

FACULDADE DE DIREITO DAMÁSIO DE JESUS

QUERELA SUBSIDIÁRIA

EDUARDO BOTTURA

MONOGRAFIA DE CONCLUSÃO DO CURSO DE

PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO PENAL

Orientador: ALEXANDRE R. A. DE MORAES

São Paulo, 11 de setembro de 2011.

EDUARDO BOTTURA

QUERELA SUBSIDIÁRIA

Trabalho de conclusão de curso de Pós Graduação *Latu Senso* em Direito Material e Processual Penal apresentado como parte das atividades para obtenção do título de especialista, do curso de Pós Graduação *Latu Senso* em Direito Processual e Material Penal da Faculdade de Direito Damásio de Jesus

Prof. Orientador: Alexandre Rocha de Almeida de Moraes

São Paulo, 2011

“Dedico este trabalho aos meus inimigos, que tanto me fazem estudar”.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha família que tanto protejo e que tanto me protege e ao meu Vô Carlos, que sempre me ensinou o valor de pousar em campos que outros não pousam.

RESUMO

Este trabalho discorre sobre a Ação Penal Privada Subsidiária, suas hipóteses de cabimento e especificidades inerentes a tal instrumento, pouco utilizado, mas muito relevante.

Palavras-chave: ação penal privada, ação penal privada subsidiária, ação penal privada supletiva, queixa crime supletiva, queixa crime subsidiária, querela supletiva, querela subsidiária..

ABSTRACT

This paper discusses the Criminal Action Private Subsidiary, your chances of pertinence and specificity inherent in such an instrument, seldom used, but very relevant.

SUMÁRIO

1 Introdução	9
2 Dos Princípios da Ação Privada Subsidiária.....	15
3 Da Titularidade da Ação Privada Supletiva.....	16
4 Dos Requisitos da Queixa Supletiva	17
5 Dos Requisitos da Procuração que instrui a Queixa-Crime	19
6 Da Nomeação de Advogado para o Querelante Pobre	20
7 Do Prazo para o Exercício do Direito de Queixa Subsidiária e de sua Contagem .	20
8 Da Renúncia ao Direito de Queixa Subsidiária	21
9 Da Desistência da Ação Privada Subsidiária.....	22
10 Dos Efeitos do Perdão do Querelante Subsidiário	22
11 Da Inexistência de Perempção em Ação Privada Supletiva	23
12 Da Possibilidade de Suspensão Condicional do Processo na Querela Supletiva	23
13 Questões sobre o Cabimento da Ação Subsidiária	24
A – Diante de pedido de novas diligências.....	24
B – Diante de arquivamento judicial (pedido ou efetivo) de inquérito policial	27
C – Diante de arquivamento administrativo de inquérito policial	34
D – Diante de pedido de diligências fora do prazo legal.....	35
E – No caso de novas provas após o arquivamento judicial.....	36
F – Em casos de pedido implícito de arquivamento do inquérito policial	36
G – No caso de arquivamento temerário.....	38
14 Do Papel do <i>Parquet</i> na Querela Privada Subsidiária.....	38
15 Das Faculdades e dos Poderes do <i>Parquet</i> no Curso da Querela Supletiva	41
16 Da Reversão de Titularidade	41
17 Conclusões.....	43
18 Bibliografia.....	49

I - INTRODUÇÃO

O Código de Processo Penal, em seu artigo 29, em consonância com o inciso LIX do artigo 5º da Carta Republicana de 1988, bem como o § 3º do artigo 100 do Código Penal, regulamentam a ação penal supletiva ou subsidiária.

Tal instrumento já era admitido deste o Código de Processo Criminal do Império. Sobre a história da Ação Penal Privada Subsidiária, ensina **ANTONIO SCARANCE FERNANDES**: “no Código de Processo Criminal do Império admitia-se a ação supletiva do ofendido quando o promotor deixava de acusar, agindo de acusar, agindo ele como qualquer do povo.¹ Depois, com limitação aos crimes inafiançáveis no Código de 1890 (art. 407, §3º) e na maioria dos Códigos Estaduais, tinha a vítima, em caso de inércia do promotor, condições de pedir ao juiz que instaurasse procedimento *ex officio*.² Veio, finalmente, a queixa subsidiária da vítima, a ser prevista de forma expressa no Código Penal de 1940 (arts. 102, § 3º, e 105, parte final) e no Código de Processo Penal de 1941 (arts. 29 e 38, parte final). A lei de Falência e Recuperação Judicial e Extrajudicial (Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005) contempla ação privada subsidiária do credor habilitado ou do administrador judicial (art. 184, parágrafo único). Alterada a Parte Geral do Código Penal pela Lei 7.209, de 11 de julho de 1984, foi mantida a queixa subsidiária (arts. 100, § 3º, e 103, parte final). Veio, em 1988, a ter assento na Constituição Federal, com o art. 5º, LIX.³⁻⁴ Finalmente, grande novidade adveio com a Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor: em seu art. 80, admitiu que entidades ou órgãos da administração pública e instituições particulares pudessem propor ação penal subsidiária em caso de não oferecimento de denúncia.” (SCARANCE, 2010, p. 223/4)

Conforme o art. 29 do CPP: “**será admitida ação privada nos crimes e ação pública, se esta for intentada no prazo legal**, cabendo ao Ministério Público adiar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal” (grifou-se)

A redação do CPP é a mesma da Constituição Federal (art. 5º, LIX), admitindo-se, com status de direito fundamental, a ação privada ‘*nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal*’. No mesmo sentido, dispõe o Código Penal que ‘*a ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal*’ (art. 100, §3º).

Frise-se que à luz do artigo 129, I, da Constituição Federal, o *Parquet* é o titular da ação penal pública, sendo, ao lume do princípio da obrigatoriedade, seu direito-dever oferecer a denúncia dentro do prazo previsto em lei.

Noutros falares, mais do que oferecer a denúncia, o Ministério Público deve respeitar os prazos legais para tal mister. Destarte, por exemplo, quando não tiver havido inquérito policial, a denúncia tem que ser oferecida no prazo de quinze dias, tendo como termo inaugural o dia em que o *Parquet* recebeu a representação da vítima ou, em sede ação penal pública, de qualquer cidadão, ou, ainda, as peças de informação (§1º do art. 46 c/c o 5º do art. 39 do *Codex Processual Penal*).

Registre-se que leis especiais (por exemplo: tóxicos, economia popular, abuso de autoridade) prevêm prazos diversos para oferecimento da denúncia pelo *Parquet*, que devem ser observados caso a caso pelo Ministério Público.

Outrossim, ao invés de oferecer a denúncia, no mesmo prazo, pode o *Parquet* requerer diligências para apurar os fatos (que podem ser realizadas através de inquérito policial ou procedimento de investigação preliminar).

Também é possível, no mesmo prazo, ao Órgão de Acusação postular pelo arquivamento da *notitia criminis*, inquérito policial, procedimento de investigação prévia ou peças de informação, que deverá ser judicial.

É facultado, da mesma forma, ao Ministério Público, no mesmo prazo, requerer outros tipos de providência, se pertinentes, como expedir ofícios pedindo esclarecimentos a vítima ou o noticiante, assim como – caso vislumbre incompetência do juízo – argüi-la, solicitando a remessa dos autos ao juízo competente.

O que a lei não permite, com relevo e estatura de norma constitucional, é a desídia do *Parquet*. Ou seja, que o *Parquet* deixe transcorrer o prazo legal, mesmo que justificadamente, sem dar os andamentos necessários ao caso.

Desta feita, se o *Parquet* não cumprir tempestivamente sua obrigação legal, nasce ao ofendido, ou ao seu substituto processual, o direito de aforar a ação penal privada subsidiária, mesmo em crimes de ação penal pública incondicionada.

Por conseguinte, a ação penal privada subsidiária não constitui, de forma alguma, uma exceção à norma do artigo 129, I da Carta Republicana.

Em momento algum o Constituinte desejou mitigar a atribuição exclusiva do Ministério Público em mover ação penal pública, acabando, por conseguinte, com os procedimentos de ofício previstos nos arts. 26 e 531 a 537 do CPP.

A norma em comento é unicamente uma garantia ao cidadão, notadamente à vítima, para poder controlar e fiscalizar a atuação do *Parquet*.

Na pena de **ALEXANDRE DE MORAES** (1997, p. 122):
“... o artigo 5º, LIX da Constituição Federal não constitui exceção ao artigo 129, mas tão somente um mecanismo de freios e contrapesos ao exercício, por parte do Ministério Público, dessa função constitucional que constitui ato de soberania (...)”

Noutro termos, o artigo 29 do Código de Processo Penal é um instrumento para o suprimento da inércia de algum órgão ou de alguma instituição, que possui envergadura constitucional pensada para proteger o cidadão vítima de crime.

JULIO FABBRINI MIRABETE traz lição esclarecedora a respeito da envergadura constitucional do tema: *“Qualquer que seja o delito que se apura mediante ação penal pública, se o Ministério Público não oferece a denúncia no prazo que, em regra é de cinco dias, se o agente estiver preso, e de quinze dias, se solto (art. 46 do CPP), poderá a ação penal ser instaurada mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo. Essa garantia contra possíveis abusos do monopólio da ação penal pela inércia do Ministério Público tem aplicação na legislação penal especial (Lei de Falências, Código Eleitoral, Código de Processo Penal Militar etc.). A garantia constitucional não contempla qualquer restrição ao princípio, não podendo restringi-lo a lei ordinária.”* (MIRABETE, 1994, p. 121)

Sublinhe-se que não é qualquer cidadão que tem legitimidade para o ajuizamento da Ação Penal Privada Subsidiária da Pública, mas somente a vítima individualizada (ou individualizável), seja em sede de crime de ação pública condicionada à representação, de ação penal pública incondicionada e, inclusive, naqueles crimes onde se dependa de requisição formal do Ministro da Justiça.

Só não é cabível a Ação Penal Privada Supletiva da Pública nos casos de contravenção penal, já que tanto a legislação infraconstitucional como as normas constitucionais falam em crime e não citam as “contravenções penais”.

Outrossim, com este ensaio sobre o tema, se pretende frisar o relevo deste instrumento para tutelar o direito da vítima, muitas vezes esquecida na realidade cotidiano do direito penal e que necessita de vias legais e estatais para exercer seu direito natural de vingança, sem precisar se socorrer à “violência privada”:

“Hace tiempo ya que se ha puesto de resalto la correspondencia que existe entre la excusión de la víctima con concepciones absolutas de poder limitado y de gran participación popular en los asuntos públicos¹. De allí que toda previsión normativa o decisión judicial que permita la participación de quien invoca haber sido víctima de un delito, no haga más que devolverle el rol que tuvo antaño.

