

Ação penal privada: Você é quem decide se acusa ou não

Gisele Leite

Preceitua o renomado **Frederico Marques** que a ação penal privada é aquela em que o direito de acusar pertence exclusiva ou subsidiariamente ao ofendido, ou a quem tenha qualidade para representá-lo.

*“o direito de invocar-se o Poder Judiciário para aplicar o direito penal objetivo”
(José Frederico Marques).*

Vide que o Estado qualquer seja o tipo de ação penal continua com o controle da ação, apenas transfere a legitimidade para o particular por conveniência, a faculdade de acusar *in casu* obedece ao então princípio da oportunidade, ao contrário da regra geral, que estabelece para a ação penal pública o princípio da obrigatoriedade.

Curial é que se saiba que toda e qualquer ação (seja no juízo criminal ou cível) é pública, pois evidencia **Paulo Rangel**: “o direito de ação é exercido contra o Estado e em face do réu, pois foi aquele que assumiu o monopólio da administração da justiça.” Assim, o direito, sendo contra o Estado, é público. É direito essencialmente constitucional e subjetivo.

Segundo **Frederico Marques** ocorre uma substituição processual, posto que o Estado é o único titular do direito de punir, o ofendido ou querelante, na ação penal privada, não invoca nenhum direito material seu. A pretensão punitiva deduzida em juízo tem no Estado seu titular, pelo que este transfere ao ofendido tão-só o direito de acusar.

A iniciativa desse direito de agir, é que em alguns casos excepcionais é passada ao particular. Portanto, a ação penal é pública, porém iniciada pelo particular. O Estado entrega ao particular o direito de perseguir em juízo o que lhe é devido (*jus accusationis*), porém o direito de punir (*jus puniendi*) lhe pertence exclusivamente. Este transfere o direito de acusar mas não, o direito de punir.

A distinção entre ação penal pública e ação penal privada *a priori* baseia-se na titularidade da ação que é um elemento subjetivo, pois na iniciativa pública, o legitimado é o Estado-administração (Ministério Público), na iniciativa privada, é o ofendido (ou quem tiver qualidade para representá-lo).

Repisando-se que, é transferido apenas, o ato de processar que passa a ser objeto de decisão para a vítima (os §§ 2º, 3º do artigo 100 do CP) e, pode ser privada de forma

exclusiva ou subsidiária. Sublinhe-se que a legislação nomeia “ação de iniciativa privada”, o que demonstra claramente que a ação penal continua pública.

O ofendido opera como verdadeiro substituto processual, pois está legitimado para litigar em juízo, em nome próprio, como autor, na defesa de direito alheio, qual seja: o interesse do Estado de ver restaurada a ordem jurídica (*status quo ante*) que foi violada com a prática da infração penal. O ofendido ou a vítima é credenciado extraordinariamente para agir, posto que a legitimação originária pertence ao Estado-administração.

Corroborar **Tourinho Filho** que: “a ação é sempre pública, desde que se empreste à ação o sentido de instrumento para a realização do direito público (...) a distinção cinge-se ao sujeito que a promove.”

A inicial da ação penal privada é a queixa (*grifo nosso*) dirigida ao juiz. Não se deve confundir queixa com a delação feita à autoridade policial, ao MP ou ao próprio juiz, comunicando-lhe a prática de crime e, pedindo providências. Os elementos da queixa são tecnicamente os mesmos da denúncia, e cuja inobservância acarreta certamente sua inépcia e, *ipso facto* sua rejeição.

Sobre o aditamento da queixa-crime pendente séria controvérsia doutrinária vez que uns entendem que se trataria de simples ação fiscalizadora do **MP**, se verificar tratar-se de crime de ação penal pública, quando então oferecerá denúncia; outros doutrinadores como **José Lisboa Gama Malcher** enxergam que o pretendido é possibilitar ao MP o ato de denunciar e, portanto, tomar a direção do processo criminal.

Poderá haver aditamento facultativo (nos crimes de ação privada simples), ou obrigatório (nos crimes de ação privada subsidiária, quando no curso desta, o ofendido revela-se inerte, evitando-se o fim do processo pela preempção). Nesse processo, o MP retoma a ação penal. De qualquer forma, o prazo para o controvertido aditamento da queixa-crime é sempre de três dias a contar do termo de vista para o MP, e se este não se pronunciar presume-se que não há o que aditar, prosseguindo normalmente o processo criminal.

O aditamento pode ser real ou pessoal. O real quando para inclusão de fatos ou elementares derivados do tipo penal. O pessoal é para inclusão de indivíduos, esse aditamento subjetivo serve para incluir co-autores ou partícipes. Porém, de forma nenhuma poderá pelo MP haver aditamento objetivo para incluir fatos, pois prepondera o princípio da conveniência ou da oportunidade que rege a ação de iniciativa privada impede que assim se proceda.

A preempção é a perda do direito de ação tendo em vista os motivos elencados no artigo 60 do Código de Processo Penal (é rol taxativo), na verdade, quando esta ocorre dá-se a ausência do interesse processual, revelada pela negligência ao processo por certo lapso temporal, (o que acarreta carência da ação).

