

A AÇÃO PENAL NO PROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

SERGIO DEMORO HAMILTON*

1. Dando seguimento aos estudos que venho fazendo sobre o Projeto de CPP¹, pretendo ocupar-me, agora, a respeito da ação penal. Ela vem tratada no Título III do Livro I, que versa sobre a persecução penal, que, ao lado dos princípios fundamentais, regula, também, a fase preliminar da investigação criminal, em que sobreleva o inquérito policial (art. 8º a art. 44).
2. Assinale-se, desde logo, que, no Projeto, ação penal é versada no art. 45 a art. 52. Como de fácil observação, o Código atual ocupa-se da matéria nos arts. 24 a 62 e tal amplitude se explica, principalmente, porque nele encontram-se vários dispositivos relacionados com a ação penal de iniciativa privada, agora escoimados do Projeto.

Não há mais porque falar, no decorrer da persecução penal, em delitos públicos, semi-públicos e privados.

Nas bases conceituais esposadas no Projeto, como assinala a “Exposição de Motivos”, e no estágio atual de desenvolvimento do Direito Penal, não haverá lugar para uma ação penal que esteja à disposição dos interesses do particular, ainda que ele seja a própria vítima. Por tal motivo, se o problema reside em evitar a publicidade em torno do fato basta a adoção da ação penal pública condicionada, posição que, há muito, defendíamos e que veio a ser adotada agora no Projeto. Dessa maneira, ao mesmo tempo em que se assegura à vítima o direito de representar (sem os inconvenientes da queixa), caso ela não deseje o *strepitus fori* bastará quedar-se inerte, deixando de provocar a iniciativa do *Parquet*.

* Sergio Demoro Hamilton é Procurador de Justiça (aposentado) do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e Professor Universitário.

¹ O atual Projeto de CPP (originário do Senado Federal, nº 156, de 2009) resultou do Anteprojeto de CPP elaborado pela comissão presidida pelo Ministro Hamilton Carvalhido, tendo como Secretário-Geral, Eugênio Pacelli de Oliveira, e como demais integrantes: Antônio Correa, Antonio Magalhães Gomes Filho, Fabiano Augusto Martins Silveira, Felix Valois Coelho Júnior, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral.

3. A ação penal será **sempre** pública, facultando a lei a ação pública condicionada à representação da vítima ou de quem tiver qualidade para representá-la (nos termos da lei civil). É mantido o prazo decadencial comum de seis meses, contado do dia em que se identificar a autoria do crime (art. 45 do Projeto).

4. O art. 46 do Projeto, igualmente, prevê novidades. A primeira se situa quando indica os casos em que caberá a ação condicionada à representação. Tal se dá nos "crimes de falência" bem como naqueles praticados contra o patrimônio (material ou imaterial) nas seguintes condições: quando dirigidos exclusivamente contra bens jurídicos do particular ou se levados a efeito sem violência ou grave ameaça contra a pessoa, respectivamente. Algumas observações: a indicação dos crimes feita pela lei no art. 46, não exclui outros casos previstos na lei penal material em que somente se procede mediante representação; outra referência importante é que o dispositivo não se aplica ao crime quando praticado em detrimento do patrimônio ou interesse da União, do Estado ou do Município. Nestes casos, pouco importam as demais circunstâncias, a ação penal será sempre pública incondicionada. Por sinal, o art. 46 deixa claro que os crimes a que se refere sejam dirigidos **exclusivamente** contra bens jurídicos de particular. Igualmente, vem expresso no parágrafo primeiro do art. 46 do Projeto que a representação é uma peça informal, não passando de mera autorização para a persecução penal, podendo a vítima dela se retratar até o oferecimento da denúncia. A doutrina e a jurisprudência já haviam, faz muito, consagrado entendimento no sentido da dispensa de formalidades para aquela condição de procedibilidade. Agora, a própria lei o diz. Quanto à parte final do dispositivo, o Projeto mantém o que já consta do art. 25 do CPP.

Problema interessante consiste em saber o momento em que a denúncia é oferecida. Ele se dá, segundo penso, quando a inicial de acusação sai do gabinete do Promotor de Justiça e ingressa no cartório do Juízo onde irá tramitar a ação penal. A data constante da denúncia não vale, por si só, como critério para indicar o seu oferecimento, caso ela não seja encaminhada ao cartório respectivo, através dos registros próprios. Em suma: quando ela ganha publicidade, deixando de ser mera criação intelectual de seu autor.

