido, que, às vezes, comercia o seu direito e é impelido a extorsões; facilidade do representante legal do ofendido para descuidar, sem consciência, os interesses do representado¹⁴¹.

Prontamente, autores vieram a refutar tais críticas, defendendo as ingerências particulares autorizadas em casos especiais, no tema da ação penal. Exemplos influentes de doutrinadores com esta orientação encontram-se em E. Magalhães

¹³⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 25ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003, v. 1, p. 338.

¹³⁹ Jorge Alberto ROMEIRO cita, além da índole particular de certos crimes, cujo *strepitus judicii* pode causar mal maior que a impunidade do próprio crime à sociedade, ou cuja prova dependa quase exclusivamente do concurso do ofendido, a tenuidade da ofensa produzida. (ROMEIRO, Jorge Alberto. *Da ação penal*. 1ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1949, p. 127).

¹⁴⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 25ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003, v. 1, p. 338.

¹⁴¹ BINDING, *apud* TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 25ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003, v. 1, p. 338.

NORONHA (que coloca na mencionada justificativa da imprescindibilidade do concurso do ofendido para a produção da prova a razão existencial da ação privada¹⁴²) e também em BATTAGLINI, que preleciona:

De um modo geral, o instituto da querela apresenta inconvenientes, os quais se encontram também nos crimes perseguíveis de ofício. Qualquer instituto jurídico apresenta inconvenientes, na prática, e pode dar lugar a manejos imorais. É que a justiça, por fatalidade humana, não pode deixar de ser limitada e imperfeita. No balanço das vantagens e desvantagens, porém, o instituto encontra sua justificação e, assim, não pode ser condenado por amor de um princípio¹⁴³.

Alguns autores posicionam-se no sentido de sustentar que, diante das justificativas mencionadas para as intervenções do particular na ação penal, a existência da ação penal pública condicionada seria suficiente a atender às razões de foro íntimo, devendo-se excluir do ordenamento jurídico a modalidade mais radical, da ação penal de iniciativa privada¹⁴⁴. Com essa tendência, Afrânio Silva JARDIM entende:

... ousamos asseverar que a manutenção da ação penal de exclusiva iniciativa privada é fruto de uma visão privatística do Direito e Processo Penal. Somos que o instituto da representação já atenderia aos ponderáveis interesses que se procura tutelar através da ação privada. Quando muito, se poderia adotar o instituto italiano da 'querela', que preserva o monopólio do Estado com relação à ação penal, dando, porém, grande margem de disponibilidade da *presecutio* ao ofendido.¹⁴⁵

Desta orientação não diverge Joaquim Canuto Mendes de ALMEIDA, quando assenta: "O que, a nosso ver, melhor satisfaria as exigências do meio e do moderno processo criminal seria a redução ao mínimo indispensável dos casos de queixa, conservando-se, também com parcimônia, os de representação do ofendido. A

¹⁴² NORONHA, E. Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. Saraiva, 1972, p. 30.

¹⁴³ BATTAGLINI, *Il diritto di querela*, p. 36, apud BARBOSA, Marcelo Fortes, *Ensaio sobre a ação penal*. *Justitia*, n. 92, p. 97-123, p. 107.

¹⁴⁴ Veja-se que legislações como a francesa, a mexicana e a italiana, entre outras, consagram o princípio monopolístico da ação penal pelo Estado, admitindo a intervenção do particular apenas como provocador da persecução penal pelo órgão ministerial, a ação penal semipública, chamada pública condicionada, no Brasil. Não aceita o ordenamento jurídico de tais países a ação penal de iniciativa privada, na forma do lecionado pela doutrina em exame.

¹⁴⁵ JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. Rio de Janeiro, Forense, 1994, p. 27.

intervenção dos particulares no procedimento, em geral, poderia ser mantida, com razoável amplitude, mas no caráter apenas de auxílio à acusação pública.”¹⁴⁶

Lições como estas incrementam a relevância em estudar-se profundamente o instituto em alvitre. Acolhendo-se o legislador estes ensinamentos, acrescentar-se-iam os casos em que a persecução penal dependeria da representação do ofendido, diminuindo-se ou mesmo extinguindo-se, por conseguinte, as hipóteses de atuação particular pela via da queixa, atendendo-se de maneira mais eficaz o interesse coletivo, através da permissão exclusiva da acusação pelo órgão técnico estatal.

4.3 NATUREZA JURÍDICA DA REPRESENTAÇÃO

Os debates acerca da natureza jurídica da representação do ofendido versam sobre sua figuração como instituto de direito penal material, de direito processual ou de um misto entre direito substancial e processual penal.

Os que defendem a natureza penal material da representação associam-na às condições objetivas de punibilidade.

Em momento pretérito considerou-se que não devem ser confundidas as condições ao exercício da ação penal e as condições objetivas de punibilidade advindas do direito penal¹⁴⁷. As razões vistas naquela ocasião servem a refutar tal doutrina¹⁴⁸ que insiste em desconsiderar a natureza processual da condição da ação em exame.

O conceito da representação do ofendido como a delação postulatória do crime, em que se contém, além da notícia do delito, o requerimento para a instauração da ação penal conduz à conclusão de que o instituto pertence ao direito processual. Com este entendimento, a doutrina preponderante sustenta que o próprio Código Penal, nos artigos 104 e 107, devidamente afasta a representação do ofendido do direito material. Isso porque tais dispositivos, ao determinarem que a punibilidade

¹⁴⁶ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Processo penal, ação e jurisdição*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975, p. 252.

¹⁴⁷ Vide *supra* 3.2.

¹⁴⁸ Exemplo de autor com tal discernimento encontra-se em Jorge Alberto ROMEIRO, trazendo que esta foi a orientação consagrada pelo Código Penal italiano de 1930, em seu art. 122 (ROMEIRO, Jorge Alberto. *Da ação penal*. 1ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1949, p. 128).

extingue-se quando ocorrida a decadência do direito de representação, levam à compreensão de que o direito de punir teve existência (visto que, em ocorrendo o evento da decadência, findou-se). Dessa forma, inconcebível tratar-se a representação como condição de punibilidade, pois caso assim se fizesse, ver-se-ia a punibilidade extinta sem sequer ter existido (o que só ocorreria com o exercício do direito de representação).

Ademais, é patente, pelos aspectos mencionados sobre os fundamentos do instituto¹⁴⁹, que este denota natureza processual, especialmente porque configura requisito exigido pela lei em casos especiais para tornar admissível a acusação (sedimentado ser uma condição da ação penal).

Não se concebe, entretanto, a representação do ofendido como completamente desvinculada do direito material. Além de topograficamente constarem no Código Penal diversos dispositivos dela cuidando (o que em nada altera sua natureza processual), a ela aplicam-se regras de Direito Penal intertemporal, em razão do profundo atrelamento que possui com o direito de punir estatal, caso abstenha-se de apresentá-la no prazo legal.

Assim, apesar de sua natureza jurídica ser processual, a representação do ofendido exterioriza aspectos penais, porquanto seu não exercício ocasiona a decadência¹⁵⁰, uma causa extintiva da punibilidade.

Esta percepção de uma faceta penal na condição da ação penal em apreço, entre outras razões, permitiu que certa doutrina compreendesse sua natureza jurídica como pertencente a um campo misto de direito material e processual.

Luis Flávio GOMES, ao cuidar do exercício do direito de representação nas lesões corporais (Lei 9099/1995), emana exatamente esta noção sobre a natureza jurídica do instituto, num misto entre direito processual e penal. Nas palavras do professor: "... a representação, para além de possuir clara natureza processual, é também instituto de direito penal. Possui conteúdo material."¹⁵¹ Tal entendimento é justificado pelo doutrinador, em seguida, em razão de que a falta do exercício do

¹⁴⁹ Vide item 4.2.

¹⁵⁰ Sobre os efeitos da decadência na ação penal pública condicionada, ver abaixo, item 4.7.

¹⁵¹ GOMES, Luis Flávio. *Suspensão condicional do processo penal*. 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 354.

direito de representação ocasiona a decadência, causa extintiva da punibilidade, que figura como matéria penal.

A crítica que costumeiramente se formula quanto a este entendimento opera-se no sentido da impossibilidade de cogitar-se um instituto jurídico cuja essência ou natureza seja, ao mesmo tempo, de direito material e de direito processual. No ensinamento de BATTAGLINI, a essência deste instituto ou é material ou é processual, certo que inadmissível a coexistência de ambas as naturezas¹⁵².

Com estas explanações, realmente deve-se reconhecer a natureza processual do instituto que, sendo uma condição da ação, visa conferir regularidade à instância. O fato de encontrarem-se leis penais materiais que dele tratam (especialmente para delimitar os crimes em que será exigido para a instauração do processo penal) e de incidirem sobre ele alguns aspectos penais materiais, ligados à extinção da punibilidade, não servem a desvirtuar sua essência processual.

4.4 ROL DE CRIMES DEPENDENTES DE REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO PARA A RESPECTIVA PERSECUÇÃO PENAL

A ação penal condicionada à representação, como se viu, figura em sede excepcional na matéria da subdivisão da ação penal pública e, portanto, quando a lei quiser subordinar a atividade do Ministério Público à manifestação do ofendido, deve fazê-lo expressamente. Esta a disposição legal apregoada pelo § 1º do art. 100 do CP e pelo art. 24 do CPP. Norma penal explícita deve, assim, indicar este singular tipo de ação penal (conhecendo-se a regra hermenêutica de que as exceções devem ser expressas). Para atender a este requisito, a parte especial do Código Penal e as leis penais extravagantes, usualmente trazem, acompanhando a norma penal substantiva, a expressão: “*somente se procede mediante representação*”.

Considerando-se todo o vasto conjunto de delitos previstos na legislação penal¹⁵³ (Código Penal e legislação extraordinária), não são muitos aqueles cuja

¹⁵² BATTAGLINI. *La querela*. p. 147, *apud* TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 25ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003, v. 1, p. 344.

¹⁵³ Fruto da inflação legislativa havida no Direito Penal, bem elucidada por René Ariel DOTTI: “Em trabalho apresentado para a XVII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil (Rio de Janeiro, 30-8 a 2-9 de 1999), tive a oportunidade de acentuar que atualmente a

persequibilidade depende de representação do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo¹⁵⁴, inclusive em razão de figurarem como exceção à regra da incondicionalidade da ação penal pública.