O casamento da vítima com o agente nos crimes contra os costumes, por exemplo, também extingue punibilidade, pois existe certa “reparação moral e social”. Também se reconhece o mesmo efeito quando se dá o casamento da vítima com terceiro

nos crimes sexuais. É evidente que inexistiu interesse da vítima na ação penal até a fim de resguardar seu matrimônio, (Súmula 388 STF).

Frise-se que o crime sexual não poderá ser cometido mediante violência ou grave ameaça, e a ofendida pode querer, em sessenta dias, se manifestar pelo prosseguimento do processo. É mais uma hipótese de preempção, (Súmula 608 do STF).

O artigo 32 do CPP refere-se à ação penal privada, conferindo ao juiz o poder de nomear advogado para promover a devida ação penal, diante da vítima pobre. O conceito de pobreza ou miserabilidade. Para efeitos processuais é fornecido pela própria lei, sendo aquele que não pode suportar as despesas processuais sem comprometer o próprio sustento e de sua família.

Polêmica surge quando houver crime contra honra do funcionário público, apesar da lei dispor que a ação penal é pública condicionada à representação (o funcionário ofendido com queixa-crime) mas o STF firmou entendimento que admite a legitimidade concorrente do MP, pois impera o interesse da Administração Pública em proteger a dignidade e prestígio da função pública, não o mero interesse particular do funcionário ofendido.

A ação penal de iniciativa personalíssima é aquela que poderá ser proposta única e exclusivamente (*grifo nosso*), pelo ofendido, não permitindo que outras pessoas (seja ascendente, descendente, cônjuge ou irmão) possam intentá-la em seu lugar, ou prosseguir no que foi intentada.

No Direito pátrio temos apenas poucos casos de ação penal de iniciativa privada personalíssima (o crime de adultério que foi revogado pela Lei 11.106/2005); e o induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento (art. 236 do CP – ainda em vigor).

Se o contraente enganado tem 17 anos, a ação não poderá ser proposta, pois não tem capacidade processual, ou seja, legitimidade para praticar atos válidos no processo, não obstante ser parte legítima para propor a ação. Deverá aguardar 18 anos, (e até a maioridade) o prazo decadencial não corre: (art. 38 do Código de Processo Penal). Não há mais que se cogitar em representante legal do menor, pois o casamento faz cessar a incapacidade que autorizava a existência do representante legal (art. 5º, parágrafo único, II do Código Civil).

Mas vide que a emancipação derivada do casamento vige somente para efeitos meramente cíveis, não para os de Direito Penal. Onde o casamento não supre a incapacidade, pois a prática de atos processuais penais que exigem a idade de 18 anos, como por exemplo, para promover ação penal, pois nesse aspecto, não há intromissão do direito civil no direito processual penal.

É o direito processual penal interpretado em harmonia com o direito penal, quem diz qual a idade mínima que o ofendido deve ter para oferecer a representação ou a queixa-crime: 18 anos (art. 34 do Código de Processo Penal).

Paulo Rangel bem comenta que o direito pátrio mantém esses inconvenientes pois o menor (com 16 anos) já pode votar para Presidente da República, pode casar com

esta idade, porém só responderá a ação penal a partir dos 18 anos. Contudo, no Código Civil, aos 18 anos, mormente, cessa sua incapacidade, estando apto para prática de todos os atos da vida civil.

Importante também é distinguir substituição processual de representação processual, pois neste caso, o representante não é parte, mas apenas o representado da parte, que é o representado. Defende, em nome alheio, direito também alheio.

É certo que, mesmo em caso de morte da vítima ou quando declarada ausente judicialmente, o direito de oferecer queixa ou prosseguir na ação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão (art. 31 do Código de Processo Penal), é caso de sucessão processual, pois tais legitimados somente serão chamados após a morte ou ausência declarada do ofendido.

Mirabete sustenta até que a denominação “ação privada” tem sido contestada, sendo públicas todas as ações dentro do âmbito da jurisdição penal, assim bem postulou a nova redação da Parte Geral do Código Penal editada de 1984 ao se referir “ação penal de iniciativa privada”.

O titular do direito de agir na ação penal privada é a vítima, mas a propositura da queixa exige procurador legalmente habilitado e, se comprovada a pobreza do querelante, o juiz nomeará advogado para proceder a referida ação penal. A lei prevê também a nomeação de curador especial nas hipóteses do artigo 33 do Código de Processo Penal.

A nova maioria (18 anos) imposta pelo Código Civil de 2002 gera reflexos no exercício e da disponibilidade da ação penal privada, o que torna inócuas e inaplicáveis as regras contidas no parágrafo único do artigo 50 do Código de Processo Penal e a Súmula 594 do STF. Parte da doutrina defende que com esse posicionamento o STF adotou a tese de que são dois titulares e dois prazos decadenciais, um para o ofendido e, outro para o representante legal.

O que ocorre é a legitimação concorrente, pois exatamente o ofendido é menor e a Súmula 594 do STF deve ser interpretada consoante com o artigo 34 do Código de Processo Penal, é o que defende com coerência **Paulo Rangel**.

O ofendido legitimado para propor ação de iniciativa privada é aquele que tem mais de 18 anos, pois assim terá capacidade de ser parte, mas não terá capacidade de estar em juízo para praticar atos válidos no processo (*legitimatío ad processum*), terá que ser suprida sua incapacidade através da representação, a que aludimos acima.