Outra inovação digna de nota vem contemplada no art. 46, parágrafo segundo, do Projeto. Ela faz referência aos crimes indicados no caput do art. 46. Naqueles casos, **ainda que já proposta a ação**, desde que a lesão seja de menor expressão econômica, a conciliação entre autor do fato (acusado) e a vítima implicará em causa de extinção da punibilidade, desde que fique comprovada a recomposição civil do dano.

Abre-se, aqui, uma exceção ao princípio da indisponibilidade da ação penal pública, desde que satisfeitas **todas** as condições referidas no parágrafo segundo em exame. Caberá ao juiz, diante do caso concreto, examinar até que

ponto a lesão tenha sido de pequena expressão econômica, tendo em conta os diversos fatores que a informam na hipótese.

Aliás, o art. 45, parágrafo único, do Projeto, da mesma forma, previra uma exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, ao permitir nos casos de ação penal condicionada, em ocorrendo a morte da vítima, o juízo discricionário do *Parquet* quanto a intentar ou não a demanda.

5. O art. 47 do Projeto contém preceito normativo que toca de perto com o Ministério Público e consagra, sem o dizer expressamente, a viabilidade da **investigação direta pelo *Parquet***. Trata-se da iniciativa de qualquer do povo apresentar ao Ministério Público elementos informativos para o ajuizamento da ação penal pública, não se exigindo qualquer investigação criminal preliminar para o seu exercício. Aqui, ganha sentido uma observação: a iniciativa de qualquer pessoa do povo só tem lugar quando o fato criminoso ensejar a propositura de ação penal pública incondicionada.

6. Ao lado da possibilidade do ajuizamento da ação penal com base na investigação direta levada a efeito pelo próprio Ministério Público, prevê o art. 48 do Projeto a possibilidade da requisição direta de documentos complementares ou de quaisquer “elementos de convicção” para instruir seus procedimentos criminais nos termos do indicado na respectiva Lei Orgânica².

Aliás, quem pode o mais, pode o menos. Se o *Parquet* pode investigar diretamente é mais que evidente que possa requisitar diretamente “quaisquer elementos de convicção” para instruir seus procedimentos criminais. Tal requisição pode ser dirigida não só ao poder público como também a qualquer particular.

7. O art. 49 do Projeto expressa um controle externo quanto à observância do princípio da obrigatoriedade por parte do Ministério Público. Havendo inércia da parte do *Parquet*, confere-se uma legitimação extraordinária ao particular para a propositura da ação penal. Haverá inércia quando o Ministério Público não intentar a ação nem se manifestar no prazo previsto em lei para fazê-lo. Dá-se, então, a ação penal pública subsidiária. Incumbe salientar que “qualquer do povo” não poderá intentá-la; somente a vítima ou, no caso de sua incapacidade, seu representante legal estará legitimado a atuar. Outra advertência que se impõe registrar é que a ação subsidiária fica sujeita a prazo de decadência (6 meses), contado da data em que se esgotar o prazo do Ministério Público. É importante ter em mira que a decadência só atinge o particular, jamais o Ministério Público. Assim, extinta a punibilidade pela

² No MP do Estado do Rio de Janeiro vide a Lei 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) e Lei Complementar 106/2003 (Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro).

decadência para o particular, o *Parquet*, a todo tempo, poderá propor a ação penal desde que não sobrevenha outra causa de extinção da punibilidade, como, por exemplo, a prescrição. Não mais poderão agir, movendo a queixa substitutiva, o cônjuge, o ascendente, o descendente ou o irmão tal como ocorre no art. 31 do Código em vigor.

O parágrafo primeiro do art. 49 do Projeto contempla a hipótese de oferecimento da queixa subsidiária, cogitando também das opções que, em tal circunstância, se abrem ao Ministério Público. Vejamos, por primeiro, o aditamento ³.

Aditar significa somar, crescer, acrescentar. O ato de aditamento por parte do Ministério Público pode ser objetivo e/ou subjetivo. Ele é objetivo quando o *Parquet* acrescenta outra infração penal não contida explícita ou implicitamente na queixa ou, ainda, quando agrava o tipo penal noticiado na inicial, mas que nela, da mesma forma, não se encontrava sequer narrado. Exemplo: a queixa cuida de um furto qualificado, mas se omitiu quanto ao crime de desacato que àquela outro delito se seguiu. O aditamento, aqui, será objetivo. Ou ainda: a queixa trata de um furto simples, mas os autos retratavam um furto qualificado. Também aqui, o aditamento incluindo a qualificadora, será objetivo. Antônio e João cometeram um roubo, porém a exordial da vítima só imputou ao primeiro a conduta típica. Cabe ao Ministério Público aditar a queixa para nela incluir o segundo. Aqui estaremos diante de um aditamento subjetivo. É que o princípio da indivisibilidade é decorrência lógica e insuperável do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.