(...)

Esto ha sido ampliamente descrito y caracterizado como “expropiación”² o “arrebato”³ del conflicto a la víctima por parte del Estado o “neutralización” de la víctima como exclusión del sistema⁴, en razón de que los jueces

¹ Jorge Vásquez Rossi, *Derecho Procesal Penal*. Tomo 1, pág. 129 y SS.

² Julio B. J. Maier: “La víctima y el sistema penal” en Eser y otros, *De los delitos y de las víctimas*, Ad – Hoc, Buenos Aires, 1992, págs. 186 y 187. “Por mucho tiempo la víctima pasó a ser convidado de piedra del sistema penal. La reparación desapareció de ese sistema y quedó sólo como objeto de la disputa entre intereses privados, el Derecho penal no incluyó a la víctima ni a la restitución al statu quo ante – o la reparación del daño – entre sus fines y tareas, y el Derecho procesal penal sólo le reservó al ofendido, en la materia, un papel secundario y penoso, el de informar para conocimiento de la verdad. Se habla por ello, de una “expropiación” de los derechos del ofendido, que el mismo Estado-nación, al erigir a ese Estado en portador del monopolio legítimo de la fuerza y, con ello, en garante de las condiciones de vida pacífica elementales (paternalismo estatal); ni siquiera la idea de protección de bienes jurídicos, que rige de alguna manera en el Derecho Penal, sobre todo, la de bienes jurídicos individuales y, aún más, disponibles, con un portador físico, por así decirlo, consiguió reservar demasiados ámbitos de poder para la víctima: es que el concepto de “bien jurídico”, establecido por la doctrina analítica del Derecho penal, servía a la consecución de la anonimidad para la víctima, en tanto la objetivaba, y así el Derecho penal se podía dedicar a su “protección”, a la protección de aquello que estaba más allá del daño real provocado a una persona y próximo a la desobediencia, al control de los comportamientos que hacían peligrar la paz jurídica dentro de un determinado sistema de organización social. El conflicto se reducía a la relación Estado-súdito; en la traducción procesal, persecución estatal-imputado”.

³ Nils Christie. “Los Conflictos de Pertenencia” en Eser y otros. *De los delitos y las víctimas*, Ad – Hoc, Buenos Aires, 1992. Pág. 159. “Tal vez no deberíamos tener criminología. Tal vez sería mejor abolir los institutos carcelarios, y no abrirlos. Tal vez las consecuencias sociales de la criminología sean más dudosas de lo que nos gusta pensar. Yo creo que lo son. Y creo ello se relaciona con mi tema: los conflictos como pertenencia de otra gente. En ambos casos se ha llegado a un resultado deplorable. Los conflictos deben ser usados – para resultar útiles – por quienes originariamente se vieron envueltos en ellos. Los conflictos pueden dañar a los individuos y pueden dañar, también, a los grupos sociales. Eso es lo que aprendemos en la escuela, y por esa razón tenemos a las autoridades. Sin ellas se multiplicarían la venganza privada y las vendettas. Hemos aprendido esto tan profundamente que hemos olvidado la otra cara de la moneda: nuestra compleja sociedad industrializada no es una sociedad con demasiados conflictos internos, sino una con muy pocos. Si bien los conflictos pueden matar, su escasez puede paralizarnos”.

⁴ Winfried Hassemer. “Fundamentos del Derecho Penal” Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1984, págs. 92 a 94. El Derecho penal estatal surge precisamente con la neutralización de la víctima. Dejando ahora a un lado la discusión de los historiadores del Derecho acerca de si el Derecho Penal germánico constituye un precedente, o los incisos o algo bien distinto del Derecho penal estatal, lo que en cualquier caso está claro es que la condición para que pueda establecerse el Derecho penal es que la víctima sea excluida de su posición natural junto al delincuente. La venganza y la faída como respuesta al crimen no fueron, en la concepción germánica del Derecho, un instrumento de todo el pueblo, sino tan sólo del ofendido y, en su

consideraron que ellos (como representantes de la sociedad) y los inculpados era los únicos interesados⁵.

Por ello, reiteramos, acordarle un rol protagónico en el proceso penal a la pretensa víctima, es una reivindicación de lo que le pertenece, un regreso al lugar que detentaba, una “reapropiación” del conflicto.” (FRENDESCHETTI E GAMBA, 2010, ps. 19-23)

Oportunos os ensinamentos de **LUIZ FLÁVIO GOMES** sobre o acesso da vítima a justiça: *“Para a vítima, a Justiça tem que abrir suas portas. Seria uma rematada injustiça fechar suas portas (...) a quem o Estado tem de amparar. O acesso à justiça não pode ser negado à vítima, sob pena de se promover, contra ela, uma espécie de vitimização secundária. (...) Negar acesso da vítima à Justiça significa acirrar os ancestrais ânimos de vingança. Não é nada civilizado fechar as portas para a vítima, quando possível fazê-lo. Isso evita a tendencial justiça com as próprias mãos, que é uma das fábricas da violência e da delinquência no nosso país. Pensar de maneira contrária é incentivar a violência privada, isto é, a (já bastante produtiva) fábrica de delinquência no Brasil.” (GOMES, 2010, p. 11, g.n.)*

Em síntese, para que o judiciário cumpra seu papel de distribuir justiça e tirar os litígios (a violência) das ruas, é necessário que a vítima tenha meios para reagir legalmente, através de sua efetiva participação na persecução penal.

caso, de su parentela (sippe). La comunidad autorizaba y protegía la agresión de la víctima al autor de delito, pero sin implicarse directamente en ello.

El control del delito sea se ser tarea de la víctima, socialmente tolerada, para pasar a ser competencia del Estado, que convierte en exclusivo detentador del monopolio de la reacción penal, correspondiéndole en exclusiva la realización violenta del interés de la víctima, a la que, a su vez, se le prohíbe con la conminación de una pena castigar por sí misma la lesión de sus intereses. La regulación de la legítima defensa es la consagración última de este sistema: la víctima atacada antijurídicamente puede efectivamente defenderse y lesionar, a su vez, al agresor, pero la ley le exige observar los límites de la inevitabilidad y necesidad de la defensa, y sólo mientras pervive la conducta agresora. Si la víctima traspaşa dichos límites infringe la ley, pudiendo aspirar tan sólo, excepcionalmente, a que su comportamiento sea exculpado, si actuó impulsado por el miedo o bajo los efectos perturbadores de la situación. La víctima puede también detener (provisionalmente) al delincuente y, so pena de incurrir en responsabilidad penal, debe observar las condiciones que la ley establece respecto a la relación temporal del delito y entregar al detenido inmediatamente al juez.

⁵ Antonio Beristain, *Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana*, Tirant lo Branch, Valencia, 2004, p. 87.

Feita esta aligeirada introdução, o presente trabalho tem como objetivo refletir sobre a ação penal privada subsidiária, seus limites legais, seu entendimento pretoriano, incluindo dificuldade práticas, bem como demonstrar a importância deste meio legal para a vítima depositar no Estado seu desejo de vingança.

Nos capítulos subseqüentes se abordará os princípios da ação privada subsidiária, sua titularidade, especificidades e hipóteses de cabimento, bem como o papel do Ministério Público em face de diversas hipóteses de acontecimentos.

II – DOS PRINCÍPIOS DA AÇÃO PRIVADA SUBSIDIÁRIA

Ao contrário do *Parquet*, que tem o direito-dever de ajuizar a Ação Penal, a vítima ou seu substituto não é obrigado a exercer o direito de queixa supletiva. Assim, se identificam os princípios da oportunidade ou conveniência.

Nas ações privadas supletivas, se o querelante subsidiário desistir da querela, oferecer seu perdão ao querelado ou realizar algum comportamento que poderia gerar perempção, o Ministério Público tem dever legal de assumir a acusação, com o prosseguimento da lide. Dessarte, depois que a vítima exerceu seu disponível direito de ajuizar a ação penal privada subsidiária, nasce a indisponibilidade da ação penal, devendo o Órgão Ministerial Estatal assumir a titularidade da ação penal.

À luz do artigo 48 do *Codex Instrumental Penal*, o que a doutrina chama de princípio da indivisibilidade, ao ser ajuizada a Ação Penal Privada Supletiva contra um dos autores do crime, *mister* que todos autores sejam processados.

Em suma: são inerentes à ação privada supletiva dois princípios que norteiam todas as ações privadas (oportunidade e indivisibilidade) e o princípio da indisponibilidade, que um princípio relacionado às ações penais públicas.

III – DA TITULARIDADE DA AÇÃO PRIVADA SUPLETIVA

A titularidade do direito de queixa supletiva é norteadada pelos mesmos preceitos relacionados à titularidade do direito de queixa crime privada.

Desta forma, seja qual for o titular do direito de querela privada supletiva, somente poderá ingressar em juízo representado por bacharel de direito regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, por não possuir capacidade postulatória, que, ao lume do artigo 1º do Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94), é privativa dos advogados regularmente inscritos na Ordem dos Advogados.

Com efeito, o Tribunal de Alçada Criminal Bandeirante já teve a oportunidade de decidir que o ofendido não pode ingressar pessoalmente em juízo, salvo, é evidente, se for advogado e agir em causa própria (JTACRIM 99/394).

Ademais, quando o ofendido for maior de 18 anos, somente ele pode oferecer a querela subsidiária, sempre representado por seu advogado.

Outrossim, no caso de ser o ofendido menor de dezoito anos ou deficiente mental, só seu representante legal ou curador pode oferecer a querela.

Por sua vez, em situação de morte ou ausência do ofendido, o direito de queixa passa para seu cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

De outra banda, com fulcro no art. 37, do CPP, sendo o ofendido for pessoa jurídica, deve ser representado por quem os respectivos contratos ou estatutos designarem ou, no silêncio deles, pelos seus diretores ou sócios gerentes.

Sublinhe-se, como já dito alhures, que o direito de ação privada subsidiária não é de qualquer cidadão ou de qualquer um do povo. O fato de a Carta Cidadã ter inserido a ação penal privada supletiva ao meio dos direitos fundamentais (art. 5º, LIX) não a transformou em um tipo de “ação penal popular subsidiária”, disponível a qualquer cidadão frente a uma desídia do Ministério Público.

