



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

RAÍ ÁRTEMIS LINS DOS SANTOS

**ASPECTOS LEGAIS DA EFICÁCIA OBJETIVA DA REPRESENTAÇÃO E A
INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE NA AÇÃO PENAL
PÚBLICA CONDICIONADA**

SOUSA – PB
2015

RAÍ ÁRTEMIS LINS DOS SANTOS

**ASPECTOS LEGAIS DA EFICÁCIA OBJETIVA DA REPRESENTAÇÃO E A
INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE NA AÇÃO PENAL
PÚBLICA CONDICIONADA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado a Universidade Federal de Campina Grande (UFCG), Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Dr. Iranilton Trajano da Silva

SOUSA – PB

2015

RAÍ ÁRTEMIS LINS DOS SANTOS

**ASPECTOS LEGAIS DA EFICÁCIA OBJETIVA DA REPRESENTAÇÃO E A
INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE NA AÇÃO PENAL
PÚBLICA CONDICIONADA**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Universidade Federal
de Campinha Grande (UFCG),
Centro de Ciências Jurídicas e
Sociais, como exigência parcial para
obtenção do título de Bacharel em
Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Iranilton Trajano da Silva
Orientador.

Prof. Msc. Lourdemário Ramos de Araújo
Examinador

Prof. Allison Haley dos Santos
Examinador

Dedico este trabalho:

A Deus; aos meus pais, João Vicente e Valdete; aos meus irmãos, Kalliane e João Eder; a minha avó, Nazareth; a minha namorada, Virgínia.

AGRADECIMENTOS

Neste momento triunfante de minha vida, em que o sentimento de dever cumprido impera absolutamente, tive a sorte de ter o suporte de pessoas que, além de acreditarem na minha capacidade, deram toda a base emocional que um jovem precisa para alcançar sucesso em sua carreira acadêmica. Agradeço:

A Deus, Imorredouro Protetor, dedico e consagro a minha vida e minha fé, restaurada a cada dia.

À minha mãe, Valdete, fonte de doação e amor incondicional, dedico tudo o que há de melhor em mim, você é o meu bem maior.

Ao meu pai, João Vicente, exemplo de coragem, força e sabedoria. A você, meu velho, tributo todo amor que um filho pode ter por um pai, obrigado por me mostrar o caminho correto a ser trilhado.

Aos meus amados irmãos, Kaliane e João, agradeço a união, conselhos e proteção. Graças a vocês, hoje realizo um sonho.

Aos meus cunhados, Mário e Tereza, por toda força transmitida.

Aos meus sobrinhos, Davi, Jade e Júlia, por todo amor, paz e alegria.

A toda minha família, empenho o que há em mim, sem vocês esse caminho seria mais difícil.

Ao meu orientador, Iranilton Trajano, pelos conhecimentos dedicados com paciência e sabedoria.

Aos membros da banca examinadora.

Aos meus colegas de curso, em especial Jonathan, Euclides, Thaysa e Brunna, pelos anos de companheirismo.

Aos professores e funcionários da Unidade Acadêmica de Direito, por todos os ensinamentos, dentro e fora de sala de aula, levarei comigo a marca de cada um.

A minha namorada, Virgínia, pela força e amor dedicados desde o início até o final dessa caminhada.

A todos aqueles que, de alguma maneira, contribuíram para a realização desse sonho.

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem como principal objetivo dar ênfase a eficácia da representação e a utilização do princípio da indivisibilidade na ação penal pública condicionada. É sabido que o instituto da ação penal tem uma importância abissal para a ciência jurídica, sendo um efetivo poder do Estado para a realização do direito penal objetivo a um caso concreto. Dessa maneira, é de incumbência do Estado principalmente quando se refere à ciência criminal conciliar desavenças que são ocasionadas pela sociedade. Alguns crimes positivados no Código Penal Brasileiro necessitam de uma representação para que a partir daí o possuidor da ação penal (Ministério Público) possa prosseguir com o devido processo. Discussão existe na ação penal pública condicionada à representação, quando o ofendido representando contra um dos coautores do delito silencia quanto aos outros. É indagado se, nessa situação, o representante do Ministério Público possui a regalia de, independentemente de permissão da vítima, poder arrolar ao processo os demais indivíduos que comprovadamente (possuindo justa causa) participaram da ação criminosa. Majoritariamente a doutrina afirma que, assim como na ação penal privada, onde o princípio da indivisibilidade vigora indiscutivelmente, deve ser à ação pública aplicado igual preceito. A falta de regulamentação da utilização ou não de tal princípio fomenta um entrave doutrino-jurisprudencial que até os dias atuais tem uma certa instabilidade quanto a sua utilização. Quando se refere ao Supremo Tribunal Federal, hoje pacificamente, esse tipo de raciocínio muda completamente, pois o mesmo relata em suas decisões que a eficácia que deverá ser utilizada pelo promotor de justiça será objetiva, ou seja, não adotando na ação pública a indivisibilidade, tendo total direito o *parquet*, de acordo com o seu entendimento denunciar os outros coautores. Isto observado, e por meio de um estudo caracteristicamente bibliográfico, levando em conta decisões jurisprudenciais, revistas e artigos científicos, acompanhando uma abordagem norteadas no método comparativo, viabilizou-se analisar particularmente os aspectos legais da eficácia objetiva e a possibilidade ou não de aplicar o princípio da indivisibilidade na ação penal pública condicionada.

Palavras-chave: Eficácia objetiva, princípio da indivisibilidade, representação.

ABSTRACT

This monograph aims to emphasize the effectiveness of representation and the use of the principle of indivisibility in the conditioned public prosecution. It is known that the institution of criminal proceedings has an abysmal importance to the legal science, being an effective power of the state to carry out the purpose of criminal law to a specific case. Thus, it is the State responsibility particularly when it comes to criminal science reconcile disagreements that are caused by society. Some positivized crimes in the Brazilian Penal Code require a representation to that from there the owner of prosecution (prosecutor) can proceed with due process. There is discussion in the public prosecution conditional on representation when representing offended against one of the co-authors of the offense is silent as to others. It asked if, in this situation, the public prosecutor has the perk, regardless of the victim's permission, can enroll to process other individuals who proven (having just cause) participated in the criminal activity. Mostly the doctrine says that just as in the private prosecution, where the principle of indivisibility force arguably should be public action applied the same precept. The lack of regulation of the use or not of such a principle promotes one doutrine-judicial obstacle that to this day has a certain instability as its use. When referring to the Supreme Court today peacefully, this kind of thinking changes completely, because it says in its decision that the effectiveness that should be used by the prosecutor will be objective, ie not taking public action indivisibility, having full right parquet, according to his understanding denounce the other co-authors. This observed, and through a characteristically bibliographic study, taking into account the case-law decisions, magazines, papers, following a guided approach to the comparative method, particularly if it made it possible to analyze the legal aspects of the objective efficacy and whether or not to apply principle of indivisibility in the conditioned public prosecution.

Keywords: Objective effectiveness, principle of indivisibility, representation.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	BREVE ESTUDO SOBRE O INSTITUTO DA AÇÃO PENAL E SUA EVOLUÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO	12
2.1	Ação Penal na história	13
2.2	Teorias sobre a ação	14
2.2.1	Teoria de Hegel	14
2.2.2	Teoria Causalista	15
2.2.3	Teoria Finalista	16
2.2.4	Teoria Social	18
2.3	Sustentáculo do direito de ação e apoio constitucional	19
2.4	Das condições da ação penal	20
2.4.1	Possibilidade jurídica do pedido	22
2.4.2	Interesse de agir	23
2.4.3	Legitimação para agir	24
3	ESPÉCIES DE AÇÃO PENAL – TITULARIDADES E PRINCÍPIOS	25
3.1	Ação Penal Pública Incondicionada	27
3.1.1	Princípio da obrigatoriedade	29
3.1.2	Princípio da indisponibilidade	30
3.1.3	Princípio da oficialidade	30
3.1.4	Princípio da autoritariedade	31
3.1.5	Princípio da oficiosidade	32
3.1.6	Princípio da intranscendência	32
3.2	Ação Penal Pública Condicionada	32
3.2.1	Ação penal pública condicionada à representação	33
3.2.2	Delitos cuja ação necessita de representação da vítima ou de seu representante legal	35
3.2.3	Natureza jurídica da representação	36
3.2.4	Possuidor do direito de representação	36
3.2.5	Não vinculação do órgão do Ministério Público	38
3.2.6	Ação penal pública condicionada à requisição do ministro da justiça	38
3.3	Ação penal privada	39
3.3.1	Titular da ação penal privada	41
3.3.2	Princípio da oportunidade ou conveniência	41

3.3.3	Princípio da disponibilidade	42
3.3.4	Ação privada personalíssima	43
4	EFICÁCIA OBJETIVA DA REPRESENTAÇÃO E A INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE NA AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA	43
4.1	Princípio da Indivisibilidade	44
4.1.1	Princípio da indivisibilidade na ação penal privada.....	45
4.2	Eficácia objetiva da representação	47
4.3	Correntes doutrinárias existentes quanto à aplicabilidade da eficácia da representação na ação penal pública condicionada.....	49
4.3.2	Segunda corrente – Posição mista	50
4.3.3	Terceira corrente – Possibilidade – Posição do Supremo Tribunal Federal....	51
5	CONCLUSÃO.....	55
	REFERÊNCIAS.....	57

1 INTRODUÇÃO

A Ação Penal é o direito de demandar ao Estado-Juiz a efetividade do direito penal objetivo a um caso concreto. Não obstante, o direito subjetivo público, do Estado-Administração, exclusivo possuidor do poder-dever de reprimir, contestar ao Estado-Juiz o emprego do direito penal objetivo, com o efeito da conseguinte reparação da pretensão disciplinar.

Tal ação é um direito independente que não é confundido com o direito material a que se deseja proteger; um direito abstrato, soberano do resultado definitivo do seu processo; um direito subjetivo, porquanto o seu possuidor pode requerer ao Estado-Juiz a sua concessão jurisdicional; um direito público, logo que a prestação jurisdicional que se intenta desafiar é de matéria pública.

Em suas espécies, a Ação Penal poderá ser privada, caso que a titularidade *jus perserquendi*, é transportada ao ofendido ou ao seu representante legal, se incapaz ou menor. Tal ação é subdividida em: Ação Penal Privada Exclusiva; Ação Penal Privada Personalíssima; Ação Penal Privada Subsidiária da Pública. A Ação Penal poderá também ser pública, neste caso o Estado continua com o poder do *jus perserquendi*, subdividindo-se em: Ação Penal Pública Incondicionada; Ação Penal Pública Condicionada à Representação; Ação Penal Pública Condicionada à Requisição do Ministro da Justiça.

A pesquisa em questão delimita-se em discutir os tipos de Ação Penal disponíveis em nosso ordenamento jurídico, especificamente, a Ação Penal Pública Condicionada à Representação, que será alvo de discussões jurisdicionais, entre as diferentes correntes doutrinárias a respeito da sua eficácia objetiva e subjetiva em sua representação, abordando principalmente a utilização ou não do princípio da indivisibilidade no caso concreto.

Destarte, a representação gera a legitimidade para o Ministério Público processar os fatos. Porém gera-se a dúvida doutrinária e jurisprudencial de que a eficácia de tal representação será objetiva, ou seja, uma vez representado os fatos, a Ação Penal deverá ser executada erga omnis, ou subjetiva, valendo dizer que a representação não será vinculada somente aos fatos, mas também as pessoas, só autorizando acossar aquelas pessoas representadas.

Objetiva-se também, aclarar o emprego e prática dos aspectos legais da eficácia objetiva e subjetiva da representação na ação penal pública condicionada, levando em questão as diversas controvérsias existentes na doutrina e jurisprudência relativas ao tema. Entremeando e estando diretamente relacionado com o princípio da indivisibilidade, que será suficientemente abarcado para uma maior captação do conteúdo em realce.

O referente estudo não possui a finalidade de designar qual corrente das existentes deve ser utilizada no campo e cotidiano do universo jurídico, mas expor a maneira com que os tribunais e doutrinadores estão lidando com essa polêmica forense, demonstrando a sua significância comunitária e judiciária no Brasil.

2 BREVE ESTUDO SOBRE O INSTITUTO DA AÇÃO PENAL E SUA EVOLUÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Após ter sido conferido o acontecimento de um ilícito penal, dar-se início a persecução penal do Estado com a apuração prévia, regularmente por intermédio do inquérito policial (porém também poderá ser feito de ofício pela Comissão Parlamentar de Inquérito ou ainda pelo Ministério Público), que irá agregar rudimentos ao fato delituoso e procurar averiguar sua autoria.

Quando finalizado o procedimento investigatório, é produzido um relato, que é expedido até o Fórum Criminal. Posteriormente o juiz irá abrir vista para que o membro do Ministério Público, que irá recebê-lo e, se não provocar o arquivamento, oferecerá a denúncia, dando abertura então a ação penal.

A ação penal pode ser conceptualizada como o direito de solicitar ou até mesmo impor a tutela jurisdicional do Estado, pretendendo a solução de uma contenda originária de um fato concreto.