O aditamento, no regime do projeto, apresenta uma peculiaridade: é que ele só poderá ocorrer “com ampliação da responsabilização penal”. Portanto, veda-se o aditamento meramente retificador, desde que ele importe em restrição à acusação antes formulada ainda que defeituosa. É interessante observar que o aditamento ainda vem a ser versado quando da fase da sentença (art. 408, do Projeto). Porém, esta é matéria a ser tratada em sede própria, escapando o seu estudo ao presente momento processual.

Como se fará o aditamento?

Penso que ele deverá obedecer às mesmas exigências da denúncia, pois, uma vez recebido o aditamento, o acusado passará a defender-se do fato narrado pela nova inicial, que conterà, entre outros requisitos, necessariamente, com uma acusação mais grave, havendo, pois, nova *causa petendi*.

Portanto, quando o Ministério Público adita a queixa substitutiva, assume, sem sombra de dúvida, a posição processual de parte, retomando, desde logo,

³ Dados colhidos, em parte, do meu estudo “A queixa subsidiária – Questões Controversas” in “Revista da AJUFE – Associação dos Juizes Federais do Brasil”, ano 18, nº62, julho-setembro, 1999.

a sua posição originária. Aliás, tal se dá, igualmente, quando retoma a acusação em caso de negligência do querelante (art. 49, parágrafo segundo, do Projeto).

Não cogitou o Projeto do “repúdio à queixa”, tal como ocorre no atual art. 29 do CPP. Isto faz com que a queixa recebida poderá merecer aditamento, ou, ainda, sofrerá, se for o caso, indeferimento (art. 253 e seu parágrafo único, do Projeto), sendo, nesta última situação, causa de extinção do processo sem resolução do mérito (art. 255, I, do Projeto). Agora, uma nota relevante: não havendo resolução de mérito, a ação poderá vir a ser proposta, desde que corrigido o defeito que motivou o seu indeferimento (art. 253 do Projeto).

O parágrafo único do art. 253 do Projeto, contém, ao seu final, ao tratar a respeito da inépcia da denúncia ou da queixa, alusão à “deficiência no seu cumprimento” que importe em dificuldade para o exercício da ampla defesa. Quero crer que houve erro de impressão, pois ao invés de “cumprimento”, o legislador pretendeu referir-se ao vocábulo compreensão. Mesmo assim, o art. 253, I, do Projeto já resolveria a questão, uma vez que ocorrendo tal circunstância a peça acusatória seria inepta, acarretando seu indeferimento liminar.

Aludimos acima que o aditamento deverá obedecer às mesmas exigências da denúncia. Tais requisitos são encontrados no art. 258 do Projeto.

Como já escrevi ⁴, ao comentar o art. 41 do atual CPP, a inicial de acusação, em nosso alvedrio, estaria melhor definida, quanto aos seus requisitos, da seguinte maneira:

I – o juiz ou tribunal a que é dirigida;

II – a qualificação do acusado ou os esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo;

III – o fato imputado ao acusado com todas as circunstâncias;

IV – a classificação da infração penal;

V – o requerimento de citação do réu;

VI – o pedido de condenação ou de pronúncia;

VII – a indicação das provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos;

VIII – o local e a data da denúncia ou queixa;

⁴ A Técnica da Denúncia, in “Revista da Emerj – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro”, volume 5, nº 19, pp. 207 e seguintes, 2002.

IX – a assinatura e a identificação do órgão do Ministério Público dotado de atribuição (ou do advogado do próprio querelante, quando revestido de habilitação técnica, nos casos de queixa substitutiva).

O Projeto não previu prazo para o aditamento. Assim, no meu entendimento, o prazo para o acréscimo da acusação deverá ser igual ao necessário para o oferecimento da denúncia (art. 51 do Projeto), pois o aditamento, na realidade, nada mais é que uma acusação acrescida, na forma explicitada acima. É de ser observado que nada impede o aditamento posterior da acusação, já agora no curso da instrução criminal, desde que fato novo venha a exigir a providência.

