

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Ação Penal

Gustavo Badaró

aulas de 08 de maio 2018

15 de maio 2018

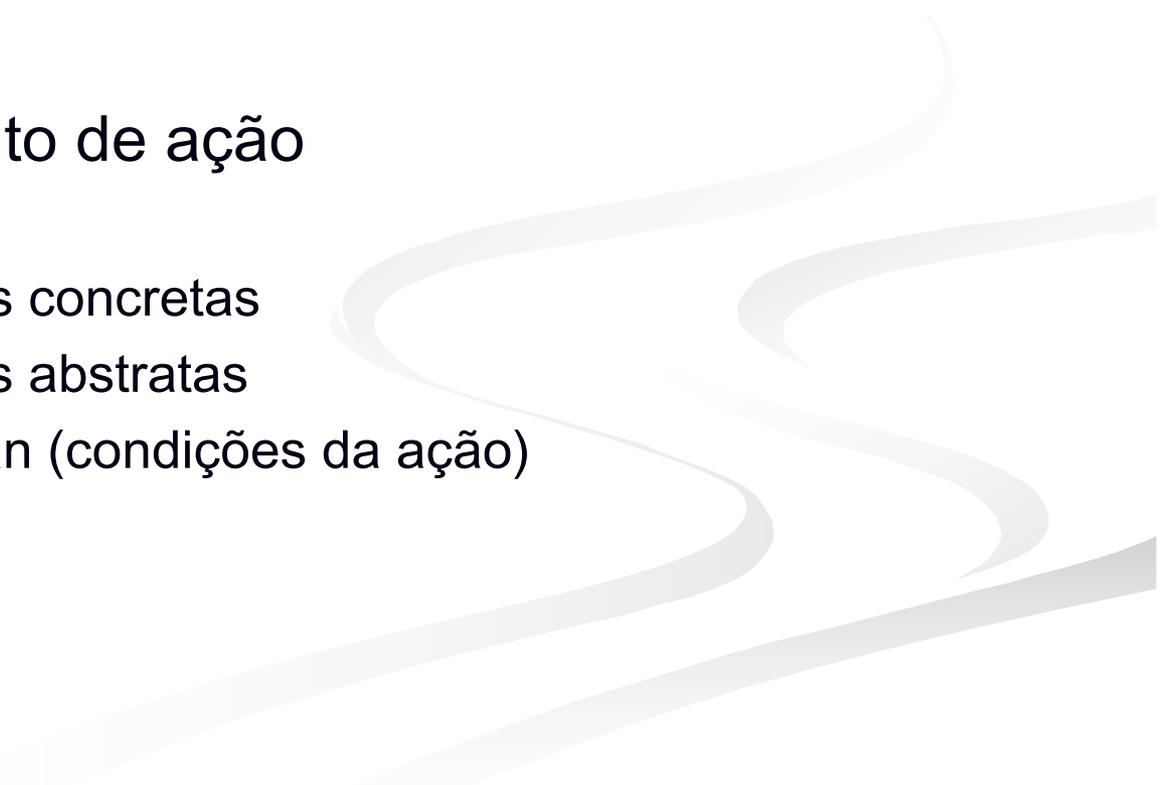
22 de maio 2018

29 de maio 2018

PLANO DA AULA

- 1. Noções Gerais
- 2. Condições da ação penal
- 3. Classificação da ação penal
- 4. Ação penal pública incondicionada
- 5. Ação penal pública condicionada
 - Representação do ofendido
 - Requisição do Ministro da Justiça
- 6. Ação penal privada
- 7. Extinção da punibilidade relacionada com a ação penal
- 8. Requisitos da denúncia ou queixa

1. NOÇÕES GERAIS

- Fundamento do direito de ação: art. 5, *caput*, XXXV, CR
 - Ação penal pública: art. 129, *caput*, I, CR
 - Teorias sobre o direito de ação
 - Teorias imanentistas
 - Teorias autonomistas concretas
 - Teorias autonomistas abstratas
 - Teoria de Liebman (condições da ação)
- 

1. NOÇÕES GERAIS

- **Teorias imanentistas do direito de ação**
 - Não há autonomia do direito de ação (processual) em relação ao direito material debatido
 - Críticas:
 - processos com sentença de improcedência não existiria direito de ação
 - processo com sentença de procedência em “ação” declaratória negativa reconheceria não existir o direito material, mas teria havido ação (incompatibilidade).