Incumbe ao Estado conciliar essas desavenças, especialmente na área que se refere às ciências criminais. Não existe aquiescência legal para que o próprio ofendido proporcione a justiça com suas próprias mãos, estando esse sujeito a estar praticando um delito chamado de exercício arbitrário das próprias razões, elencado no artigo 345 do Código Penal Brasileiro.

As alternativas de autodefesa ou autotutela na seara criminal ficam limitadas às excludentes de culpabilidade e ilicitude, a exemplo da legítima defesa e a inexigibilidade de conduta diversa. Contudo a regra é imprecisar elucidação em face do órgão jurisdicional a que compete.

Nesta essência, o professor Tourinho Filho atesta que a compreensão que predomina é o de que a ação é um direito do indivíduo para com o Estado.

Para Tourinho Filho (2010, p. 314), "se o Estado aboliu a vingança privada como forma de composição de litígios e avocou o monopólio da administração da justiça, obviamente surgiu para o cidadão o direito de se dirigir a ele, exigindo-lhe a garantia jurisdicional".

Como consequência, ao Poder Judiciário cabe elucidar as demandas, sempre por meio de provocação, jamais de ofício. Esse é o princípio da inércia, famoso com

o *ne iudex procedat ex officio*, um dos princípios da jurisdição.

Existindo um delito penal, sub existe para o Estado a pretensão punitiva concreta, que é efetivado através do direito de ação, do qual a sua base legal é o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, quando diz que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

2.1 Ação Penal na história

Nas primeiras civilizações, o poder de penitenciar era direito direto do próprio ofendido, por seus familiares ou por seu clã. Naquela época, a autotutela ou autoproteção era exercida com graves vicissitudes, tendo como exemplo a agressividade descomedida e a não repreensão de seu algoz.

Ulteriormente vem o surgimento da auto composição, que se respaldava em uma espécie de trato ou pacto estabelecido entre a vítima e seu agressor. Com o viés de controlar a violência, a auto composição era diariamente avistada cometendo inúmeras injustiças, em razão em que a parte mais fraca sempre se via intimidada e conseqüentemente inclinava-se a obedecer a maiores vantagens obtidas pela parte mais forte no acordo pré-estabelecido.

Esses delineamentos de exercício da pretensão punitiva, só persistiam porque não existia um Estado firme e sólido o suficiente para empregar a lei a cada caso concreto, isto é, executar a jurisdição.

Levando em consideração que a medida punitiva reduzia, ou até mesmo aniquilava inúmeros direitos fundamentais do criminado (a exemplo: propriedade, liberdade e até mesmo a vida do indivíduo), o Estado restringiu seu direito de repreender, submetendo-se a uma nova conduta, conduta essa em que era atribuída viabilidade ao acusado de se defender.

Tal conduta realizada em contraditório designa-se Processo. O magistrado não tinha o poder de acusar, iniciando o processo penal, mas deveria se manter inerte, salvaguardando assim a sua imparcialidade.

A autoridade de dar início ao processo foi concedida a um ente do próprio Estado, criado especificamente com esse intento, o Ministério Público e, por ventura, a vítima ou seu representante legal. Essa regalia de postular ao Estado-juiz que

desempenhe a jurisdição, quer dizer, dê aplicação do Direito Penal ao caso concreto é qualificada Ação Penal.

2.2 Teorias sobre a ação

A definição de ação, para finalidades jurídicas, mesmo que aqui já apresentado, passou por numerosas inconsonâncias para a estruturação do tipo penal e da construção de uma teoria do crime. Serão expostas nessa fase as fundamentais teorias que marcaram o desenvolvimento doutrinário da caracterização de ação, especialmente ciência jurídica penal e que até agora debatem o assunto.

2.2.1 Teoria de Hegel

O procriador da definição jurídico-penal de ação é Hegel, como afirma Roxin (1997, p. 235), com sua ideia que equipara ação à imputação do fato completo, e entende como ação somente a ação dolosa:

El derecho de la voluntad... es reconocer en su hecho tánicamente como acción suya, y tener sólo en la culpabilidad, aquello que sabe de sus presupuestos en su finalidad, lo que de ello había en su dolo.
- El hecho sólo puede ser imputado como culpabilidad de la voluntad.

Zaffaroni et.al (2002, p. 156), cita que para Hegel, a sanção era a ratificação do direito, essa ideia seria uma conclusão lógica, segundo ele, uma vez que o delito é a rejeição do direito, e a sanção a rejeição do delito, pois, a rejeição da rejeição é uma afirmação, prontamente a sanção era a certificação do direito. O exclusivo anti-jurídico seria a ação, que continuamente era figurado como livre, a ideia de antijuridicidade de ações em sua autonomia era uma decorrência da teoria da pena hegeliana.

2.2.2 Teoria Causalista

Superficialmente pode ser dito que o período do positivismo e do neokantismo, isto é, desde o afastamento da teoria hegeliana no término do século XX, se dá o topo da teoria causalista, teoria essa que foi descrita por Welzel (1956). A interferência do positivismo nesse ideal é perceptível mesmo no seu nome, dado que o princípio da causalidade foi construído como absoluto pela filosofia positivista, que atestava que tudo o que existe pode ser esclarecido por leis causais.

Existe, portanto uma diminuição naturalista-descritiva, do evento da ação, condensado a um método mecânico, o que é nitidamente expresso na definição de Liszt. Do conceito de Liszt podem ser extraídos três elementos: transformação no mundo exterior, vontade e nexos de causalidade, e soma que transformação no mundo exterior e a vontade pode ser mesclada em uma definição una: a manifestação de vontade.

Um grande defensor da teoria causalista foi Beling, para ele é devido compreender ação como uma atuação corporal (período externo, "objetivo" da ação) confeccionado pelo poder sobre o corpo (independência dos impulsos musculares, "voluntariedade"), sendo, portanto um "comportamento voluntário do corpo" montado em um "não fazer" ou "fazer" (BRANDÃO, 2010).

Beling foi o primonato a interpretar a noção de tipo, que ele entendia como todas as conjunturas concretas do crime, como componente autônomo dentro da ideologia do delito, no meio das definições de ação e antijuridicidade, ele pleiteou que o tipo era velado de maneira objetiva e neutra, como reivindicava o dogma causal, sendo condensada a uma incumbência pormenorizada dos delitos, desligada dos outros elementos do crime.

Esse sistema clássico de Beling e Liszt tinha como base de que a culpabilidade e a injustiça se correlatam com os lados internos e externos do crime, sendo cortados do tipo: os processos que pertencem à culpabilidade, intra-anímicos, processos subjetivos; entrando também os processos que fazem referência à antijuridicidade (MEZGER, 2004).

A caracterização causal de ação era separada em externa e interna, no processo penal somente como artifício de atender a divisão vindicada pela

dogmática entre a culpabilidade e antijuridicidade, isto é, arquiteta uma separação a meio do subjetivo e objetivo no plano da ação, o que exaure a essência da própria ação. Segundo Welzel (2004, p. 51):

A la doctrina jurídico-penal de la acción le interesa sólo saber qué es lo que há sido causado por la voluntad del que actúa, qué es lo que se há producido como 'efecto' del querer. Todos estos efectos son partes integrantes de la acción. Si y hasta qué punto, estos efectos han sido contenido de la consciência y la voluntad del autor, carece aqui de relevância; (...) este problema no guarda relación com el concepto de la acción (...). Para constatar la existência de una acción basta la certidumbre de que el actor há actuado voluntariamente. Lo que haya querido es aqui indiferente; el contenido de la voluntad es sólo relevante para el problema de la culpabilidad.

Fazendo devidamente uma ligeira referência ao sistema causalista neoclássico, que firma a passagem de notoriedade doutrinária entre o causalismo e a teoria finalista, que será dimensionada mais adiante. Substancialmente, esse fundamento considera partes subjetivas do injusto, como também partes objetivas da culpabilidade. A tipicidade não é considerada apenas em seu caráter descritivo, porém ademais como vestígio de ilicitude. Com base nisso, é admitido a inserção de rudimentos normativos no tipo, e inclui que o traço indicativo da antijuridicidade mostra que o tipo não pode ser axiologicamente independente.

2.2.3 Teoria Finalista

Em sentido contrário à teoria causal, Welzel desenvolve a teoria finalista da ação. Com a derrubada do nacional-socialismo alemão a composição passa por uma enorme otimização para afastar-se do direito nazista, sugerindo alterações abissais na sua dogmática, acabando com a ideologia de pena como maneira de purificação biológica. Essencial para a construção dessa teoria foi o trabalho de Puffendorf, e sua teoria que restaura a Aristoteles. Puffendorf compreendia como ação humana aquela voltada pela vontade e pelo intelecto (MEZGER, 2004). Porém a maior ingerência de sua ideologia advém da psicologia do pensamento.

De acordo com a teoria finalista da ação, teoria esta que foi legitimada no

nosso ordenamento jurídico, irá ser típico o fato executado pelo agente se o mesmo procedeu com culpa ou dolo no seu comportamento, se inexistentes esses elementos, não poderá o fato ser avaliado como típico, por conseguinte sua conduta será atípica. Isto é, a propensão do agente não poderá mais afastar-se do seu comportamento, um e outro estão conectados entre si, devendo assim ser feita uma verificação imediatamente no “*animus*” do autor para propósitos de tipicidade.

A hermenêutica jurídica foi aperfeiçoada com a teoria finalista, uma vez que para esta autoriza-se o intuito do autor na sua conduta, apreciando se a mesma foi culposa ou dolosa, transformando esses elementos fixadores do fato típico. Passou a ser possível, portanto, demais entendimentos na atitude do agente.

Para a teoria finalista, delito é um fato típico e antijurídico, sendo, portanto, a culpabilidade simples propósito para aplicação da sanção penal. Consequentemente averigua-se a conduta do autor, se esta foi culposa ou dolosa, se é típica e, por fim, como propósito para execução da pena, constata-se a culpabilidade do indivíduo.

Relevante destacar os elementos que constituem a culpabilidade que, para a ideologia acolhida pelo Código Penal, são: exigibilidade de conduta diversa, potencial consciência da ilicitude e imputabilidade. Ausente algum desses elementos, restará eximido de sanção o agente, isto é, cometeu o crime, mas não é culpável, sendo assim, não lhe é imposta a pena.

A teoria em realce leva em consideração a grandeza da ação, a razão pelo qual levou um indivíduo a executar o crime, contrariamente à teoria causal que se satisfaz em somente analisar o efeito da conduta e a relação de causa. A teoria finalista dar importância com a essência da conduta e da norma, porquanto vários tipos penais no seu próprio escopo retratam elementos que requisitam uma finalidade peculiar, desta forma, não se pode ignorar essa aspiração da lei.

Em título de exemplo de tipo de ação penal que vindica finalidade é o artigo 216-A do Código Penal que reproduz em seu dogma primário que “Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função”.

Neste momento, fica claro que o tipo penal que incrimina sistematiza um fim singular do agente para que este se encaixe no mesmo, pleiteando-se a finalidade

de “conseguir vantagem ou favorecimento sexual”, finalizando que não é possível desprender a conduta do autor da sua vontade, deixando evidente que nosso ordenamento jurídico, em seu Código Penal admitiu a teoria finalista da ação penal.

Em síntese, consoante a teoria finalista, considera saber se o autor operou com dolo ou culpa, estando ausentes esses elementos, sua conduta será atípica. À medida que para a teoria causal sua conduta seria típica, todavia o mesmo não seria culpável por inexistência de dolo e culpa, componentes estes que, de acordo com a teoria causal, integram nessa teoria a parte que consiste na culpabilidade.

Assim sendo, pode-se concluir que o Código Penal de 1941 ao eleger a Teoria Finalista da Ação tem-se como imposição “*sine qua non*”, que a responsabilidade incorpore a conduta e não o tipo penal, como estabeleceu equivocadamente o legislador, uma vez que os delitos culposos retratados em nossa legislação não reproduzem o ato culposos.

A culpa é introduzida na natureza penal e não na conduta, o que não seria o conveniente a suceder.

2.2.4 Teoria Social

Tal teoria é defendida por Hans-Heinrich Jescheck (1993), a teoria social da ação possui como sustentáculo a dimensão da conduta em face da sociedade. De acordo com essa teoria, não limita ter conhecimento se a conduta foi culposa ou dolosa para investigação do fato típico, porém, ademais fazer um diagnóstico de tal comportamento e categorizá-lo como socialmente admitido ou não. Se a ação do indivíduo for abalizada social, isto é, consentida pela sociedade, será atípica.

Para os seguidores da teoria social, a sociabilidade da ação dever ser analisada. Não se pode fixar como delito uma ação que é notadamente admissível em face à sociedade e que não acarreta prejuízos portentosos a mesma. A teoria estudada arrazoar ser ocioso penalizar alguém por uma circunstância que a própria sociedade acata, quer dizer, é devido analisar um componente social, que estaria englobado de forma tácita no tipo penal. Para tal teoria, apenas será típico o fato que reproduz desfavoravelmente na sociedade.