O art. 49, parágrafo segundo, prevê a intervenção necessária do Ministério Público em todos os termos do processo por tratar-se de ação pública, determinando, do mesmo passo, em caso de negligência do querelante, a retomada da acusação pelo *Parquet*. É que a perempção só ocorre nos casos de ação privada.

Já o parágrafo terceiro do art. 49 estabelece que a queixa será subscrita por advogado, pois, como é curial, o ingresso das partes em juízo tem que se dar por meio de bacharel em direito inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil. Além do mais, há uma razão doutrinária para a exigência legal; é que o contraditório, exigido pela Constituição Federal, terá sempre que ser homogêneo, garantindo a paridade de armas entre as partes.

Por outro lado, a queixa, como é natural, sendo a petição inicial da ação penal subsidiária, terá que conter todos os requisitos relativos à denúncia (no que couber, evidentemente). Caso a vítima não disponha de condições para a constituição de advogado, o juiz lhe nomeará um para promover a ação penal. Aqui, no Rio de Janeiro, dispomos de Defensoria Pública para prover aquela circunstância. Estes são os ditames do art. 49, parágrafo terceiro, do Projeto.

8. Ainda no art. 49, parágrafo primeiro, ao lado do aditamento, o Projeto previu a ocorrência do oferecimento de denúncia substitutiva sem possibilidade de restringir a imputação originária.

Que vem a ser denúncia substitutiva da queixa?

A lei usou, com inteira propriedade, a locução “denúncia substitutiva” justamente para indicar que a denúncia irá ocupar a posição processual da queixa rejeitada mediante decisão coberta pelo manto da preclusão. Ela passará a ser a nova inicial de acusação, afastando a queixa. É interessante observar a inversão de posições que, novamente, torna a ocorrer em relação à parte autora da ação penal. Com efeito, o Ministério Público é o legitimado ordinário para propor a ação penal pública, até mesmo por imperativo constitucional (art. 129, I da Constituição Federal). Porém, em face da sua inércia (art. 49 do Projeto), vê-se substituído pela vítima ou seu representante legal (legitimado extraordinário), que assume a condição de parte autora. Pois bem: com a

denúncia substitutiva, o *Parquet* readquire, plenamente, aquela posição, retomando a condição de parte principal. Tal se dá, da mesma forma, com o aditamento. No entanto, neste o querelante continua no processo, formando-se, então, um litisconsórcio ativo necessário. Já quando ocorre a denúncia substitutiva, o querelante já foi expungido do processo.

Desnecessário dizer que a denúncia substitutiva deve conter os requisitos formais de uma petição inicial de acusação e, uma vez oferecida, terá, normalmente, que ser recebida mas é pouco provável que o juiz não venha acolhê-la, tendo em conta que se a autoridade judiciária endossou antes as ponderações do Ministério Público é porque entendia incabível a queixa. Porém, caso a denúncia substitutiva venha a ser rejeitada, caberá ao Ministério Público recorrer da decisão. O recurso cabível será o de apelação (art. 471 do Projeto). No caso do Ministério Público, o prazo para a interposição do apelo obedecerá a regra constante do art. 137, parágrafo segundo, do Projeto.

Ainda em termos de denúncia substitutiva, impõe-se destacar a limitação que veda a possibilidade de redução da imputação constante da inicial acusatória. Parece-me cláusula impossível de ser cumprida, pois, como já registrado, para que a denúncia substitutiva possa ser proposta torna-se necessário que a queixa, na ação penal subsidiária, tenha sido rejeitada mediante decisão protegida pela preclusão. Dessa forma, a queixa não mais subsiste, dando ensejo, agora, ao *Parquet* a ampla possibilidade de acusar como lhe parecer adequado. É situação diversa do aditamento, pois neste a queixa é, apenas, complementada (7, *supra*).

9. Há uma inovação constante do art. 50 do Projeto. O referido dispositivo, embora consagrando, como regra geral, o princípio da indisponibilidade da ação penal pública, consequência lógica do princípio da obrigatoriedade, admite seja ele mitigado. A primeira hipótese dá-se no art. 45, parágrafo único, do Projeto. Já tivemos a ocasião de examiná-la (4, *supra*). Ela ocorre no caso de morte da vítima. É certo que o referido dispositivo está voltado para o princípio da obrigatoriedade, ao usar a expressão a ação penal poderá ser **intentada**. Ora, a simples referência feita àquele parágrafo, agora ao tratar da indisponibilidade da ação penal (art. 50 do Projeto), bem demonstra que, no caso de morte da vítima nas ações penais condicionadas à representação, a ação penal só ganhará **seguimento** “a juízo discricionário do Ministério Público”. Outra limitação à indisponibilidade vem indicada no art. 46 c/c art. 50 ambos do Projeto. Na verdade, a exceção consta do parágrafo segundo do art. 46 do Projeto, ocorrendo nos casos em que a lesão causada seja de pequena expressão econômica, ainda que a **ação penal já tenha sido proposta**, bem assim que tenha havido conciliação entre o autor do fato e a vítima. Sujeita-se, porém, a uma outra condição: a recomposição civil do dano, desde que devidamente comprovada. Uma vez satisfeitas **todas** as exigências da lei dar-se-á a extinção da punibilidade. Anote-se, à guisa de complementação, que o parágrafo segundo, como é óbvio, subordina-se ao, *caput* do art. 46 do Projeto.