Somente o ofendido (e só ele e seu representante legal) que possui a outorga constitucional para se legitimar diante de uma omissão do *Parquet*.

Neste rumo, é a melhor doutrina: “*Pode intentar a ação privada subsidiária todo titular do interesse jurídico lesado ou ameaçado na prática do crime qualquer que seja a lei penal definidora do ilícito.*” (MIRABETE, 1994, p. 121)

IV – DOS REQUISITOS DA QUEIXA SUPLETIVA

São os mesmos da queixa-crime comum ou da denúncia.

O artigo 41 do Código de Processo Penal aponta os requisitos que devem estar presentes na denuncia e na querela a fim de que possa ser ela recebida pelo Judiciário, instaurando-se, por consequência, a ação penal condenatória.

O primeiro requisito é a “exposição do fato criminoso com todas suas circunstâncias. É fundamental que na denuncia se descreva, ainda que sucintamente, o fato atribuído ao acusado ou querelado, não podendo ser recebida a exordial que contenha descrição vaga, imprecisa, de tal forma lacônica que torne impossível ou extremamente difícil ao denunciado ou querelado entender de qual fato típico esta sendo acusado. Importante frisar que a inépcia da denuncia culmina com a anulação do processo “*ab initio*”, segundo o entendimento pacífico da jurisprudência.

O segundo requisito é a descrição das circunstâncias do fato, já que qualquer fato criminoso é sempre rodeado de circunstâncias (meio de execução, pessoa do criminoso, efeitos, causas, local, tempo, etc.). Várias destas circunstâncias são de interesse processo penal, já que podem influir na classificação do crime, na existência de qualificadoras, de agravantes ou atenuantes, causa do aumento ou diminuição de pena. Por outro lado, o apontamento da época do crime é fundamental para o reconhecimento ou não da prescrição. O local do fato, por seu turno, interfere na competência do juízo. Destarte, como leciona MIRABETE (2002, p. 187), na querela privada devem estar esclarecidas as questões acima, pautadas nas seguintes indagações:

- i) *quis* (o sujeito ativo do crime);
- ii) *quibus auxiliis* (os autores e meio empregados);
- iii) *quid* (o mal produzido);
- iv) *ubi* (o lugar do crime);
- v) *cur* (os motivos do crime);
- vi) *quomodo* (a maneira pela qual foi praticado); e
- viii) quando (o tempo do fato).

Afora isto, *mister* também estar clara a classificação do crime. Ou seja, como ensina MIRABETE (2002, p. 187), que seja indicado o tipo penal em que o fato concreto se subsume. Não basta, desta feita, por isso referir-se a peça ao *nomen jùris* do delito, mesmo porque a vários tipos penais com a mesma denominação jurídica. Todavia, a eventual alternatividade da classificação jurídica ou ao equivoco quanto ao tipo penal não torna, porem a denúncia inepta. É que, mesmo que o julgador esteja impedido de altear a classificação do crime por ocasião do recebimento de denuncia, não é ela definitiva, podendo ser mudada no decorrer da lide, quer em aditamento do *Parquet* (art. 569 do CPP) ou pelo próprio juiz (arts. 383 e 384 do CPP).

Outro requisito da querela privada é a qualificação do acusado. A falta de algum dado (v.g. nome, estado civil, sexo, etc) não impede o recebimento da queixa crime, já que a própria impõe a qualificação dentro do possível.

Mais um dos requisitos é, se for o caso, a apresentação do rol de testemunhas, já que depois de protocola a queixa – com exceção dos crimes de competência do tribunal do júri - precluiria o direito acusatório de nomear testemunhas.

Ademais, a querela deve estar endereçada a um juízo.

V – DOS REQUISITOS DA PROCURAÇÃO QUE INSTRUI A QUEIXA-CRIME

Na procuração, salvo se o QUERELANTE assinar a vestibular junto com o advogado, deve estar, ao menos, mencionado o artigo do crime cometido e o nome do acusado, não sendo necessária uma detalhada descrição do fato:

“HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PROCURAÇÃO. ARTIGO 44 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DESCRIÇÃO DO FATO DELITUOSO. DESNECESSIDADE. 1. A indicação do artigo do Código Penal e do sujeito ativo do delito satisfaz à exigência inserta na norma do artigo 44 do Código de Processo Penal. 2. Precedentes. 3. Ordem denegada.” (HC 84.344/PI, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 31/10/2007, DJe 14/04/2008)

“PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. QUEIXA-CRIME. PROCURAÇÃO.

MENÇÃO AO FATO CRIMINOSO. ART. 44 DO CPP.

A procuração outorgada pelo querelante ao seu advogado, para fins de ingresso com queixa-crime, não requer a descrição pormenorizada do fato criminoso, bastando, no dizer do art. 44 do CPP, a menção a ele, a qual se perfaz com a indicação do artigo de lei ou do nomen iuris do crime no qual incidiu, em tese, o querelado. (Precedentes).

Habeas corpus denegado.” (HC 83.543/GO, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2007, DJ 08/10/2007 p. 346)

VI – DA NOMEAÇÃO DE ADVOGADO PARA O QUERELANTE POBRE

O artigo 32 do Código de Processo Penal confere ao Magistrado o poder de nomear advogado para promover a querela privada quando a vítima é pobre. Para efeitos processuais, o conceito de miserabilidade e pobreza é trazido pela própria lei, havendo uma legislação específica sobre a matéria (Lei 1060 de 1950), sendo, em síntese, pobre para fins daquele diploma, aquele que não pode suportar as despesas processuais sem comprometer o próprio sustento e de sua família.

Neste ponto, por mais que não se tenha encontrado qualquer jurisprudência neste sentido, entende-se que a o Juiz poderá determinar que um Defensor Público atue como advogado do Querelante Subsidiário que seja “pobre”.

VII - DO PRAZO PARA O EXERCÍCIO DO DIREITO DE QUEIXA SUBSIDIÁRIA E DE SUA CONTAGEM

O prazo para ajuizamento é de seis meses, conforme esculpido no caput do artigo 38 do Código de Processo Penal Brasileiro, sendo, o termo inaugural contado do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia.

Nas palavras de **FERNANDO CAPEZ**: "*Tratando-se de ação penal privada subsidiária, o prazo será de seis meses a contar do encerramento do prazo para o Ministério Público oferecer a denúncia*" (CAPEZ, 2004, p. 130).

Da jurisprudência: "*Será admitida ação penal privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal; todavia, a parte interessada deverá fazê-lo no prazo de 6 meses, contados do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público. Transposto o prazo do art. 38, opera-se a decadência*" (TJSC, Rec. Crim. n. 10.024, rel. Des. José Roberge).

Destaca-se que o dia vestibular desse prazo não é o dia que finda o prazo de oferecimento da denúncia, mas o *dia seguinte*, já que a verificação da desídia ministerial – pressuposto para o oferecimento da queixa subsidiária – só pode ser feita depois de transcorrido *in albis* o prazo para a apresentação da denúncia penal.

VIII – DA RENÚNCIA AO DIREITO DE QUEIXA SUBSIDIÁRIA

No magistério de **BENTO DE FARIA** (1959, p. 204-205), a renúncia constitui na vontade do ofendido de se abster de querelar, podendo ser expressa (mediante a declaração assinada pelo ofendido) ou tácita (quando é praticado ato incompatível com a vontade de exercer o direito de queixa após a prática do delito).

Na ação penal privada pura, ao contrário da ação penal privada subsidiária, "*uma vez manifestada a – renúncia – por qualquer das formas aludidas, não mais pode revogá-la o ofendido*, assim como não será mais possível renunciar depois de apresentada a queixa." (BENTO DE FARIA, 1959, p. 205, g. n.)

É que, na Querela Privada Supletiva, no caso do titular do ofendido renunciar no curso do prazo que tem para ingressar com a ação privada, tal renúncia não terá o condão de impedir que o Ministério Público ofereça a sua denúncia.

IX – DA DESISTÊNCIA DA AÇÃO PRIVADA SUBSIDIÁRIA

Na ação penal privada, o ofendido pode desistir dela a qualquer momento, desde que não exista decisão condenatória transitada em julgado:

"AÇÃO PENAL PRIVADA - DESISTÊNCIA - PERDÃO - OPORTUNIDADE.

A desistência da ação penal privada pode ocorrer a qualquer momento, somente surgindo óbice intransponível quando já existente decisão condenatória transitada em julgado." (HC nº 83.228-8/MG, Min. Rel. Marco Aurélio, DJ de 11/11/05).

Porém, se o querelante subsidiário desistir da ação privada supletiva que está movendo, restará ao Parquet o dever legal de assumir a acusação.

O único efeito da desistência da querela supletiva pelo querelante é sua renúncia tácita à propositura de nova queixa contra o mesmo querelado pelo mesmo fato delituoso, obstado com fulcro no caput do art. 104 do Código Penal.

X – DOS EFEITOS DO PERDÃO DO QUERELANTE SUBSIDIÁRIO

No escólio de **BENTO DE FARIA**: “o perdão do ofendido nos delitos de ação privada é expresso pela vontade manifestada, explícita ou

implicitamente, de relevar a responsabilidade do ofensor, anulando os efeitos da queixa apresentada e impedindo, assim, o prosseguimento da ação penal” (1959, p. 206, g. n.)

Complementa o mesmo autor: “*nos crimes cuja repressão é promovida por ação pública, ainda quando iniciada pelo próprio ofendido, o seu perdão não a extingue, pois não lhe é permitido transigir com os interesses da sociedade” (1959, p. 206). Assim, o perdão do ofendido ao querelado depois de ajuizada a ação só terá o condão de provocar sua substituição processual pelo *Parquet*.*

XI – DA INEXISTÊNCIA DE PEREMPÇÃO EM AÇÃO PRIVADA SUPLETIVA

Na letra de **MIRABETE** (2007, p. 371), perempção (art. 107, IV, 3ª figura, do CPB) é a perda do direito de prosseguir na querela privada, ou seja, assim, a sanção jurídica cominada ao querelante em decorrência de sua inércia.

Em sede de querela privada supletiva, no caso de perempção, ao contrário da ação penal privada, não se terá a extinção do feito. Ao contrário, caberá ao *Parquet* assumir a titularidade da ação penal (JTACRESP 98/117).