Procura-se¹⁵⁵ enumerar tais infrações, no Código Penal, como: perigo de contágio venéreo (art. 130, § 2º); crime contra a honra de funcionário público, em razão de suas funções (art. 141, II, c/c o art. 145, parágrafo único)¹⁵⁶; ameaça (art. 147, parágrafo único); violação de correspondência (art. 151, § 4º); correspondência comercial (art. 152, parágrafo único); violação de segredo profissional (art. 154); furto de coisa comum (art. 156, § 1º); tomar refeição em restaurante, alojar-se em hotel ou utilizar-se de transporte sem ter recursos para o pagamento, ou seja, o estelionato, na forma do art. 176; receptação (art. 180), quando ocorrer a hipótese traçada no art. 182; violação de direito autoral na forma do art. 184, § 3º (segundo o art. 186, IV); crimes contra os costumes, quando a vítima ou seus pais não podem prover as despesas do

legislação especial em matéria criminal, quer criminalizando condutas, ou declarando-as equiparadas a tipos já previstos no Código Penal, quer abordando aspectos relativos à caracterização dos delitos ou à aplicação ou extinção das penas, alcança o expressivo número de 109 (cento e nove) diplomas, sendo 91 (noventa e uma) leis, 17 decretos-leis e 1 (um) Decreto. Quanto às leis extravagantes no campo das contravenções penais, o número chega a 10 (dez), sendo 7 (sete) leis, 2 (dois) decretos leis e 1 (um) decreto. A soma global chega a 119 (cento e dezenove) diplomas dispendo sobre crimes e contravenções, a parte das normas do Código Penal. (DOTTI, René Ariel. *Proposta para uma consolidação das leis penais*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 28, p. 151-174, outubro-dezembro de 1999, p. 152).

¹⁵⁴ Entretanto, a avidez e a rapidez do legislador penal, muitas vezes buscando resolver problemas sociais através da penalização de condutas, desprovido de um prévio estudo de política criminal, atitude que se constata reprovável, exige um perfeito conhecimento das peculiaridades do condicionamento da ação penal em apreço, sabendo-se (e é sua própria história que o condena) que novas leis penais podem vir a ser promulgadas a qualquer momento, no mais das vezes em razão de pressões de grupos sociais, desvinculado da devida parcimônia de operador do direito que dele se demanda.

¹⁵⁵ A pretensão aqui seria a de abranger a totalidade dos delitos cuja perseguibilidade depende de representação, porém, diante da acima referida inflação legislativa, que não permite à doutrina acompanhar a avidez desenfreada do legislador em criminalizar condutas e alterar disposições penais e processuais penais, alguma omissão pode haver ocorrido.

¹⁵⁶ Na ocorrência de crime contra a honra de funcionário público em razão de suas funções, o STF editou a súmula 714, permitindo que o servidor ofendido represente para que o Ministério Público proponha a competente ação penal (pública condicionada), ou ingresse de imediato com tal ação (neste caso, de iniciativa privada), havendo, portanto, legitimidade concorrente do órgão do MP e do ofendido neste delito. A redação da súmula 714 é a seguinte: “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.” Assim, o processamento do delito pode ocorrer tanto por meio de ação penal pública condicionada, como pela via da ação penal de iniciativa privada.

processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família (art. 225, § 2º)¹⁵⁷.

Na legislação extravagante, verifica-se a presença de delitos cuja persecução penal dependente de representação na Lei 5250, de 9.2.1967 (Lei de Imprensa), quando o crime for praticado contra funcionário público em razão de suas funções e contra órgão ou autoridade que exerça função de autoridade pública (art. 23, II e III, no mesmo sentido da disposição do Código Penal acima mencionada, art. 141, II), por força dispositiva do art. 40, I, *b*, desta Lei, que cuida da ação penal.

Também a Lei 9099, de 26.9.1995 (Lei dos Juizados Especiais) regulou o exercício da ação penal para os crimes de lesão corporal leve e culposa, subordinando a persecução criminal para estes delitos à delação postulatória em exame (art. 88: “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”). A alteração trazida pela Lei dos Juizados resulta da tendência despenalizadora que a acompanhou, inspirada pela mínima intervenção penal, consistindo na transformação do processamento dos ilícitos de lesão corporal leve e culposa (independente de seu grau), antes ocorrido por meio da ação penal pública incondicionada e agora exercido pela ação penal pública condicionada.¹⁵⁸

¹⁵⁷ A jurisprudência admite amplamente a prova do estado de miserabilidade da vítima para que o delito seja perseguível por ação penal pública condicionada (RT 670/281). O atestado de pobreza fornecido pela autoridade policial é prova suficiente. Entretanto, este é apenas um dos meios de prova da miserabilidade jurídica, que pode ser corroborada de outras formas. O essencial é verificar se o ofendido pode ou não arcar com os encargos de uma ação penal sem se privar do necessário à subsistência própria e de sua família. Consoante o STF, ainda, a prova da miserabilidade pode ser produzida até a sentença final, vez que a condição exigida pela lei para o processamento do delito pela via da ação pública condicionada, é a pobreza do ofendido, e não a sua comprovação antes da denúncia (RTJ 39/15, 49/113).

¹⁵⁸ Esta transformação despenalizadora realizada pelo legislador é atestada por Luis Flávio GOMES, que sobre a alteração do processamento dos delitos assevera: “A transformação da ação penal pública incondicionada em ação pública condicionada significa despenalização. Sem retirar o caráter ilícito do fato, isto é, sem descriminalizar, passa o ordenamento jurídico a dificultar a aplicação da pena de prisão. De duas formas isto é possível: a) transformando-se a ação pública em privada; b) ou transformando-se a ação pública incondicionada em condicionada (...). Sob a inspiração da mínima intervenção penal, uma dessas vias despenalizadoras (a segunda) acaba de ser acolhida pelo artigo 88 da Lei n. 9099/95.” (GOMES, Luis Flávio. *Suspensão condicional do processo penal*. 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 347).

4.5 A TITULARIDADE DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE REPRESENTAÇÃO.

No que se refere à legitimidade para exercer o direito público subjetivo de representação, os fundamentos, a razão de ser do instituto permitem assentar a regra de que ao ofendido caiba a ponderação sobre a efetivação ou não deste direito, sendo seu titular absoluto.

No entanto, para casos especiais o legislador determina competir a outras pessoas, que não o lesionado diretamente pela infração penal, o direito de efetivar a condição da ação penal em exame. Isso tanto para suprir situações de incapacidade, como para permitir o exercício do direito, mesmo quando a vítima do delito perseguido por ação penal pública condicionada houver falecido, através de pessoas ligadas a ela. Assim é que, além do próprio ofendido pelo crime, podem ser titulares do direito de representação: o representante legal deste, seu curador especial ou seu procurador. A incapacidade do ofendido, a sua morte e a possibilidade de apresentar-se a representação por procuração denotam as ocasiões excepcionais em que pode ocorrer o exercício direto do direito à delação postulatória; tais casos merecem estudo específico.

Quando o ofendido for incapaz¹⁵⁹, seu representante legal será a legítimo a efetivar a condição da ação penal em alvitre. Esta representação legal do ofendido decorre da necessidade de atender-se ao requisito da capacidade processual (legitimidade *ad processum*) para a concretização do ato jurídico.

O Código de Processo Penal refere-se a este suprimento de capacidade processual em seu artigo 24, parte final, dispondo que a promoção da denúncia pelo Ministério Público em crime de ação penal pública dependerá, nos casos de expressa exigência legal, de representação do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo. Percebe-se, entretanto, que o Código deixa de exprimir quem teria qualidade para representar o ofendido incapaz.

¹⁵⁹ Nos termos da lei civil, a regulação da incapacidade para os atos de que aqui se tratam, é dada da seguinte forma: absolutamente aos menores de 16 anos, aos mentalmente enfermos e aos que não puderem exprimir sua vontade e relativamente aos maiores de 16 e menores de 18 anos e àqueles com discernimento reduzido ou de desenvolvimento mental incompleto (artigos 3º e 4º do Código Civil Brasileiro).

A jurisprudência, em tendência protetora dos interesses do menor, alberga diversas pessoas como legitimadas a propor a delação criminal postulatória em favor do incapaz, permitindo, por exemplo, a concretização do ato por: avós, tios, irmãos, pais de criação, pessoas encarregadas da guarda do ofendido, amásio da mãe, pessoa ligada por relação de parentesco, pessoa de quem tenha o menor dependência econômica¹⁶⁰. Estas decisões alinham-se com a visão moderna do instituto, que apresenta caráter preponderantemente material, buscando amparar os interesses do incapaz, certamente mais relevantes que o estrito formalismo do ato postulatório¹⁶¹.

É necessário, neste momento, deixar claro que quando se menciona o ofendido incapaz neste tópico, não se alude ao maior de 18 anos mentalmente são, já que com o advento do Novo Código Civil, este é considerado absolutamente capaz, não possuindo mais representante legal, competindo somente a ele (ou a seu procurador, como se verá) o exercício da delação postulatória.

Fernando CAPEZ, em trabalho posterior à edição do novo diploma civil, já deixou claro que se o ofendido for menor de 18 anos ou mentalmente enfermo, caberá o direito de representação somente a quem tiver qualidade para representá-lo. Ao ofendido que completa os 18 anos, assevera o professor:

... adquire plena capacidade para ofertar a representação, deixando de existir a figura do representante legal, a não ser que, embora maior, seja doente mental. É que o novo Código Civil em seu art. 5º, passou a considerar o maior de 18 anos plenamente capaz de praticar qualquer ato jurídico na esfera civil, incluídos aí os atos processuais, sem necessidade da assistência de curador ou representante legal. Assim, não pode a legislação processual penal tratar como relativamente incapaz pessoa plenamente capacitada de acordo com a legislação civil. Cessa, com isso a legitimidade do representante legal a partir da zero hora do dia em

¹⁶⁰ Ver *RTJ* 57/90, 62/66, 85/482, 14/306, 36/82, *RTJESP* 9/449, 29/355, *RT* 396/366, 392/391, 416/318, 573/346, 586/400, entre outras citadas por MIRABETE (MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. São Paulo, Atlas, 2003, p. 114).

¹⁶¹ Esta tendência liberal do direito pretoriano faz com que autores neguem a busca no Direito Civil dos legitimados a representar o incapaz para os efeitos aqui estudados. PEDROSO ainda sob a égide do Código Civil de 1916 já ensinava que: “para efeito do exercício da condição de procedibilidade em tela, a representação legal ou assistência da vítima, quando menor não se confunde com a do Direito Civil (artigo 84 do Código Civil), eis que aqui, tonaliza-se ela com mais amplitude. De feito, não apenas os ascendentes ou descendentes, tutores ou curadores legais da vítima menor podem oferecer a condição de procedibilidade em pauta, mas também qualquer pessoa que a tenha sob sua guarda e com quem aquela conviva, como tio, irmão, primo, esposa, avós, ... e até mesmo quem com ela não guarde qualquer relação de parentesco (padrinho ou madrinha, padrasto ou madrasta, concubino (a) ...). O que revela, nesse passo, é que o representante dedique afeição e estima à vítima menor do delito, interessando-se por sua sorte e tendo-a sob sua guarda” (PEDROSO, Fernando de Almeida. *Ação Penal Pública Condicionada*. *Justitia*, n. 100, p. 61-89, p. 70) .

que o menor completa 18 anos e, portanto, deixa de ser menor. (...); se maior de 18 anos, só o ofendido pode exercer o direito de representação.¹⁶²

De outra banda, os eventos da morte do ofendido ou da declaração judicial de sua ausência fazem surgir novos legitimados ao exercício do direito de representação. O CPP expressamente regula o tema no art. 24, §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”.