E não tendo representante legal, o magistrado forçosamente nomear-lhe-à um curador especial para propor ação em seu nome. Mas não está obrigado a propô-la só porque nomeado, pois o princípio regente dessa ação penal é o da conveniência ou da oportunidade.

Não há mais a figura do menor para a faixa etária de 18 e 21 anos de idade, não havendo razão para nomeação de curador, se o menor for indiciado, mas não se pode confundir o curador do dispositivo legal do art. 15 do Código de Processo Penal, com o

curador especial do artigo 33 do Código de Processo Penal que continua em vigor, bem como desaparece de cena a Súmula 594 do STF.

O prazo decadencial para se propor a ação tanto do ofendido como de seu representante, conforme prevê o art. 38 do Código de Processo Penal é de 6 meses (é prazo único), porém com dois titulares alternativos.

Já quanto à mulher casada face da alteração do artigo 242 do Código Civil de 1916 e, ainda, o Código Civil de 2002, artigos 1.511, 1.565 e 1.631, bem como em respeito à previsão constitucional (art. 226, § 5º) tornando o art. 35 do Código de Processo Penal completamente revogado.

Quanto ser ou não ser a companheira legitimada para ser sucessora processual na queixa-crime, há de se dar interpretação progressiva, extensiva, teleológica e sistemática. Seja em face da Lei 9.278/96 e pelo art. 1.723 do Código Civil de 2002.

Assim, sob aspecto formal e externo o rol do art. 31 do Código de Processo Penal de legitimados é taxativo, porém em aspecto substancial e interno, admite-se a ampliação, conforme entendimento de **Paulo Rangel** diferentemente de **Mirabete** que calcado em **Espínola Filho**, alega que o referido texto legal afasta-se de qualquer ligação extramatrimonial.

Mas não nos podemos esquecer que a lei tem ótica de 1941 e, com passar do tempo até mesmo as normas penais incriminadoras perderam seu caráter repressivo com o avanço social. Vide por exemplo o crime de adultério (art. 240 do CP) que foi suprimido pela Lei 11.106/2005, mas que há muito tinha perdido seu caráter repressivo apesar de servir como justa causa para uma rescisão litigiosa da sociedade conjugal.

A queixa proposta por terceiro não investido de poderes especiais, não é ato capaz de iniciar a ação penal privada, aplicando-se analogicamente o art. 6º do CPC.

Vigora nesse tipo de ação não só o princípio da conveniência como também o princípio da indivisibilidade (art. 48 do Código de Processo Penal) onde a queixa contra os autores do crime obrigará o processo criminal a todos (autores, co-autores e partícipes), velando pela indivisibilidade o MP.

Caberá aplicação igualmente do princípio da intranscendência que é comum a qualquer ação penal e consiste no fato de ser a ação penal limitada à pessoa ou às pessoas responsáveis pela infração, não atingindo seus familiares, terceiros ou estranhos.

Historicamente, no entanto, é inegável ser a ação penal privada um resquício da era vingança privada, com a interferência direta do ofendido, inclusive com o poder de decidir sobre a imposição do processo e da sanção penal. Portanto, a ação privada é fruto da visão eminentemente privatística do Direito e, particularmente do processo penal.

Temos dentro da ação privada exclusiva, a ação penal privada personalíssima, cuja legitimação para agir é deferida apenas à pessoa indicada em lei (e se discute doutrinariamente se este rol é taxativo ou não). Na ação privada personalíssima se

houver posterior morte do ofendido não poderá haver substituição processual, acarreta fatalmente a extinção da referida ação.

A ação penal privada exclusiva é peculiar aos delitos de pequena monta, onde a persecução é do interesse privado do ofendido, ou se deve proteger a intimidade da vítima que pode preferir suportar a ofensa a arcar com indevida publicidade do fato (como, por exemplo, nos crimes sexuais).

Assim, a lei especialmente autoriza a substituição processual da iniciativa da ação, passando a vítima a ter legitimidade do impulsionar o Estado-juiz ao invés do MP. Na ação penal privada, ao contrário da ação pública admite-se a desistência, renúncia, perdão, retratação e perempção.

Marcellus Polastri perquire astuciosamente: “Sendo a vítima menor de 18 anos (art. 30 do Código de Processo Penal), poderá adentrar com a queixa-crime o representante legal, ou seja, pais, tutores ou curadores, na forma do art. 84 do Código Civil?”

Se a menor for casada se dará a emancipação dispensando a representação por parte do cônjuge ou ascendente?

Sobre emancipação bem esclarece **Damásio de Jesus** que tem aplicação no âmbito civil mas não no penal.

Entende **Polastri** que não. Desta forma, se a menor intentar a queixa-crime por fato não ocorrido, fazendo falsas afirmações, sendo menor de 18 anos é inimputável e não estaria sujeita às penas do delito da denúncia caluniosa. Faz-se necessária a intervenção do representante legal, que responderá por este delito em caso de falsa imputação do crime contra o querelado.