XII – DA POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO NA QUERELA SUPLETIVA

Não há nada que impossibilite ao querelante supletivo, ao aforar a querela, propor, com fulcro no artigo 89 da Lei 9.099, a suspensão condicional do processo, sem que isto configure qualquer negligência do querelante. O *Parquet*, neste caso, no papel *custos legis*, deverá opinar sobre a suspensão condicional, sendo lhe facultado até recorrer vergastando sua concessão e manifestar-se sobre a extinção da punibilidade pelo transcurso do lapso temporal de suspensão sem revogação da benesse.

XIII - QUESTÕES SOBRE O CABIMENTO DA AÇÃO SUBSIDIÁRIA

A - Diante de pedido de novas diligências (art. 16 CPP)

Não pode ser aforada a ação privada supletiva se o *Parquet*, ao invés de oferecer denúncia, postular pelo regresso do inquérito à Polícia para novas diligências, com fundamento no artigo 16 do Código Instrumental Penal, ou argüir a incompetência do juízo, requerendo a remessa dos autos ao juízo competente, ou, ainda, quando alega coisa julgada ou litispendência (RJDTACRIM 30/402). Afinal, nessas hipóteses, apesar de não ter oferecido denúncia, também não se quedou inerte.

Por outro lado, há quem defenda a possibilidade do ajuizamento da querela privada supletiva na situação de pedido de volta do inquérito à Delegada para diligência desnecessárias ao invés do pronto oferecimento da denúncia.

Na doutrina de **ANTONIO SCARANCA FERNANDES**:

*“Ninguém duvida da possibilidade de a vítima oferecer queixa subsidiária quando o promotor, mantendo-se silente, deixa escoar o prazo para denunciar. Mas há divergência sobre o cabimento de queixa subsidiária quando o promotor pede o retorno do inquérito à polícia, para diligência não imprescindível à denúncia.”*⁶

É possível, nesta hipótese, a ação subsidiária da vítima. O art. 16 do Código de Processo Penal só permite ao Ministério Público requerer a devolução do inquérito para novas diligências se imprescindíveis ao oferecimento da denúncia. Assim, a devolução para providência

⁶ Entendem possível a ação privada subsidiária: Tornaghi, Ação privada subsidiária, p. 1.145-1.156, e Mirabete, *Processo Penal*, p. 120, nota 91, com citação de jurisprudência. Em contrário: Vivaldo Jorge de Araújo e Geraldo Batista de Siqueira, *Do trancamento da ação penal subsidiária*, p. 107-108.

desnecessária equivale à omissão no oferecimento da acusação, abrindo-se, então, oportunidade à vítima para apresentação da queixa; cabe ao juiz, se for o caso, não receber a queixa por falta de justa causa para a ação penal, porque a diligência era realmente necessária. Interpretação diversa levaria a indevida restrição da ação privada subsidiária em conflito com o preceito do art. 5º, LIX, da Constituição, que não lhe impõe tal limitação”.
(SCARANCE, 2010, ps. 224/225)

No mesmo diapasão foi o entendimento do Tribunal de Alçada Criminal Paulistano, que admitiu a queixa supletiva diante do pedido de novas diligências “comprovadamente desnecessárias” (RT 643/306 e JTACRESSP 98/117).

Não se pode ignorar, de outro prisma, a existência de alguns julgados pretorianos no sentido oposto (**RJDTACRIM** 37/607 e RT 376/202).

O Supremo Tribunal Federal já apreciou tal questão:

“Representação. Queixa-crime. Prazo. Estabelecendo o parágrafo 5 do artigo 39 do CPP que 'o órgão do ministério público dispensara o inquérito, se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal e, neste caso, oferecera a denuncia no prazo de 15 dias, e dispondo o art. 29 que 'será admitida ação privada, nos casos de ação pública, se esta não for intentada dentro do prazo legal', é de se ter como correto o oferecimento da queixa-crime, pelo ofendido, se apenas no último dia do prazo o ministério público somente requereu a designação do relator, sem ao menos dizer se iria ou não requerer diligencia, não cabendo, assim, na hipótese, a

aplicação do disposto no art. 164, parágrafo 1 do regimento interno, do Tribunal de Justiça, que, aliás, não encontra previsão na lei.” (STF, HC 66297, Relator: Min. Aldir Passarinho, Segunda Turma, julgado em 07/04/1989, DJ 26-05-1989 pp-08994 ement vol-01543-01 pp-0110, grifou-se)

Em interessante julgado do Tribunal Regional Federal da 1ª. Região, se entendeu ser cabível a querela supletiva até em caso de inércia indireta:

“Queixa crime. Ação penal privada subsidiária. Ausência de denúncia ou de pedido de arquivamento no prazo do art. 39 parágrafo 5. do CPP. Remessa desnecessária a procuradoria geral da república. Inércia comprovada. Crime contra a honra. Animus injuriandi. Crítica, mesmo que áspera, não demonstra o dolo específico.

I - Decorridos 15 (quinze) dias da formalização de representação para a ação penal pública condicionada, art. 145, parágrafo único do código penal, e admissível a queixa crime do ofendido consoante art. 29 do CPP.

II - Inexistindo inquérito policial, sendo dispensável sua instauração, a remessa de autor a procuradoria geral da república, pelo procurador com competência para decidir sobre o arquivamento ou oferecimento da denúncia, não pode ser equiparada a diligencia imprescindível a justificar a dilação do prazo.

III - Inércia, ainda que de forma indireta, do MP Federal.

IV - Independentemente do exame da presença de dolo, para enquadrar a situação no art. 43, i do CPP, e de se reconhecer que, nos termos do art. 2. do Código Penal, por analogia, e de se aplicar ao membro do Ministério Público o dispositivo discriminante do parágrafo 2. do art. 7. da Lei n.

8906/94, já que não se pode admitir privilegio maior a favor do advogado (posição isolada do relator, vencido no particular).

V - Ausente o dolo específico de ofender ou injuriar, na crítica feita em expediente interno dirigido a chefia, por procurador da republica, ao pleitear suspensão de medida liminar, não se caracteriza crime contra a honra, mesmo que a crítica seja acerba.

VI - Queixa-crime rejeitada.”

(TRF1, Queixa-Crime: 16129 DF 93.01.16129-0, Relator(a): Juiz Jirair Aram Meguerian, Julgamento: 27/10/1994, Corte Especial, Publicação: 16/02/1995 DJ p. 6557)

A meu ver, para que o ofendido ajuíze a queixa supletiva na hipótese de requerimento de diligências desnecessárias ou duvidosas pelo Ministério Público, deverá demonstrar o risco da ocorrência de prescrição no caso em concreto.

B - Diante de arquivamento judicial (pedido ou efetivo) de inquérito policial

Sobre a hipótese de manejo da Querela Privada após o pedido de arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação, leciona **HÉLIO TORNAGUI** (apud **TOURINHO**, 1999, p. 456): "*o artigo 29, permitindo a ação privada subsidiária da pública, não distinguiu a relapsia do pedido de arquivamento. Deixar de oferecer a denúncia no prazo legal ou pedir o arquivamento, durante o prazo ou depois dele, são situações semelhantes para o artigo 29" (g.n)*

BASILEU GARCIA⁷ também entende ser admissível ação privada no caso de arquivamento de inquérito policial ou de peças de informação.

JOSÉ FREDERICO MARQUES é mais um dos grandes doutrinadores que entendeu ser cabível a ação penal supletiva diante do arquivamento.⁸

Outros doutrinadores de relevo histórico, também sustentaram a tese da admissibilidade da ação penal supletiva diante de arquivamento de inquérito policial (Aníbal Bruno, *Direito Penal, Parte Geral, Forense*, Rio, 1967, tomo III, pág 238-9; José Barcelos de Souza, *Do Arquivamento*, Belo Horizonte, 1969; José Carlos Barbosa Moreira, “Queixa”, in *Temas de Direito Processual*, Saraiva, 1980).

Doutrinadores mais contemporâneos (Tourinho Filho, Mirabete, Greco, Magalhães Noronha, Dirceu de Mello, Pierangelli, Afrânio da Silva Jardim, Jorge Alberto Romeiro, Damásio de Jesus, Antonio Scarance Fernandes e outros) aduzem que não é possível o manejo pelo ofendido da queixa privada subsidiária no caso de arquivamento do inquérito policial ou de peças de informação.

Tal pensamento é muito bem ilustrado por **ANTONIO SCARANCE FERNANDES** (SCARANCE, 2010, p. 115): “*Outra não seria também a conclusão numa interpretação sistemática dos Códigos Penal e Processo Penal. Nos dois prevê-se a decadência do direito de queixa em seis meses contados ‘do dia em que se esgotar o prazo para oferecimento da denúncia’ (arts. 38 do CPP e 103 do CP). Nenhum contém qualquer referência à decadência em caso de arquivamento. Ainda, o art. 18 do Código de Processo Penal só permite, depois de ordenado o arquivamento do inquérito, a realização de novas pesquisas sobre o fato se houver notícia de outras provas. A partir desse preceito, entendeu-se que, arquivado o inquérito policial, não pode haver outra acusação a não ser em face de novas provas, chegando esse*

⁷ GARCIA, 1966, p. 644-648

⁸ MARQUES, 1965, ps. 354 e 355

pensamento a ser consolidado na Súmula 524 do Supremo Tribunal Federal. Tal construção constitui importante garantia ao indiciado: após ter sua conduta sido submetida ao crivo de um órgão público, não poderá, sem novos elementos, vir a ser acusado, havendo aí mais um motivo para não se admitir a queixa subsidiária.”

As Cortes pátrias já decidiram de várias formas. Alguns julgados mais antigos permitiam a querela supletiva na hipótese de arquivamento de inquéritos (RT 199/116), e, em outros casos, se decidia em sentido oposto (RT 221/541).

O debate doutrinário sempre foi intenso, até que, na conferência dos Desembargadores realizada no Rio de Janeiro em 1942, pacificou-se que, com voto vencedor do Des. José Duarte, pela inadmissibilidade da ação penal privada supletiva no caso de arquivamento de inquérito policial ou peças de informação.

Atualmente, se pacificou o entendimento pretoriano da inadmissibilidade da queixa supletiva no caso de arquivamento judicial do inquérito (STF: RT 431/419, 534/456, 597/421, 653/389; RTJ 37/568, 53/7, 99/452, 112/473, 118/130 e 148/454. STJ: RSTJ 40/123 e 62/101. TJSP: TACRIM-SP: RT 449/49, 522/395, 536/337; JTACRESP 72/161. TJSC: RT 755/713. TJMT: RT 482/396).