A doutrina divide-se em considerar taxativa ou exemplificativa esta enumeração de legitimados. Os que compreendem no primeiro sentido¹⁶³ (apenas o cônjuge, ascendente, descendente e irmão possuem legitimidade), justificam que o legislador foi claro ao designar somente aquelas pessoas como titulares do exercício do direito de representação no caso de ofendido morto ou ausente, não deixando margem a outro entendimento. Baseiam, ainda, tais doutrinadores, esta orientação na idêntica regra do art. 31 do CPP, referente à queixa e aplicada subsidiariamente à representação. Por outro lado, aqueles que tem a enumeração do art. 24, § 1º do CPP como exemplificativa¹⁶⁴, posicionam-se conforme aquela direção acima esposada de que o instituto da representação possui caráter mais material que formal, melhor servindo aos interesses da família do ofendido falecido que o rol de legitimados a representar seja o mais abrangente possível. Esta concepção, mostrando-se como a que melhor atende aos fundamentos da ação penal pública condicionada à representação, vem ganhando relevo na jurisprudência, como já salientado, especialmente nos casos de crimes contra os costumes¹⁶⁵.

Dentro dessa análise, compreendendo-se a posição liberal como mais sensata, não cabe dizer que haveria ordem de preferência nos indivíduos mencionados no art. 24, § 1º, existindo direito concorrente entre eles de exercer a representação. Nesta linha, E. Magalhães NORONHA proferiu que se o parente antecedente da vítima não

¹⁶² CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 11ª ed., São Paulo, Saraiva, 2004, p. 110.

¹⁶³ Entre eles, Fernando da Costa. TOURINHO FILHO. *Processo Penal*. 25ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003, v. 1, p. 355 e Rogério Lauria TUCCI. *Teoria do Direito Processual Penal. Jurisdição ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 127.

¹⁶⁴ Exemplificados em: Fernando Almeida PEDROSO. *Ação Penal Pública Condicionada*. *Justitia*, n. 100, p. 61-89, p. 68 e José Antonio Paganella BOSCHI. *Ação Penal*. Rio de Janeiro, AIDE, 1997, p. 132.

¹⁶⁵ RT 252/106, 525/342, 498/296, 572/313, RTJ 112/1093, 32/109.

exerce ou não quer exercer o direito de representação, nada obsta que o façam os parentes subseqüentes¹⁶⁶.

O Código Processual Penal também cuidou de regulamentar o direito de queixa na hipótese em que o ofendido incapaz não tivesse representante legal ou em que, havendo tal representante, os interesses deste colidissem com os da vítima. Neste caso especial, o artigo 33 daquele diploma, aplicado analogicamente à representação, estipula que o juiz competente para o processo penal, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, designará curador especial ao incapaz, que poderá exercer o direito de queixa (da mesma forma, o de representação).

Este curador especial trata-se de verdadeiro substituto processual, vez que age em nome próprio na defesa de um interesse alheio. Sua designação será necessária, como se viu, tanto para os casos em que não tiver representante legal o incapaz como para as situações em que, possuindo-o, seus interesses colidirem com os daquele. Entende-se que o confronto de interesses não precisa resultar de antagonismo absoluto, mas pode decorrer, por exemplo, da acomodação do representante da vítima, denote caráter leviano. Para estas hipóteses, com propriedade estudou Câmara LEAL casos em que se presumiria o aludido conflito de interesses:

a) o crime contra o qual deve ser exercido o direito de queixa pelo incapaz foi cometido por seu representante legal; b) embora não tenha sido praticado o crime, o representante legal do incapaz teve nele uma certa participação material ou moral; c) foi o crime perpetrado por pessoa a que o representante legal do ofendido esteja ligado por estreitos laços de parentesco ou subordinação, havendo a presunção de interesse favorável ao indiciado; d) o representante legal do ofendido mantém com o autor do delito relações íntimas de amizade e deu provas inequívocas de interesse pela sua sorte; e) há evidentes indícios de que o representante legal do ofendido recebeu promessas de recompensa do autor do crime para abster-se de intentar ação penal contra ele.¹⁶⁷

Em todas estas ocasiões, urge que o juiz competente para o processo penal¹⁶⁸ nomeie curador especial ao incapaz. Este curador especialmente designado, no entanto, não fica compelido a exercer o direito de representação. Deverá, ponderar sobre a conveniência de atuar e somente se julgar oportuna a efetivação do direito,

¹⁶⁶ NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*, Saraiva, 1972, p. 28.

¹⁶⁷ LEAL, Antonio Luiz da Câmara. *Comentários ao Código de Processo Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro-São Paulo, Freitas Bastos, 1942, v. 1, p. 166.

¹⁶⁸ E aqui está se referindo ao processo instaurável pela ação penal pública condicionada que se sujeita o delito penal ocorrido.

somente se visualizar como sendo do melhor interesse da vítima e de sua família o oferecimento da representação, concretizará esta. A representação do ofendido nunca será obrigatória para aquele que tem legitimidade para oferecê-la.

Por derradeiro, no tema da titularidade do direito de representação, noticia-se que o exercício deste poderá operar-se por meio de procurador (da vítima ou de seu representante legal), desde que possua poderes especiais para tanto, consignados ao instrumento procuratório. Dispõe o art. 39, *caput*, do CPP: “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”. Esta regra permite, portanto, que mesmo o ofendido absolutamente capaz para exercer o ato jurídico da representação, execute este ato por meio de procurador, inexistindo obrigatoriedade de fazê-lo pessoalmente.

4.6 DESTINATÁRIOS DA REPRESENTAÇÃO

Consoante o *caput* do artigo 39 do CPP, transcrito ao final do verbete anterior, a representação pode ser dirigida à autoridade policial, ao órgão do Ministério Público e ao juiz.

Quando a *delatio criminis* postulatória em alvitre tiver por destinatário a autoridade policial, surgem diferentes possibilidades, dependendo das circunstâncias que acompanharem o exercício do direito de representar. De início, caso encontrem-se elementos fáticos aptos a ensejar as investigações, em respeito ao princípio da legalidade, a autoridade policial deve instaurar o inquérito policial, como se conclui dos artigos 5º, §4º e 39, §3º do CPP (consignado neste último que, se encaminhada a representação à autoridade policial incompetente para proceder o inquérito policial, deverá esta remetê-la àquela competente para tanto)¹⁶⁹. Por outro lado, se em conjunto com a representação fornecerem-se subsídios que habilitem o órgão do Ministério

¹⁶⁹ A transcrição dos artigos do Código Processual Penal citados no texto é a seguinte. Art. 5º, §4º: “O inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação não poderá sem ela ser iniciado”. Art. 39, §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”.

Público a oferecer a denúncia, o delegado deverá expedir a este órgão os elementos informativos¹⁷⁰.

Dirigida ao órgão do Ministério Público a delação postulatória, colocam-se a ele três oportunidades, diante das diferentes conjunturas que podem apresentar os casos concretos. Revela-se como situação mais comum aquela em que o órgão ministerial requisita da autoridade competente a instauração do inquérito policial, para que as investigações pautem a formação de sua *opinio delicti*. De outra banda, caso acompanhem a representação elementos idôneos e suficientes à propositura da ação, o órgão do Ministério Público, dispensando o inquérito, deve oferecer a denúncia no prazo de quinze dias da data em que conhecer a intenção do representante¹⁷¹. Por último, entende-se que na hipótese de a representação deixar de fornecer informações e dados satisfatórios sequer a ensejar investigações, o órgão do Ministério Público poderá requerer o arquivamento das peças de informação¹⁷².

Ainda pode conduzir-se ao magistrado o ato jurídico em apreço. As possibilidades que se abrem ao juiz quando lhe é apresentada a representação do ofendido (ou de seu representante legal) são basicamente duas, fundadas nas mesmas razões acima aventadas. Assim, pode o magistrado encaminhar a delação criminal postulatória à autoridade policial com a requisição de instauração do inquérito policial; e também permite-se a ele, caso acompanhem a representação elementos suficientes para lastrear a denúncia, remetê-la diretamente ao órgão do Ministério Público para que proponha a ação penal¹⁷³.

¹⁷⁰ A estas duas oportunidades postas ao delegado policial quando lhe é dirigida a delação postulatória, alguns autores costumam acrescentar uma terceira: a possibilidade de arquivamento das peças informativas sem a instauração do inquérito policial quando não houverem elementos mínimos a motivar uma investigação. Neste sentido, Heráclito Antonio MOSSIN atesta: “Não se pode obrigar aquela autoridade a investigar quando a representação não contiver elementos para esta finalidade de índole persecutória”. (MOSSIN, Heráclito Antonio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo, Atlas, 1997, p. 284). No entanto, o precitado art. 39, § 3º do CPP, parece não ter conferido tal margem de disponibilidade à autoridade policial, ao estabelecer que esta procederá a inquérito quando oferecida a representação.

¹⁷¹ O parágrafo 5º do art. 39 alberga expressamente esta possibilidade, ao dispor: “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 15 (quinze) dias”.

¹⁷² Esta a compreensão de Fernando CAPEZ (*Curso de Processo Penal*. 11ª ed., São Paulo, Saraiva, 2004, p. 110, p. 114).

¹⁷³ A rigor, esta última possibilidade não foi concedida expressamente ao juiz pelo parágrafo 4º do art. 39 do CPP, que trata da representação a ele dirigida (Art. 39, § 4º: “A representação quando feita ao juiz ou perante este reduzida a termo, será remetida à autoridade policial para que esta proceda

Ocasião peculiar em que poderá destinar-se ao juízo a representação do ofendido ocorre no caso de infração de menor potencial ofensivo¹⁷⁴, que se submete ao procedimento da Lei 9099/1995. Consoante a regra prevista no art. 75 desta lei, resultando infrutífera a tentativa de composição dos danos civis entre autor do fato e ofendido, se este estiver presente na audiência conciliatória, terá a imediata oportunidade de oferecer a representação oralmente ao juízo, que será reduzida a termo. Deve-se assentar, no entanto, que embora se faculte ao ofendido o exercício imediato do direito de representação na audiência de conciliação, não se restringe a oportunidade de oferecê-la no prazo legal de seis meses perante qualquer das outras autoridades acima referidas. Deste modo, o direito do ofendido não fica afetado, se a manifestação de vontade não se der na audiência conciliatória¹⁷⁵. Realizada a representação na audiência conciliatória, de acordo com o rito da aludida Lei dos Juizados Especiais, não se realizará o inquérito policial (ausente neste procedimento), mas a possibilidade de transação penal a ser proposta pelo Ministério Público. Caso não operada tal transação, segue-se o procedimento sumaríssimo previsto nos artigos 77 e seguintes.