- **Teorias Autonomistas concretas do direito de ação**
 - Há autonomia do direito de ação (processual) em relação ao direito material debatido.
 - Só há direito de ação no caso de sentença de procedência
 - Críticas:
 - reconhece a autonomia entre ação e direito material, mas ao vincular a existência da ação a sentença de mérito favorável, incide nas mesmas críticas das teorias imanentistas

1. NOÇÕES GERAIS

- **Teorias Autonomistas abstratas do direito de ação**
 - Há autonomia do direito de ação (processual) em relação ao direito material debatido
 - Direito de ação existe independente da existência do direito material.
 - Direito de ação existe com sentença de mérito favorável ou desfavorável e até mesmo nas sentenças terminativas
 - Críticas:
 - Esvazia a garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional e desconecta o direito processual (instrumental) do direito material (fim)
- **Teorias de Liebman**
 - Há autonomia do direito de ação (processual) em relação ao direito material debatido
 - Direito de ação é “**instrumentalmente conexo com a pretensão de direito material**”: conexão se dá pelas “**condições da ação**”
 - Ponto de equilíbrio: direito de ação no caso de sentença de mérito, favorável ou desfavorável

2. CONDIÇÕES DA AÇÃO PENAL

- Condições da ação no processo civil:
 - Possibilidade jurídica do pedido (?)
 - Legitimidade de partes: ativa e passiva
 - Interesse de agir

- Condições da ação no processo penal:
 - Possibilidade jurídica do pedido
 - Legitimidade de partes: ativa e passiva
 - Interesse de agir
 - **Justa causa para ação penal: divergências**

- CPP, art. 395, caput:
 - II – falta de condição da ação
 - III – falta de justa causa

2. CONDIÇÕES DA AÇÃO PENAL

POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

- Não mais prevista no CPC 2015
- Era definida em termos negativos: pedido não vedado no ordenamento jurídico
- No processo penal é definida em termos **positivos: fato que se afigura crime e punível**
- não há possibilidade jurídica ou não há interesse:
 - fato é atípico
 - extinta a punibilidade
 - faltar condições de procedibilidade
- divergências:
 - fato praticado por menor de 18 anos
 - pena não prevista no ordenamento

2. CONDIÇÕES DA AÇÃO PENAL

LEGITIMIDADE DE PARTES

- Legitimidade :
 - ativa – autor
 - passiva – réu

- processo civil, a legitimidade ativa e passiva é definida em função dos sujeitos da relação material debatida:
 - Legitimação ordinária: direito próprio em nome próprio
 - Legitimação extraordinária: direito alheio em nome próprio
 - Representação: direito alheio em nome alheio

- processo penal, a legitimidade ativa é definida **pela lei processual**:
 - Legitimado **geral**: MP
 - Legitimado **excepcional**: ofendido
 - Legitimado subsidiário: ofendido nos casos de inércia do MP em ação penal de iniciativa pública

 - A legitimidade passiva é sempre do **imputado**

2. CONDIÇÕES DA AÇÃO PENAL

INTERESSE DE AGIR

- processo civil é definida como utilidade que decorre do binômio: necessidade + adequação
- **Necessidade:** não é possível satisfazer o direito violado por outro meio que o Poder Judiciário
 - processo penal a **necessidade é pressuposta**: não é possível aplicar a pena sem um prévio processo
 - exceção: juizados especiais criminais e transação penal
- **Adequação:** provimento apto a afastar a lesão ou mal invocado pelo autor
 - no processo penal condenatório: ação penal condenatória é **sempre adequada** para aplicação do direito de punir
 - Inadequação: p. ex.: HC para defender direito diverso da liberdade
- **Esvaziamento do interesse de agir na ação penal:** costuma ser identificado com a justa causa

2. CONDIÇÕES DA AÇÃO PENAL

JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO

- Não é exigida no proc. civil: basta afirmar a causa de pedir
- No processo penal exige-se a justa causa:
 - Não há definição legal de seu conteúdo
 - Doutrina: lastro probatório mínimo do fato imputado na denúncia.
- Conteúdo
 - Prova da **existência do crime**: juízo de certeza ou probabilidade?
 - Indícios suficientes de **autoria**: juízo de probabilidade
- Natureza (divergência):
 - quarta condição da ação penal;
 - condição da ação penal identificável com o interesse de agir;
 - condição da ação identificável como a possibilidade jurídica do pedido;
 - CPP sugere ser requisito autônomo – art. 395, inc. III