Entendemos que, diante da forma mecânica que muitos inquéritos são arquivados e da existência de aspectos políticos e pessoais em Estados politizados e em varas únicas ou comarcas menores, deveria ter a vítima a oportunidade de opor um recurso do arquivamento judicial, mesmo que seja para o chefe do *Parquet*.

Concordamos com **JORGE ALBERTO ROMEIRO** (ROMEIRO, 1978, p. 289), na qual há muita influência política nas decisões de arquivamento de inquéritos policiais e que Querela Supletiva seria um antídoto tal realizada fática de muitos Estados Membros desta República: *“cumpre-nos, apesar de tudo, deixar consignados aqui os nossos aplausos à tese vencida na 1ª Conferência de Desembargadores, como uma reação, um imperativo, contra a politicalha no interior*

do país, que se reflete no arbútrio do Ministério Público e da polícia, esta manipulando inquéritos a fim de justificar os pedidos de arquivamento daquele.”

Destarte, na ausência da possibilidade da vítima interpor qualquer recurso do *decisum* que acolhe o pedido ministerial de arquivamento de um inquérito policial, acreditamos ter direito a vítima de oferecer a queixa crime subsidiária. Afinal, se realmente não estiverem presentes os pressupostos para recebimento da ação penal, o Juiz Primevo não receberá a querela, podendo, neste caso, o ofendido interpor Recurso em Sentido Estrito e ver a questão julgada pelo Tribunal.

Pensamos que a judicialização do conflito é o meio mais eficiente do Estado absolver o desejo de *vindita* da vítima, que tem direito de receber uma resposta do Estado sobre o ato ilícito que entende ter sido vítima, podendo, neste caso, levar seu pleito até o Supremo Tribunal Federal ao invés de trocar tiros nas ruas.

É que: “*para a vítima, a Justiça tem que abrir suas portas. Seria uma rematada injustiça fechar suas portas (...) a quem o Estado tem de amparar. O acesso à justiça não pode ser negado à vítima, sob pena de se promover, contra ela, uma espécie de vitimização secundária. (...) Negar acesso da vítima à Justiça significa acirrar os ancestrais ânimos de vingança. Não é nada civilizado fechar as portas para a vítima, quando possível fazê-lo. Isso evita a tendencial justiça com as próprias mãos, que é uma das fábricas da violência e da delinqüência no nosso país. Pensar de maneira contrária é incentivar a violência privada, isto é, a (já bastante produtiva) fábrica de delinqüência no Brasil.*” (GOMES, 2010, p.11, g.n.)

O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já entendeu que o arquivamento do inquérito policial por decisão judicial, pedido pelo Ministério Público, não impede que o ofendido ofereça queixa crime pelo mesmo fato⁹.

⁹ “*AÇÃO PENAL – Queixa Crime – Oferecimento pela parte, embora arquivado o inquérito policial a pedido do Ministério Público – Admissibilidade – Preliminar de ilegitimidade de parte rejeitada – Voto vencido. O arquivamento do inquérito policial por decisão judicial, pedido pelo Ministério Público, não impede ofereça o ofendido queixa crime pelo mesmo fato.*” (TJSP, Recurso N. 30.284 – Capital –

Em outra feita, a Corte Estadual Bandeirante reiterou tal entendimento¹⁰. Do acórdão regional se destaca: “no âmbito de nossa Justiça Estadual, no Rec. Crim. 141.103, o juiz Ítalo Galli, embora vencido, brindou-nos com excelente e sempre atual lição, ao asseverar: “Se o órgão do Ministério Público – que não é infalível e nem onisciente e está sujeito às contingências humanas – deixar de vislumbrar a existência do gravame indireto, sofrido pela sociedade, de que ele é representante, resta à parte ofendida, através da justiça, até seu último grau. Não oferecida a denúncia pelo Ministério Público, ou por ter decorrido o prazo da lei ou pelo pedido de arquivamento, fica assegurado à parte ofendida o andamento da queixa privada, no caso que lhe é facultado”. Destarte, vincular-se a legitimidade postulatória do ofendido à simples hipótese de inação, desídia ou relapsia do órgão ministerial é posição que afronta o direito inalienável do ultrajado de ver processado aquele que é apontado como o autor das diatribes. Se a lei legitima o Ministério Público, mediante representação do ofendido, nos casos em que este seja funcionário público e o crime tenha sido praticado propter officium, o faz em atenção à comodidade do ultrajado, que não terá de contratar causídico às suas expensas e nem se preocupar com a tramitação processual. Mas, se o Ministério Público, fazendo tabula rasa da notitia criminis postulatória, permanecer inerte ou requerer o arquivamento, mesmo diante da ocorrência de crime em tese, nada obsta a que o ofendido incôe a ação penal através da querela privada. A entender-se de outro modo, estar-se-ia reconhecendo ao Ministério Público o poder de disponibilidade da ação, com ofensa ao princípio da obrigatoriedade, em que, **havendo crime in thesi, a incoação penal é inafastável.**”

Mesmo ANTONIO SCARANCE FERNANDES, que defende o não cabimento, pondera sobre tal possibilidade depois da alteração da parte

Recorrente: Francisco Pironte (querelante) – Recorridos: Dr. Paulo Cardoso de Almeida, Pascoal Cardozzi, Felício Napolitano e Corinto Trignani (querelados))

¹⁰ “CRIME DE IMPRENSA – Queixa crime subsidiária – Admissibilidade – Ofensas irrogadas a funcionário público em razão da função – “Notitia criminis” arquivada a pedido do órgão do Ministério Público, por entender inexistente o elemento subjetivo incriminador – Legitimidade “ad causam” do ofendido para intentar ação privada.

A competência dada ao Ministério Público para promover ação penal por crime de imprensa quando o ofendido for funcionário público não exclui o direito deste de promovê-la, diretamente por queixa.

Não exercida a denúncia pelo Parquet, ou por ter decorrido o prazo da lei ou pelo pedido de arquivamento, fica assegurado à parte ofendida o andamento da queixa privada.

Vincular a legitimidade postulatória do ofendido à simples hipótese de inação, desídia ou relapsia do órgão ministerial é posição que afronta o direito inalienável do ultrajado de ver processado aquele que é apontado como autor das diatribes.” (Ap. 525.539-9 – 11.ª C. – j. 12-9-88 – rel. Juiz Segurado Braz.)

geral do Código de Penal e a redação trazida na Constituição de 1988: “alterada a Parte Geral do Código Penal pela Lei 7.209, de 11 de julho de 1984, entendeu José Raul Gavião de Almeida que, com o art. 100, §3º, seria agora permitida a queixa subsidiária após o arquivamento. Também Grandinetti de Carvalho, escrevendo sobre a Constituição de 1988, considerou que seria possível a ação subsidiária do ofendido com base no art. 5º, LIX, quando houvesse arquivamento” (SCARANCE, 2010, p. 226)

Alhures, tal assunto foi objeto de profundo debate na 1ª Conferência de Desembargadores, em 1994, quando a tese da inadmissibilidade se fundamentou no voto do Desembargador José Duarte. Ora, com todo o respeito, o fecho do emocional voto do Desembargador José Duarte é frouxa fática e juridicamente: “**o direito de punir pertence ao Estado e só este pode exercitá-lo. A ação deve ser pública. Só o Estado pode punir.** Nos casos excepcionais, caberá a representação. Acabamos de vez com as **fontes prolíferas de chantagens e extorsões.** Netas condições, a resposta a esta tese deve ser negativa. É o meu voto.” (ROMERO, 1978, p. 278, destaques nossos)

Data Venia, desde quando a possibilidade da vítima ajuizar a Querela Privada Supletiva retira o direito de punir do Estado. A vítima que irá julgar a ação penal ou somente irá atuar como acusador, sob a fiscalização do *Parquet*?

Pior. Qualquer pessoa que conhece a realidade brasileira, sabe que as extorsões e chantagens acontecem nas delegacias e é pueril a afirmação que a possibilidade do ofendido aforar a Queixa Subsidiária seria uma forma de extorsão... Extorquir publica e oficialmente, sob o testemunho do Judiciário e do Ministério Público? Ora, é o oposto. A possibilidade de manejo da Ação Penal Privada nestes casos é a única alternativa para a vítima contornar os leilões e manipulações policiais.

A prática - a realidade – nacional é a manipulação de investigações por poderosos ou endinheirados, que inviabilizam a atuação do Ministério Público por influências políticas e financeiras na fase de investigação policial, onde testemunhos são forjados, diligências manipuladas e todo o tipo de artinhas realizadas.

Por tudo isso, ratificamos *in totum* o voto ilustre Desembargador Agripino de Gouveia de Barros, acompanhado por outros doze Desembargadores, sintetizado por JORGE AUGUSTO ROMEIRO (1978, p. 279-280):

“Contra a tese vencedora, tão brilhantemente resumida no voto transcrito, os argumentos expedido foram, em síntese, os seguintes:

a) Que a permissão ao ofendido para intentar a ação penal privada subsidiária, quando requerido o arquivamento, pelo Ministério Público, de peças informativas de crime de ação pública, tem a virtude de arrebatam ao Ministério Público a função de julgar da procedência ou não da ação penal, função essa que lhe atribui o art. 28 do Código de Processo Penal, quando deve ser a mesma exclusiva do Poder Judiciário.

b) Que é perigoso cometer-se a ação penal tão-só à iniciativa do Ministério Público, por motivos vários, notadamente os decorrentes das contingências da política, em o nosso hinterland.

c) Que, no sertão do Brasil, os inquéritos que servem em geral de base para as denúncias nem sempre expressam a verdade.”

Neste diapasão, oportuna a observação de JORGE ALBERTO ROMEIRO (1978, p. 290): *“cumpre-nos realçar que na 1ª Conferência de Desembargadores, os experientes paladinos da tese por nós aplaudida, ou seja, da viabilidade, da ação privada subsidiária após o pedido de arquivamento das peças informativas de crime de ação pública pelo Ministério Público, são todos desembargadores em Estado de vasto sertão”*. Ou seja, que conhecem a dura realidade.

C - Diante de arquivamento administrativo de inquérito policial

O Superior Tribunal de Justiça entendeu que o pedido de arquivamento administrativo, mesmo que pelo Chefe Máximo do Parquet, se não for pela via judicial, abre a vítima a possibilidade de ajuizamento da ação penal subsidiária.