Em todos os casos acima, qualquer que seja o destinatário da representação (magistrado, órgão do *parquet* ou autoridade policial), caso oferecida oralmente a representação ou feita por escrito sem que a assinatura esteja devidamente autenticada, deverá ser reduzida a termo.

a inquérito”). Entretanto, pela previsão do parágrafo 5º deste mesmo artigo, a doutrina é pacífica em reconhecer esta oportunidade ao magistrado de abrir vistas ao órgão do Ministério Público, quando presentes elementos que possibilitem o oferecimento da denúncia.

¹⁷⁴ As infrações de menor potencial ofensivo, conciliando-se os arts. 61 da Lei 9099/1995 e 2º, parágrafo único, da Lei 10259/2001 são aquelas cuja pena máxima não ultrapasse o período de dois anos. Diante disso, relevante a observação quanto à hipótese peculiar do oferecimento em juízo, vez que grande parte dos delitos que exigem a representação como condição da ação (verbete 4.4) caracterizam-se neste conceito de infração de menor potencial ofensivo.

¹⁷⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Sacrance; GOMES, Luis Flávio. *Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995*. 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 135.

4.7 O PRAZO PARA O EXERCÍCIO DO DIREITO DE REPRESENTAÇÃO E A DECADÊNCIA

4.7.1 Justificativas, natureza, características e contagem do prazo

O direito do ofendido ou seu representante legal de apresentar a *delatio criminis* postulatória quando da ocorrência de um crime perseguível por ação penal pública condicionada não pode ser exercido a qualquer tempo. O legislador, norteado por princípios jurídicos basilares, estabelece um prazo para que se exerça o direito de representar, sob pena de sua decadência e da conseqüente extinção da punibilidade do autor do fato ilícito. Razões de ordem social e jurídica, revelam a necessidade de impedir-se que a procedibilidade permaneça indefinidamente em suspenso. Ratifica, assim, PEDROSO que:

As condições de procedibilidade têm prazo assinalado para o seu exercício, para que os agentes de delitos de ações penais públicas condicionadas não fiquem eternamente à mercê ou dispor dos titulares da provocação do início das *persecutio criminis*. Mormente, em se tratando de representação da vítima, não é curial que os sujeitos ativos dos delitos fiquem ao talante ou alvedrio do ofendido ou seu representante, que, inclusive, podem perpetrar coações morais, extorsões..., valendo-se da especial condição de subordinação daqueles a estes.¹⁷⁶

Prudente, portanto, a existência de um prazo para que se realize o ato jurídico da representação. No ordenamento jurídico brasileiro, cuidam deste prazo tanto o Código Penal como o Código de Processo Penal. Com efeito, dispõe o art. 103 do Estatuto Repressivo que: “Salvo disposição expressa em contrário, o ofendido decai do direito de queixa ou de representação se não o exerce no 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”¹⁷⁷. O art. 38 do Código Processual Penal determina exatamente no mesmo sentido.

¹⁷⁶ PEDROSO, Fernando Almeida. *Ação Penal Pública Condicionada. Justitia*, n. 100, p. 61-89, p. 79-80.

¹⁷⁷ No Estatuto adjetivo a disposição do art. 38, no mesmo sentido do art. 103 do CP é a seguinte: “Salvo disposição em contrário, o ofendido, ou seu representante legal decairá do direito de queixa ou de representação se não o exerce no 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

Da leitura do dispositivo em alvitre, verifica-se que o prazo para exercer-se a representação será, em regra, de seis meses. Somente se permitirá sua modificação quando houver disposição legal expressa em contrário, exceções que serão referidas na seqüência da explanação.

Este prazo para apresentar-se a representação é de natureza decadencial. Por conseguinte, se não realizado o direito no período exigido legalmente, opera-se a decadência. O motivo essencial para que se ateste o prazo em exame como decadencial está em que o direito de representação acha-se profundamente vinculado ao direito de punir¹⁷⁸, vez que a ausência de sua efetivação acarreta a extinção da punibilidade do agente (pela decadência, como se depreende do art. 107, IV do CP¹⁷⁹). A convicção de que tudo que impeça ou dificulte o *ius puniendi* insere-se no âmbito da lei penal justifica, assim, a espécie decadencial do prazo.

O fato de encontrar-se previsto o tempo determinado para a representação tanto no Código Penal como no de Processo Penal, demonstra-se como ainda outra razão¹⁸⁰, além da aviltada espécie decadencial do termo, para que seu curso seja regido por regras de direito penal material (como previstas no art. 10 do Estatuto Repressivo¹⁸¹).

Desta constatação extrai-se que o prazo para representação do ofendido externa como características as de ser fatal, improrrogável e insuscetível de suspensão, prescrição ou interrupção. Todas estas peculiaridades vigoram no sentido de serem mais favoráveis ao acusado, seguindo a orientação geral dos prazos previstos no direito penal substancial.

Assim, uma vez iniciado o prazo decadencial para representar, nenhum fato poderá suspendê-lo ou interrompê-lo. Por ser também improrrogável, caso expire-se num domingo ou feriado, não será postergado para o primeiro dia útil subsequente, como ocorre normalmente com os prazos processuais, mas antecipar-se-á seu

¹⁷⁸ A ponto de alguns conferirem a natureza mista (de direito penal e processual) à representação do ofendido, como visto acima, verbete 4.3.

¹⁷⁹ CPP, Art. 107, IV – “Extingue-se a punibilidade: pela prescrição, decadência ou perempção.”

¹⁸⁰ Atesta TOURINHO FILHO, que “Há contudo, prazos fixados pelo CP e pelo CPP. Quando isto ocorrer, a contagem do prazo obedecerá ao disposto no art. 10 do CP”. (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 25ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003, v. 1, p. 369).

¹⁸¹ Assim redigido “Art. 10. O dia do começo inclui-se no cômputo do prazo. Contam-se os dias, os meses e os anos pelo calendário comum.”

vencimento para a data de regular expediente anterior. Ainda observará a contagem do prazo a regra do calendário comum (conforme precitado art. 10 do CP). Por fim, coloca-se a regra de início dos prazos penais, como este em tratamento, do *dies a quo computatur*, estabelecendo que o dia inaugural coincide com a data inicial da contagem (destoando dos genéricos termos *a quo* processuais, em que o começo da contagem do prazo é adiado para o primeiro dia útil posterior à data primitiva).

4.7.2 Início da contagem do prazo

Vistas a natureza e as características específicas do tempo determinado ao exercício do direito de representar, mostra-se necessária a apreciação da matéria relativa ao momento em que se inaugura este termo e a partir do qual se inicia a contagem do prazo para a decadência do direito.

Consoante se pôde inferir do art. 103 do Código Penal acima transcrito, o prazo para a delação postulatória começa do dia em que o legitimado (titular) a exercer o direito de representação em análise tem conhecimento sobre quem foi o autor do delito. O enfrentamento da questão deve ser realizado levando-se em consideração os indivíduos que possam figurar como titulares de tal direito.

Tratando-se de ofendido dotado de capacidade processual, nos atuais critérios o maior de 18 anos que não possua doença mental, o prazo para representar será o regular, de seis meses a partir da a data em que conhecer da autoria da infração.

As discussões doutrinárias acerca da possibilidade do maior de 18 e menor de 21 anos e de seu representante legal exercerem indistintamente o direito à representação e da não-privação deste exercício por um deles quando o outro houvesse renunciado seu direito, encontram-se superadas com a promulgação do Código Civil de 2002. De acordo com este diploma, o maior de 18 anos denota capacidade para a realização de qualquer ato jurídico sem a necessidade de representante legal, que não mais existe para os que atingirem tal idade (desde que possuam sanidade mental), como já se teve a oportunidade de asseverar quando se cuidou do tema da legitimidade

para o ato jurídico de representação¹⁸². A doutrina agasalha esta orientação após a entrada em vigor do referido Código:

O novo Código Civil, porém, conferiu ao maior de 18 anos plena capacidade para a prática de qualquer ato jurídico, civil ou não, sem a assistência de curador ou representante legal, fazendo desaparecer este último para aqueles que atingirem tal idade. Com efeito, não tem mais nenhum sentido falar em representante legal para quem é plenamente capaz de exercer seus direitos sem assistência. Estão, portanto, revogados os arts. 34 e 50, parágrafo único, do CPP. Se o ofendido for menor de 18, só o representante legal poderá exercer o direito de queixa ou de representação; se, embora maior de 18, for doente mental, idem; quando maior de 18 anos, só o ofendido poderá ofertar a queixa ou a representação, pouco importando se é ou não menor de 21 anos.¹⁸³

Diante destas observações, a súmula 594 do STF (“Os direitos de queixa e de representação podem ser exercidos, independentemente, pelo ofendido ou por seu representante legal”) antes responsável por grandes controvérsias entre os doutrinadores¹⁸⁴, após o Código Civil de 2002, não se aplica mais à hipótese do maior de 18 anos, único legitimado a efetivar o direito de representação quando ofendido.

Referindo-se ao incapaz para representar, o início da contagem do termo para realizar-se este direito ocorre com o conhecimento por seu representante legal¹⁸⁵ a respeito de quem seja o autor do delito. Repise-se que a consciência da autoria delitiva que gera o início do prazo é a do representante legal do incapaz, e não o dia em que o próprio ofendido inabilitado soube quem foi o autor do fato.

Entretanto, supondo que o ofendido complete 18 anos tendo ciência sobre o agente do ilícito e que durante o período de sua incapacidade, seu representante legal não tenha adquirido tal informação, a vítima, agora capaz, terá o prazo de seis meses para representar, sob pena de decadência do direito. Nesta hipótese, poderá ocorrer a

¹⁸² Vide acima, item 4.5.

¹⁸³ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 11ª ed., São Paulo, Saraiva, 2004, p. 110, p. 112.

¹⁸⁴ Os debates versavam principalmente em razão de alguns autores, que reputavam como uno o prazo para a representação não admitirem que após o transcurso deste prazo para um dos legitimados (o maior de 18 e menor de 21 anos e seu representante legal, à época existente), o outro ainda pudesse exercê-lo, se ainda não passado para si aquele prazo, em virtude de que se encerrando o prazo para um deles, operar-se-ia a decadência do direito de representar para ambos (neste sentido, TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 25ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003, v. 1, p. 363-366). O STF, na súmula 594, citada no texto, consignou a duplicidade do prazo, no sentido de que a decadência do direito de representação para o ofendido não impede que seu representante legal exerça tal direito, desde que dentro do prazo decadencial, ou seja, a decadência para um não afeta o direito do outro.

¹⁸⁵ Sobre os incapazes de exercer a representação do ofendido e acerca de quem será o representante legal do incapaz neste caso, ver item 4.5.

decadência sem que o representante legal saiba da autoria do delito, caso o ofendido outrora incapaz complete 18 anos (não tendo mais representante legal) e deixe passar *in albis* o prazo legal de representação. Por outro lado, se o representante legal não manifesta a vontade de representar no período designado e o transcurso do prazo de seis meses dá-se antes que o ofendido complete 18 anos, tem-se a decadência do direito pela abstinência do representante legal do ofendido incapaz, sem que este tenha adquirido a capacidade para representar¹⁸⁶.