Os analistas à teoria social ponderam que esta acarreta em um perigo à

segurança jurídica, dado que caberia ao juiz assentar se tal conduta é típica ou não consoante com os costumes, e, como é sabido, a lei não é revogada pelo costume, sendo assim, averiguando o caso em concreto, se o magistrado entender que a conduta do agente foi plenamente sociável, irá classificá-la como atípica, desconsiderando, desta forma, o direito positivo. Ponderam ainda que o próprio Código Penal já regularizou as excludentes de ilicitude quando uma ação for, ainda que típica, manifestamente aceitável, como, citando caso análogo da legítima defesa.

Desse modo, se a ação for considerada condescendente, a ação é lícita, se não, será uma ação ilícita. A complicação, como é notável, é que essa teoria intervém na concepção de ação a ilicitude, de uma maneira que desorienta a significação da ação.

A teoria social não foi admitida pela nossa legislação, todavia, não se deixa de apreciar a civilidade da ação, podendo a mesma ser empregado pelo juiz como parâmetro para fixação da pena base, fundamentado no artigo 59 do Código Penal.

2.3 Sustentáculo do direito de ação e apoio constitucional

Para ter o direito de tal mister - gerenciar a justiça -, que é poderio do Estado, este coloca a serviço de todas as entidades pertencentes a administração da justiça. E, por essa razão, o poder-dever do Estado de efetuar essa administração surge em relação aos particulares como o dever dos órgãos da administração da justiça (estabelecidos pelo Estado) de amplificar o funcionamento de uma atividade, na configuração estabelecida em lei, tendo como objetivo o exercício daquele dever de assegurar a justiça.

Se o Estado possui o controle exclusivo da administração da justiça, logicamente ele também possui o direito de assegurá-la. E esse direito de segurança da justiça, nada mais é do que o de se recorrer à tutela do Estado-Juiz, reputa-se em relação aos particulares, como uma procedência do *status civitatis*.

Em consequência que o Estado vetou aos particulares efetuarem justiça com suas próprias mãos, como bem explicita o artigo 345 do Código Penal de 1940, fez nascer para eles o direito de ir ao encontro do Estado para fazerem suas

reclamações para a execução da sanção em desfavor daquele que transgrediu o seu direito. Como é o Estado a quem se atribui a justiça, e para que ela venha a ser exercida com sucesso, foram criados órgãos apropriados. Logicamente que deles tenham necessidade de transporta-lhe ao conhecimento a demanda, efetuando-lhe a executoriedade da *norma agendi*. Aí se encontra o direito de ação. Direito público, ilimitado, generalizado, comum e universal. Direito que qualquer do povo tem de se encaminhar ao Estado-Juiz, solicitando-lhe a salvaguarda, a tutela jurisdicional.

Justamente nessa proibição determinada pelo Estado aos indivíduos de fazerem justiça com suas próprias mãos, persiste o sustentáculo do direito de ação. Tal sustentáculo descansa, dado que, no impedimento da autodefesa, seu fundamento constitucional é encontrado no peculiar capítulo dos direitos e garantias individuais, onde é citado no artigo 5º, XXXV que "A lei não excluirá da apresentação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Existindo atentado a algum direito particular, é cabível ao Poder Judiciário contemplá-la. Nem sequer a própria lei pode impossibilitar que o indivíduo se conduza até o Poder Judiciário.

Como visto anteriormente, se o Estado não pode exercer a sua garantia de reprimir, deverá, se tencionar a fazê-lo, encaminhar-se ao Juiz, pedindo-lhe a decretação da *sanctio juris*. E essa garantia de invocar a tutela jurisdicional, que também é assegurada ao Estado-Administração para pleitear a execução do Direito Penal objetivo, não é outra coisa senão o direito de ação.

Destarte, da igual forma que o veto da autodefesa fez surgir o direito de ação para os particulares, a restrição da auto-executoriedade do direito de punir fez germinar para o Estado o direito de agir. Sendo assim, a partir dessa autolimitação do *jus puniendi*, destacada nos incisos XXXV, LIII, LIV e LV do artigo 5º da nossa Carta Magna, é encontrada a base constitucional da ação penal, como uma permissão do Estado-Administração de pleitear ao Estado-Juiz a execução da lei penal objetiva, assegurando assim a equidade no nosso ordenamento jurídico.

2.4 Das condições da ação penal

São pressupostos que sujeitam à execução do direito de ação. Para ter o

direito de vindicar, no caso concreto, do fornecimento da prestação jurisdicional, faz inescusável, antes de qualquer coisa, a suplementação das condições da ação. Bem perto das clássicas condições que enlaçam a ação civil, igualmente cabível ao processo penal (possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade *ad causam*), algumas teorias atribuem a este, certas condições peculiares, ditas condições específicas de procedibilidade, tais como citam Gringover, Scarance e Magalhães (2001, p. 59):

Representação do ofendido e requisição do Ministro da Justiça; entrada do agente no território nacional; autorização do Legislativo para a instauração de processo contra Presidente e Governadores, por crimes comuns; e trânsito em julgado da sentença que, por motivo de erro ou impedimento, anule o casamento, no crime de induzimento a erro essencial ou ocultamento do impedimento.

Tratado anteriormente, o indivíduo e o próprio Estado-Administração, possuem o direito de ação como um apetrecho para depreender em juízo sua aspiração. Colocada a ação na responsabilidade da justiça, o órgão jurisdicional adquire a responsabilidade de prosperar fortemente, para que, ao final da instrução afirme se o pedido é procedente ou improcedente, se o que se pede é fundado ou infundado.

O direito de ação na seara processual é operacionalmente ligado a uma pretensão, visto que, do contrário, seria a mesma fonte inexaurível de excessos e imoderações, provocando perda de tempo e sobrecarregando de serviços infrutíferos os órgãos encarregados da administração da justiça.

Em vista disso, quando é proposta uma ação, primeiro que o Juiz diga se o autor tem ou não fundamento naquilo que alega, se é procedente ou improcedente, deverá observar se o que se pleiteia é juridicamente possível, se o autor tem interesse na demanda, diz-se, se é parte legítima, e se há interesse sem se auxiliar dos órgãos jurisdicionais.

A lei trabalhou para regularizar a execução do *jus actionis*, submetendo-o a algumas circunstâncias que devem ser averiguadas logo primordialmente, ou seja, antes da ocasião em que o juiz deverá proferir se o autor tem ou não seu deferimento ou se o pedido tem ou não amparo legal.

Essas exigências, condições, a que se sujeita a realização do direito de ação,

à transparência, têm total relação com a intenção que se depreende em juízo, e, inexistente qualquer uma delas, o autor irá ser considerado, no caso concreto em questão, destituído da ação, tornando assim o juiz dispensado de apurar se aquele pedido tinha ou não proveniência, se tinha ou não amparo legal.

2.4.1 Possibilidade jurídica do pedido

Na condição que no processo civil a concepção de possibilidade jurídica é negativa, ou seja, ele irá ser juridicamente aceitável a partir que, examinado sua teoria, o ordenamento não o desautorize, no processo penal sua compreensão é analisada positivamente: a deliberação solicitada ao Poder Judiciário somente será exequível se o ordenamento, evidentemente a permitir.

Assim sendo, a malsinação deve ser recusada no momento em que a ocorrência relatada indubitavelmente não equivaler a crime. Registra-se que, com o surgimento da Lei nº 11.719/2008, essa suposição poderá, depois de promovida a defesa dos artigos 396 e 396-A do Código de Processo Penal (CPP), dar propósito à absolvição sumária do indivíduo (CPP, art. 397, III).

Em razão de não se misturar o estudo dessa circunstância da ação com a do mérito, a análise da possibilidade jurídica do pedido deve ser realizada em relação a causa de pedir (*causa petendi*) julgada em questão, desprendida de qualquer indício possivelmente existente. Examina-se a ocorrência tal como narrada na petição inicial, sem investigar se essa é ou não o fato verídico, com a intenção de se conferir se o ordenamento material do direito penal impõe uma sanção. Postergar-se para o mérito a verificação dos fatos provados. Examina-se a *causa petendi* às claras, agora, dos indícios criminais apanhados na instrução. É a conferência dos fatos em concreto, da maneira que deveras aconteceram, e não como simplesmente relatados. No momento em questão, o Juiz deverá expressar na sentença se o pedido é taxativamente fundamentado ou não no direito material, isto é, se desfrutam dos mínimos elementos para serem conferidos a procedência processual.

Sendo assim, como o próprio nome já faz uma ótima indicação, deverá o autor, ao dar início a ação, pedir ao juiz uma resolução que tenha comparência com o ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, o autor deverá requerer alguma coisa que

seja juridicamente possível no ordenamento jurídico pátrio. Dessa maneira, não é possível o promotor oferecer uma denúncia contra uma pessoa, imputando a esta um crime não tipificado em nossa seara criminal. A denúncia em questão seria juridicamente inexecutável.

2.4.2 Interesse de agir

Fraciona-se no trinômio: *utilidade* e *necessidade*, da utilidade dos meios jurisdicionais para o amparo do interesse material requisitado, e adequação à causa, do método e do provimento, de maneira a viabilizar o desempenho da vontade concreta da lei de acordo com os critérios do devido processo legal.

A *utilidade* deduz-se na eficiência do exercício jurisdicional para atender o interesse do autor. Se, de logo, for razoável presumir a ineficácia da persecução penal as razões a que se destina, será possível afirmar que não existe interesse de agir. É a situação de se ofertar denúncia no momento em que, analisando a pena plausível de ser aplicada ao final, se ocasionalmente evidenciado a responsabilidade do réu, já é possível antecipar a incidência da prescrição retroativa. Nesta oportunidade, toda a execução jurisdicional será prescindível. Falta, neste caso, interesse de agir. Essa compreensão, entretanto, não é totalmente pacificada, seja na jurisprudência, seja na doutrina.

A *necessidade* é pertinente ao processo penal, tendo por perspectiva a inviabilidade de se instituir pena sem o devido processo legal. Consequentemente, não irá ser recepcionada a denúncia, no momento em que já estiver eliminada a punibilidade do criminado, já que, no caso em realce, a carência do direito material de punir sucedeu da não necessidade de fazer uso das vias processuais. É notável que com o nascimento da Lei nº 11.719/2008, tal hipótese poderá dar causa a absolvição sumária do agente (CPP, art. 397, IV). Enfim, a adequação estanca no processo penal condenatório e no requerimento da realização da sanção penal.

Deve-se entender que o direito de ação não pode ser confundido com o direito material, também denominado substancial. Perante essa dimensão, no processo penal existirá continuamente interesse processual, posto que o Estado não tem a competência de fixar uma pena afora por meio do processo. Não obstante o

atrativo processual é algum tanto a mais.

Ela reproduz a razoabilidade do pedido. Esta é a razão que o artigo 12 do Código de Processo Penal estabelece que o inquérito irá acompanhar a denúncia ou queixa sempre que der auxílio a uma ou a outra. É necessário que haja amparo probatório para que o Ministério Público ou o próprio ofendido tenha a capacidade de atuar o direito de ação.

À vista disso, o "interesse de agir" repousa na competência do pedido. O desejo deve ser oferecido como apropriado para ser julgado. O titular da ação tem como tarefa elaborar um pedido adequado, amparado por elementos que instiguem o magistrado da respeitabilidade e sobriedade daquilo que se pede, caso contrário, o criminado irá poder impetrar ordem de *habeas corpus*, tendo seu amparo legal no artigo 648, I do CPP, por ausência de "justa causa", ou seja, ante a falta do interesse processual, que descansa na competência do pedido.

2.4.3 Legitimação para agir

Trata-se aqui da legitimidade *ad causam*, que é a legitimação para exercer tanto o polo ativo do liame jurídico processual, o que é exercido pelo Ministério Público, na ação penal pública, e sendo ação penal privada, pelo ofendido (CPP, arts. 24, 29 e 30), no que diz respeito ao polo passivo, pelo presumível autor, em nome do mesmo, e na salvaguarda de interesse próprio (CPP, arts. 33 e 34).

Como afirma o professor Fernando Capez (2012, p.158), no que tange a legitimidade *ad causam*:

Partes legítimas, ativa e passiva, são os titulares dos interesses materiais em conflito; em outras palavras, os titulares da relação jurídica material levada ao processo. No processo penal, os interesses em conflito são: o direito de punir, conteúdo da pretensão punitiva e o direito de liberdade. O titular do primeiro é o Estado, que é, por isso, o verdadeiro legitimado, exercendo-o por intermédio do Ministério Público. Não é por outro motivo que se diz que o ofendido, na titularidade da ação privada, é senão um substituto processual (legitimação extraordinária), visto que só possui o direito de acusar (*ius accusationis*), exercendo-o em nome próprio, mas no interesse alheio, isto é, do Estado. Legitimados passivos são os suspeitos da prática da infração, contra os quais o Estado movimenta

a persecução acusatória visando a imposição de alguma pena. As condições da ação devem ser analisadas pelo juiz quando do recebimento da queixa ou da denúncia, de ofício. Faltando qualquer uma delas, o magistrado deverá rejeitar a peça inicial, nos termos do artigo 395, II, do Código de Processo Penal, com redação determinada pela Lei n. 11.719/2008, declarando o autor carecedor de ação. Se não o fizer nesse momento, nada impede, aliás, impõe-se, que ele o faça a qualquer instante, em qualquer instância, decretando, se for o caso, a nulidade absoluta do processo. (CPP, art. 564, II).