“DELITO CONTRA A HONRA. CONFIGURAÇÃO EM TESE. REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO. PEDIDO DE ARQUIVAMENTO REJEITADO.

1. O PEDIDO DE ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO, FEITO PELO REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO, NÃO VINCULA O TRIBUNAL (REPRESENTAÇÃO N. 22-PR).

2. A IMPUTAÇÃO CONTUNDENTE A ALGUÉM DA PRÁTICA DE FATOS DA MAIOR GRAVIDADE, COM BASE EM MERAS SUSPEITAS E EM EXCESSO NO EXERCÍCIO DAS PRÓPRIAS FUNÇÕES, REVELA, AO MENOS EM TESE, A CONSCIÊNCIA E A VONTADE DE OFENDER A HONRA ALHEIA.

3. OMITINDO-SE O MINISTÉRIO PÚBLICO EM SEU "PODER-DEVER" DE OFERECER A DENÚNCIA, ABRE-SE A VÍTIMA A POSSIBILIDADE DE AFORAR A AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA (ART. 5., INCISO LIX, DA CF).

PEDIDO DE ARQUIVAMENTO DA REPRESENTAÇÃO REJEITADO, RESSALVANDO-SE A INICIATIVA DA PARTE OFENDIDA QUANTO A PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA.”

(Rp 30/CE, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Rel. p/ Acórdão Ministro HUMBERTO GOMES

DE BARROS, CORTE ESPECIAL, julgado em 29/10/1992,
DJ 14/12/1992, p. 23875)

O Supremo Tribunal Federal também se filiou no sentido do arquivamento não judiciário caracterizar falta de denúncia no prazo legal e, por consequência, legitimar o ofendido a propositura de querela penal privada subsidiária:

"... o arquivamento de representação de ofendido, dirigida ao Ministério Público, depende de decisão judicial a seu requerimento (do Ministério Público). Sem essa decisão judicial, o arquivamento (não judiciário) caracteriza falta de denúncia no prazo legal e legitima o ofendido ao oferecimento de queixa-crime (ação penal privada subsidiária) ..." (STF, HC 63802/RJ, DJ 06-06-1986, Relator(a) SYDNEY SANCHES).

D – Diante do pedido de diligências fora do prazo legal

É controvertida a possibilidade da propositura de ação privada supletiva da pública nos casos em que a denúncia é ofertada fora do prazo legal, ou quando outros requerimentos (como de arquivamento do inquérito, novas diligências etc.) são feitos depois de escoado *in albis* o prazo para o oferecimento da denúncia.

O Supremo Tribunal Federal entende ser possível o manejo da ação penal subsidiária quando o pedido de arquivamento ministerial foi realizado fora do prazo de oferecimento da denúncia: **"não constitui constrangimento ilegal o recebimento de queixa-crime de ação pública se o Ministério Público se pronuncia pelo arquivamento após o prazo legal (art. 29 do CPP)"** (STF, HC 59996,

Relator(a): Min. CORDEIRO GUERRA, Segunda Turma, julgado em 20/08/1982, DJ 26-11-1982 PP-12121 EMENT VOL-01277-01 PP-00118, RT 475/478, destacou-se).

E – No caso de novas provas após o arquivamento judicial

Surgindo novas provas sobre o delito após o arquivamento do inquérito policial, caberá seu *desarquivamento*, com o oferecimento de denúncia.

Se, porventura, o ofendido ou seu representante legal, após o arquivamento do inquérito policial, obtiverem novas provas sobre o delito, deverá levá-las ao Ministério Público ou à Polícia, na tentativa de obtenção do *desarquivamento* do inquérito e, sendo o caso, oferecimento da denúncia. No eventualidade, porém, de o Parquet não se manifestar sobre as novas provas em 15 dias após o seu recebimento, com fundamento no § 1º do artigo 46 do Código de Processo Penal, é razoável que seja cabível o manejo da ação penal privada supletiva da pública.

F - Em casos de pedido implícito de arquivamento de inquérito policial

Há uma forte controvérsia do cabimento da queixa crime privada supletiva se o Parquet deixar de incluir na denúncia algum dos indivíduos investigados no inquérito, ou se não incluir algum dos delitos investigados pela Polícia, deixar de pedir o *arquivamento* em relação à pessoa ou ao crime excluído da denúncia.

É pacífico que não cabe ação penal privada supletiva diante de expresse pedido ministerial de arquivamento judicial do inquérito policial.

Todavia, o entendimento majoritário da doutrina é distinto em sede de arquivamento implícito do inquérito policial: “*cabível ainda a queixa quando o promotor, sem pedir o arquivamento, omite na denúncia algum fato criminoso ou deixa de incluir algum agente. Também aí, em relação a esse ato ou agente, não foi intentada a ação penal no prazo legal*¹¹. *Não há que se falar em arquivamento implícito, pois só é possível conceber, em matéria tão grave relacionada com a prática de delito, manifestações e deliberações expressas, claras, transparentes do Ministério Público e do Poder Judiciário*¹².” (SCARANCE, 2010, p. 225, grifou-se)

Neste diapasão, relevante o entendimento do Tribunal de Alçada Criminal Paulistano: “*embora o art. 29 do CPP condicione a viabilidade da ação privada, nos crimes de ação pública, à não propositura desta no prazo legal, se a denúncia, inobstante oferecida e recebida, acolhe apenas em parte a representação, sem pleitear, fundamentadamente, seu arquivamento quanto às demais infrações nela inseridas, cabível é a queixa subsidiária por parte do representante*” (RT 627/316).

Em outra feita, julgou o Superior Tribunal de Justiça: “*o silêncio do Ministério Público em relação a acusados cujos nomes só aparecem depois em aditamento à denúncia não implica em arquivamento quanto a eles. Só se considera arquivado o processo (sic) com o despacho da autoridade judiciária*” (RT 691/360).

Há, porém, na RT 514/383, julgado não a admitindo.

Na nossa leitura, as questões relacionadas à prática de crimes não podem admitir manifestações não explícitas do Estado, representado pelo Ministério Público na função de acusação. Desta feita, em não havendo arquivamento judicial de todas as acusações investigadas pelo *Parquet*, cabível a ação penal supletiva.

¹¹ Assim: BOSCH, José Antonio Paganella. *A ação penal - o Ministério Público*. Rio de Janeiro: Aide, 1987, pág. 207; MIRABETE, Julio Fabrini. *Processo penal*. São Paulo: Atlas, 1991, pág 121; GRINOVER, Ada Pelegrini; MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio; SCARANCE FERNANDES, Antonio. *As nulidades no processo penal*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 1997, cap. VII, n. 2

¹² Não admitem arquivamento implícito: BOSCH, José Antonio Paganella. *Persecução Penal - O inquérito policial - A ação penal - O Ministério Público*. Rio de Janeiro: Aide, 1987, pág 209; BOSCH, José Antonio Paganella. *A ação penal - o Ministério Público*. Rio de Janeiro: Aide, 1987, pág. 205 ; GRINOVER, Ada Pelegrini; MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio; SCARANCE FERNANDES, Antonio. *As nulidades no processo penal*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 1997, cap. VII, n. 2.; MIRABETE, Julio Fabrini. *Processo penal*. São Paulo: Atlas, 1991, pág 94.

G – No caso de arquivamento temerário

Por mais que seja isolado, interessante o entendimento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina no sentido de ser cabível a querela privada subsidiária da pública no caso de arquivamento com base em fundamentos temerários:

“Processual Penal. Rejeição liminar de queixa-crime por crime de ação penal pública. Ilegitimidade ativa. Capitulação dos fatos. Ação penal privada subsidiária. Inteligência do art. 29, do CPP. Recurso provido. A equivocada capitulação dos fatos apurados em inquérito policial instaurado por representação da vítima não é elemento determinante para o recebimento da queixa crime uma vez que o ofensor defende-se dos fatos nela descritos e não do enquadramento indicado na inicial. A conclusão do Ministério Público, ao final do inquérito policial, de que o suposto crime seria de iniciativa privada, não tem caráter vinculante. Traduzindo tal entendimento verdadeira negativa de deflagração da ação penal, legitimado estará o ofendido para, mediante queixa, instaurar a ação penal privada subsidiária (art. 29, do CPP), salvo se manifesto e incontroverso que o delito for da órbita pública.” (TJSC - Recurso Criminal: 143389 SC 2002.014338-9, Relator(a): Newton Janke, Julgamento: 17/9/2002, 2ª. Câmara Criminal)

XIV – DO O PAPEL DO PARQUET NA QUERELA PRIVADA SUBSIDIÁRIA

Logo que ofertada a querela subsidiária, o Juiz Criminal abrirá vistas dos autos ao Ministério Público, com fundamento nos artigos 29 e 46, § 2º do CPP, para que seu representante, no prazo legal, opine sobre a peça exordial da ação.

Em seguida, o órgão do Ministério Público tem algumas alternativas, nos três dias marcados legalmente para sua manifestação sobre a vestibular.

A primeira opção é rechaçar a querela, pugnando por sua rejeição com fulcro nos mesmos fundamentos que o teria levado a postular pelo arquivamento do inquérito policial ou da peças de informação se estive no prazo de oferecimento da denúncia. Sublinhe-se que o *Parquet* poderia rogar pela rejeição da inaugural, quando, por exemplo, interpretar não haver elementos suficientes para o recebimento da ação penal ou por entender ser atípico o fato narrado na querela, ou no caso de constatar a extinção da punibilidade, ou na falta de alguma condição de procedibilidade, ou quando inepta a inicial por não observância dos requisitos legais.

Por sua vez, o Juiz é independente para acolher ou não o pleito ministerial. Se acolher, o Juiz rejeitará a querela, o que ensejará na possibilidade do Querelante interpor recurso em sentido estrito. Na hipótese de não acolhimento da manifestação do *Parquet*, o Julgador receberá a queixa supletiva, em decisão que não desafia qualquer recurso, determinando a citação do acusado. Neste caso, funcionará o Ministério Público, na querela subsidiária, não como parte, mas como fiscal da lei.

A segunda opção do Ministério Público é pedir o prosseguimento do feito sem aditar a querela, ou rogar somente que seja recebida a exordial, ou até se liminar a devolver os autos sem qualquer das manifestações sobremencionadas. Nesta hipótese, o órgão ministerial, mesmo constatando tratar-se de ação privada em sede de crime de ação pública, não aproveita a vista dos autos no momento inicial do § 2º do artigo 46 do Código de Processo Penal para assumir de vez a acusação, pois não oferece denúncia. Com isso, está o promotor representante do *Parquet* a permitir o normal seguimento da querela penal privada supletiva da pública.