Quando o ofendido morrer ou for declarado ausente por decisão judicial, o prazo para a delação criminal postulatória começa a fluir da data em que o sucessor vier a saber quem foi o autor do crime. Em virtude do prazo para representação *demonstrar o caráter da unidade*, havendo a decadência do direito para um dos sucessores do ofendido previstos no art. 24, §1º do CPP, extingue-se a punibilidade. Isso por que a consciência da autoria para um dos sucessores inicia o prazo decadencial, que não pode ser renovado toda vez que um outro sucessor, que à época do conhecimento pelo primeiro não tinha esta informação, passe a tê-la.

Na hipótese em que necessária a intervenção de curador especial ao ofendido, o prazo inicia-se a partir de sua nomeação judicial.

4.7.3 Exceções ao prazo geral de seis meses e ao critério para o início da contagem

Reiterou-se nos verbetes anteriores que o prazo para o exercício do direito de representação é de seis meses contados da data em que o titular deste direito souber quem foi o autor do fato ilícito. Esta a regra dos arts. 38 do CPP e 103 do CP. No entanto, como se inferiu, estes dispositivos iniciam expressando “salvo disposição em

¹⁸⁶ Em sentido contrário Fernando CAPEZ, entendendo que se o menor tiver consciência da autoria do delito, terá o direito de representar no período de seis meses após seu 18º aniversário, independente da decorrência do prazo decadencial para seu representante legal (CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 11ª ed., São Paulo, Saraiva, 2004, p. 110, p. 113). Assim não se pode compreender a questão, pelas seguintes razões: primeiro porque tal orientação fere os princípios antes expostos que nortearam o legislador no estabelecimento de um prazo para o exercício da representação (já que a combatida posição obrigaria o agente do ilícito a aguardar que o ofendido completasse 18 anos e meio, independente da idade que tenha no momento do delito); segundo porque estaria a contrariar a própria letra do Código de Processo Penal que estabelece para os casos de divergência entre o ofendido e o representante legal, a necessidade de nomeação de um curador especial (art. 33); por fim, em virtude de atentar contra o caráter da unidade do prazo decadencial de representação.

contrário”, permitindo, assim, que leis penais estipulem prazo e critério de início de contagem diversos.

Neste tema, a hipótese excepcional mais referida em doutrina é a da Lei de Imprensa (nº 5250/1967). Nesta, o prazo para representar será de 3, e não de 6 meses, como a generalidade dos casos. Ainda outra especialidade decorre da data em que se inicia a contagem do prazo decadencial. Para a Lei de Imprensa, o legislador estipula que o termo *a quo* é a data do fato, ou seja, o prazo começa a fluir do dia da publicação da notícia incriminadora (se o delito foi praticado por meio de periódico) ou do dia em que a notícia foi ao ar (na hipótese de televisão ou radiodifusão), como dispõe o art. 41, §1º da aludida Lei¹⁸⁷.

Também a Lei 9099/1995 apresenta exceção ao prazo geral de seis meses para a representação. Trata-se da hipótese dos crimes de lesões corporais leves e culposas, que passaram a ser processadas pelo rito desta Lei, que exigiu como condição de “prossequibilidade”, para os fatos ocorridos antes de sua entrada em vigor, a representação do ofendido, ou seu representante legal, no prazo de 30 dias, sob pena de decadência, conforme seu art. 91¹⁸⁸. O início da contagem deste termo dá-se com a intimação do titular do direito de representar. Para os fatos ilícitos ocorridos após a vigência, o prazo para a representação é o geral, de seis meses, aplicando-se irrestritamente o princípio do *tempus regit actum*, segundo o qual o ato (crime cometido) é regido pela lei do seu tempo¹⁸⁹.

4.7.4 Contagem do prazo nos crimes continuados, habituais e permanentes

Encerrando, o presente tópico, que versa sobre o prazo para a representação, faz-se referência ao início de sua contagem quando da ocorrência de crimes continuados, habituais e permanentes.

¹⁸⁷ Art. 41, §1º da Lei 5250/1967: “O direito de queixa ou de representação prescreverá, se não for exercido dentro de três meses da data da publicação ou transmissão.”

¹⁸⁸ Art. 91, Lei 9099/1995: “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 30 (trinta) dias, sob pena de decadência.”

¹⁸⁹ GOMES, Luis Flávio. *Suspensão condicional do processo penal*. 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 355.

Na ocasião de crime continuado, o prazo incidirá de forma isolada sobre cada crime, iniciando-se a partir da ciência da respectiva autoria e desconsiderando-se a continuidade delitiva para este fim. Atingem-se pela decadência, portanto, os fatos ilícitos ocorridos há mais de seis meses sobre os quais se conheça, neste período, o agente do fato.

Quanto aos crimes permanentes, o prazo começa a partir do primeiro momento em que a vítima teve notícia da autoria, e não da ocasião em que cessou a permanência.

Por derradeiro, nos crimes habituais, a contagem do prazo inaugura-se a partir do último ato praticado¹⁹⁰.

4.8 A IRRETRATABILIDADE DA REPRESENTAÇÃO APÓS O OFERECIMENTO DA DENÚNCIA

A representação possui a característica de ser irretratável pelo titular do direito de representar, após o oferecimento da denúncia pelo órgão do Ministério Público. É o que preceituam os artigos 25 do Código de Processo Penal e 105 do Código Penal¹⁹¹: “A representação será irretratável, depois de oferecida a denúncia”.

Antes da apresentação da exordial acusatória pelo membro do Ministério Público, ao titular do direito de representação é conferido o direito de retratar-se, evitando o prosseguimento da persecução penal em face do autor do delito que se proceda mediante ação penal pública condicionada.

Por essa razão afirma-se que até o oferecimento da denúncia, vigem os princípios da oportunidade e da disponibilidade para o titular do direito de

¹⁹⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 11ª ed., São Paulo, Saraiva, 2004, p. 110, p. 130.

¹⁹¹ Faz-se a observação de que a redação atual do dispositivo, exatamente no sentido citado no texto, decorre de reforma ocorrida no Código Penal em 1984 (introduzida pela Lei 7209/1984). A redação original do Código Penal, no art. 104 dispunha que a representação era irretratável depois de iniciada a ação. O disparate entre os textos dos Estatutos Repressivo e Processual (que sempre teve a redação do texto) gerava controvérsia doutrinária, sendo que parte dos autores, diante da regra penal, considerava somente irretratável a representação com o recebimento da denúncia, entendendo possível a retratação enquanto a peça acusatória não tivesse sido recebida pela autoridade judicial. A dita reforma penal, entretanto, unificando as disposições penal e processual colocou por terra qualquer discussão, certificando que a irretratabilidade da representação vigora desde o oferecimento da denúncia pelo órgão do Ministério Público.

representação, a quem é conferida a faculdade tanto de deixar de exercitar tal direito (operando-se a extinção da punibilidade pela decadência, como visto no verbete anterior), como, em efetivando-o, de opor-se à continuidade da persecução penal pelo crime. Paulo Lúcio NOGUEIRA enfatiza, com essa compreensão, que a ação penal pública condicionada à representação do ofendido ou de seu representante legal, é regida pelos princípios da oportunidade (ou conveniência) e da disponibilidade (ou desistência), ressalvando que esta disponibilidade em tal ação condicionada deve operar-se antes do oferecimento da denúncia, o que importa em retratação da representação¹⁹².

Observe-se que na ação penal pública condicionada à representação, como já se pôde assentar, não há disponibilidade da ação penal em si, certo que, se presentes as condições da ação e os pressupostos processuais, deve o Ministério Público apresentar a denúncia. Entretanto, permite-se aduzir que vigora o princípio disponibilidade ao titular do direito de representar antes do oferecimento da inicial acusatória, já que pode se desdizer até este momento, influenciando sobre as possibilidades de instauração da instância penal. Por outro lado, como deixou claro José Frederico MARQUES, o poder dispositivo do ofendido é muito limitado nestes crimes dependentes de representação, não havendo o instituto do perdão do ofendido, mas apenas a possibilidade de renúncia deste à persecução do autor do crime e, mesmo assim, sem a forma e a extensão da renúncia ao direito de queixa, numa comparação com a ação penal privada¹⁹³.

Deixe-se claro que a retratação da representação só pode ser executada pelo indivíduo que a realizou. Permanece certo, assim, que nas hipóteses de existência de múltiplos titulares do direito de representação (como no caso de morte do ofendido), a efetivação deste por um dos legitimados somente por ele poderá ser retratada, nunca por outra pessoa (ou seja, se quem representou foi o pai do ofendido, não se permite que a mãe deste, ou qualquer outra pessoa, proceda a retratação, unicamente exercitável por aquele).

¹⁹² NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso Completo de Processo Penal*. 11ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000, p. 88-89.

¹⁹³ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas, Bookseller, 1997, v.1, p. 318.

De acordo com as regras citadas, depois de proposta a ação penal pelo Ministério Público, não pode mais influir nesta o titular do direito de representação, vigendo, a partir desta fase, o princípio da indisponibilidade aplicável à ação penal pública¹⁹⁴. No sentido da ponderação de Vicente GRECO FILHO, posteriormente ao oferecimento da denúncia, o ofendido pode até arrepender-se e manifestar a vontade de retratar-se, contudo esta vontade não produzirá efeitos em relação à ação já proposta¹⁹⁵. Os princípios, os fundamentos e a classificação subjetiva da ação penal já relevados neste trabalho lastreiam a razão legal de que em tempo seguinte ao da apresentação da denúncia seja irrelevante a intenção do ofendido (ou representante legal titular de exercitado direito de representação).

No presente tema, presencia-se matéria geradora de antagonismo doutrinário. Relaciona-se à possibilidade ou não de retratação da retratação antes de decorrido o prazo decadencial para a representação.

Parte relevante da doutrina considera que a retratação da *delatio criminis* postulatória constituiria causa extintiva da punibilidade. Tendo esta retratação como ato semelhante a uma renúncia do titular do direito de representação (equivalendo-se a ela), apresentaria idêntico efeito ao das causas extintivas da punibilidade previstas expressamente na legislação penal (entre outras, as dispostas no art. 107 do CP). A lição de TOURINHO FILHO apresenta-se exatante nesta linha de raciocínio, repugnando a retratação da retratação, cuja permissão exteriorizaria a entrega ao ofendido de arma poderosa para fins de vingança ou outros inconfessáveis¹⁹⁶. Comungam deste entendimento, ainda os professores José Frederico MARQUES¹⁹⁷, Fernando CAPEZ¹⁹⁸ e Pedro Henrique DEMERCIAN e Jorge Assaf MALULY¹⁹⁹.

¹⁹⁴ Sobre os princípios incidentes na ação penal, ver acima item 1.4.