A queixa-crime está sujeita a prazo decadencial de 6 meses (art. 38 e art. 103 do CP) e, se conta do conhecimento pela vítima ou seu representante legal de quem seja o autor do fato. Repise-se que o prazo se contabiliza na forma da lei penal substantiva e, não pela lei processual penal (art. 10 do CP), contando-se o *dies a quo*, sendo prazo fatal e improrrogável.

A mesma solução se aplica no caso de representação, mas a Súmula 594 do STF alude aparentemente a prazos independentes (o do titular e o do representante). Esclarece **Mirabete** que se esgotado o prazo para um dos titulares, a representação pode ser oferecida por outro.

É quase pacífico que para a vítima que tem menos de 18 anos na época do fato, o prazo só começa a correr a partir da data de seu décimo-oitavo aniversário, (maioridade).

Saliente-se que para a vítima menor de 18 anos ou doente mental não correrá prazo decadencial, o mesmo se aplicando ao representante legal que não tenha conhecimento do delito. Curial é entender que o prazo decadencial não pode se perpetuar indefinidamente.

Ocorrendo a morte da vítima, ou se for judicialmente declarada ausente, ocorrerá a sucessão processual pelos legitimados constantes no art. 31 do Código de Processo Penal. Começará fluir o prazo decadencial da data em que uma das pessoas arroladas no referido dispositivo legal, souber quem é o autor do fato, apesar do silêncio da lei.

Temos causas extintivas da punibilidade próprias da ação penal privada, são estas: renúncia, perdão, desistência e perempção.

A renúncia é ato da vítima, através do qual manifesta a vontade de não ingressar com a ação penal. Pode ser expressa ou tácita (art. 104 do CP). É ato unilateral em geral feito antes da propositura da ação penal e de caráter não-receptício, ou seja, não depende de consentimento do ofensor (art. 49 do Código de Processo Penal).

Será tácita a renúncia quando o ofendido pratica ato ou adota comportamento incompatível com o oferecimento da queixa-crime. Na desistência o processo criminal já existe, e importará na extinção da punibilidade.

Destarte, há de se diferenciar se houve ou não renúncia ao direito de propor a queixa, ou, se na verdade, não havia prova nenhuma que apontasse o indiciado como co-autor ou partícipe do crime.

O perdão é ato pelo qual o ofendido resolve perdoar o autor do delito, pode se feito dentro dos autos do processo ou fora dele.. Pode também ser expresso e tácito (art. 106, § 2º do CP). Via de regra, o perdão ocorre depois de iniciado o processo criminal.

Convém discernir o ato de perdão do ato de renúncia, esse último de natureza unilateral, enquanto que o perdão é bilateral, pois precisa ser aceito para surtir os efeitos desejados. Pode ocorrer que o querelado não o aceite, posto que, interessado em provar sua inocência.

A aceitação do perdão pode ocorrer por procurador, mas deverá ter poderes especiais e, deve respeitar o princípio da indivisibilidade. Saliente-se que a recusa do perdão deve ser **expressa (grifo nosso)** e, no caso de silêncio, sem que haja manifestação em contrário em três dias contínuos, presume-se tacitamente aceito o referido perdão.

Não mais se admite perdão, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, (termo final de admissibilidade do perdão).

Ação penal privada subsidiária da pública é aquela em que o ofendido passa a ter a titularidade subsidiária em face da inércia do MP. Deixando o promotor de oferecer denúncia no prazo legal, não arquivando o inquérito ou mesmo, não requisitando novas diligências para a polícia, poderá o ofendido propor a ação penal.

O prazo decadencial é de 6 (seis) meses, só se inicia a partir do momento em que o MP deixa escoar o prazo para oferecer a denúncia, arquivar ou devolver os autos à polícia (art. 38, *in fine* do Código de Processo Penal).

Geraldo Batista de Siqueira pondera que a referida ação está em vias de extinção com o advento dos novos códigos (art. 100, § 3º do CP e art. 29 do Código de

Processo Penal), trata-se de ação penal meramente supletiva que não deve ser processada em oposição ao legítimo autor da ação pública.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 reforçou o monopólio do MP ao garantir-lhe a privacidade da promoção da ação penal pública (art. 129, I). **Mirabete** adverte que a ação privada subsidiária serve para coibirem-se possíveis abusos do monopólio do MP.

Deve ser iniciada mediante queixa-crime, mas a ação continua pública, sendo regida pelos princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade. Continua o *parquet* a ser *dominus litis*, e até que ocorra o lapso prescricional, poderá ser oferecida a denúncia.

A queixa é a peça inaugural da ação privada e deve ser escrita em língua portuguesa, devendo identificar e qualificar o denunciado, indicar o dispositivo legal, conter o pedido da providência jurisdicional adequada e arrolar eventuais testemunhas que pretende produzir. É peça narrativa, demonstrativa e deve se mostrar apta ao seu objetivo.

A lei 9.099/95 admite-se excepcionalmente a queixa-crime oral, que obviamente será reduzida a termo em ata de audiência, que também deverá conter todos os pressupostos de existência, do juízo competente e legitimidades *ad causum* e *ad processum*, devendo indicar ainda as peças em que se baseia (inquérito e peças de informação).

O pedido de condenação na queixa-crime é primordial pois configura o procedimento em que vigora o princípio da oportunidade (art. 60 do Código de Processo Penal), causando inclusive preempção, caso não seja feito tal pedido nas alegações finais da ação penal privada.