2. CONDIÇÕES DA AÇÃO PENAL

Resumo das chamadas condições para exercício da ação penal, **como condições para o recebimento da denúncia ou queixa** (CPP, art. 395, inc. II, segunda parte e III)

- 1 – descrição um fato aparentemente criminoso: tipicidade
- 2 – punibilidade: não esteja extinto direito de punir
- 3 – denúncia ou queixa ofertada por quem tenha legitimidade e perante quem se atribui o crime
- 4 – existência de justa causa: prova da existência do crime e indícios de autoria

2. CONDIÇÕES DA AÇÃO PENAL

CARÊNCIA DA AÇÃO: DISTINÇÃO ENTRE CONDIÇÕES DA AÇÃO E MÉRITO

- Trinômio:
 - (1) condição da ação;
 - (2) pressupostos processuais;
 - (3) mérito

- Momento de decretação da carência:
 - Teoria tradicional: a qualquer momento, mesmo após a instrução
 - Teoria da asserção (*prospettazione*): no momento inicial, com base no que foi afirmado na petição inicial (*in statu assertionis*)

- Transporte para o processo penal, com adaptação em face da exigência de justa causa: não basta mera afirmação, sendo necessário lastro probatório

2. CONDIÇÕES DA AÇÃO PENAL

CARÊNCIA DA AÇÃO: DISTINÇÃO ENTRE CONDIÇÕES A AÇÃO E MÉRITO

- Problema se coloca quanto:
 - existência do crime (possibilidade jurídica do pedido) e
 - legitimidade passiva

- O mesmo tema (p. ex.: tipicidade) pode ser analisado como condição da ação ou mérito

- Critério diferenciado: grau de cognição exercido pelo juiz
 - análise inicial, em cognição superficial: carência (art. 395, *caput*)
 - análise após a instrução, em cognição profunda: mérito absolutório (art. 386)
 - Situação intermediária: análise após a resposta, com base nos elementos do inquérito e provas das resposta, em cognição profunda: absolvição sumária (art. 397)

2. CONDIÇÕES DA AÇÃO PENAL

CARÊNCIA DA AÇÃO: DISTINÇÃO ENTRE CONDIÇÕES A AÇÃO E MÉRITO

- Estabilidade da decisão:
 - Atipicidade:
 - Mesmo no caso de rejeição da denúncia (art. 395) haverá “improcedência macroscópica” – coisa julgada material
 - Extinção da punibilidade
 - Mesmo que no caso de rejeição da denúncia (art. 395) – coisa julgada material

3. CLASSIFICAÇÃO DA AÇÃO PENAL

- Critério: espécie de tutela jurisdicional
 - Ação de conhecimento
 - Meramente declaratório
 - Condenatória
 - Constitutiva
 - Ação de execução
 - Ação cautelar

- Critério: subjetivo (legitimado ativo)
 - Ação de iniciativa pública
 - Incondicionada
 - Condicionada
 - Representação do ofendido
 - Requisição do Ministro da Justiça
 - Ação de iniciativa privada
 - Exclusivamente privada
 - Privada personalíssima
 - Privada subsidiária da pública

3. CLASSIFICAÇÃO DA AÇÃO PENAL

Critério: espécie de tutela jurisdicional

- Ação de conhecimento
 - Meramente declaratório: (p. ex.: HC para extinção da punibilidade)
 - Condenatória: ação penal condenatória - regra
 - Constitutiva: (p. ex.: Revisão Criminal)

- Ação de execução
 - Pena privativa de liberdade: não há ação – execução inicia *ex officio* (LEP art. 105)
 - Pena restritiva de direito: execução inicia *ex officio* ou por requerimento do MP (LEP art. 147)
 - Pena de multa: ação de execução civil, de natureza fiscal (CP, art. 51 – Lei 6830/80)

- Ação cautelar
 - Não há ação penal autônoma, mas há medidas cautelares incidentais ao processo penal em que se pede tutela condenatória

- Crítica: é critério de classificação da tutela jurisdic., e não da ação

3. CLASSIFICAÇÃO DA AÇÃO PENAL

Critério legal: critério subjetivo de acordo com o legitimado ativo para ação penal:

- **Ação penal pública incondicionada**
 - Regra: não necessita de previsão expressa (CP, art. 100, caput e § 1)

- **Ação penal pública condicionada representação do ofendido**
 - Exceção: crimes em que se prevê: “somente se procede mediante representação do ofendido ou representante legal”

- **Ação penal pública condicionada à requisição do Ministro da Justiça**
 - Excepcionalíssima: crime contra a honra em que prevê: “somente se procede mediante requisição do Ministro da Justiça” (CP, art. 145, par. ún.)