¹⁹⁵ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995, p. 103.

¹⁹⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 25ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003, v. 1, p. 358.

¹⁹⁷ MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito processual penal*. São Paulo, Saraiva, 1980, v. 1, p. 104, nota 8.

¹⁹⁸ Em suas palavras: “A retratação da retratação, ou seja, o direito do ofendido de não mais abrir mão da representação, não pode ser admitida. No momento em que se opera a retratação, verifica-se a abdicação da vontade de ver instaurado o inquérito policial ou oferecida a denúncia, com a conseqüente extinção da punibilidade do infrator. Uma vez extinta, esta nunca mais renascerá, pois o Estado já terá perdido definitivamente o direito de punir o autor do fato.” (CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 11ª ed., São Paulo, Saraiva, 2004, p. 110, p. 115)

De outra banda, distinto grupo de autores defende a possibilidade de, dentro do prazo legal, ou seja, desde que não se tenha operado a decadência, realizar-se a retratação da retratação. Este ato faria ressurgir a representação como condição da ação penal pública condicionada (que outrora tenha existido, mas que posteriormente, haja sido fulminada pelo ato da primeira retratação). O direito pretoriano acolhe em diversos exemplos²⁰⁰ a plausibilidade da dupla retratação e a doutrina que a admite alberga o entendimento de que, não tendo ocorrido a decadência pelo decurso do prazo para representar, o direito do ofendido a esta ainda se encontra em condições de ser exercitado. Não configuraria a primeira retratação, causa extintiva da punibilidade. Os ensinamentos de Paulo Lúcio NOGUEIRA²⁰¹, Almeida PEDROSO²⁰² e Lauria TUCCI operam-se, entre outros, nesta orientação. Este último autor explica como certa a viabilidade da retratação da retratação, com a efetuação de nova representação enquanto não decorrido o prazo decadencial do art. 38 do CPP, vez que ambas as retratações configuram ato jurídico unilateral e o eventual autor do delito penal não adquiriria com a primeira o direito à impunidade (sendo que somente o exaurimento do prazo decadencial referido teria o condão de extinguir a punibilidade do agente)²⁰³.

Esta última posição, permissiva da renovação da representação do ofendido que se retratou parece ser a que mais se coaduna com o precitado princípio da disponibilidade aplicável à persecução dos delitos que se procedem mediante ação penal pública condicionada, antes do oferecimento da denúncia.

Por derradeiro, parte da doutrina e alguns arestos vêm salientando, dentro do tema examinado neste tópico, a possibilidade da retratação tácita. Em regra, a retratação deve ser feita pelo indivíduo que realizou o ato postulatório da representação de forma expressa, clara e iniludível, por declaração escrita ou oral (reduzida a termo) de que não mais deseja submeter o autor da infração à persecução

¹⁹⁹ DEMERCIAN, Pedro Henrique e MALULY, Jorge Assaf. *Inquérito Penal e Ação Penal*. Publicação do CPC - Curso Preparatório para Concursos, São Paulo, 2004, p. 110.

²⁰⁰ RT 371/136, 390/204, RTJ 72/50.

²⁰¹ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso Completo de Processo Penal*. 11ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000, p. 92.

²⁰² PEDROSO, Fernando de Almeida. *Ação Penal Pública Condicionada*. *Justitia*, n. 100, p. 61-89, p. 85.

²⁰³ TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal*. *Jurisdição ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 131.

penal²⁰⁴. No entanto, têm admitido os Tribunais²⁰⁵, por aplicação analógica de dispositivos do Código Penal (art. 104) e de Processo Penal (art. 57) relacionados ao direito de queixa, a retratação tácita da representação, por meio de uma interpretação extensiva. Esta renúncia tácita à representação formulada ocorre quando o titular deste direito revela implicitamente, por atos anteriores ao oferecimento da denúncia, seu desinteresse superveniente em submeter o agente criminoso à sanção prevista para o delito, ou seja, quando pratica ato incompatível com a vontade de ver instaurada a ação. Estas ponderações são ressaltadas por Almeida PEDROSO²⁰⁶ e Pedro Henrique DEMERCIAN e Jorge Assaf MALULY²⁰⁷.

Esta posição doutrinária e jurisprudencial encontra-se em consonância com o repisado princípio da disponibilidade existente antes do oferecimento da denúncia, imperando o respeito à vontade do ofendido no período anterior à proposição da ação penal. Ademais, as disposições legais expressas²⁰⁸ permitindo e reconhecendo a renúncia tácita ao exercício da queixa instauradora da ação penal de iniciativa privada fundamentam a possibilidade de idêntico ato de retratação implícita quando o direito for à representação para ação pública condicionada²⁰⁹.

²⁰⁴ PEDROSO, Fernando de Almeida. *Ação Penal Pública Condicionada*. *Justitia*, n. 100, p. 61-89, p. 83.

²⁰⁵ Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, *Habeas Corpus* nº 159.792; JUTACRIM/SP, 92/97; Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação nº 13.265; RT 566/293.

²⁰⁶ Com o ensinamento seguinte: “Tácita é a representação quando o titular do direito à condição de processualidade revela implicitamente por atos anteriores ao oferecimento da denúncia, não mais ter interesse em submeter o autor do crime à *sanctio iuris* para este prevista. *Verbi gratia*, ocorre a retratação tácita da representação quando aquele que a formulou estabelece concubinato com o agente do fato delituoso; quando o delinqüente é convidado para padrinho de casamento da vítima ou para o batizado de seu filho; quando a vítima e sujeito ativo passam a freqüentar, íntima e constantemente, a residência um do outro”. (PEDROSO, Fernando de Almeida. *Ação Penal Pública Condicionada*. *Justitia*, n. 100, p. 61-89, p. 84).

²⁰⁷ MALULY, Jorge Assaf; DEMERCIAN Pedro Henrique. *Inquérito Penal e Ação Penal*. Publicação do CPC - Curso Preparatório para Concursos, São Paulo, 2004, p. 110.

²⁰⁸ Artigos 104 do Código Penal e 57 do Código Processual Penal: “A renúncia tácita e o perdão tácito admitirão todos os meios de prova.”

²⁰⁹ A aplicação analógica de dispositivos previstos para a queixa, inicial da ação privada, à representação do ofendido é aceita pacificamente na doutrina, pois, vista esta como um *minus* em relação àquela, compreende-se que a quem é permitido fazer o *mais*, também o é fazer o *menos*. Tudo isso fulcrado na disposição do art. 3º do CPP: “A lei processual penal admitirá interpretação exetnsiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerias de direito”. J. A. MALULY e P. H. DEMERCIAN compreendem a plausibilidade da retratação tácita equiparando as situações entre os direitos de queixa e representação: “Com efeito, o ofendido pode dispor do direito de representação dentro do prazo decadencial, como também pode fazê-lo em relação ao direito de queixa. As duas situações são assemelhadas, especialmente no que tange à iniciativa e disponibilidade” (MALULY,

4.9 EFICÁCIA OBJETIVA E NÃO-VINCULAÇÃO DO ATO DE REPRESENTAÇÃO

Outros dois pontos importantes a serem estudados no que se refere aos aspectos processuais da representação do ofendido dizem respeito a sua eficácia objetiva e a sua desvinculação em face da denúncia que poderá ser oferecida pelo Ministério Público.

No tema da eficácia objetiva da delação postulatória em exame, importa afirmar que nos casos em que se verifique suposta co-autoria delitiva, quando o titular do direito de representação realiza este ato mencionando apenas um dos supostos autores do delito, a persecução penal estende-se aos demais, ficando o Ministério Público autorizado a propor a ação penal em face de todos.

Uma das justificativas desta asseveração advém do princípio da indivisibilidade, consectário lógico da ação penal pública²¹⁰. Este preceito proporciona o efeito de vedar que se efetive uma distinção injustificável entre co-autores ou partícipes do fato delituoso objeto da representação, em obediência a ideais de equidade e justiça social. Desta forma, presentes os requisitos de regularidade da instância e as condições da ação penal, deve esta ser oferecida em face de todos os autores, co-autores e partícipes do delito, estejam eles mencionados ou não no ato de representação²¹¹.

Ainda outras razões existem para que o membro do Ministério Público ao receber a representação do ofendido possa submeter à persecução penal tanto o indivíduo nomeado neste ato postulatório, como aquele que deste não conste, mas que tenha exercido em conjunto a conduta criminosa. Os próprios fundamentos da

Jorge Assaf; DEMERCIAN Pedro Henrique. *Inquérito Penal e Ação Penal*. Publicação do CPC - Curso Preparatório para Concursos, São Paulo, 2004, p. 110).

²¹⁰ Sobre os princípios aplicáveis à ação penal, ver o capítulo 1º acima, verbete 1.4.

²¹¹ Até porque, na esteira de PEDROSO, não é imprescindível que o ofendido forneça o nome do agente do fato ilícito que o atingiu, competindo à *informatio delicti*, através das investigações a identificação dos sujeitos ativos. Conclui-se, com o autor, que "... havendo co-autoria e indicando a vítima, na representação, o nome de apenas um dos delinquentes, não se segue daí que a ação penal não poderá estender-se aos demais. A denúncia a todos há de abranger, em obediência ao princípio da indivisibilidade da ação penal, que não se derroga pela vontade daquele que representa. Não pode este escolher um ou outro dos co-autores para que o submeta à persecução penal. A indivisibilidade da ação penal entrava tal desiderato." (PEDROSO, Fernando de Almeida. *Ação Penal Pública Condicionada*. *Justitia*, n. 100, p. 61-89, p. 79).

concessão do direito de representar ao ofendido conduzem a tal plausibilidade. Nesta linha, BOSCHI deixou claro que, “realmente, se o ofendido aceita, ao exercer o direito de representação, todas as conseqüências que a publicidade do processo pode trazer, razões de interesse público determinam a busca da responsabilidade penal de todos.”²¹²

Assim, decidindo o ofendido pela autorização para a propositura da ação penal, entendendo que a persecução do ilícito, ainda que sob o ônus da publicidade do processo, atende melhor a seus interesses, verifica-se que a incidência das investigações sobre todos os envolvidos nesta infração é outro gravame que terá de suportar, pois não se trata de tema afeto a sua vontade. Esta, que já se assentou ser extremamente limitada nos crimes de ação penal pública condicionada, submete-se ao interesse público e aos princípios norteadores da ação penal pública²¹³. Por isso sustenta-se que na ação pública condicionada em exame, o Estado limitou-se simplesmente a conceder a ao ofendido a faculdade de manifestar-se quanto à conveniência ou não do exercício da ação penal, e não a capacidade de escolher em face de quem deseja instaurar o processo²¹⁴.

No entanto, a despeito destes lastreados argumentos, que deixam assente a questão, ainda há notícia doutrinária e jurisprudencial no sentido de que a denúncia não pode envolver o sujeito que não foi visado na representação²¹⁵. MOSSIN representa esta minoritária orientação compreendendo que a representação deve dirigir-se a pessoas determinadas e, em havendo concurso, aos prováveis autores, co-autores ou partícipes, vedando-se ao órgão acusatório a inclusão em denúncia de indivíduo sobre o qual não recaiu a vontade do ofendido ou de seu representante legal²¹⁶.