Dessa maneira, só incidirá “nos crimes de falência” e nos delitos “contra o patrimônio, material ou imaterial” desde que a vítima seja o **particular** e quando praticados **sem violência ou grave ameaça contra a pessoa**. Que fique bem claro: as exceções a que se refere o art. 50 do Projeto só são admitidas nos casos de ação pública condicionada à representação.

10. O art. 51 do Projeto não traz qualquer novidade expressiva pois cogita dos prazos para o oferecimento da denúncia e deve ser combinado com os arts. 258 e 302, II. Há um dado interessante no art. 51, parágrafo único, ele não mais se refere a inquérito policial mas sim à investigação preliminar. Dessa maneira, qualquer peça de investigação revestida de idoneidade serve como suporte fático para a acusação, inclusive, evidentemente, a chamada investigação direta levada a efeito pelo Ministério Público.

11. O Título III, “da Ação Penal”, ganha encerramento com regramento que não merece qualquer comentário especial por ser tradicional em nosso direito processual (art. 52 do Projeto). Entretanto, fora dele, mais precisamente no art. 256, II do Projeto, contém conotação doutrinária interessante, ao examinar as causas de extinção do processo. Registra que a extinção da punibilidade é causa da extinção do processo com resolução de mérito, em qualquer tempo e grau de jurisdição.

12. Quais são as principais novidades trazidas para o Projeto, no Título III, do Livro I, quando ele se ocupa da ação penal (art. 45 a art. 52)?

12.1. O fim da ação de iniciativa privada, substituída, com vantagem, pela ação penal pública condicionada à representação, posição que sempre defendemos em diversas oportunidades. Era, de fato, condenável a sua total disponibilidade, dando à vítima irrefreável controle sobre a queixa.

12.2. Em consequência do exposto (12.1) a ação penal será **sempre** pública.

12.3. No caso de morte da vítima, a ação penal condicionada poderá ser intentada a juízo discricionário do Ministério Público. Mitiga-se, destarte, o princípio da obrigatoriedade da ação penal. Haverá, assim, da parte do *Parquet* uma apreciação a respeito da conveniência ou não da propositura da ação penal.

12.4. Cria-se um novo e esdrúxulo prazo de decadência. O primeiro, comum de 06 (seis) meses, contado do dia em que se identificar a autoria do crime (art. 45 do Projeto) e o segundo quando, concluídas as investigações, a vítima for intimada para, no prazo de 30 (trinta) dias, ratificar a representação, sob pena de decadência (art. 46, parágrafo terceiro do Projeto). Torna-se evidente que tal só se dará nos casos de ação condicionada.

12.5. Não mais se cogita da requisição como condição de procedibilidade (art. 45 do Projeto), ao contrário do que dispõe o atual art. 24 do CPP.

12.6. O princípio da indisponibilidade da ação penal pública também comporta exceção, em consonância com o que ocorre com o princípio da obrigatoriedade (12.3) conforme atesta o art. 50 do Projeto. Como não poderia deixar de ser a indisponibilidade da ação penal pública continua sendo a regra geral (3 e 9 *supra*).

12.7. É assegurada a investigação direta do Ministério Público, sem a exigência, portanto, do inquérito policial ou de qualquer outra investigação (5, *supra*).

12.8. É mantida a ação penal subsidiária nos casos de inércia do Ministério Público (art. 49 do Projeto), especificando a lei que somente a vítima ou seu representante legal poderá intentá-la, excluindo peculiaridades que constavam do art. 29 do CPP (7 e 8 *supra*).

13. São estas algumas desprezíveis anotações que tínhamos a fazer em relação às modificações ocorridas no Projeto de CPP, em elaboração nas Casas Legislativas, no que respeita à ação penal.

22.12.2011