Numa terceira opção, o Promotor poderia aditar a queixa supletiva. Neste caso, o Ministério Público poderia corrigir erros materiais da queixa

(v.g.: a data, o local do fato, etc.), ou, afora isto, capitular qualificadoras ou causas de aumento de pena, ou mesmo estender a imputação feita na querela a outro do crime, zelando pela indivisibilidade da ação penal privada supletiva da pública. Em fim, o *Parquet*, com fulcro no artigo 564, III, *d*, segunda parte, *c/c* o artigo 572 *caput* do Código Instrumental Penal, funcionará como *custos legis* sob pena de nulidade relativa.

No caso do Órgão Ministerial aditar a querela, o Magistrado tanto poderá a inicial e o aditamento ministerial, ou somente receber a exordial e rejeitar o aditamento, ou, ainda, rejeitar ambas as peças. O que o Juiz não poderá é rejeitar a queixa e receber o aditamento, pois este é acessório daquela. Frise-se que esta alternativa não se confunde com o *aditamento da queixa subsidiária* no caso de *mutatio libelli* (§ ún., art. 384, CPP), que nada tem a ver com o aditamento do art. 45.

Numa última opção, pode o *Parquet* repudiar a inaugural, oferecendo denuncia substitutiva (em substituição a querela privada). Esta denúncia, disposta no artigo 29 do CCP, não constitui uma denúncia especial, já que possui os mesmos pressupostos de toda e qualquer exordial acusatória pública, com exceção de seu prazo de três dias (previsto no § 2º do art. 46 do Código de Processo Penal e o prazo *caput* do mesmo artigo 46). Neste caso, a queixa subsidiária continua nos autos da ação, mas deixa de ostentar existência jurídica, pois foi substituída pela denuncia ministerial.

Em tal hipótese, caso a vítima queira participar da ação penal, restará a alternativa de postular por sua admissão como assistente do *Parquet* (art. 268 do CPP). Destaca-se que tal possibilidade ao Órgão Ministerial deve ser exercida no prazo de três dias. A partir daí, não tendo oferecido denúncia substitutiva, o *Parquet* não poderá mais ofertá-la no curso da ação privada supletiva, somente lhe sendo autorizado assumir pólo ativo da ação e a acusação nos casos de *reversão da titularidade*. Trata-se do único caso onde o prazo para oferta de denúncia é preclusivo.

XV – DAS FACULDADES E DOS PODERES DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO CURSO DA QUERELA SUPLETIVA

À luz do artigo 29 do Código Instrumental Penal, o *Parquet* pode, além de realizar o aditamento da vestibular, “*intervir em todos os termos do processo*” (como custos *legis*, sob pena de nulidade relativa, por imposição do art. 564, III, *d*, segunda parte, *c/c* o 572 *caput* do Código), “*fornecer elementos de prova*” (pedindo a juntada de documentos, arrolando testemunhas, requerendo diligências, participando da inquirição do ofendido e das testemunhas etc.) e apresentar recursos.

O Ministério Público poderá arrolar testemunhas, respeitando, é claro, o rito processual a ser imprimido ao processo e a quantidade de testemunhas já arroladas pelo querelante. No rito ordinário, o número total de testemunhas arroladas para acusação (incluindo o querelante supletivo) não poderá ser maior que oito. Em sede de rito sumário, não poderá haver mais de cinco testemunhas.

Na querela supletiva, a legitimação recursal ministerial é ampla, podendo interpor qualquer recurso entre aqueles manejáveis pela acusação, inclusive falando depois do Querelante nas alegações finais, sejam escritas ou verbais.

XVI – DA REVERSÃO DA TITULARIDADE

O fecho do artigo 29 do Códex Processual Penal Brasileiro afirma que, em sede de ação penal privada supletiva, cabe ao Órgão Ministerial, “*a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal*”.

Quando o código fala em negligência, se refere a qualquer conduta do querelante privado que conote seu desinteresse pelo prosseguimento do

feito, tais como desistência da ação, oferecimento do perdão ao querelado ou realização de conduta que, em sede de ação penal privada propriamente dita, levaria a perempção.

Com efeito, tal dispositivo supracitado impõe ao Ministério Público o dever de assumir o pólo ativo do processo penal se o querelante subsidiário oferecer seu perdão ao querelado, abandonar a causa (inciso I do art. 60 do CPP), desistir da ação, vier a falecer ou a ser declarado ausente sem que qualquer das pessoas enumeradas no art. 31 peça o prosseguimento do feito no prazo de 60 dias (inciso II do art. 60), deixar de comparecer a algum ato a que devia estar presente ou deixar de formular o pedido de condenação nas alegações finais (inciso III do art. 60) ou, ainda, for pessoa jurídica que vier a se extinguir sem deixar sucessor (inciso IV).

Neste caso, deixa de existir a *ação penal privada subsidiária*, que automaticamente se transforma em *ação penal pública*. Essa assunção pelo Órgão Ministerial se faz por simples petição nos autos, com ou sem provocação judicial e sem necessidade de oferecimento de denúncia ou mesmo de ratificação da queixa, pois esta continua existindo juridicamente como petição inicial do processo.

Tecnicamente, tal fenômeno é chamado de reversão de titularidade. Sublinhe-se que a ação penal privada supletiva, por deter como objeto um crime de ação pública, é regida pelo *princípio da indisponibilidade*. Assim, uma vez que, apresentando o querelante desinteresse no seu prosseguimento, incumbe ao Parquet, por dever legal, assumir a acusação, retomando a ação como parte principal.

Não se trata de faculdade do Ministério Público assumir a titularidade da querela privada supletiva, mas uma dever *ex legis*, já que a ação penal não poderia ficar parada aguardando a prescrição. No caso de recusa do Órgão Ministerial em dar continuidade ao feito, sequer será caso de aplicação analógica do art. 28 do Código de Processo Penal, já que não será facultado ao procurador-geral deixar de dar andamento ao feito por concordar com o Promotor Primevo. A única faculdade ao Promotor de Piso seria se declarar impedido para que seu substituto natural assumia.

Uma vez assumida a titularidade da ação pelo Órgão Ministerial, não é mais possível ao Querelante Privado assumir novamente a titularidade do processo. Se deseja voltar a participar, deve se habilitar como assistente de acusação.

XVII – CONCLUSÕES

Como demonstrado, a possibilidade de ajuizamento da Querela Privada Supletiva é um direito fundamental da vítima, prevista no artigo 5º., da Constituição Federal de 88, bem como no Código Penal e no Código de Processo Penal.

Ao nosso ver, com todo o respeito a quem pense ao contrário, o direito penal tem três claras funções: i) informar a sociedade, através das penas contra a liberdade de locomoção e restrição de direitos, num contexto social onde somente dez por cento da população possui crédito para abrir uma conta bancária (portanto, insuscetíveis de ter patrimônio para ser executado por uma condenação por um ilícito cível), o quanto um fato antijurídico é grave e poderá apená-la; ii) retirar, através de critérios objetivos e de forma justificada, do convívio social, aquelas pessoas que não estão aptas a conviver em sociedade e que ameaçam o conceito de sociedade; iii) dar a vítima (e a seus familiares) um via para fazer justiça (e até vingança, o que vem do direito natural) através da lei, o que é a maior garantia da manutenção da paz social.

Qualquer outra teoria, com a devida *venia*, além de desafiar a estatística de ressocialização e reincidências em crimes, sucumbiria ao ter que explicar os motivos econômicos para o Estado sustentar, a um custo de cinco bolsas família ao mês, um preso. Um preso custa mais caro para o Estado que a educação de um universitário. O Estado paga esta conta, para que o próprio conceito de Estado exista, já que os inimigos do Estado precisam ser retirados do convívio social e a vítima precisa ver que quem a lesou através de um crime (ilícito grave, pois se não fosse grave, seria ilícito cível e não penal), foi punido, para que não se vingue com as próprias mãos.

E só assim, com a vítima acreditando que será vingada pelo Estado, é que a sociedade não estará ameaçada. O desejo de vingança é humano, vem do direito natural, da bíblia, da essência do ser humano. Neste contexto, enfrentando o ser humano e sua natureza sem falsos moralismos, o sistema penal, para que garanta a paz e a ordem social, deve conquistar a confiança da vítima, para que a vítima não se torne um novo contraventor buscando com sangue (“tutela privada”) a reparação moral ou patrimonial que a “tutela oficial estatal” não foi capaz de efetivar.

Ou seja, quando não há justiça estatal efetiva para tutelar os direitos da vítima, feita através do Estado, a vítima acaba sendo convidada a desafiar a ordem social para fazer justiça natural (matar o estuprador da filha, o bandido que matou o colega policial em serviço, etc.). Somente tendo a vítima certeza de poder contar com a violência oficial do Estado para se vingar de ofensas sofridas (patrimoniais, contra a vida, a honra, etc.) é que a ordem pública estará resguardada. A vítima de um crime não pode ser também vítima do sistema: “... *intentaré introducir en la consideración... algunos otros factores que han contribuido a hacer de la víctima del delito también una víctima de la dogmática de la teoría del delito*” (ESER, 1997, p. 42)

A vítima deve ser o personagem principal da ação penal e não colocada em um segundo plano: “... *[s]i el derecho penal sirve para algo en una sociedad secular, este algo consiste en prevenir daños y, al suceder los daños, en devolverle a las personas el respeto requerido para ser sujetos morales plenos. El chantajeado, el violado y la persona transformada en cosa por la violencia merecen un remedio institucional redignificante. Este remedio es la condena penal lograda mediante la participación del ofendido en el proceso.*” (GOTI e PRÓLOGO, 1998, p. 2)

Afinal, parafraseando JOSÉ ANTONIO PAGANELLA BOSCHI, citado por GUILHERME DE SOUZA NUCCI, o Estado precisa aplicar a pena (e nisto se compreende o ajuizamento da ação e o respeito ao amplo direito de acusação) para que o ofendido e as outras pessoas da comunidade não tenham que fazê-

lo e, satisfeitos, sintam-se confiantes na ação de direito e das instituições de controle social que têm por função fazê-lo incidir nas situações concretas. (NUCCI, 2007, p. 74).

Data Venia, o que teria acontecido no caso Nardoni se o Estado não tivesse realizado com eficiência seu postulado? Linchamento público? É só num caso como estes, que se entende que a justiça natural da vingança é a lei suprema.