²¹² BOSCHI, José Antonio Paganella. *Ação Penal*. Rio de Janeiro, AIDE, 1997, p. 226.

²¹³ Lembre-se que após apresentar-se a representação, e não havendo a retratação, os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade integram absolutamente a ação penal pública a ser intentada. Com precisão, salienta BOSCHI para sedimentar as discussões: “Se a manifestação não abranger todos os autores conhecidos, em ofensa ao citado princípio [leia-se: o da indivisibilidade da ação], que deve ser desde logo observado, o Ministério Público, a despeito disso, não estará impedido de oferecer denúncia, convocando ao processo todos os autores, co-autores ou participantes, ...” (BOSCHI, José Antonio Paganella. *Ação Penal*. Rio de Janeiro, AIDE, 1997, p. 139).

²¹⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 25ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003, v. 1, p. 360.

²¹⁵ Ver neste sentido: RT 460/295, 493/291, 557/442; RTJESP 42/368.

²¹⁶ MOSSIN, Heráclito Antonio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo, Atlas, 1997, p. 281.

Pelas ponderações acima aventadas, tal posicionamento não pode prosperar, mesmo porque se assim fosse, conferir-se-ia ao ofendido o direito de vingança em relação a um ou outro dos autores do delito, fato que afronta manifestamente o interesse público e os fundamentos do direito ao exercício da ação penal.

Quanto ao outro ponto que se propôs a analisar no presente verbete, diz respeito à desvinculação do ato da representação em relação à denúncia que poderá ser oferecida pelo órgão do Ministério Público. Esta não-vinculação reflete que quando o ato postulatório conferir uma capitulação ao fato delituoso, o órgão acusador não estará adstrito a propor a ação penal qualificando juridicamente este da mesma forma que o fez o representante, possibilitando-se ao contrário, a partir dos elementos colhidos nas investigações, classificar os fatos de maneira diversa²¹⁷.

Por não figurar como requisito do ato da representação a qualificação jurídica do fato, geralmente não se vislumbra esta capitulação no conteúdo do ato postulatório. No entanto, quando na representação o ofendido conferir classificação jurídica ao ilícito, esta não vinculará o órgão do Ministério Público, a quem se possibilita divergir de tal categorização e oferecer a denúncia por delito diverso do mencionado à delação postulatória, desde que pautado no mesmo fato nesta noticiado e que detenha legitimidade para tanto.

Compreende-se que o objeto da representação é o fato e o órgão técnico acusador, se entender que a definição jurídica dada pelo representante mostra-se equivocada, pode perfeitamente conceder a capitulação que melhor se coaduna ao evento. No entanto, o promotor de justiça fica limitado a este fato objeto da representação, como pondera MARQUES, não lhe cabendo alterar sua configuração mediante a adição de circunstâncias ausentes da delação e que possam motivar a persecução penal por outro crime que também dependa de representação; nada lhe impede, contudo, de qualificar os fatos relatados segundo lhe pareça mais acertado²¹⁸.

²¹⁷ Como notícia jurisprudencial sobre a desvinculação da definição jurídica do fato constante da representação para a denúncia a ser proposta, conferir RT 650/275.

²¹⁸ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas, Bookseller, 1997, v.1, p. 320. O entendimento do mestre é adotado de forma irrestrita por Rogério Lauria TUCCI (*Teoria do Direito Processual Penal. Jurisdição ação e processo penal (estudo sistemático)*). São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 132).

Ante o visto, conclui-se que o oferecimento da representação não vincula o Ministério Público ao interesse do representante, cabendo àquele a formação de sua *opinio delicti*, função inerente à instituição por opção consciente do legislador constituinte, inserida no próprio monopólio da ação penal pública (CF, art. 129, I)²¹⁹.

4.10 FORMA DO ATO DE REPRESENTAÇÃO

A representação não se configura como ato que exige forma especial. Reconhecendo-se como fundamental neste a constatação da vontade do representante no sentido de que seja processado o delito, esta manifestação não requer termos ou fórmulas sacramentais, sendo suficiente à verificação da condição da ação penal qualquer fato que exteriorize a espontânea intenção do titular do direito de representação.

Sendo o objetivo da exigência da delação postulatória a vedação de que a autoridade proceda de ofício quando relevantes interesses pessoais encontrem-se em questão, entende-se que qualquer que seja o modo utilizado pelo representante para demonstrar sua pretensão, este figurará como aceitável.

Diante disso, a jurisprudência, albergando esta orientação de que a representação não requisita forma solene, reputa como satisfatória à operação da condição de procedibilidade as informações concedidas pelo titular do direito à polícia²²⁰ ou o boletim de ocorrência²²¹, desde que evidenciem a intenção de que seja instaurada a persecução penal do delito. Desnecessária, portanto, a existência de peça formal nos autos denominada “representação”, vez que essencial é a inferência clara do desígnio do ofendido, independente do modo pelo qual se proceda.

Este posicionamento pode ser justificado pelos próprios fundamentos do instituto, que visam o respeito à intenção do ofendido sobre a conveniência da persecução penal. O desconhecimento das formalidades dos atos jurídicos pela vítima não pode ser obstáculo à manifestação de sua vontade, que deve ser acatada de

²¹⁹ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Ação Penal*. Rio de Janeiro, AIDE, 1997, p. 140.

²²⁰ RT 436/348, 576/461 e 466/369.

²²¹ RT 643/393, 454/360.

sobremaneira nestes casos. Percebe-se que o excessivo rigor formal poderia levar à impunidade do infrator, em prejuízo à apuração da verdade real²²².

Ademais, apesar de vinculada à vontade da vítima para que possa ser iniciada, a ação penal não perde seu caráter público, sendo que, no fundo, o crime por ela perseguível envolve também interesse comunitário, e não exclusivamente da vítima ou de sua família. Afirma com razão MOSSIN, que "... tendo em linha de consideração que a ação tem por finalidade precípua a reparação do dano causado a todo corpo social, não se pode exigir que a representação seja feita de forma solene, bastando somente que haja manifestação inequívoca quanto à persecução penal, para levá-la a efeito"²²³.

Por outro lado, acresce observar que é proibida qualquer provocação de autoridade à representação, certo que em tal conjectura, a voluntariedade que a norteia restaria prejudicada. A ação penal porventura proposta em tais circunstâncias encontrar-se-ia eivada de nulidade, visto que, tolhida a indispensável espontaneidade do representante, torna-se viciada a liberdade volitiva pela indevida interferência do órgão acusador que provoca esta manifestação²²⁴.

O Código de Processo Penal, no artigo 39 traz algumas regras sobre a formalidade do ato postulatório, dispondo a possibilidade de ser realizado mediante declaração oral ou escrita. O parágrafo 2º deste artigo determina que a representação conterà as informações que possam servir à apuração do fato e da autoria, regra que se mostra abrandada pela doutrina e pelo direito pretoriano, como se afere do acima ponderado²²⁵.

²²² CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 11ª ed., São Paulo, Saraiva, 2004, p. 110, p. 114.

²²³ MOSSIN, Heráclito Antonio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo, Atlas, 1997, p. 281.

²²⁴ PEDROSO, Fernando de Almeida. *Ação Penal Pública Condicionada*. *Justitia*, n. 100, p. 61-89, p. 78.

²²⁵ TORNAGHI, sobre este dispositivo legal, sustenta que é conveniente que a representação contenha informações para apuração do fato e da autoria, mas não substancial. Isso porque a representação mostra-se, essencialmente como manifestação de vontade, declaração de que o ofendido não se opõe à ação do Ministério Público, não tendo por fim intrínseco a apuração quer do fato, quer da autoria. A ausência de tais informações seria, portanto, uma irritualidade, mas nunca uma nulidade. (TORNAGHI, Hélio B. *Compêndio de Processo Penal*. José Konfino, Rio de Janeiro, 1967, t. 2, p. 463).

4.11 CONSEQÜÊNCIAS PROCESSUAIS DA AUSÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO E A IMPORTÂNCIA DE SUA IMEDIATA CONSTATAÇÃO

Como ocorre com todas as condições da ação penal, a ausência da representação do ofendido conduz à constatação de que o autor é carecedor dela e a consequência deste fato é que o órgão julgador, embora exercendo a função jurisdicional, não alcança a apreciação do mérito da causa.

Considera-se de extrema relevância o não-recebimento da denúncia quando inexistente a delação postulatória para o processamento dos delitos que a exijam. A verificação instantânea pelo juiz, logo que lhe seja distribuída a ação penal, da falta de manifestação de vontade do titular do direito de representação é fundamental para evitar-se que um processo eivado de nulidade absoluta tenha prosseguimento, acumulando o serviço judiciário e desrespeitando o principal fundamento gerador do instituto da representação, qual seja, de não ofender com o *strepitus fori* a vítima de um delito penal.

Nesta razão, GRINOVER, FERNANDES e GOMES FILHO asseveram que “é dever do juiz a verificação da presença das condições da ação e de procedibilidade o mais cedo possível e de ofício. Nesse caso, trancará a ação, por ser o autor dela carecedor. Se, no entanto, não o fizer, nem na sentença final (lembrando que não há preclusão, nem mesmo *pro judicato*, para a reapreciação da matéria), o processo será nulo *ab initio*”²²⁶.

Portanto, se recebida a denúncia em situação na qual, a despeito de exigida, inexistir a representação, cabe ao órgão julgador no primeiro momento declarar a nulidade do processo, que atingirá todos os seus atos, desde a denúncia inclusive²²⁷.

Neste caso, a decisão que declarar a nulidade do processo não forma coisa julgada material, permitindo-se ao órgão acusador reiterar a ação penal, ainda que lastreada nos mesmos elementos, se satisfizer a condição exigida. Isso porque a base legal da nulidade advém do artigo 43, inciso III do Código de Processo Penal, que

²²⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini.; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. São Paulo, Malheiros, 1992, p. 57.

²²⁷ BREDÁ, Antonio Acir. *Efeitos da declaração de nulidade no processo penal*. *Ajuris*, Porto Alegre, a. 8, n. 21, p. 48-67, março de 1981, p. 56.

determina a rejeição da denúncia quando ausente condição exigida pela lei para o exercício da ação penal e o parágrafo único deste mesmo artigo dispõe expressamente que, caso a rejeição da denúncia seja motivada pelo inciso III, não haverá óbice a nova ação penal, desde que satisfeita a condição.