Na descrição do professor Alfredo Buzaid (1951), em condição de autor do anteprojeto do Código de Processo Civil de 1973, afirma que legitimidade *ad causam* é a pertinência subjetiva para a ação.

Diante dessa afirmação, somente o indivíduo do qual a titularidade da ação penal é respaldada pela lei, possui a capacidade de ajuizá-la (legitimidade ativa), assim como apenas aquele teoricamente responsável pelo ato fixado como infração penal pode integrar o polo passivo dessa referida ação (legitimidade passiva).

A Lei penal delibera como regra preceito geral, a ação penal pública, que somente irá poder ser oferecida pelo ministério público, da maneira estabelecida pelo artigo 129, I, da Constituição Federal. Dessa maneira, nos delitos de ação penal pública, caso o pedido tenha sido formalizado pela vítima ou seu representante legal, expressa será a ilegalidade ativa *ad causam*, exceto na condição prevista no artigo 5º LIX, da Carta Política, e no artigo 29 do CPP (ação penal privada subsidiária da pública).

Da mesma maneira, em situações de ação penal privada, se a lide for aberta pelo ministério público, restará concebido a ilegitimidade para agir. Essa circunstância dever ser inquirida pelo juiz no momento do recebimento da denúncia ou queixa, instituindo-se em causa de sua rejeição a ilegitimidade da parte.

3 ESPÉCIES DE AÇÃO PENAL – TITULARIDADES E PRINCÍPIOS

A par da habitual categorização das ações em um todo, tendo em consideração a essência do provimento jurisdicional avocado no direito processual penal, é usual a separação subjetiva das ações, ou seja, em razão da qualidade do indivíduo que obtém a sua titularidade.

De acordo com esse parâmetro, as ações penais poderão ser privadas ou públicas, ao passo que seja proporcionada pelo ofendido e seu representante legal ou pelo Ministério Público, na devida ordem. É o que explicita o artigo 100, *caput*, do Código Penal: "A ação penal é pública, salvo quando a lei, expressamente, a declarar privada do ofendido".

Acerca das ocorrências de ação penal pública, privativa do Ministério Público, ainda existe uma ramificação, em ação penal pública incondicionada e condicionada. Na primeira situação, o Ministério Público efetuará a ação autonomamente do desejo ou intervenção de qualquer um, precisando, para tal, que estejam presentes os pressupostos processuais e as condições da ação.

Na segunda situação, a ação fica condicionada diretamente ao pronunciamento e vontade da vítima ou de seu legal representante. É o que afirma expressamente o artigo 100, parágrafo 1º, do Código Penal Brasileiro: "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." Sanches (2013, p. 243), relata que:

A classificação da ação penal mostra-se importante por força das diferentes consequências jurídicas que lhe são inerentes, como seus legitimados, aspectos procedimentais, princípios próprios e prazos. A ação penal no Brasil pode ser classificada, inicialmente, em pública ou privada. A ação penal pública é promovida pelo Ministério Público e pode ser incondicionada, condicionada à representação do ofendido ou requisição do Ministro da Justiça ou subsidiária da pública (leia-se: ação pública subsidiária da pública. Exemplo: Decreto-lei n. 201/67, art. 2º, § 2º). A ação penal privada, por sua vez, subdivide-se em exclusivamente privada, personalíssima e subsidiária da pública. Há, ainda, o que se denomina ação "penal" popular, que consiste na possibilidade de qualquer pessoa do povo entrar com ação penal (condenatória) em qualquer crime: isso não existe no Brasil. A ação popular possui natureza jurídica constitucional. Não é uma modalidade de ação penal. A Lei n. 1.079/50, que cuida dos "crimes" de responsabilidade (do Presidente da República, Ministros de Estado, Ministros do Supremo Tribunal Federal ou contra o Procurador-Geral da República), não constitui exceção: porque essa lei, a rigor, não cuida de verdadeiros "crimes", mas, sim, de infrações políticas.

Tal divisão acata a razões de restrita política criminal. Existem crimes que ofendem excessivamente ao alicerce da sociedade, e, como consequência, o

interesse de toda a coletividade. Desse modo, serão repreendidos por meio de *ação pública incondicionada*. Demais que, acometendo instantaneamente o âmbito intrínseco do particular e somente indiretamente o interesse global, perduram sendo de iniciativa pública, mas limitada pela vontade da vítima, sendo assim respeitada a sua decisão, ou do ministro da justiça, consoante for. Essas são as situações de *ação penal pública condicionada*.

Existem outras que atingem imediatamente e intimamente o interesse do ofendido. Na imensa prevalência das vezes, pela própria característica do delito, a instrução probatória fica praticamente por integral em domínio do sujeito passivo da ação. Por esta razão, lhe é concedido pelo Estado, o pessoal direito de acionar a justiça, porém, não garante ao ofendido o direito de castigar, com ensejo de impedir que a personalidade atue ostensivamente pelo crime que lhe fora cometido. Essas são hipóteses de *ação penal privada*.

A regra geral é a ação penal pública, tendo como exceção, a privada. No interior desse regulamento generalíssimo, existe ainda outra exceção, que é concedida pelas situações de ação penal pública condicionada, que estão devidamente expressos em lei. Dessa forma, não existindo transparente disposição legal acerca da maneira de como dar procedimento, a ação será pública incondicionada; se existir, a ação poderá ser privada, ou pública condicionada, de acordo com o caso concreto.

3.1 Ação Penal Pública Incondicionada

Preferindo claramente o procedimento acusatório de persecução penal, a qual característica fundamental é o transparente apartamento das incumbências de acusar, defender e julgar, posicionando-se, assim, em verdadeira divergência ao conceito que apresentava as legislações processuais antecedentes. A nova Carta Magna Republicana outorga ao Ministério Público, com efetivo e privado direito, o oferecimento da denúncia na ação penal pública, ela sendo tanto condicionada ou incondicionada. Como assim explicita o professor Rogério Sanches (2013, p. 369):

A ação penal pública incondicionada tem como titular o Ministério Público (art. 24 do CPP; art. 100 da CP; art. 129, I, da CF), que, com exclusividade, deve promover a ação penal pública incondicionada. Embora a CF (art. 129, I) se refira à exclusividade deste órgão, certo é que há uma exceção (também constitucional): quando a ação penal pública não é intentada no prazo, pode a vítima promover a chamada ação penal privada subsidiária da pública. Note-se que o particular pode eventualmente suprir a inércia do órgão público, mas não concorre com ele na legitimidade para agir. Exceção a esta regra se verifica nos crimes contra a honra de funcionário público no exercício das funções, pois, conforme expressa a Súmula 714 do Supremo Tribunal Federal: “É concorrente a legitimidade do ofendido, mediante queixa, e do Ministério Público, condicionada à representação do ofendido, para a ação penal por crime contra a honra de servidor público em razão do exercício de suas funções.” A Constituição da República, que impõe a privatividade ao Parquet, não recepcionou os arts. 26 e 531 do código de Processo Penal, que previam o chamado “processo judicialiforme”. Antes da Constituição de 1988, o juiz e o delegado de polícia podiam iniciar a ação penal nas contravenções, o que não é mais possível em razão da modificação do cenário jurídico imposta pela nova ordem constitucional.

Dessa forma, o denominado processo judicialiforme, formado pelos artigos 26 e 531 do CPP, antevendo a expectativa de certas infrações, a abertura da ação vier a acontecer por meio de auto de prisão em flagrante, ou mesmo por portaria emitida pela autoridade judiciária ou policial, acha-se revogada pelo inciso I, do artigo 129 da Constituição Federal. Enfim, a devida titularidade da ação penal pública foi atribuída ao Ministério Público pela Carta Maior de 1988, sendo inopino o desempenho de tal ação por disposição do magistrado ou delegado de polícia.

Após a criação da Lei 11.719/08, o artigo 531 obteve uma nova escrita, sendo extinto totalmente o instituto anterior. A sua escala, afirma-se também no artigo 257, inciso I, que compete ao Ministério Público a oferta privativa da ação penal. O que simplesmente foi feito em razão de ajustar o código às regras constitucionais.

O processo judicialiforme é uma amostra do que se chama na doutrina de ação penal *ex officio*. Por essa vertente, Nilo César Martins e Pompílio da Hora (2001, p. 132), analisando a obsoleta regulamentação, instruem que:

A ação penal *ex officio* (sem provocação), se iniciava mediante auto de prisão em flagrante delito ou mediante portaria de autoridade policial ou judiciária que agia de ofício, ou por requerimento (solicitação) do Ministério Público, tudo nos termos do artigo 531 do

Código de Processo Penal.

Dessa maneira, o *parquet* deverá propor tal ação autonomamente, não necessitando de manifestação de vontade de absolutamente ninguém. Devendo, neste caso, que o interesse coletivo fique superior ao privado. Uma vez tendo consciência do fato, o representante do Ministério Público tem o dever jurídico de oferecer a denúncia, assim como a autoridade policial tem a obrigação de instaurar o inquérito. Nesta ação, o interesse em questão é totalmente atribuído ao Estado, uma vez que o crime prejudicou o corpo social em sua universalidade.

3.1.1 Princípio da obrigatoriedade

Reconhecido o pressuposto de atuação, o Ministério Público não pode declinar-se a dar abertura ao processo de denúncia. Existe, conforme a propositura da mesma, dois procedimentos essencialmente contrários: legalidade (indispensabilidade ou obrigatoriedade), consoante o qual o possuidor da ação penal está compelido a oferecê-la sempre que existirem as condições mínimas; e a oportunidade, que confere a quem está revestido para providenciá-la com a devida autonomia para avaliar a conveniência e oportunidade de executá-la.

No ordenamento jurídico brasileiro, em relação à ação penal pública, fortalece o princípio da obrigatoriedade, ou legalidade, determinando ao órgão do Ministério Público, estabelecida a essencialidade indisponível do conteúdo do liame jurídico material, a sua proposta nas vezes que o caso concreto completar os mínimos requisitos necessários. Não concerne a ele eleger parâmetros políticos ou de utilidade pública.

O Código de Processo Penal, em seu artigo 28, ao ordenar que o Ministério Público apresente os motivos de seu convencimento nas vezes que requerer o arquivamento dos autos do inquérito policial, reafirma o posicionamento a favor da obrigatoriedade, que é subentendido no sistema penal nacional. Em um primeiro instante, a fiscalização de tal princípio é conferida pelo magistrado, o qual opera, neste evento, uma função atípica, e, em um instante seguinte, pelo procurador-geral de justiça. Se a denúncia for evidente, e mesmo assim o promotor não a fizer,

poderá o mesmo responder pelo crime de prevaricação.

3.1.2 Princípio da indisponibilidade

Proposta a ação penal, não se pode mais dela desistir o Ministério Público. O princípio da indisponibilidade é consubstancialmente a exteriorização do princípio anterior no progresso do processo penal. Inteiramente sem utilidade seria estatuir o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, se ulteriormente o órgão do Ministério Público possuísse a faculdade de abdicar da ação penal, ou ainda transigir a respeito do seu objeto. A vedação é transparente no artigo 42 do Código de Processo Penal, atingindo inclusive, o conteúdo recursal, uma vez que, como assevera o artigo 576 do referido código, depois que o Ministério Público tiver interposto recurso, dele não mais poderá desistir.

No que diz respeito a esse princípio, o Supremo Tribunal Federal (STF), em seu Jornal Informativo n. 27, p.1, por meio do *Habeas Corpus* 73.339-SP, que teve como relator o Ministro Moreira Alves, assentou que:

O caráter indisponível da ação penal permite que o juiz reconheça na sentença a ocorrência de circunstância qualificadora mencionada na denúncia, a despeito do Ministério Público, nas alegações finais, haver se manifestado por sua exclusão.

Este princípio não prevalece nas hipóteses de delitos administrados pela Lei 9.099/95, da qual o artigo 89 dispõe ao Ministério Público a oportunidade de, ocupados as exigências legais, dispor ao criminado, logo após o oferecimento da denúncia, a suspensão condicional do processo, por um período de dois a quatro anos, do qual a sua fluidez provocará o término da punibilidade do agente.

3.1.3 Princípio da oficialidade

São públicos e oficiais os órgãos encarregados pela persecução penal. O Estado tem como uma de suas funções mais típicas, o controle da criminalidade, por isso é totalmente afiançável que a incumbência penal é de caráter

proeminentemente público.

O Estado é o possuidor restrito do direito de repreender e fazer justiça, que só é consumado perante o devido processo legal, o qual é iniciado em face da apresentação de ação penal. Pratica-se que, em regra geral, é atribuído aos órgãos do Estado tal direito. Confere a investigação introdutória à autoridade policial (polícia federal ou polícia civil) ou mesmo a autoridades administrativas, como é o caso das Comissões Parlamentares de Inquérito – CPIs, a quem a lei incorre a mesma atribuição, a de polícia judiciária. Continuamente a ação penal pública fica sob a responsabilidade restrita do Ministério Público.