Outrossim, qual a lógica de se subtrair da vítima a legitimidade para exercer com plenitude o direito constitucional de petição ao Judiciário, para aplicar o direito penal cabível, máxime pela previsão constitucional expressa de que “não se pode excluir da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça de direito” (art. 5º., XXXV, da Constituição Federal)? Aliás, a Carta Republicana de 1988, em seu artigo 5º., LIX, como muito bem posto pelo Juiz Péricles Piza (TACrimSP, MS 360.114-6, 4a. Cam, j. 30.05.2000, RT 782:600), assegurou a vítima, “*no capítulo dos direitos e garantidas constitucionais à vítima, permitindo-lhe o direito de exercer ação penal privada nos crimes de ação pública se esta não for intentada no prazo legal. Visou com isso realçar a importância e o papel da vítima no processo criminal, dando-lhe, inclusive, instrumentalidade para, no juízo penal, assenhorear-se da titularidade da ação penal quando, sendo pública a ação, não for intentada pelo dominus litis no prazo e na forma da lei. Em outras palavras assegurou-lhe o direito de exigir exame de sua pretensão jurisdicional.*” Ora, se a pretensão da vítima for infundada, a querela será rejeitada e se a o juiz receber uma exordial temerária, um *writ* poderá ser impetrado.

Sublinhe-se que, até para o acusado, é muito mais seguro que seja aforada a Queixa Crime e, por inexistência de crime, atipicidade da conduta, ausência de indícios de autoria ou materialidade, prescrição (ou por qualquer outro motivo), exista uma decisão judicial, fundamentada e sujeita a recursos, o absolvendo.

Somente a impunidade e o jogo político que são privilegiados pela valorização de entendimentos pretéritos (anteriores a CF-88) ou fundados na legislação ordinária, limitando os direitos da vítima para atuação na seara

penal. Ampliar o monopólio (já quase absoluto) - baseado em entendimentos restritivos não fundados na Constituição e sim na lei ordinária -, da ação penal pelo Parquet, é jogar a vítima no assoalho, a colocando a mercê de jogos políticos e leilões em delegacias para manipulação de investigações (como o envio de precatórias num país continental, que acabam condenando um ilícito penal à prescrição se nada for feito).

Afora isto, aqueles que defendem a titularidade absoluta da ação penal ao Ministério Público, asseveram que isto estaria garantido pelo art. 129, I, da Carta Magna. Não é nossa opinião. Ao nosso ver, tal dispositivo veio para evitar ações penais ajuizadas de ofício por outras autoridades, mas jamais para sustar um direito da vítima, posto entre seus direitos e garantias fundamentais (art. 5º., LIX, CF).

O Ministro BUENO DE SOUZA, do Superior Tribunal de Justiça, (SOUZA, 1993, p. 32), entende que o novo texto constitucional deveria trazer uma nova discussão sobre o cabimento mais amplo da Ação Penal Privada Subsidiária:

“Por que fazer constar da Constituição dizeres que já estavam na lei ordinária e que não eram objeto de divergência? Compreendo a objeção. Se a norma legal, de conformidade com a qual a Ação Penal Privada Subsidiária da Pública, seria viável no silêncio do Ministério Público – este é o entendimento: só no silêncio –, isto estava na lei ordinária e não havia controvérsia. Se fosse controvertida, se a jurisprudência estivesse dividida, uma parte da jurisprudência entendendo que, em face do parecer, por arquivamento, nada cabia mais fazer ou, entendendo ao contrário, que, contudo, seria possível a Ação Penal Privada Subsidiária, compreende-se que a Constituição tomasse partido. Mas dizer a Constituição, aquilo que já é tranqüilo na jurisprudência e na doutrina brasileira – Frederico Marques subscreve essa doutrina; é uma doutrina conspícua –, a Constituição estaria dizendo coisas inúteis.

Por outro lado, há uma outra, consideração: ao expor meu pensamento, não estou, de modo algum, diminuindo o âmbito da atuação ao Ministério Público. Vou tornar mais claro meu pensamento. A Ação Penal Pública é prerrogativa do Ministério Público. Não usaria nunca o dominus litis, mesmo porque a lide pertence a outras pessoas: quem sofreu o furto e quem praticou o furto; quem praticou o homicídio e, depois, no tocante a efeitos patrimoniais, os que dependiam do defunto, da vítima. O Estado entra neste assunto, na relação jurídico-penal, apenas como representante da sociedade.

Então, a lide tem uma titularidade própria que está fora do processo, está antes da demanda. Está na vida social. Supor que o processo nada tem que ver com a composição subjetiva do litígio, parece-me que é uma doutrina muito artificial.

O processo reflete o teor do litígio. Então, o Ministério Público não pode ser essa tradição do Direito, quer dizer, falar-se em dominus litis, não deve ser mantida.”

A nosso ver, a questão é simples. A Constituição Federal fala que “será admitida ação penal privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal”. A Constituição não diz que será admitida a querela privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada ou “**arquivada**” tempestivamente.

Destarte, sendo tal norma clara e elencada entre os direitos fundamentais e pétreos constitucionais do cidadão, é irrelevante o texto de outra norma de menor envergadura, seja no texto constitucional ou na legislação infraconstitucional.

De mais a mais, o artigo 129, I, da CF diz que é função (obrigação no sentido de competência e de dever) do *Parquet* o manejo de ação penal pública. Dessarte, tal norma somente afirma que é função do Ministério Público

promover, entre os órgãos públicos, privativamente, a ação penal pública. Ora, *permissa venia*, quando a vítima afora uma Ação Penal Privada ela não está ajuizando uma ação penal pública, mas uma querela privada (está no nome!). Portanto, é temerário ler o artigo 5º., LIX, da Constituição Federal adicionando palavras que ele não tem (a hipótese de arquivamento não consta em tal artigo) e com base numa distorção dos termos técnicos contidos no artigo 129 da Carta Magna (ora, *data maxima venia*, o ofendido, ao manejar uma ação penal “privada”, não ajuíza uma ação penal “pública”).

Frise-se que o termo “função” deve ser lido com precisão técnica, bem como ação penal pública não pode ser confundido com ação penal privada. E nem oferecimento de denúncia pode ser confundido com arquivamento do inquérito.

De outro vértice, não se pode ignorar que o artigo 5º., XXXV, da Carta Republicana proclama que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito. Dessorte, como bem posto por **LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO**, “*ou se admite que a ação privada subsidiária da pública é cabível em caso de arquivamento, ou teremos que chegar a conclusão que o artigo 28 do Código de Processo Penal é inconstitucional*” (1992, p. 95). Ora, como que o Ministério Público, num país onde as instituições ainda caminham para uma purificação, pode ter o direito absoluto (extraído de uma interpretação altamente discutível do artigo 129 da Carta Magna) de decidir (com base em critérios, muitas vezes, políticos ou de “política criminal”) que crime será julgado pelo Judiciário, ignorando direitos fundamentais da vítima lançados no rol do artigo 5º da Carta Cidadã?

Posto isso, à guisa de conclusão e à luz do artigo 5º., LIX, da Carta Constitucional de 1988, entendemos que é direito fundamental da vítima – garantido por cláusula pétrea constitucional - o ajuizamento da ação penal privada supletiva sempre que a denúncia não foi ajuizada no prazo legal – mesmo nos casos de arquivamento judicial do inquérito policial -, sem prejuízo da rejeição liminar da querela supletiva, por falta dos requisitos para o recebimento de uma denúncia criminal, que desafiará os recursos processuais cabíveis aos Egrégios Pretórios e, se recebida de forma abusiva pelo Juiz, nada impede a impetração de habeas corpus pelo Querelado.

XVIII - BIBLIOGRAFIA

BENTO DE FARIA. *Código Penal Brasileiro.* 2ª. edição. Rio de Janeiro: Distribuidora Récord Editora. 1959. Volume 3.

BOSCH, José Antonio Paganella. *A ação penal - o Ministério Público.* Rio de Janeiro: Aide, 1987

BOSCH, José Antonio Paganella. *Persecução Penal - O inquérito policial - A ação penal - O Ministério Público.* Rio de Janeiro: Aide, 1987

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal.* 11ª. edição, São Paulo: Saraiva. 2004

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanha. *O Processo Penal em Face da Constituição.* Rio de Janeiro: Editora Forense. 1992

ESER, Albin. *Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal.* Bueno Aires: Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires. 1997. nº 7

FRENCESCHETTI, Gustavo y GAMBA, Silvia. *El querellante: la reivindicación de la víctima en el proceso penal.* 1ª edição. Rosario: Nova tesis Editorial Jurídica. 2010

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal.* 4ª. edição. São Paulo: Max Limonad. Tomo I, Vol II

GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal.* 4. ed. 30. tiragem. São Paulo: Max Limonad, 1966. v.1, t. 1 e 2

GRINOVER, Ada Pelegrini; MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio;
SCARANCE FERNANDES, Antonio. *As nulidades no processo penal.* 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 1997, cap. VII, n. 2.

GOMES, Luiz Flávio. *Assistente de Acusação: Legitimidade para Recorrer, in Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal,* nº. 36. Jun-Jul/2010.

GOTI, Malamud y PRÓLOGO, Jaime, en **BOVINO, ALBERTO.** *Problemas del derecho procesal penal contemporâneo.* Buenos Aires: Ed. Del Puerto. 1998

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal.* São Paulo: Forense. 1965. vol. I

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal.* Rio de Janeiro: Forense, 1965. v. IV

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal.* 3ª Edição. São Paulo: Atlas. 1994

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código penal interpretado.* 6. ed. - 2. reimpr. - São Paulo: Atlas, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal.* São Paulo: Atlas, 1991

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal.* São Paulo: Atlas, 2002

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional.* São Paulo: Atlas, 1997

NUCCI, GUILHERME DE SOUZA. *Individualização da Pena*, 2^a. edição. São Paulo: Editora RT. 2007

ROMEIRO, JORGE ALBERTO. *Da Ação Penal*. 2^a. edição. Rio de Janeiro: Forense. 1978

SCARANCE FERNANDES, ANTONIO. *Processo penal constitucional*. 6. Ed. Revisada, atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010

SOUZA, ROMILDO BUENO DE. *Ação penal privada subsidiária da ação penal pública*. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1993 (Ciclo de palestras ocorridos no Superior Tribunal de Justiça no dia 15.10.93)

TOURINHO FILHO. *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva. 1999. Volume 1