3. CLASSIFICAÇÃO DA AÇÃO PENAL

Critério legal:

- Ação penal privada exclusiva
 - Exceção: crimes em que se prevê: “somente se procede mediante queixa do ofendido ou representante legal”

- Ação penal privada personalíssima
 - Só no crime do art. 236 do CP: “a ação penal depende de queixa do contraente enganado”
 - Não pode haver representação nem sucessão por morte ou ausência

- Ação penal privada subsidiária da pública
 - Ação originariamente pública: “a ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal” (CPP, art. 100, § 3)
 - Não há previsão expressa

4. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA

■ Noções Gerais:

- Legitimidade exclusiva do Ministério Público (CR, art. 129, I)

■ Princípios

- **Oficialidade:** ação promovida por órgão estatal (CR, art. 129, I)
- **Obrigatoriedade:** se convencendo da existência do crime e de indícios de autoria, deverá denunciar (CPP, art. 24)
- **Indisponibilidade:** uma vez iniciada a ação o MP não pode dela desistir (CPP, art. 42).
 - Mesmo que o MP se manifeste pela absolvição o juiz pode condenar (CPP, art. 385)

5. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA

REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO:

- **Natureza:** condição de procedibilidade
- **Conteúdo:** manifestação de vontade do ofendido ou representante legal de ver investigado e processado o autor do delito
- **Forma:** escrita ou oral (CPP, art. 39, § 1)
- **Prazo:** decadencial de 6 meses (CPP, art. 38)
- **Legitimado**
 - Ofendido: quando tiver capacidade de estar em juízo
 - Representante legal: pai, mãe, tutor e curador (CPP, art. 24)
 - Procurador com poderes especiais (CPP, art. 39)
 - Curador Especial: ofendido não tem representante legal ou há colidência de interesse com o representante (CPP, art. 33, analog.)
 - Sucessão por morte: cônjuge, ascendente, descendente e irmão (CPP, art. 24, § 1) – comparecendo mais de um – ordem do art. 36

5. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA

REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO:

- **Legitimidade no caso de ofendido menor de 21 anos:** legitimação concorrente do art. 34, por analogia, levava a existência de 3 faixa:
 - Menor de 18 anos: só o representante legal
 - Maior de 18 e menor de 21 anos: legitimidade concorrente: ofendido ou seu representante legal
 - Súmula 594 do STF: “os direitos de queixa e de representação podem ser exercidos, independentemente, pelo ofendido ou por seu representante legal
 - Maior de 21 anos: só o ofendido
- **CC de 2002 e a maioria aos 18 anos e os reflexos no CPP:** fim da legitimidade concorrente
 - Menor de 18 anos: só o representante legal
 - Maior de 18: só o ofendido
- **Não vinculação do MP:** não é obrigado a oferecer denúncia no caso de representação do ofendido

5. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA

REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO:

- **Retratação da representação**
 - Momento: até o oferecimento da denúncia (CPP, art. 25 e CP, art. 102)
 - Retratação da retratação: possibilidade de nova representação depois de ter se retratado – divergência:
 - Possibilidade: desde que dentro do prazo decadencial
 - Impossibilidade – retratação é causa extralegal de extinção de punibilidade

5. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA

REQUISIÇÃO DO MINISTRO DA JUSTIÇA

- **Natureza:** condição de procedibilidade
- **Conteúdo:** manifestação de vontade política do Ministro da Justiça de ver processado quem pratica determinados crimes (CP, art. 145, pár. ún., art. 7, II, § 3).
- **Forma:** escrita
- **Prazo:** não esta sujeita a prazo decadencial
- **Legitimado:** só o Ministro da Justiça
- **Não vinculação do MP:** não é obrigado o oferecimento da denúncia no caso de requisição do Ministro da Justiça
- **Retratação** da requisição do MJ: divergência sobre possibilidade