Ressalva existe nos casos de titularidade do ofendido ou do seu representante legal, situações de ação penal privada subsidiária. O professor Nestor Távora (2013, p. 60), assim discorre sobre esse princípio:

Os órgãos incumbidos da persecução criminal (soma do inquérito policial e do processo), atividade eminentemente pública, são órgãos oficiais por excelência, tendo a Constituição Federal consagrado a titularidade da ação penal pública ao Ministério Público (art. 129, I), e disciplinado a polícia judiciária no § 4º, do seu art. 144.

Em vista disso, percebe-se que o princípio da oficialidade está diretamente ligado a outros dois princípios: legalidade e obrigatoriedade. Tendo como fundamento o bem social e o interesse público.

3.1.4 Princípio da autoritariedade

Consequência do princípio da oficialidade. São encarregados públicos (autoridades), os representantes da persecução penal *in judicio* e *extra*, membro do Ministério Público e autoridade policial, de modo respectivo. Tal princípio ensina que o promotor de justiça ou em esfera federal, o procurador da república, são autoridades públicas.

3.1.5 Princípio da oficiosidade

Os representantes da ação penal devem operar de ofício, livre de provocação, exceto nas situações em que a ação penal pública necessitar de requisição do ministro da justiça ou representação.

Isto é, a ação penal pública não precisa de qualquer tipo de permissão ou concessão para ser instaurada, devendo o representante do Ministério Público atuar *ex officio*.

3.1.6 Princípio da intranscendência

Somente pode ser proposta a ação penal em desfavor da pessoa a quem se pertence a prática delituosa. Sendo a incumbência criminal primordialmente subjetiva, a persecução penal não pode maleficiar terceiros que não tenham cooperado de alguma maneira para a execução do ato infracionário, assim explicita o artigo 28 do Código de Processo Penal Brasileiro. A morte do autor do delito não impossibilita que os herdeiros, dentro dos limites das suas respectivas heranças, sejam impelidos a indenizar a vítima pelos prejuízos ocasionados.

3.2 Ação Penal Pública Condicionada

É a ação do qual a sua utilização está subordinada a uma circunstância. Essa circunstância por sua vez pode ser a demonstração de desejo do ofendido ou de quem o representa legalmente (representação) assim como a requisição do ministro da justiça. Mesmo nessa situação, a ação penal prossegue sendo pública, restrita apenas ao Ministério Público, do qual fica somente subalterna a uma das condições estabelecidas.

Sendo, portanto uma ressalva à norma penal de que todo delito será processado por meio de ação pública incondicionada, as situações que estão submetidas à requisição ou representação encontram-se expressos na lei.

Destarte, a ação penal pública condicionada tem também sua titularidade

incubida ao Ministério Público, pois se trata de uma ação pública. Contudo, porque existe uma afronta à vítima em seu íntimo, para a execução válida, o legislador adotou por condicioná-la a uma autorização externa por esta ou quem o representa legalmente, autorização esta tecnicamente intitulada representação.

Como dito acima, a autorização pode ser concebida por meio de requisição proveniente do ministro da justiça, por uma escolha estritamente política, como exemplo, temos as ações iniciadas com a finalidade de investigar delito cometido contra a honra do Presidente da República e de chefe de governo estrangeiro. Ratificando o que foi expresso, o professor Fernando da Costa Tourinho Filho (2007, p. 127), exprime que:

A ação penal pública condicionada é aquela cujo exercício se subordina a uma condição. Esta ou é manifestação de vontade no sentido de proceder, externada pelo ofendido ou por quem o legalmente o represente, ou é a requisição do Ministro da Justiça, que também é manifestação de vontade no sentido de proceder. Quem promove a ação penal nesses casos é o Ministério Público, tal como se vê pela leitura do artigo 24 do CPP. A ação penal, nesses casos, se diz pública, porque promovida pelo Ministério Público, e condicionada, porque subordina a uma daquelas condições: representação ou requisição do Ministro da Justiça.

É necessário, portanto, para que essa espécie de ação seja proposta, de uma representação, seja do ofendido ou de quem tenha a capacidade jurídica de representá-lo, ora de uma requisição do ministro da justiça. A representação ou requisição são condições de procedibilidade da ação penal, que com a ausência delas, o Ministério Público não poderá ir adiante junto a sua propositura.

3.2.1 Ação penal pública condicionada à representação

O representante do Ministério Público, possuidor dessa ação, só tem autorização a iniciá-la se o ofendido ou o seu representante legal o permitirem, através de exteriorização de vontade. Nessa situação, o delito comove tão intrinsecamente o indivíduo, que a norma, em razão da sua seriedade, considera a vontade da vítima, impedindo, dessa forma, que o *strepitus iudicii* (escândalo do processo) desenvolva um mal superior ao ofendido do que a própria impunidade dos

responsáveis. Além disso: sem a anuência da vítima, nem mesmo poderá ser instaurado inquérito policial. Porém, uma vez instituída pelo Ministério Público a ação penal, esse a assume incondicionadamente, a qual torna a ser advertida pelo princípio da indisponibilidade da matéria do processo, não possuindo efeito algum a investida em uma retratação.

No que tange à representação, Nestor Távora (2012, p. 169), sustenta que:

É uma condição de procedibilidade para que possa instaurar-se a persecução criminal. É um pedido autorizador feito pela vítima ou por seu representante legal. Sem ela a persecução penal não se inicia. Não pode haver a propositura da ação, e também não pode sequer ser iniciado o inquérito policial, afinal, o legislador conferiu à vítima a faculdade de autorizar ou não o início do procedimento. Isto porque a preservação da intimidade do ofendido foi colocada em primeiro plano. Muitas vezes o constrangimento de reconstruir os fatos já passados e expor a intimidade em juízo ou na delegacia é mais desgastante do que a própria impunidade do criminoso. Assim, nem mesmo o auto de prisão em flagrante poderá ser lavrado sem que a vítima autorize.

A hipótese genérica de sujeitar a proposição da ação à demonstração de vontade da vítima resfolga na separação que é feita dos crimes. Alguns afetam abundantemente o interesse de toda a coletividade. Nessas circunstâncias, a ação penal deverá ser pública incondicionada. Outros delitos agredem instantaneamente o interesse privado e lentamente o interesse geral. Nessas situações o Ministério Público irá promover a ação penal, contanto que exista uma expressa permissão da vítima. Por último, outros crimes sensibilizam tão imediatamente e profundamente o interesse particular que o Estado nem ao menos opera o *jus accusationis*. Cede-o ao ofendido (ação privada).

Junto a essas alegações, a doutrina dispõe de outras a exemplo da complicação de serem extraídas provas sem a cooperação da vítima e, por fim, a adequação política de impedir o recrudescimento da adversidade pelos particulares.

3.2.2 Delitos cuja ação necessita de representação da vítima ou de seu representante legal

Como visto anteriormente, existem alguns crimes em nosso ordenamento jurídico que para serem devidamente acionados juridicamente se faz necessário uma autorização da própria vítima ou de quem tem a capacidade de representá-lo judicialmente. O professor Fernando Capez (2011, p. 163), disserta em sua obra quais crimes que carecem desse ato:

Crime de lesão corporal leve (CP, art. 129, *caput*, c/c o art. 88 da Lei n. 9.099/95); crime de lesão corporal culposa (CP, art. 129, § 6º, c/c art. 88 da Lei n. 9.099/95; sobre o delito de lesão corporal culposa no trânsito *vide*, no entanto, nova redação determinada ao art. 291, § 1º, pela Lei n. 11.705, de 19-6-2008); perigo de contágio venéreo (CP, 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); ameaça (art. 147, parágrafo único); violação de correspondência (art. 151, § 4º), correspondência comercial (art. 152, parágrafo único); 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 (art. 176, parágrafo único); corrupção de preposto e violação de segredo de fábrica ou negócio (art. 196, § 1º, X a XII, c/c o § 2º); os delitos definidos nos Capítulos I e II do Título VI do CP, sob a nova rubrica “Dos crimes contra a dignidade sexual”. Nos crimes contra a honra de funcionário cometido *propter officium* a ação penal também é pública condicionada à representação, de acordo com o Código Penal, sendo incabível a persecução privada, entretanto o STF editou Súmula 714 na qual afirmou que 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.

Ressaltando que em outras legislações também são admitidas a representação, como exigência *sine qua non* para o exercício da ação penal pelo Ministério Público.

A título de exemplo, na Alemanha existem inúmeros casos que a atividade persecutória que possui o Estado se subordina à *Antrag* (representação). Ao contrário do direito francês, que são raras as situações que o representante do Ministério Público necessitará para promoção da ação penal de *un dépôt d'üne*

plainte, ou seja, que seja feita uma representação (TOURINHO, 2007).

3.2.3 Natureza jurídica da representação

A representação é demonstração de vontade da vítima ou de quem legalmente o representa com o intuito de dar permissão para que se inicie a persecução penal. Versa-se de condição objetiva de procedibilidade. Não obtendo tal representação do ofendido ou, dependendo do caso, sem a obtenção da requisição do ministro da justiça, não é possível dar abertura à ação penal. É premissa específica da ação penal pública. São exigências próprias, vindicadas por lei ao lado daquelas gerais a todas as ações, para que seja possível a determinação legítima da prestação jurisdicional.

É um empecilho a regular execução da ação penal, pois a retirada fica ao restrito critério da vítima, ou de quem tenha a capacidade de representá-lo, ou, também, do Ministro da Justiça.

Conquanto, a sua natureza extremamente processual emprega-se a ela as normas de direito material intertemporal, tendo em conta sua importância acerca do direito de penalizar do Estado, de natureza indubitavelmente indispensável, já que a não realização do direito de representação dentro do prazo estabelecido em lei provoca a extinção da punibilidade do agente através da decadência.

3.2.4 Possuidor do direito de representação

Caso a vítima possuir menos de dezoito anos ou for deficiente mental, a garantia de representação compete restritivamente a quem tenha capacidade para substituí-lo. Ao alcançar a maioridade, a vítima ganha pleno potencial para oferecer a representação, eliminando assim a pessoa do representante legal, ao menos que mesmo maior, seja enfermo mental. O nosso Código Civil, tendo como base o seu artigo 5º, considera o maior de dezoito anos plenamente capaz de desenvolver qualquer procedimento forense no âmbito civil, abarcando aí os atos processuais, sem a precisão do auxílio de representante legal ou curador.

Dessa forma, não é possível o direito processual penal referir como relativamente incapaz pessoa absolutamente capacitada segundo o direito civil. Termina com isso a juridicidade do representante, doravante zero hora do dia em que o menor alcança dezoito anos e, assim sendo, deixa de ser incapaz. Portanto, se a maioridade ainda não foi atingida, apenas quem tem legitimidade pode elaborar a representação; se mesmo maior, for acarretado de enfermidade mental, do mesmo modo; se possuir mais de dezoito anos, apenas o ofendido poderá executar essa regalia para representar.

Tal direito de representação poderá também ser desempenhado por procurador com poderes especiais (CPP, artigo 39, *caput*). Ocorrendo o óbito da vítima, ou quando reconhecido como ausente por decisão judicial, o privilégio de representação caberá ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão. (CPP, artigo 24, §1º). Nesta mesma linha, Nestor Távora (2012, p. 170), assim entende:

Em caso de morte ou declaração de ausência da vítima, o direito de representar passa ao cônjuge (incluída a companheira), ascendentes, descendentes ou aos irmãos, ordem esta preferencial e taxativa o código prevê a figura do curador especial para oferecer a representação, nos casos de ausência de representante legal dos menores, ou ainda em se tratando de retardados mentais e pessoas mentalmente enfermas (art. 33, CPP). Quando os interesses o representante legal colidirem com os do menor, a exemplo dos crimes praticados pelos pais contra os próprios filhos, tem cabimento também a nomeação do curador especial, seja por provocação do membro do Ministério Público, ou até mesmo *ex officio* pelo magistrado competente. O curador é verdadeiro substituto processual, atuando em nome próprio, na defesa de interesse alheio. É sempre bom frisar que o curador não está obrigado a representar. Cabe a ele ponderar a conveniência ou não da representação em face dos interesses da vítima. As pessoas jurídicas, quando vítimas de infração, podem representar por intermédio de seus representantes designados nos respectivos contratos sociais ou estatutos e, no silêncio destes, por seus diretores ou sócios-administradores, em analogia ao art. 37 do CPP, que trata do exercício do direito de ação pela pessoa jurídica. A mulher casada, por clara interpretação constitucional, pode representar sem o consentimento do marido. O art. 35 do CPP, que fazia restrições ao seu direito, foi expressamente revogado pela Lei nº 9.520/1997.

É compreendido que essa relação é taxativa, não podendo, portanto, ser ampliada, estando os sucessores processuais elencados, conforme citado no artigo acima supra.

3.2.5 Não vinculação do órgão do Ministério Público

Sendo efetuada a representação ao Ministério Público, este não é obrigado a oferecer a denúncia, devendo o *parquet* fazer uma análise se é ou não uma situação de propositura da ação penal, podendo determinar pelo arquivamento do inquérito, instauração, ou pelo regresso dos autos à polícia, para realização de novas diligências. Assim também explicita Távora (2012, p.170):

O *Parquet*, diante da representação, analisa se estão presentes os requisitos legais, para só então oferecer denúncia. A representação é uma autorização e um pedido para que a persecução seja instaurada; não é ordem nem vincula o promotor de justiça, que pode, inclusive, em sua peça acusatória, enquadrar a conduta delituosa em dispositivo legal diverso daquele eventualmente apontado pela vítima, ou até mesmo, assim entendendo, promover o arquivamento. O que se está a indicar é que o MP tem liberdade para realizar o enquadramento típico dos fatos pelos quais a vítima representou.