É preciso também deixar claro que quando ausente a delação criminal postulatória, a decisão judicial será sempre no sentido da rejeição da denúncia ou da anulação do processo. Assim, caso recebida a denúncia, o julgamento somente poderá dar-se pela nulidade do processo, e nunca por meio de decisão de mérito, independente do momento em que ocorra. Neste sentido, ensina GRINOVER que “ausente a representação ou a requisição, o juiz não poderá jamais absolver pelo mérito.”²²⁸

Inclusive o auto de prisão em flagrante não poderá ser lavrado se não houver a representação do ofendido. João Gualberto Garcez RAMOS, analisando arestos de Tribunais de Justiça estaduais brasileiros, assevera a possibilidade de uma mera detenção provisória do autor do crime processável por ação penal pública condicionada pela autoridade policial, até que se decida o ofendido sobre seu interesse na instauração do processo criminal²²⁹.

Ante o visto, vislumbra-se como extremamente importante que o magistrado conceba a rejeição da denúncia quando ausente, ou não observada alguma das especificidades aventadas nos verbetes anteriores (que equivalham à sua inexistência) para a condição da ação penal em exame, sob pena de acumular-se indevidamente o já assoberbado serviço judiciário (através da condução de processo eivado de nulidade) e, o que é ainda pior, de desrespeitar-se a intenção do ofendido, contrariando toda a racionalidade que historicamente fundamentou a existência de uma ação penal condicionada à representação.

²²⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As condições da ação penal*. São Paulo, José Bushatsky, 1977, p. 167.

²²⁹ O professor sobre o tema, ainda, aduz que caso ocorrida a representação, “a manutenção da prisão fica a depender da inocorrência de retratação tempestiva. A retratação da retratação, conquanto possível, não restaura, obviamente, a prisão em flagrante outrora executada.”(RAMOS, João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte, Del Rey, 1998, p. 420 e 422). Esta apreciação vem ao encontro do aviltado fundamento da representação, de respeitar-se a intenção do ofendido, nos crimes perseguíveis por ação penal pública condicionada.

CONCLUSÃO

A ação penal figura como o meio processual legítimo para exercitar e promover a decisão de um órgão jurisdicional sobre um fato penalmente relevante.

Os fundamentos que a integram, determinam que o direito a seu exercício apresente as características de subjetivo, autônomo, abstrato, público e instrumentalmente conexo a uma situação concreta.

A classificação mais relevante deste direito à jurisdição é a realizada de acordo com o ente que possui legitimidade a exercê-lo (sob o critério subjetivo), separação feita pelo legislador a partir de conceitos de política criminal. Assim, quando pertencer a titularidade ao Ministério Público (regra geral, conforme o Código Penal), a ação penal será pública; já quando incumbida ao particular, a ação penal será de iniciativa privada. A característica pública da ação penal não se altera com a concessão do *ius persecuendi in iudicio* ao particular.

Esta classificação denota importância, ainda, para designarem-se os princípios aplicáveis à ação penal. Neste tema, os preceitos da obrigatoriedade ou legalidade, indisponibilidade e oficialidade orientam a ação penal pública e os ideais da oportunidade ou conveniência e o da disponibilidade norteiam a ação penal de iniciativa privada. A ambas incidem as cláusulas da indivisibilidade e da intranscendência.

O direito ao exercício da jurisdição penal por seus legitimados é submetido a determinadas condições, a fim de evitar abusos em sua efetivação. Para que o órgão julgador possa realizar a decisão de mérito que visa o processo, faz-se necessária a presença tanto dos pressupostos processuais, como das condições da ação.

Quando a lei expressamente exigir, entre tais condições insere-se a representação do ofendido, intrínseca ao exercício do direito à jurisdição penal e autônoma, de acordo com o próprio Código de Processo Penal (artigo 43, inciso III). Não se confunde, portanto, com outras condições da ação penal, nem com condições objetivas de punibilidade advindas do direito penal substancial, certo que estas se fazem afetas à integração jurídica do delito, enquanto que a representação, denotando

natureza processual, vigora como requisito legal para a instauração da persecução penal.

Encontra referências e origens esta representação, na *plainte* francesa, na *querela italiana*, nas *palintes* belga e suíça, na *querella mexicana* e na *instancia privada* argentina.

Fundamenta-se na necessidade de proteger-se o interesse do particular ofendido, vez que a repercussão do fato no processo penal, de caráter público, pode ocasionar um dano mais acentuado que a própria lesão produzida pelo delito penal. Respeita-se, assim, a vontade do indivíduo, deixando-se a seu critério a provocação do órgão acusador para a propositura da ação penal.

Deste fundamento emanam os essenciais aspectos processuais do instituto, refletidos na vigência de ideais de oportunidade e disponibilidade ao ofendido antes do oferecimento da denúncia pelo órgão do Ministério Público, possibilitando-se tanto a renúncia expressa ou tácita ao direito de representar, como a retratação da representação, ou ainda, a retratação da retratação, caso não exaurido o prazo para sua apresentação. Também conjeturado este fundamento na informalidade que norteia o ato, desnecessária à aferição da vontade do representante a utilização de termos ou fórmulas sacramentais, permitindo-se constatar a condição por meio de qualquer fato que exteriorize sua espontânea intenção.

Referindo-se à legitimidade para propor-se a representação, detém-na o próprio ofendido pelo crime, ou então: o representante legal (caso menor ou mentalmente enferma a vítima e, aqui, o representante poderá ser qualquer pessoa que tenha a guarda de fato ou de quem o menor dependa economicamente, dada a necessidade de respeitar-se o melhor interesse da criança conciliado ao caráter material da delação postulatória); o curador especial (se o menor ofendido não tiver representante legal, ou, em tendo-o, seus interesses colidirem com os de seu representante) ou o procurador (com poderes especiais para representar). No tema, ainda, o Novo Código Civil, reflexamente, estabeleceu a capacidade plena para o ato postulatório ao maior de 18 anos, não sendo mais este assistido por representante legal. Também neste tópico, caso falecido ou declarado ausente o ofendido, a natureza material do instituto, desvinculado de formalismos procedimentais, permite a

concretização da representação por pessoas afetas à vítima, inexistente um rol rígido de legitimados.

Na análise do prazo para representar, tem-se que seu curso mostra-se regido por regras de direito penal material, possuindo as características de fatal, improrrogável e insuscetível de suspensão, prescrição ou interrupção. A consequência da passagem do prazo para representar, em regra de seis meses do conhecimento da autoria delitiva pelo titular do direito, é dada pela decadência, decorrendo desta a extinção da punibilidade do autor da infração. A aplicação destes efeitos de direito penal à ausência representação não desvirtuam sua natureza estritamente processual.

Como destinatários do direito de representação apresentam-se a autoridade policial, o juiz e o órgão do Ministério Público. A importância de que estes conheçam plenamente as regras da representação aqui tratadas é extrema, sob pena de perder sua razão de ser o instituto. O delegado não deve investigar o fato se ausente a representação. Ao magistrado cabe declarar a carência da ação quando inexistente a representação, vez que caso contrário, estar-se-ia promovendo processo em desrespeito aos direitos fundamentais do acusado e, ainda, à decisão do ofendido de não representar. Ao representante do Ministério Público, cabe deixar de oferecer a denúncia quando inexistente ou eivada de invalidade a representação, sob pena das mesmas decorrências acima.

Acima de tudo, necessária a consciência dos operadores do direito para a efetivação do respeito às garantias fundamentais da pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O Processo Criminal Brasileiro*. 3ª ed, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1920, v. 2.

_____. *O Processo Criminal Brasileiro*. 4ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1959, v. 2.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Processo penal, ação e jurisdição*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975.

_____. *Princípios Fundamentais do Processo Penal*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1973.

AQUINO, José Carlos G. Xavier de; NALINI, José Renato. *Manual de Processo Penal*. São Paulo, Saraiva, 1997.

BARBOSA, Marcelo Fortes. *Ensaio sobre a ação penal*. *Justitia*, n. 92, p. 97-123.

BOSCHI, José Antonio Paganella. *Ação Penal*. Rio de Janeiro, AIDE, 1997.

BREDA, Antonio Acir. *Efeitos da declaração de nulidade no processo penal*. *Ajuris*, Porto Alegre, a. 8, n. 21, p. 48-67, março de 1981.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. 2ª ed., Rio de Janeiro, São Paulo, Forense, 1966, v. 1, t. 3.

BUZAID, Alfredo. *Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*. 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1956.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 11ª ed., São Paulo, Saraiva, 2004.

_____. *Curso de Processo Penal*. 5ª ed. São Paulo, Saraiva, 2000.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 9ª ed., São Paulo, Malheiros 1993.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba, Juruá Editora, 1998.

DEMERCIAN, Pedro Henrique e MALULY, Jorge Assaf. *Inquérito Penal e Ação Penal*. São Paulo, Publicação do CPC - Curso Preparatório para Concursos, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra, Editora Coimbra, 1974.

DOTTI, René Ariel, *Curso de Direito Penal*, Rio de Janeiro, Forense, 2001.

_____. *Proposta para uma consolidação das leis penais*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 28, p. 151-174, outubro-dezembro de 1999.

- FERNANDES, Antonio Scarance; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. São Paulo, Malheiros, 1992.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições, A nova parte geral*. 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1985.
- FOWLER, Fernando N. Bittencourt. *Anotações em torno da ação penal pública no projeto de reforma*. *Revista do Ministério Público do Paraná*, Curitiba, a. 6, n. 7, 1977.
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995.
- GOMES, Luis Flávio. *Suspensão condicional do processo penal*. 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.
- GOMES DA CRUZ, José Raimundo. *Representação para a ação penal pelo representante legal do ofendido*. *Justitia*, n. 60, p. 113-120.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *As condições da ação penal*. São Paulo, José Bushatsky, 1977.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Scarance; GOMES, Luis Flávio. *Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995*. 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1955, v. 1, t. 2.
- JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal; estudos e pareceres*. 8ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1999.
- _____. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1994.
- LEAL, Antonio Luiz da Câmara. *Comentários ao Código de Processo Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro - São Paulo, Freitas Bastos, 1942, v. 1.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *O despacho saneador e o julgamento do mérito*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a. 42, n. 104, 1945.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processual Penal*. São Paulo, Saraiva, 1980.
- _____. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas, Bookseller, 1998.
- MIRABETE Julio Fabbrini. *Processo Penal*. São Paulo, Atlas, 2003.
- MOSSIN, Heráclito Antonio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo, Atlas, 1997.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso Completo de Processo Penal*. 11ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000.

NORONHA, E. Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. São Paulo, Saraiva, 1972.

ODERIGO, Mario. A. *Lecciones de derecho procesal*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1971, Tomo I.

PEDROSO, Fernando de Almeida. *Ação Penal Pública Condicionada*. *Justitia* n. 100, p. 61-89.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte, Del Rey, 1998.

ROMEIRO, Jorge Alberto, *Da ação penal*, 1ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1949.

TORNAGHI, Helio Bastos. *Compêndio de Processo Penal*. Rio de Janeiro, José Comfino, 1967.

_____. *Instituições de Processo Penal*. 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1977.

TUCCL, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal. Jurisdição ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo, Revista dos Tribunais. 2003.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 25ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003.