6. AÇÃO PENAL PRIVADA

■ Noções Gerais:

- Prevalência do interesse privado sobre o público
- Legitimidade do ofendido

■ Princípios

- **Oportunidade:** juízo de conveniência do ofendido que, mesmo se convencendo da existência do crime e de indícios de autoria, poderá optar por não exercer o direito de ação
 - decadência e renúncia
- **Disponibilidade:** possibilidade de dispor da ação já exercida e, em consequência, extinguir o direito de punir:
 - perdão e perempção
- **Indivisibilidade:** optando por exercer o direito de queixa, deverá fazê-lo contra todos os autores ou partícipes do crime (CPP, art. 48)

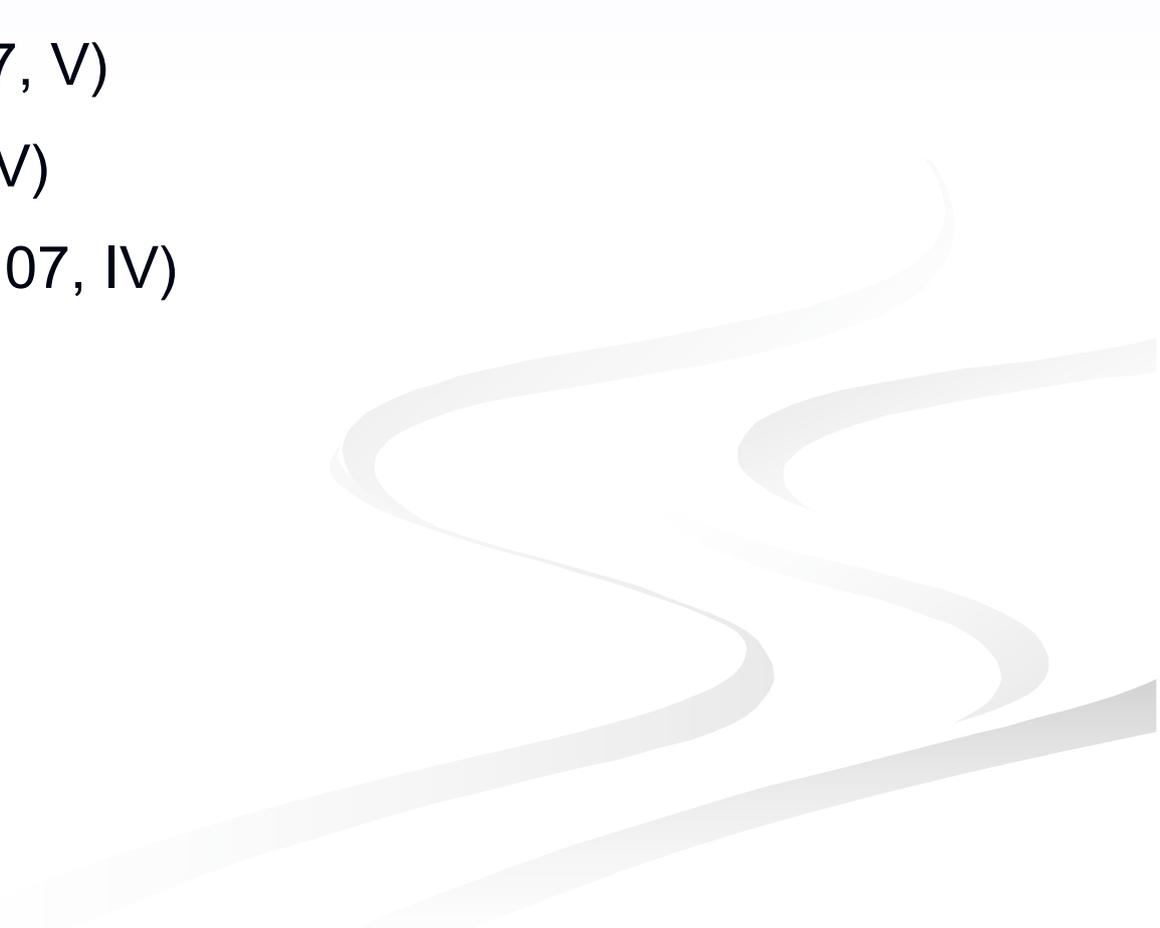
6. AÇÃO PENAL PRIVADA

QUEIXA:

- **Natureza:** ato por meio do qual há o exercício do direito de ação
- **Forma:** escrita.
 - Só nos JECrim poderá ser oral (Lei 9.099/95, art. 77, § 3)
- **Prazo:** decadencial de 6 meses (CPP, art. 38)
- **Legitimado**
 - Ofendido: quando tiver capacidade de estar em juízo (CPP, art. 30)
 - Representante legal: pai, mãe, tutor e curador (CPP, art. 30)
 - Procurador com poderes especiais (CPP, art. 44)
 - Curador Especial: (CPP, art. 33)
 - Sucessão por morte: cônjuge, ascendente, descendente e irmão (CPP, art. 31) – comparecendo mais de um – ordem do art. 36
 - Desistência do querelante qualquer legitimado pode prosseguir
 - Decadência em relação a um implica decadência em relação a todos.

7. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE REALCIONADA COM AÇÃO PENAL

HIPÓTESES:

- Decadência (CP, art. 107, IV)
 - Renúncia (CP, art. 107, V)
 - Perdão (CP, art. 107, V)
 - Perempção (CP, art. 107, IV)
- 

7. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE REALCIONADA COM AÇÃO PENAL

DECADÊNCIA

- **Natureza:** causa extintiva da punibilidade
 - Perda do direito de ação ou representação, por não ter sido exercido no prazo legal
- **Cabimento:**
 - Ação penal pública condicionada à representação do ofendido
 - Ação penal exclusivamente privada
 - Ação penal privada subsidiária: não acarreta extinção da punibilidade, mas só do direito de ação (CPP, art. 38, 2 parte), que é retomado pelo MP (CPP, art. 29)
- **Momento:** antes do exercício do direito de ação
- **Prazo:** 6 meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime (CPP, art. 38, primeira parte)

7. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE REALCIONADA COM AÇÃO PENAL

RENÚNCIA AO DIREITO DE QUEIXA

- **Natureza:** causa extintiva da punibilidade
 - Ato unilateral, expresso ou tácito, de abdicar do direito de ação

- **Cabimento:** Ação penal exclusivamente privada

- **Momento:** antes do exercício do direito de ação

- **Forma:**
 - Expressa: declaração assinada (CPP, art. 50).
 - Tácita: ato incompatível com vontade de oferecer queixa (CP, art. 104, par. ún.)

- **Existência de co-autores:** contradição art. 48 e 49 do CPP
 - Indivisibilidade: exercício da queixa, contra um, obriga contra todos (art. 48)
 - Renúncia tácita: em relação a um dos autores, a todos se estende (art. 49)
 - Conciliação dos dispositivos: só há renúncia se o coautor, não incluído na queixa, já era conhecido

7. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE REALCIONADA COM AÇÃO PENAL

PERDÃO DO OFENDIDO

- **Natureza:** causa extintiva da punibilidade
 - Ato de clemência do querelante, aceito pelo querelado.

- **Cabimento:** Ação penal exclusivamente privada (CP, art. 105)

- **Momento:**
 - Início: após o oferecimento da queixa (CP, art. 105).
 - Fim: até o trânsito em julgado (CP, 106, § 2)