Após a Lei dos Juizados Especiais passou a ser cabível a suspensão condicional do processo nos casos, pela referida lei, regulados (art. 89) que só se refere à denúncia, segundo **Mirabete**. Mas não seria cabível (*grifo nosso*) a suspensão condicional do processo na ação penal privada.

As condições para ação penal estão intimamente ligadas ao caso penal a ser deduzido em juízo pelo autor, independentemente de haver ou não o direito que este alega (é direito abstrato). Não podemos vincular estas condições ao direito material discutido. Entre estas: legitimidade, interesse de agir, possibilidade jurídica e justa causa.

Legitimidade que é a pertinência subjetiva do direito de agir, na feliz dicção de **Alfredo Buzzaid**.

O Código Penal pátrio divide os crimes sob os aspectos da legitimidade, em duas categorias: os de ação penal pública, cujo legitimado da ação é o Ministério Público, e aqueles de ação penal privada, onde o legitimado é o particular (ofendido ou vítima).

A Legitimidade *ad causum* passiva faz com que a ação seja proposta em face do autor do fato. A questão no passado que somente a pessoa natural pode estar no pólo passivo da relação jurídico-processual é ultrapassada pois a nova ordem constitucional

admite francamente a figuração de pessoas jurídicas particularmente nos crimes ambientais, de natureza tributária e consumeiristas.

A doutrina de **Afrânio Silva Jardim** ainda coloca a justa causa como uma quarta condição da ação penal, definindo-a como sendo lastro probatório mínimo que deve ter a ação penal, relacionando-se com indícios da autoria, existência material de uma conduta típica e alguma prova de sua antijuricidade e culpabilidade.

A transação penal muito comum na sede dos Juizados Especiais implica em renúncia parcial ao direito de acusar e, conseqüentemente ao de punir. Predomina no sistema dos juizados uma exceção ao princípio da indisponibilidade da ação penal pública embora de menor abrangência.

Adotou quatro medidas despenalizadoras: a composição, a transação penal, existência de representação no caso de lesões leves e a suspensão condicional do processo (crimes apenados no máximo com um ano).

No Brasil, portanto, vige na maioria das vezes o princípio da obrigatoriedade, adotando-se entretanto, exceções regradas pelo princípio da indisponibilidade, previstas na Lei 9.099/95.

Bem como, se há unidade de direito e duplicidade de titulares, se um deles deixa o prazo escoar inativamente, os dois perdem o direito.

Paulo Rangel brilhante doutrinador corrobora com os entendimentos de **Tourinho e Damásio**.

Para **Fernando Capez** a expressão “menor de 21 anos” restou esvaziada, pela maioria a ser atingida aos 18 anos. Assim, defende o doutrinador que existem dois prazos decadenciais, um para o ofendido a partir dos 18 anos e, outro para seu representante legal, a contar do conhecimento da autoria (nos termos da Súmula 594 do STF). Completada a maioria, cessa imediatamente o direito de representação legal no sentido de impetrar a queixa, ainda que não tenha decorrido seu prazo decadencial.

Sobre o rol do art. 31 do Código de Processo Penal, defende **Capez** com base tanto na doutrina como na jurisprudência (RT 466/321 e 603/301), que têm-se considerado como rol taxativo e preferencial, não admitindo ampliação. O que é contestado por **Paulo Rangel**, particularmente quanto à figura da companheira.

As fundações, associações e sociedades legalmente constituídas podem promover a ação penal privada, devendo entretanto, serem representadas por seus diretores ou pessoas indicadas em seus estatutos (art. 37 do Código de Processo Penal). Não possui o MP legitimidade para propor a ação penal, nesse caso em razão de que, em certos crimes o *streptus judici* (escândalo do processo) pode ser mais nocivo ao seu interesse do que a própria impunidade do culpado.

A ação penal de iniciativa penal possui três espécies: a ação penal exclusivamente privada ou propriamente dita (a ser proposta mediante queixa pela vítima ou seu representante legal); a ação penal privada personalíssima cuja titularidade

pertence somente a vítima, inexistindo sucessão mesmo diante da morte da vítima ou de sua ausência judicialmente decretada (art. 236, § único do CP);

E a derradeira espécie, que é a ação penal privada subsidiária da pública proposta nos crimes de ação pública condicionada ou incondicionada, quando o MP deixar de fazê-lo no prazo legal. É a única exceção à titularidade, exclusiva do MP sobre a ação penal pública. Só tem cabimento ante a inércia do MP e, jamais no caso de arquivamento (conforme entendimento jurisprudencial pacífico do STF 2º T, RE 94135, RTJ 99/452-5. 2º T HC 59966-6 DJU 26/11/82; Pleno, HC 63.802, RTJ).

Os crimes de ação penal privada no CP são os crimes contra a honra (arts. 138, 139 e 140 do CP, salvo as restrições do artigo 145 do CP); alterações de limites, usurpação de águas e esbulho possessório quando não houver violência e a propriedade for privada (arts. 161, § 1º, I e II do CP).