O princípio da não-vinculação está consonantemente ligado ao princípio da independência funcional dos membros do Ministério Público, que tem como lógica o livre exercício das suas funções, não possuindo nenhuma relação de subordinação hierárquica, ficando os promotores de justiça submetidos restritamente as suas consciências e as delimitações estabelecidas em lei.

3.2.6 Ação penal pública condicionada à requisição do ministro da justiça

Nessa circunstância, a ação será pública, pois é oferecida pelo Ministério Público, porém, para que seja possível o seu oferecimento, é necessário que exista requisição do ministro da justiça, sem o que se torna inexecutável a formalização do processo. Tal requisição é uma atitude política, posto que, existem alguns delitos em que a conformidade da ação penal está diretamente ligada com a congruência política.

O professor Fernando Capez (2011, p. 171), em seu trabalho afirma que são extremamente esparsas as possibilidades em que a norma subordina a ação penal à

atitude política da requisição, e assim leciona:

A requisição ministerial é indispensável nos seguintes delitos: a) crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil (CP, art. 7º, §3º, b); b) crime contra a honra de Chefe de Governo Estrangeiro (CP, art. 145, § único); c) crime contra a honra do Presidente da República, desde que seja injúria, ou calúnia e difamação que não se configurem em crime contra a segurança nacional (Lei nº 7.170/83, arts. 1º e 2º); d) crime contra honra de Ministro de Estado, Chefe de Estado ou Governo Estrangeiro e seus representantes diplomáticos, Ministros do Supremo Tribunal Federal, disciplinado pela Lei de Imprensa; e) crime de injúria cometido pela imprensa contra Presidente da República, Presidente da Câmara dos Deputados, Presidente do Senado Federal e Presidente do Supremo Tribunal Federal, além de outros crimes previstos no Código Penal Militar.

No que alude ao prazo para oferecimento da requisição, o Código de Processo Penal é lacunoso. Compreende-se, dessa forma, que o ministro da justiça poderá apresentá-la a qualquer momento, durante o tempo que não estiver suprimida a punibilidade do autor.

Assim como a representação, a requisição não vincula o Ministério Público a oferecer a denúncia. A ação penal é de titularidade exclusiva do Ministério Público, seja ela incondicionada ou condicionada, apenas ele tem competência para dar o devido valor às matérias que estão sendo investigadas e conseqüentemente formar a sua *opinio delicti*. A requisição, portanto, não mais é do que um consentimento político, para que assim, o representante ministerial possa exercer seu mister.

No que tange o conteúdo, o Código de Processo Penal foi silente a respeito. Contudo, tal ato político deverá ter incluso em seu texto a qualidade da vítima, se disponível, a qualificação do autor do ato delituoso e a descrição do fato, tendo como destinatário da requisição, o Ministério Público.

3.3 Ação penal privada

Como estudado, a ação penal em regra será pública, porém existem alguns delitos que por ofenderem o íntimo da vítima, a norma penal atribuiu a mesma, o direito de ação. Nessa situação especial, a titularidade da persecução penal é transportada até o sujeito que opera em nome próprio, na defesa de interesse alheio

(Estado). A razão para tal atitude é que assim, atribuindo poder ao particular de pleitear a ação penal, pode-se evitar o *strepitus iudicci*, ou constrangimento do processo, tendo a vítima poderio para escolher entre exibir a sua intimidade na justiça ou permanecer-se ocioso, pois como explica a doutrina, demasiadas vezes a angústia e aflição de expor o seu processo é maior do que a própria impunidade do ofensor.

Todavia, se assim pretender, o ofendido poderá processar o autor da infração, manifestando a queixa-crime, que será a peça competente para dar início à ação penal privada. Quando se refere as ações de iniciativa privada, a autor do pleito recebe a denominação de querelante, e o réu recebe o nome de querelado.

Dessa forma, entende-se que a ação penal privada é aquela em que o *jus puniendi* do Estado, que é o restrito titular do direito de punir, cede a sua legitimidade para o oferecimento da ação penal ao ofendido ou quem o representa legalmente. A basilar diferenciação que é feita entre a ação penal pública e ação penal privada encontram-se na legitimidade ativa, compartilhando dessa mesma ideia do Professor Tourinho Filho (2011, p. 517), quando assim declara:

A distinção que se faz entre ação penal pública e ação penal privada descansa, técnica e exclusivamente, na legitimidade para agir. Se o órgão do Ministério Público quem deve promovê-la, a ação se diz pública, Privada, se a iniciativa couber ao ofendido ou a quem legalmente o represente. Mesmo sendo privada, o direito de punir continua pertencendo ao Estado. Este, apenas, concede ao ofendido ou ao seu representante legal o *jus perseguendi in judicio*. Trata-se de um caso, no campo processual penal, de substituição processual. As verdadeiras partes, em qualquer infração penal, são aquelas que tem interesse na lide. De consequência, as partes jurídico-materiais são: o genuíno infrator da norma penal, de um lado, e, do outro, o Estado, como titular exclusivo do direito de punir. Mas, em face daquelas razões já acentuadas, o Estado, a despeito de ser o único interessado em reprimir as infrações, função que ele deve exercer para lograr um dos fins essenciais para os quais foi constituído, transfere ao particular o direito de acusar. O ofendido, então, passa a ser titular da ação penal (nos casos previstos em lei) e ingressa em juízo para, em nome próprio, defender um interesse alheio, vale dizer, um interesse exclusivo do Estado, qual o de reintegrar a ordem jurídica violentada pela infração penal. Por isso se diz que, nas hipóteses de ação privada, o particular e parte extraordinária legítima para agir, porquanto comumente, ordinariamente, a parte legítima para intentar a ação penal e o titular do interesse em litigio, vale dizer, o Estado.

Ainda que na ação privada, o exclusivo titular do direito de punir permanece sendo o Estado. Tal regalia do direito de ação foi outorgada ao particular apenas por razões criminais políticas, visto que a vítima, ao oferecer a queixa, pleiteia interesse de outrem em nome próprio.

3.3.1 Titular da ação penal privada

Nessa ação, a titularidade fica a cargo do próprio ofendido ou de seu representante legal, como explicita o Código Penal e o Código de Processo Penal, na inteligência dos artigos 100 e 30, respectivamente. Como ressaltado no item anterior, no procedimento do Código Processual Penal, o réu será denominado *querelado* e por sua vez o autor, *querelante*. Na hipótese da vítima ter menos de dezoito anos, ou doente mental e não possuir legalmente um representante, a competência para oferecimento de queixa poderá ser executada por um curador especial, especialmente nomeado para o ato.

Após alcançar os dezoito anos, apenas o ofendido poderá pleitear a queixa, pois com essa idade o mesmo atinge a maioridade penal, adquirindo assim total capacidade de exercer qualquer direito, assim como a prática de atos processuais, sem a necessidade de representante ou curador.

Igualmente à ação penal pública, no caso de morte ou declaração de ausência da vítima, o direito de demandar queixa fica incumbido às pessoas do artigo 31 do Código de Processo Penal, quais são o cônjuge (inclui-se os companheiros), ascendentes, descendentes e irmãos.

3.3.2 Princípio da oportunidade ou conveniência

Por esse princípio entende-se que a vítima tem a prerrogativa de apresentar ou não a queixa-crime conforme a sua conveniência, diferentemente da ação penal pública, expressa pelo princípio da legalidade, consoante o qual não é atribuído a quem o detenha, em relação a sua propositura, apreciar qualquer parâmetro de conveniência e oportunidade. Isto posto, na hipótese de flagrante delito, defrontada

por autoridade policial, este só poderá declarar prisão ao agente se existir expressa anuência da vítima.

Portanto, o ofendido não querendo exercer o direito de queixa, poderá ficar inerte e deixar fluir *in albis* o período decadencial de seis meses para ofertá-la, ou se assim pretender, renunciar a esta garantia de forma tácita ou expressa.

3.3.3 Princípio da disponibilidade

Na ação privada, o arbítrio de progredir ou não até o desfecho é da vítima. Trata-se de uma consequência do princípio da oportunidade. O ofendido é o privativo titular dessa ação, pois o Estado assim estipulou, e, dessa forma, lhe é concedida a faculdade de cumpri-la ou não, de acordo com as suas adequações. Assim mesmo executando, lhe é permitido dispor da matéria do processo até o trânsito em julgado da sentença condenatória, através da perempção ou perdão. Dessa forma o professor Aury Lopes (2015, p. 282), assevera que:

Nos crimes de ação privada, o seu titular e o ofendido ou quem legalmente o represente. O Estado, sem abrir mão do seu direito de punir, outorgou-lhe o *jus accusationis*, atendendo aquelas razões já por nós estudadas. O direito de ação, nesses casos, é exclusivo do particular, isto é, do ofendido. Poderá exercê-lo, se quiser. Se não, poderá deixar passar *in albis* o prazo para o exercício daquele direito (ocorrendo assim a decadência, que é causa extintiva da punibilidade), ou renuncia-lo expressa ou tacitamente, ocorrendo, igualmente, a extinção da punibilidade. E, mesmo que venha a promover a ação penal, poderá a todo instante dispor do conteúdo material do processo (lide), quer perdendo o ofensor, que abandonando a causa, dando lugar a perempção. Perdão e perempção nos crimes de exclusiva ação penal privada são também, causas de extinção da punibilidade.

Assim como o nome já sugere, o princípio em realce deixa em disponibilidade ao particular, que por meio de sua faculdade e pretensão postulatória decide se irá abrir mão ou iniciar uma demanda judicial.

3.3.4 Ação privada personalíssima

Esse tipo de ação penal se diferencia, pois é atribuída a titularidade única e singularmente a vítima, não sendo possível a sua propositura por curador ou até mesmo representante legal, não existindo, além disso, sucessão por ausência ou óbito. Por conseguinte, estando falecida a vítima, coisa alguma há que ser feita, a não ser esperar a extinção da punibilidade do agente delituoso, ou seja, o direito personalíssimo é indelegável.

No ordenamento jurídico brasileiro só existe um delito dessa espécie penal: crime de induzimento a erro essencial ou ocultação de impedimento, positivado no Código de Processo Penal, capítulo “Dos crimes contra o Casamento”, artigo 236, *parágrafo único*. Outro delito que previa tal ação personalíssima era o crime de adultério, que fora revogado pela Lei 11.106/2005.

Na situação que um incapaz, em razão de ser menor de dezoito anos ou por alguma doença mental tenha sua capacidade de discernimento reduzida, seja ofendido, o direito de queixa não poderá ser exercido, em razão da incapacidade processual da vítima e a inviabilidade de a regalia ser atribuída a representante legal ou curador especial por juiz nomeado. Sobra ao ofendido somente esperar a extinção da sua incapacidade. Mencionando que a decadência não transcorre contra o mesmo unicamente pelo motivo de está represado de exercer um direito ao qual possui a titularidade.

4 EFICÁCIA OBJETIVA DA REPRESENTAÇÃO E A INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE NA AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA

No que diz respeito a eficácia da representação e o princípio da indivisibilidade, principal estudo desse trabalho, existe uma ampla discussão doutrinária no que tange a sua aplicação na ação penal pública condicionada. Esse preceito traz a ideia que a ação penal deverá ser proposta contra todos os sujeitos que praticaram a infração, ou seja, utilizando a eficácia subjetiva da representação.

Segundo o princípio da indivisibilidade, a denúncia desenvolvida contra um, abrange todos os envolvidos, assim como a renúncia a um também é estendida aos demais, porém existe dúvida quanto a sua utilização na ação penal pública, trazendo para discussão a eficácia objetiva como sendo a correta a ser utilizada pelo possuidor da ação penal (ministério público).

4.1 Princípio da Indivisibilidade

No que diz respeito a esse princípio, principal estudo desse trabalho, existe uma ampla discussão doutrinária no que tange a sua aplicação na ação penal pública condicionada. Esse preceito traz a ideia que a ação penal deverá ser proposta contra todos os sujeitos que praticaram a infração.

Segundo o princípio da indivisibilidade, a denúncia desenvolvida contra um, abrange todos os envolvidos, assim como a renúncia a um também é estendida aos demais.

Tal preceito afirma que o representante do Ministério Público não pode, ao seu bel prazer, escolher quem denunciar sem a devida anuência da vítima. Tanto na ação penal privada, quanto na pública, a doutrina destaca a indivisibilidade como sendo o correto procedimento a ser feito pelos operadores do direito, destacando que é imprescindível que a propositura da ação se estenda a todos que praticaram o crime, sendo isto um dever do Ministério Público, não podendo o promotor de justiça definir quem serão os réus.