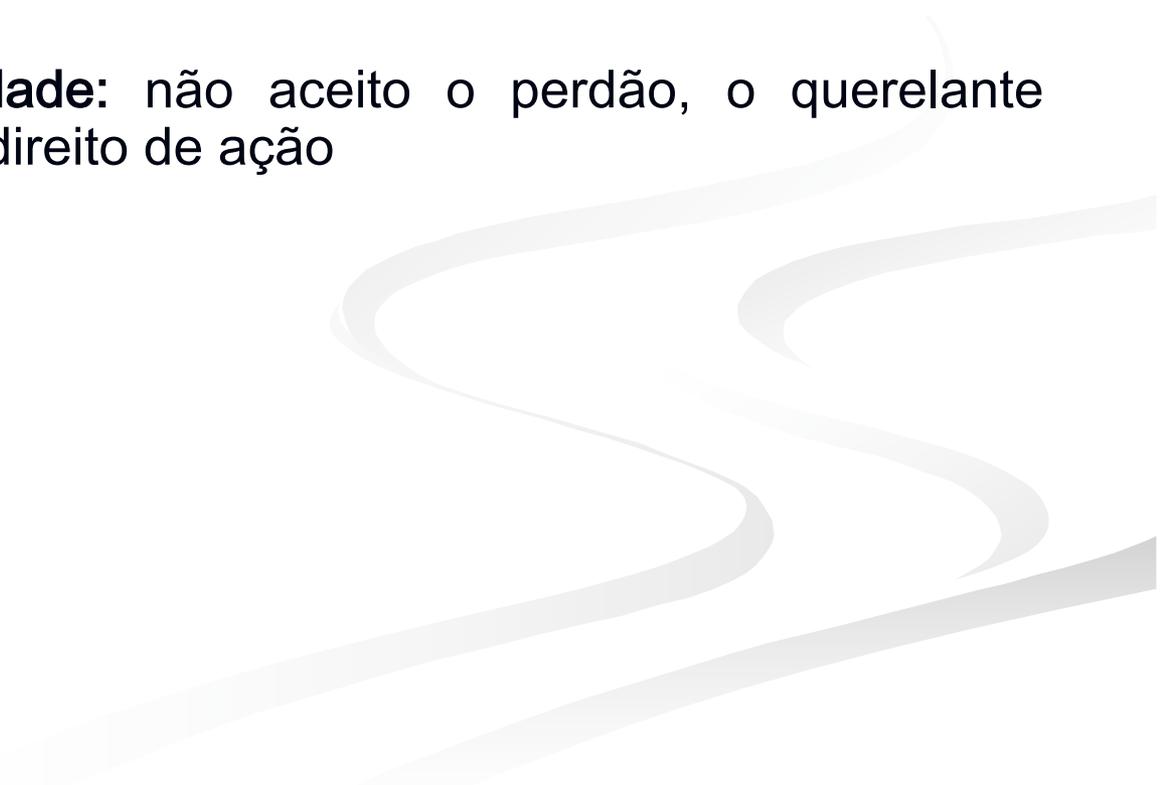
- **Forma:**
 - Expressa: declaração assinada (CPP, art. 50).
 - Tácita: prática de ato incompatível vontade de prosseguir na queixa (CP, art. 106, § 1)

- **Existência de co-autores do crime:**
 - Concedido a um dos querelados, a todos aproveita (CP, art. 106, caput, I)

7. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE REALCIONADA COM AÇÃO PENAL

PERDÃO DO OFENDIDO

- **Aceitação:**
 - Perdão é ato bilateral: só produz efeitos se aceito pelo querelado
 - Mais de um acusado é perdoado: aceitação do perdão por um dos querelados, não impede a recusa por outro

 - **Mitigação da bilateralidade:** não aceito o perdão, o querelante poderá deixar perimir o direito de ação
- 

7. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE REALCIONADA COM AÇÃO PENAL

PEREMPÇÃO

- **Natureza:** causa extintiva da punibilidade
 - Extinção do direito de ação pelo desinteresse ou negligência do querelante em prosseguir na ação.

- **Cabimento:** Ação penal exclusivamente privada (CPP, art. 60)

- **Momento:** após o oferecimento da queixa (CPP, art. 60), até o trânsito em julgado

- **Hipóteses** (CPP, art. 60):
 - I – querelante deixar de promover andamento da ação durante 30 dias;
 - II – falecendo o querelante, não comparecer sucessor em juízo no prazo de 60 dias;
 - III – quando querelante deixar de comparecer, sem motivo justificado, a qualquer ato do processo a que deve estar presente, ou deixar de formular pedido de condenação;
 - IV – sendo querelante é pessoa jurídica, e se extinguir sem deixar sucessor.

8. REQUISITOS DA DENÚNCIA OU QUEIXA

- **Previsão legal:** CPP, art. 41
- **Elementos intrínsecos**
 - Exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias
 - Narrar fatos concretos, não bastando repetir o tipo penal abstrato
 - Crimes societários: individualizar condutas dos acusados
 - Denúncia alternativa
 - Qualificação do acusado
 - Acusado deve ser pessoa certa – aditamento da denúncia (CPP, art. 259)
 - Qualificação do querelante na ação penal privada
 - Classificação do crime
 - Crítica à irrelevância do erro na qualificação
 - Crimes definidos em norma penal em branco
 - Rol de testemunhas: facultativo
- **Elementos autenticativos:** data e assinatura do promotor de justiça
- **Requisito formal:** língua portuguesa (CPC, art. 156, por analog.)