Pode ocorrer da vítima menor não desejar oferecer a queixa-crime, não propondo a ação penal privada mas, nada impede que o faça em seu lugar o seu representante legal, mesmo contra sua vontade, pois o parágrafo único do artigo 50 do Código de Processo Penal evidencia que deve prevalecer a vontade daquele que deseja levar ao conhecimento do judiciário uma ameaça ou lesão ao direito (art. 5º, XXXV da CF).

Assim, havendo o conflito, prevalece a vontade de quem deseja intentar ação penal e o que se chama doutrinariamente de representação legal subsidiária.

Também pode ocorrer que tanto a vítima menor quanto seu representante legal, ingressarem com a ação ao mesmo tempo. E, nesse caso o juízo competente será aquele para o qual, em primeiro lugar, foi distribuída a ação.

Se ambas foram distribuídas simultaneamente, prevalecerá a que teve o menor número de registro. E, se distribuída perante um único juiz (porque cumulativa) a jurisdição, prevalecerá a que foi despachada em primeiro lugar (prevenção – arts. 251 c/c 263 do CPC – aplicação analógica).

Se a vítima menor conhece o autor do fato mas não propõe a ação penal dentro do prazo legal de 6 meses, questiona-se: se seu representante legal, vindo a saber após o transcurso do prazo, poderá oferecer a queixa-crime?

É questão discutida calorosamente em doutrina.

Frederico Marques entende que não é possível, por crer ser possível, entendendo ainda haver prazos decadenciais independentes.

Tourinho Filho entende que não é possível por crer ser prazo único com dois titulares alternativos, (direito de queixa ou de representação), se um dos titulares deles decair do direito *tollitur quaestio* (fim da questão).

Damásio E de Jesus acompanhando **Tourinho** preconiza que o prazo decadencial só começa a contar do momento do conhecimento da autoria do crime pelo

ofendido ou por seu representante legal, salvo do ofendido menor, cujo termo inicial começa de sua maioridade penal.

Quando o ofendido está na faixa entre 18 e 21 anos, é maior e o direito pode ser exercido por este ou por seu representante legal. Há um direito e dois titulares.

Crime de dano, mesmo por motivo egoístico e com prejuízo considerável para a vítima (art. 163, *caput*, parágrafo único, IV do CP); introdução ou abandono de animais em propriedade alheia (art. 164 c/c art. 167 do CP); fraude à execução (art. 179 e § único do CP); violação de direito autoral; usurpação de nome ou pseudônimo alheio, salvo quando praticados em prejuízo de entidades de direito (arts. 184 a 186); violação de privilégio de invenção (art. 187); usurpação ou indevida exploração de modelo ou desenho privilegiado (art. 189 do CP); concorrência desleal (art. 196 do CP); violação de direito de marca e indústria ou de comércio (art. 192 do CP); induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento para fins matrimoniais (art. 236, § único do CP); crimes contra os costumes desde que não sejam cometidos com abuso de violência, que não resulte lesão corporal ou morte e possa a vítima ou seus representantes prover despesas processuais, sem se privarem de recursos de sua subsistência, e no caso do estupro, que não seja cometido com violência real (Súmula 608 do STF); pelo exercício arbitrário das próprias razões (sem violência – art. 345, § único do CP); e ainda, pela Lei de Imprensa (Lei 5250/1967); pelos crimes contra honra cometidos pela imprensa.

Entende **Marcellus Polastri** que o prazo de 38 do Código de Processo Penal é comum e de natureza decadencial.

Sendo a vítima menor e sem representante legal, o juiz nomeará curador especial na forma do art. 33 do Código de Processo Penal (sendo mais um caso de substituição processual), o mesmo se dano conflito de interesses entre representante e representado (ofendido ou vítima).

O prazo é de contagem única a partir do momento em que o ofendido ou seu representante legal conhece quem é o autor do fato.

Imagine, no entanto que o ofendido embora violado, não conta a seu representante legal, tendo o ofendido 18 anos e, portanto, sendo maior terá o prazo decadencial de 6 meses para propor a queixa-crime. E correrá fatalmente tanto para a vítima como seu representante legal.

Diferente solução haverá se o ofendido tinha 15 anos quando sofreu a violação, e conte para seu representante legal que negligencia o prazo e, deixa passar *in albis* os 6 meses decadenciais. Poderá o ofendido, ao completar a maioridade, promover a queixa-crime?

Entende **Paulo Rangel** que não, posto eu o prazo é único, porém com titulares alternativos. E, sentido contrário, **Fernando Capez** bem como **Frederico Marques**.

Feita a retratação por um dos titulares do direito de representação, somente em relação a este produz o ato efeitos, dado o princípio de autonomia quanto ao exercício desse direito, e considerando-se a renúncia um ato personalíssimo (STF, RHC, Rel. Cunha Peixoto, DJU 171080, p. 8291).

O Código Civil de 2002 que só entrou em vigência em 2003, que alterou a maioria civil para 18 anos e, a partir de então divergem as opiniões quanto aos reflexos penais e processuais penais.

Posicionam-se alguns doutrinadores que esta maioria não acarreta qualquer reflexo na legislação penal e processual penal. Por outro lado, vários juristas sustentam que tanto o Código Penal quanto ao Código de Processo Penal foram revogados na parte referente a antiga maioria do réu; nesse sentido **Damásio de Jesus** releva ambos diplomas legais, nesta matéria, basicamente esculpidos pela norma civil.