Compartilhando desse ideal, o doutrinador Fernando Capez (2011, p. 160), cita o desdobramento do princípio da legalidade como sendo a regra para esse entendimento:

A ação penal pública deve abranger todos aqueles que cometerem a infração. A regra é desdobramento do princípio da legalidade: se o Ministério Público está obrigado a propor a ação penal pública, é óbvio que não poderá escolher, dentre os indiciados, quais serão processados, pois isso implicaria necessariamente a adoção do princípio da oportunidade em relação ao “perdoado”.

Dessa forma, podemos perceber que a doutrina escancaradamente adotou para a ação penal pública, o princípio da indivisibilidade, afirmando que todos os envolvidos na infração penal devem ser denunciados, sob pena que, renunciando um deles, os demais não poderão seguir como réus na ação.

Essa posição majoritária na doutrina é acarretada por força do procedimento que é adotado na ação penal privada, tendo como sustentação a obrigatoriedade da denúncia para todos.

4.1.1 Princípio da indivisibilidade na ação penal privada

Diferentemente da ação penal pública, quando se trata do princípio da indivisibilidade na ação penal privada, discussão não há quanto a sua aplicabilidade. Positivado no artigo 48 do Código de Processo Penal, a vítima pode optar entre ofertar ou não a ação.

Porém, o particular não tem o direito de decidir dentre os autores, quais irá processar. Ou aciona contra todos, ou não aciona nenhum. O representante do ministério público não tem a permissão para aditar a queixa, incluindo nela os demais ofensores, pois assim estaria adentrando de maneira ilegal a legitimidade da vítima.

Nesse caso, a queixa-crime deverá ser de imediata rejeitada em razão da circunstância da renúncia tácita no que toca aos não inseridos na peça, uma vez que essa causa extintiva da punibilidade se estende aos querelados.

É conveniente perceber que, na eventualidade de não ser possível conhecer a identidade de um dos coautores ou partícipes na ação penal privada, não será realizável, obviamente a sua inclusão na queixa. No presente caso, não será situação que irá decorrer a figura da renúncia tácita, com a resultante extinção de punibilidade de todos os demandados, pois a omissão não foi decorrente do arbítrio do querelante. Logo depois, se for possível a identificação dos autores restantes, a vítima deverá executar o aditamento da queixa, ou mesmo, de acordo com a fase em que o processo se encontre, promover uma nova queixa contra o apontado, sob pena, dessa vez, de cometer renúncia tácita que irá se estender a todos.

O artigo 48 do Código de Processo Penal traz para nós a seguinte redação: “A queixa contra qualquer dos autores do crime obrigará ao processo de todos, e o Ministério Público velará pela sua indivisibilidade”. Dessa maneira é reconhecível de forma taxativa o princípio da indivisibilidade na ação penal privada, cabendo ao particular, ao escolher pela abertura da ação penal, optá-la por fazer em nome de todos ou contra nenhum. Sendo de responsabilidade do ministério público, velar por essa indivisibilidade da ação penal privada, atuando como *custos legis*.

Não é possível ao representante do ministério público, atuando como fiscal da aplicabilidade do princípio em realce, aditar a queixa crime, impelindo réus estranhos àqueles propostos pelo ofendido, pois a ele é ausente a legitimidade ativa *ad causam*.

Obtendo o *parquet* vistas dos autos na ação de iniciativa privada, e o mesmo ao ter acesso a essas informações, depreende que de forma dolosa, o particular foi omissos em processar todos os participantes do delito, deverá em parecer, proferir-se pela extinção da punibilidade, enfim, no momento em que o querelante propõe a ação ajuizando no polo passivo somente alguns dos envolvidos, mesmo tendo ciência da participação de outros, assim como possuindo elementos para acioná-los, ou seja, obtendo justa causa, estará abnegando o direito de ação aqueles aos quais deixou de processar, e como já expressado, a renúncia favorece a todos os arrolados.

Em discrepância ao que aqui foi delineado, Tourinho Filho (2003, p. 663), considera a viabilidade de aditamento da queixa pelo representante do ministério público, ajuizando corrêu, em razão da displicência do querelante. Essa é a maneira em que se expressa o autor:

Aditar, de um suposto frequentativo de *addere*, significa acrescentar, aumentar, ampliar. Ora, dispondo o CPP, no art. 48, que a queixa contra qualquer dos autores do crime obrigará o processo de todos e que o Ministério Público velará pela sua indivisibilidade, e, no art. 45, explicitando que a queixa, ainda quando ação penal for privativa do ofendido, poderá ser aditada pelo Ministério Público, a quem caberá intervir em todos os termos subsequentes do processo, não se pode deixar de concluir que o aditamento, *in casu*, implica inclusão de co-réu ou co-réus.

Esse pensamento não foi o que prevaleceu perante o Supremo Tribunal Federal, posto que o Ministério Público poderá fazer o aditamento da ação penal privada em três dias, como estabelece o artigo 45 do Código de Processo Penal, porém isso não lhe dar a regalia de acrescentar outros réus ao processo. Esta escolha é privativa do próprio ofendido, apenas ele é quem possui tal legitimidade e também será atribuída ao mesmo as responsabilidades consequentes de seus atos. O aditamento ao qual o Ministério Público possui direito, diz respeito apenas a retificações de questões formais.

Direcionando para uma ideia que equilibra essas duas vertentes doutrinárias, os professores Jorge Assaf Maluly e Pedro Henrique Demercian (2005, p. 125), consideram que na omissão voluntária, existirá renúncia do querelante, acarretando a extinção da punibilidade. Entretanto, se a omissão ocorrer de forma involuntária, é de responsabilidade do ofendido ou do Ministério Público, comumente, realizar o aditamento, de maneira a exercer fielmente o princípio da indivisibilidade.

4.2 Eficácia objetiva da representação

Neste momento do estudo, é feita uma indagação ao qual a doutrina até os dias atuais não estabeleceu uma pacificidade. Constituída uma representação somente em relação a um, poderá o representante do Ministério Público oferecer denúncia em relação aos restantes coautores e partícipes do mesmo fato típico sem a anuência do ofendido? Ou seja, utilizar-se do que na doutrina se entende por eficácia objetiva da representação. Essa questão trouxe uma ampla discussão doutrinária e jurisprudencial, que não por acaso é o tema principal deste trabalho monográfico.

A matéria em evidência torna-se admirável e estimulante, pois são encontradas nas deliberações judiciais, muitas contradições. Já que não se constata na lei um exposto texto legal a respeito da eficácia da representação na ação penal pública condicionada. Diferentemente do que é avistado na ação penal privada, onde o Código Processual Penal, em seus artigos 48 e 49, asseguram que tal ação é vigorada pelo princípio da indivisibilidade.

Diante de tal omissão da legislação, inicia-se uma discussão jurisdicional a respeito de como a eficácia da representação deve ser aplicada na nossa jurisdição, se objetivamente (não fazendo uso do princípio da indivisibilidade) ou subjetivamente (empregando a indivisibilidade da ação penal).

A partir daí são criadas correntes doutrinárias, que influenciam as decisões nos tribunais superiores e as atuações dos promotores de justiça, que por possuírem independência funcional, e com a conseqüente falta de uma normatização, acabam agindo de diferentes modos em suas ações diárias a respeito do tema estudado, contribuindo ainda mais para emaranhar este conflito doutrinário, fomentando a discussão a respeito deste assunto.

Após a colocação destas premissas, surge o diálogo se o princípio que dá norte à ação penal pública condicionada é o da indivisibilidade ou não, ou seja, eficácia objetiva ou subjetiva da representação. Tal dúvida foi emersa, pois existem incontáveis julgados do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal conferindo autoridade ao Ministério Público a executar denúncias a apenas um dos coautores, quando não existe a qualificação do partícipe ou vestígios de sua colaboração no ato criminoso, ou até mesmo quando a vítima representa contra apenas um dos coautores. Assim também como é existente jurisprudência totalmente inversa a esse sentido.

Como estudado em capítulos anteriores, o Ministério Público é o possuidor da ação penal, não obstante só será capaz de dar início, se o ofendido ou seu representante legal o permitirem, a denominada manifestação ou declaração da vontade. À medida que o crime alcança a partes bastante sigilosas da vítima ocasionando um transtorno superior do que a própria impunidade dos seus causadores, então existirá o *strepitus iudicii*, no qual a sua definição é o escândalo do processo, destarte a lei acata a opção do ofendido.

Conforme visto em item anterior, o consentimento da vítima para o encadeamento do processo é tão poderoso que, isento dele, não poderá ser permitido nem ao menos compor o inquérito policial.

Apesar disso, por vez que a ação penal é instaurada, dar-se o princípio da indisponibilidade do alvo do processo, no qual o Ministério Público acolhe a ação

incondicionalmente, sendo insignificante qualquer investida de retratação ou renúncia.

A grande temática do presente trabalho é iniciada quando surge a dúvida em relação a qual eficácia da ação penal pública condicionada à representação deverá ser utilizada pelo representante do Ministério Público, se a objetiva ou subjetiva.

4.3 Correntes doutrinárias existentes quanto à aplicabilidade da eficácia da representação na ação penal pública condicionada

Ao tratar de eficácia da representação, é discutível se ela tem natureza objetiva, ou seja, relacionando-se apenas com os fatos, ou se também possuiria uma eficácia subjetiva, ficando a autorização delimitada aquelas pessoas referidas pelo ofendido na representação.

Para melhor esclarecimento e compreensão do tema em destaque, exemplifica-se um caso concreto por meio de uma situação hipotética: Imagine que Maria foi estuprada por João e Pedro. Considerando que Maria tinha dezoito anos e não era vulnerável, ou seja, a ação penal irá depender de representação. Maria então resolve dirigir-se até o Ministério Público de sua comarca e oferta uma representação ao promotor de justiça, narrando a ocorrência e reivindicando a instalação de uma ação penal apenas em face de João. Indaga-se: O promotor de justiça tem o direito, mesmo sem a devida representação da vítima, denunciar o coautor Pedro? Existe discordância doutrinária e jurisprudencial.

4.3.1 Primeira corrente – Impossibilidade

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo afirmou em sua Revista dos Tribunais 493/291, RJTJESP 42/368, ser ilegítima a atuação do Ministério Público em promover denúncia pelo crime de sedução em desfavor de pessoa que não foi intento de representação por parte da vítima, desenvolvendo a obtenção daquele descontentamento ilegítimo. (Observa-se que o crime de sedução aludido no julgado acima mencionado foi revogado pela Lei n. 11.106 de 28 de março de 2005).

A não inclusão de um dos autores na representação determinará desta maneira, na renúncia tácita ao cumprimento do direito de ação, prolongando-se a todos os demais. Na realidade, estaria faltando circunstância exigida em lei para que o representante do Ministério Público possa propor a ação penal, proporcionando o não acolhimento da inicial. Não podendo o *parquet*, fazer-se de ofendido, acrescentando por intermédio de aditamento um indivíduo que a própria vítima não enseja ver processado. Esta corrente é defendida pelo professor Sérgio Demoro (2007), que afirma que a ação penal não é um mero capricho do particular, ou todos são processados, ou nenhum será. Essa posição também se encontra majoritariamente defendida desde os mais clássicos doutrinadores até os mais modernos (TOURINHO FILHO, 2011; JARDIM, 1997; LOPES JR, 2012; NICOLITT, 2012).

Dessa maneira é claramente perceptível que essa corrente doutrinária é adepta da eficácia subjetiva da representação, trazendo para si a mesma ideologia que é utilizada na ação penal privada, ou se processa todos ou nenhum, levando em conta o artigo 48 do Código de Processo Penal.

4.3.2 Segunda corrente – Posição mista

Para o caso hipotético apresentado no item anterior, Luiz Flávio Gomes (2005, p. 98), ideologiza uma posição mista ao que se refere o fenômeno da representação judicial nos crimes de ação penal pública. Essa teoria se diferencia por apresentar a casuística da retratação da vítima e ao final o pedido para que seja aditado no processo dos demais partícipes e coautores. Assim é o pensamento do dito autor:

Se o ofendido diz que só quer representar contra um, isso significa renúncia em relação ao outro e havendo renúncia para um dos coautores, estende para todos, isto é, extinção de punibilidade para todos. Caso a vítima reconheça o equívoco e represente também em relação ao outro, cabe ao Ministério Público oferecer denúncia contra todos (desde que haja justa causa em relação a todos).

Portanto, nessa posição doutrinária, o Ministério Público não poderá denunciar os dois, pois não existe representação contra um deles. Ao Promotor apenas caberá executar a fiscalização da indivisibilidade da ação.

O representante do Ministério Público ouvirá a vítima e indagará a respeito da representação contra ambos. Se a vítima expõe que apenas deseja representar contra um, isso significará renúncia em relação ao outro e, existindo renúncia para um dos coautores, abrange a todos, ou seja, a extinção da punibilidade para todos os demais coautores.

Porém, se a vítima reconhecer o seu erro e represente também em relação ao outro, é cabível ao Ministério Público propor denúncia em face de todos, isto se existir justa causa em relação a todos.

Corrente que como a primeira apresentada, também frisa pela aplicação do princípio da indivisibilidade na ação penal pública condicionada, levando em conta a eficácia subjetiva da representação.

