

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Ação Penal

Gustavo Badaró

aulas de 24 de abril 2019

8 de maio 2019

15 de maio 2019

22 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 Retrospectivo**
 - Prova da existência do crime: juízo de certeza ou probabilidade?
 - Indícios suficientes de autoria: juízo de probabilidade
- **Conteúdo Prospectivo**
 - Não se mostrar inviável a produção de meios de prova que permita superar o mesmo estado de probabilidade e chegar a certeza para condenação
- **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

- 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

2. CONDIÇÕES DA AÇÃO PENAL

CARÊNCIA DA AÇÃO: DISTINÇÃO ENTRE CONDIÇÕES A AÇÃO E MÉRITO

- Problema se coloca quanto:
 - **tipicidade** (possibilidade jurídica do pedido) e
 - **legitimidade passiva**
- O mesmo tema 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 documentais** das resposta, em cognição profunda: absolvição sumária (art. 397)

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): crítica

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)

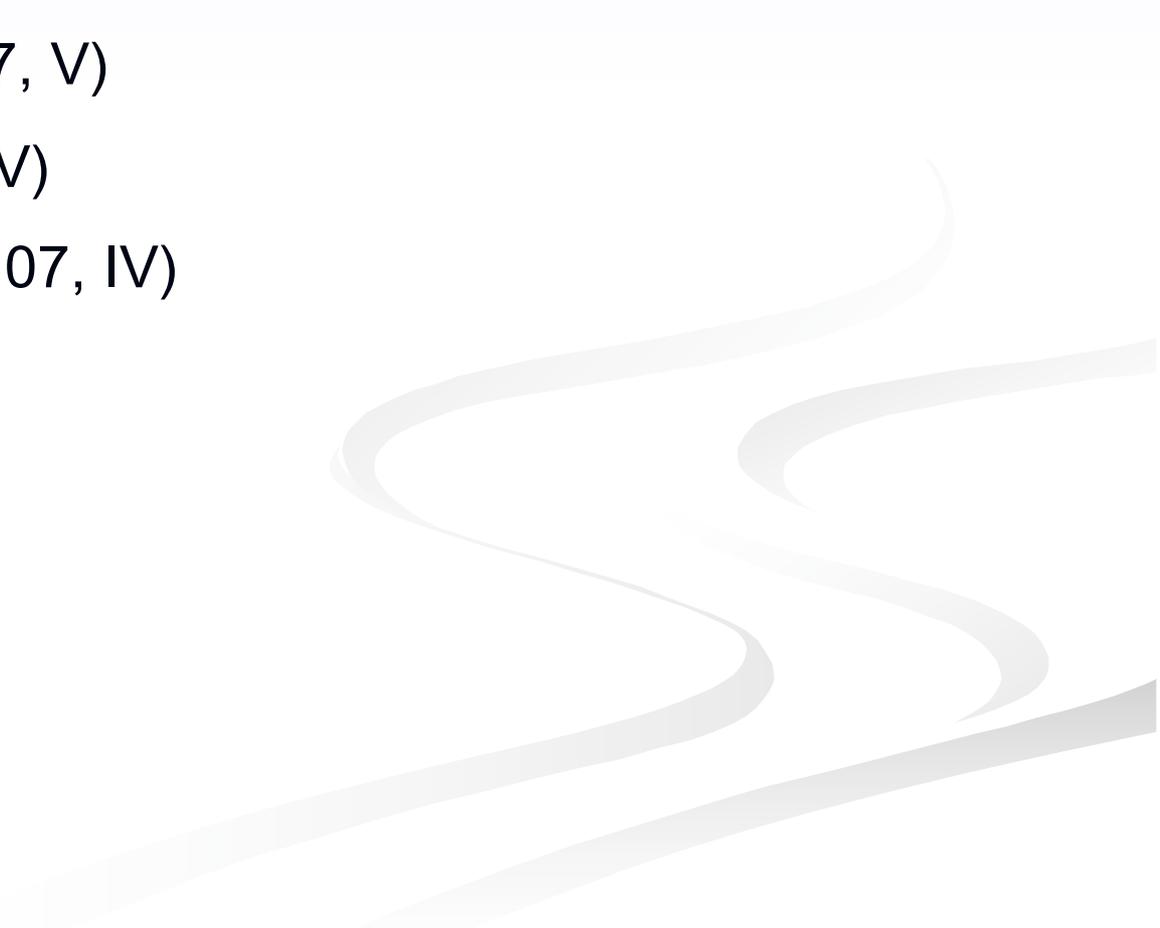
6. AÇÃO PENAL PRIVADA

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)

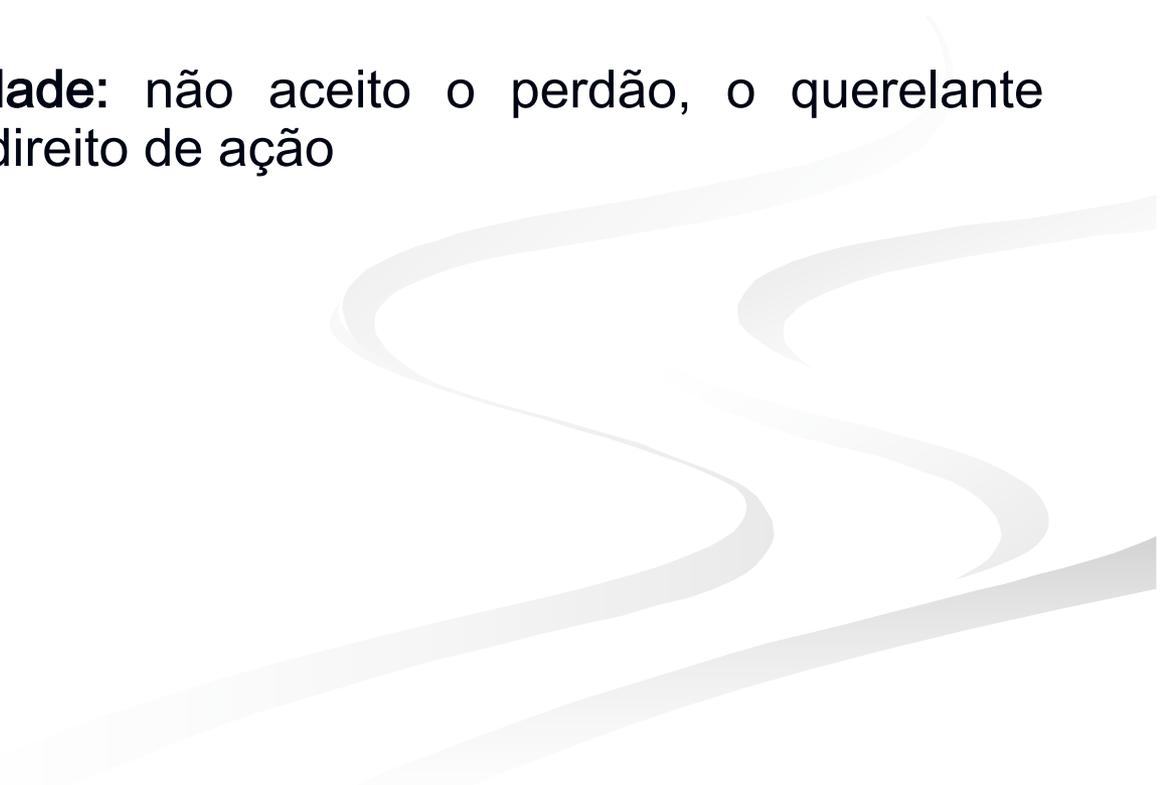
- **Forma:**
 - Expressa: declaração assinada (CPP, art. 50).
 - Tácita: prática de ato incompatível vontade de prosseguir na queixa (CP, art. 106, § 1)

- **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. 192, *caput*, por analog.)