Tem-se ainda uma terceira corrente doutrinária difundida no sentido que o novo instituto civilista alterou a maioria processual prevista no Código de Processo Penal, mas em nada modificou as normas protetivas conferidas ao agente maior de 18 anos e menor de 21 anos baseadas na lei penal..

Entre os reflexos cogitados, temos a redação do art. 15 do Código de Processo Penal que alude a nomeação de curador, por serem inimputáveis (não sujeitos a ação penal).

Bem, atualmente sob a égide do nosso *codex* civil o menor de 21 e maior de 18 anos não é mais relativamente incapaz podem exercer todos (*grifo nosso*) os atos da vida civil, desaparecendo a necessidade de curador e de representante legal. Desta forma, consideram-se ab-rogados ou derogados tacitamente, todos os dispositivos do Código de Processo Penal referentes ao menor de 21 e maior de 18 anos (arts. 15, 194, 262, 449 e 564, III do Código de Processo Penal).

Quanto ao direito de queixa (art. 34 do Código de Processo Penal) não há mais de se cogitar de representante legal, de pessoa natural que já completou 18 anos; só ele pode decidir se deve ou não propor a ação penal privada.

O posicionamento dominante é de que os procedimentos penais, cujas ações se enquadrem na hipótese do art. 34 do Código de Processo Penal, que estiverem em curso apenas por vontade do representante legal contra a vontade do ofendido maior de 18 anos, poderão ser extintas. Pode haver continuação por queixa-crime hábil se oferecida tempestivamente.

Ex positis, não existe mais indiciado menor (se a faixa etária estiver entre 18 a 21 anos), o direito de queixa somente poderá ser exercido por este.

Esposam desse entendimento os seguinte doutrinadores: **Damásio Evangelista de Jesus, Fernando Capez, Gianpaolo Poggio Smanio, Ricardo Cunha Chienti, Victor Eduardo Gonçalves, Vitor Frederico Kumpel e André E. A Lima.**

Algumas conclusões apontadas no XXV Encontro dos Ministérios Públicos Estaduais no sentido de que a maioria civil se alcança aos 18 anos completos, sendo plenamente capaz para todos os atos da vida civil, sem ressalvas, sendo inútil o art. 194 Código de Processo Penal e, *ipso facto*, impróprio o art. 564, inciso III, alínea c, *in fine*, do mesmo Código dos Ritos que declara nulidade no processo na falta de nomeação de curador ao menor de 21 anos.

O Código Civil de 2002 é de hierarquia igual ao Código de Processo Penal, e pela regra de que lei posterior revoga a lei anterior, no que dispuser de modo diverso (**Érica de Oliveira Canuto**).

Não é mais necessária e obrigatória a nomeação de curador ao denunciado menor de 21 anos por consequência, o art. 194 do Código de Processo Penal restou revogado pelo art. 5º da Lei 10.406/2003 (Código Civil de 2002), não sendo mais considerada como causa de nulidade no processo penal.

Endossando esse entendimento o Egrégio Tribunal da Justiça de Santa Catarina, “pela improcedência da ação, considerando que ao contrário do que acontecia anteriormente, uma vez que a legislação civil revogada estabelecia o termo inicial da plena capacidade apenas aos 21 anos completos (art. 9º), não existem mais hipóteses em que o sujeito possa ser processado na esfera criminal sem que tenha capacidade para praticar atos processuais, de modo que, toda legislação processual em sentido contrário foi revogada tacitamente (...)”

Paulo Rangel discorda e adianta que, apesar da nova maioria civil aos 18 anos e, a emancipação pelo casamento, não passam as pessoas serem imputáveis penalmente por isso.

A imputabilidade penal surge aos 18 anos e, trata-se de regra constitucional que não pode ser alterada por lei ordinária, passando a imputabilidade para 16 anos de idade.

O art. 288 da Constituição Brasileira não pode ser alterado por lei ordinária e, nem mesmo por emenda à Constituição pois é cláusula pétrea, pois fere o direito à liberdade, a dignidade da pessoa humana.

Defende **Paulo Rangel** que as regras dos arts. 65,I e 115 do CP não sofreram alterações, é adoção do critério biológico.

O perdão é uma das causas de extinção da punibilidade (art. 107, V do CP), e o art. 105 do CP obsta o prosseguimento da ação.

Da perempção derivado de *perimir* que significa matar, destruir. *Perimir* o direito de ação é matá-lo, só é admissível nas ações penais de iniciativa exclusivamente privada. Sendo inadmissível nas ações de iniciativa privada subsidiárias da pública.

Sua natureza jurídica é de sanção imposta ao ofendido negligente que abandona a ação. Somente pode ocorrer no curso da ação.

A transação penal opina **Paulo Rangel** não há descriminalização, mas, sim despenalização. É fase posterior à composição civil dos danos e mais importante, anterior e impeditiva da ação penal.

Só haverá transação penal se houver acordo civil homologado pelo juiz. O JECRIM criou uma ação penal *sui generis*.

Paulo Rangel chega a afirmar que, é direito subjetivo do autor do fato e, uma vez preenchidas todas as formalidades legais para a concessão da medida despenalizadora, surge para o Ministério Público o poder-dever de fazê-la.