4.3.3 Terceira corrente – Possibilidade – Posição do Supremo Tribunal Federal

Essa corrente tem como concepção a atuação do fenômeno processual da eficácia objetiva da representação, isto é, se a vítima por alguma razão, no momento da representação, não menciona um dos partícipes ou coautores do delito, é permitido ao membro do Ministério Público fazer a inclusão na denúncia, dos que não foram declarados pela vítima e são sapientemente conhecidos na ação criminosa.

Nesse caso, a representação não tem sua eficácia condicionada à designação de todos os coautores do delito. Dessa maneira tem total legitimidade, o *parquet*, de ofício, operar em desfavor dos outros participantes que o ofendido não relatou ou que vieram a ser conhecidos posteriormente a representação do mesmo.

Doutrina o professor Fernando da Costa Tourinho Filho (2007, p. 138):

Feita a representação apenas em relação a um, poderá ser oferecida denúncia em relação aos demais partícipes do mesmo fato? Claro que sim, e isso em decorrência do princípio da indivisibilidade da ação penal. No Código italiano há até preceito expresso. É o art. 123:

“La querela si estende di diritto a tutti coloro che hanno commesso il reato”. Não fosse assim, permitir-se-ia aos ofendidos um direito de vingança. Tratando-se de ação penal privada, há texto expresso a respeito da indivisibilidade da ação penal. É o artigo 48. No que tange à ação pública incondicionada, ou condicionada (desde que satisfeita a condição), não havia, como não há necessidade de texto semelhante. O princípio da indivisibilidade é consectário lógico da ação pública. Parece-nos, todavia, que o entendimento em sentido contrário descarta o bom direito. Se na ação penal privada, havendo dois ou mais responsáveis, o ofendido não pode ofertar queixa apenas em relação a um, visto que a queixa em relação a um obrigará ao processo de todos (arts. 48 e 49 do CPP), pela mesmíssima razão não pode o ofendido representar somente em relação a um dos autores ou partícipes do crime. Do contrário, conforme vimos, estaria o Estado conferindo-lhe o direito de vingança, e, como se sabe, nos casos de ação pública condicionada ou privada, o Estado limitou-se, pura e simplesmente, a conceder ao ofendido a faculdade de se manifestar sobre a conveniência, ou não, quanto ao exercício da ação penal e não o poder de escolher em relação a quem deseja instaurar o processo.

Depois de anos de inúmeras discussões e decisões diversas a respeito da aplicabilidade ou não do princípio da indivisibilidade na ação penal pública condicionada, no ano de 2014, a Quinta e Sexta Turma do Supremo Tribunal de Justiça - STJ em razão de um Recurso Especial 1.255.244-RJ, Quinta Turma, DJe 7/3/2014; APn 382-RR, Corte Especial, DJe 5/10/2011; e RHC 15.764-SP, Sexta Turma, DJ 6/2/2006, RHC 34.233-SP, que teve como relatora do caso a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 06 de maio de 2014, unificaram os entendimentos (INFORMATIVO 540 STJ):

INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE EM AÇÃO PÚBLICA. Na ação penal pública, o Ministério Público não está obrigado a denunciar todos os envolvidos no fato tido por delituoso, não se podendo falar em arquivamento implícito em relação a quem não foi denunciado. Isso porque, nessas demandas não vigora o princípio da indivisibilidade. Assim, o Parquet é livre para formar sua convicção incluindo na increpação as pessoas que entenda terem praticados ilícitos penais, mediante a constatação de indícios de autoria e materialidade. Ademais há possibilidade de se aditar a denúncia até a sentença.

Como a decisão deixa transparente, a corrente que triunfou perante o nosso ordenamento jurídico, mesmo ainda existindo posicionamentos dissemelhantes, foi para a inaplicabilidade do princípio da indivisibilidade na ação penal pública.

Por conseguinte, é preciso frisar que o princípio da indivisibilidade apregoa que a ação penal deverá ser executada contra todos os envolvidos na ação delituosa. Não há dúvidas quanto a sua aplicabilidade na ação penal privada, e hoje, existe pacificidade na jurisprudência a não utilização desse princípio nas ações de natureza pública, podendo o promotor de justiça propor ação penal contra participante que não foi arrolado pela vítima na sua representação.

O Supremo Tribunal Federal também em suas últimas decisões assentou ser a favor da não utilização do princípio da indivisibilidade nos casos que necessitam de representação.

De acordo com a jurisprudência dessa corte o princípio da indivisibilidade não se aplica à ação pública. Nesta mesma linha existem diversos precedentes que seguem esse mesmo ideal. O Ministro Ricardo Lewandowski no caso em que foi relator do Recurso Ordinário em Habeas Corpus, na data de 22 de outubro de 2009, decidiu que:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. COMETIMENTO DE DOIS CRIMES DE ROUBO SEQUENCIAIS. CONEXÃO RECONHECIDA RELATIVAMENTE AOS RESPECTIVOS INQUÉRITOS POLICIAIS PELO MP. DENÚNCIA OFERECIDA APENAS QUANTO A UM DELES. ALEGAÇÃO DE ARQUIVAMENTO IMPLÍCITO QUANTO AO OUTRO. INOCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE. INEXISTÊNCIA. AÇÃO PENAL PÚBLICA. PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

Praticados dois roubos em sequência e oferecida a denúncia apenas quanto a um deles, nada impede que o MP ajuíze nova ação penal quanto delito remanescente. Incidência do postulado da indisponibilidade da ação penal pública que decorre do elevado valor dos bens jurídicos que ela tutela. Inexiste dispositivo legal que preveja o arquivamento implícito do inquérito policial, devendo ser o pedido formulado expressamente, a teor do disposto no art. 28 do Código Processual Penal. Inaplicabilidade do princípio da indivisibilidade à ação penal pública. Precedentes. Recurso desprovido.

O mesmo órgão, seguindo igual silogismo da decisão anterior, proferiu agora em nova deliberação relatada pelo Ministro Eros Grau em decisão de *Habeas Corpus* (HC) 96.700-1/PE. Nesse caso, o Ministério Público ofereceu denúncia contra várias pessoas pela prática de crimes tipificados no ordenamento penal. Após novas investigações, o promotor de justiça aditou a denúncia para incluir o paciente

no rol dos acusados, que até o momento apenas figurava como simples testemunha. Os impetrantes alegaram que em razão do Ministério Público não ter efetuado a denúncia contra o agora acusado na primeira oportunidade ocasionou o arquivamento implícito do inquérito contra ele, sendo assim impetraram *habeas corpus* para trancamento da ação penal. O Ministro Eros grau e relator do caso, assim proferiu o seu voto (HC 96.700-1/PE):

O princípio da indivisibilidade não se aplica à ação penal pública, resultando daí a possibilidade de aditamento da denúncia quando o Ministério Público, a partir de diligências, reunir provas suficientes para acrescer o rol de acusados. O Ministério Público denunciou inicialmente apenas parte dos envolvidos porque ainda não tinha elementos de convicção para denunciar o paciente, até então simples testemunha. O *Parquet*, posteriormente, reuniu provas aptas à promoção do aditamento, o que, segundo a jurisprudência desta Corte, é permitido.

Desta forma é notável uma determinada estabilidade existente na jurisprudência no sentido que aduz a inaplicabilidade do princípio da indivisibilidade nas ações de natureza pública, ou seja, não utilizando nesses casos o artigo 48 do Código Penal que assevera que a queixa contra um irá se estender a todos.

Destarte, como estudado, o Código de Processo Penal apenas falou da indivisibilidade na ação penal privada, deixando uma lacuna ao que diz respeito à ação penal pública. Diante disso, controversas surgiram ao longo de que as situações concretas iriam surgindo e, justamente por falta desta normatização, diferentes maneiras de lidar com a aplicabilidade ou não desse princípio foram desenvolvidas.

Hoje, pacificamente, os tribunais superiores onde é formado o conjunto de decisões judiciais, denominado jurisprudência, consolidou esse entendimento, adotando, portanto, a eficácia objetiva da representação nas ações públicas. Foi entendido por esses tribunais que o Ministério Público tem o direito de oferecer ação contra todos que participaram da ação delituosa, mesmo sem possuir a anuência do ofendido, inviabilizando ao que muitos adotam como arquivamento implícito, por força do princípio da obrigatoriedade que abarca implicitamente o princípio da indivisibilidade.

5 CONCLUSÃO

A elaboração do presente trabalho foi construída através de um sumário produzido com proemial antecedência. Buscando seguir fielmente a temática da ação penal e os efeitos da não aplicabilidade do princípio da indivisibilidade nas ações públicas condicionadas. O cerne da presente pesquisa traduziu-se na análise da eficácia objetiva e subjetiva da representação neste tipo de ação.

O tema revela uma importância prática relevante nos resultados da ação penal, posto que, ao conferir à vítima a escolha do sujeito que será processado na ação penal pública condicionada, viabiliza-se a possibilidade de instituir-se a vingança particular em que o interesse público é predominante. De outro lado, ao retirar da esfera da vítima a designação do ofensor que será processado judicialmente, confere-se um maior grau de segurança e justiça na sentença penal que será prolatada.

Como evidenciado pela posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, não se mostra justo, em se tratando de ação penal pública conceder ao particular o direito de arbitrar quem será processado, uma vez que sequer na ação penal privada lhe é outorgado essa regalia.

Foram apresentadas tipos de posições doutrinárias que divergem entre si a respeito de tal eficácia. A não positivação de tal preceito fez surgir, tanto na doutrina quanto na jurisprudência incontáveis desconformidades, gerando por muito tempo diferentes decisões a respeito da aplicabilidade ou não do princípio da indivisibilidade nas ações públicas.

Exposto também foi a importância da ação penal para a ciência jurídica, mostrando seu nascimento no direito, teorias que foram criadas a partir do seu surgimento e estabelecendo a sustentabilidade e a evolução que esse instituto obteve ao decorrer do tempo.

As espécies de ação penal foram levadas em consideração, mas tendo como principal enfoque a ação pública condicionada. Trazendo para a dissertação a diferença que existe na aplicação do princípio da indivisibilidade nas ações privadas e públicas.

Ao final desse estudo foi apresentado que hoje, existe uma pacificidade quando a não aplicação de tal princípio na ação de natureza pública, pois os tribunais superiores decidiram que nas ações desse gênero vigora a divisibilidade, podendo o Ministério Público, titular da ação penal, aditar a denúncia e incluir ao rol de acusados quem também participou da ação criminosa, mesmo que a vítima não tenha representado em seu desfavor, fazendo uso assim do instituto que a doutrina adota como eficácia objetiva da representação.

O trabalho em realce explora um tema bastante controverso, que ao decorrer do tempo estabelece uma certa estabilidade no que diz respeito as decisões do tribunais superiores, adotando para a ação penal pública condicionada o não emprego do princípio da indivisibilidade, diferenciando totalmente da ação penal privada.

Entende-se por final que o Supremo Tribunal Federal tem se pronunciado e decidido de maneira justa em relação ao tema. Observa-se também que se trata de um assunto bastante escasso no mundo jurídico, poucos são os escritos que tratam dessa temática, conseqüentemente essa carência de material acarreta um dissemelhança nas decisões judiciais. Portanto o presente trabalho poderá contribuir bastante para a academia pela sua singularidade.

REFERÊNCIAS

BRANDÃO, C. **Curso de Direito Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BUZAID, A. **Da apelação "ex officio" no sistema do código do processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1951.

CAPEZ, F. **Curso de Processo Penal**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Código de Processo Penal. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: 27 de maio 2015.

Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 27 de maio 2015.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>
Acesso em: 27 de maio 2015.

Da HORA, N. C. M. P **Ação penal: retrospectiva e perspectiva**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

DEMERCIAN, P. H.; MALULY, J. A. **Curso de Processo Penal**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FERNANDES, A. S.; GOMES FILHO, A. M.; GRINOVER, A. P. **As nulidades no processo penal**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES, L. F. **Direito Processual Penal**: Vol. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GRINOVER, A. P.; FERNANDES, A. S.; GOMES FILHO, A. M. **As nulidades no processo penal**. 7ª ed. São Paulo: RT, 2001.

JESCHECK, H.-H. **Tratado de Derecho Penal – Parte General**. Tradução José Luis

Manzanares Samaniego. Granada: Comares Editorial, 1993.

LOPES JR. A. **Direito Processual Penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEZGER, E. Apud WELZEL, H. **Nuevo Sistema de Derecho Penal**. Tradução de José Cerezo Mir. Buenos Aires: Julio César Faira, 2004.

ROXIN, C. **Derecho Penal – Parte General – Tomo I**. 2ª ed. Madrid: Civitas, 1997.

SANCHES, R. **Código Penal para Concursos (CP)**. 8ª ed. São Paulo: Juspodivm, 2013.

TÁVORA, N. **Curso de Direito Processual Penal**. 8ª ed. São Paulo: Juspodivm, 2013.

TOURINHO FILHO, F. C. **Processo penal**. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

TOURINHO FILHO, F. C. **Processo Penal**. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

WELZEL, H. **Derecho Penal – Parte General**. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

ZAFFARONI, E. R.; SLOKAR, A.; ALAGIA, A. **Derecho penal: parte general**. 2ª ed. Buenos Aires: Sociedad Anonima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 2002.