O **STF** em recente decisão deixa claro que a transação penal é anterior à ação penal e, por consequência, não pode ser uma ação penal.

(HC 77.216/RO, Rel Min Sepúlveda Pertence: Publicação DJ 21/08/1998, p. 4; Julgamento 23/6/1998, 1ª Turma).

Melhor seria que a transação penal fosse instituto previsto “embutido” na denúncia, como ocorre na suspensão condicional do processo, ou “*sursis processual*” na dicção de **Damásio de Jesus**.

Sendo proposta ação penal condenatória, de iniciativa privativa do MP, e de caráter especial, somente aplicável às chamadas infrações penais de menos potencial ofensivo definidas pelo legislador (art. 01 da Lei 9.099/95).

Esclarece o STJ no julgado RESP 194/SP, Relator Ministro José Arnaldo Fonseca, 5ª Turma, Julgado 20/4/1999, que a sentença homologatória da transação penal por ter natureza condenatória gera eficácia de coisa julgada formal e material, impedindo no caso de descumprimento de acordo pelo autor do fato, a instauração da ação penal (*grifo nosso*).

ANEXO:

“Entende-se assim, que o artigo 15 que faz alusão à nomeação de curador foi tacitamente derogado pelo artigo 5º do Novo Código Civil, da mesma forma, a alínea “c” e o inciso III do artigo 564 do Código de Processo Penal, que trata da nulidade por falta de nomeação de curador.

Direito de queixa:

O mesmo ocorre com o artigo 34 do Código de Processo Penal.¹ Não há mais que se falar em representante legal de pessoa natural que já completou 18 anos.

A partir dos 18 anos de idade, só ele pode decidir sobre os atos da ação privada. Logo, entende-se que o artigo 34 do Código de Processo Penal foi derogado, e em consequência a **Súmula 594 do STF**², que concedia direitos de queixa e de representação, que podem ser exercidos independentes, pelo representante ou pelo ofendido. Não há mais possibilidade dos dois exercerem o direito: ou o ofendido é menor de 18 anos e só o representante tem legitimidade, ou ele já completou essa idade e só ele pode exercer o direito.

¹ ART. 34 – Se o ofendido for menor de 21 (vinte e um) e maior de 18 (dezoito) anos, o direito de queixa poderá ser exercido por ele ou por seu representante legal.

² Súmula 594 STF – Os direitos de queixa e de representação podem ser exercidos, independentemente, pelo ofendido ou por seu representante legal.

Considerações Finais:

Dos temas em análise, apenas a exigência de curador ao réu menor de 21 anos foi alvo de discussão junto aos ilustres Procuradores de Justiça Criminais, tendo o Procurador de Justiça manifestado-se nos autos – Reclamação nº 2003.005229-1, no sentido de que destarte forçoso o reconhecimento de que toda a legislação processual penal que tem por base a capacidade do ser humano para praticar atos civis foi afetada pela nova norma civil, desnecessária a nomeação de curador para o réu menor de 21 anos de idade. De fato, outro não pode ser o entendimento, ao considerar a razão sócio-jurídica da regulamentação desse instituto, estritamente relacionada à aptidão e ao discernimento do ser humano para praticar um ato processual de seu interesse, presumindo a lei que o indiciado ou acusado menor (absoluta ou relativamente incapaz) necessita de aconselhamento de pessoa que possa, também, resguardar seus direitos, ou, ao menos, informá-lo convenientemente. Assim, entendendo a nova legislação civil que os maiores de 18 anos possuem plena capacidade para gerir sua vida civil e seus interesses, razão nenhuma subsiste quanto à exigência de nomeação de curador para os que já alcançaram essa idade.

Do mesmo modo, sobre esse caso, decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, pela improcedência da ação, considerando que ao contrário do que acontecia anteriormente, uma vez que a legislação civil revogada estabelecia o termo inicial da plena capacidade apenas aos 21 anos completos (art. 9º), não existem mais hipóteses em que o sujeito possa ser processado na esfera criminal sem que tenha capacidade para praticar atos processuais, de modo que toda a legislação processual em sentido contrário foi revogada tacitamente (...) Com a entrada em vigor, a partir de 11 de janeiro de 2003, da nova lei civil pátria, todas as pessoas naturais com 18 anos completos passaram a ter plena capacidade para a realização de quaisquer atos jurídicos, inclusive a participação em processo judicial, pelo que tornaram-se inaplicáveis quaisquer disposições legais que obriguem o suprimento da capacidade.

Outro vértice, conforme as teses aprovadas no XXV Encontro Nacional dos Ministérios Públicos Estaduais, percebe-se o nítido posicionamento no sentido da adoção, no âmbito da instituição de que o Código Penal não foi atingido pelas mudanças ocorridas no direito civil, ao contrário do Código de Processo Penal, que nesse particular teve suas normas revogadas.”

(in www.mp.sc.gov.br/portal; Locatelli, Paulo Antonio, em 08 de março de 2004, pesquisado em 16 de outubro de 2006).

LEITE, Gisele. Ação penal privada: Você é quem decide se acusa ou não. Artigo Disponibilizado pela autora desde 21 de novembro de 2006.