



III. AÇÃO PENAL E SEUS REFLEXOS NA LEI MARIA DA PENHA

III. CRIMINAL ACTION AND THEIR REFLECTIONS IN THE MARÍA DA PENHA LAW

Cynthia Monike dos Santos Costa Milanez¹

Recebido em:	26.06.2020
Aprovado em:	15.11.2020

RESUMO: Este artigo tem por propósito abordar as principais características da ação penal, bem como analisar a classificação das ações penais condenatórias, versando ainda sobre algumas divergências doutrinárias sobre o tema. Destarte, inicialmente abordar-se-á o conceito dominante na doutrina, assim como as condições que devem ser observadas para propor a ação penal. Em seguida, passar-se-á à análise de algumas problemáticas que circundam o tema, apontando as posições majoritárias e minoritárias. Finalizando o presente trabalho, busca-se elencar, de forma sucinta, relevantes aspectos de como a ação penal repercutiu nos crimes de lesão corporal leve e lesão corporal culposa com violência doméstica e familiar contra a mulher.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Ação Penal. Divergências Doutrinárias. Lei Maria da Penha.

44

ABSTRACT: This article aims to address the main characteristics of criminal action, as well as to analyze the classification of condemnatory criminal actions, as well as addressing some doctrinal differences on the subject. Thus, initially the main concept in the doctrine will be approached, as well as the conditions that must be observed to bring the criminal action. Then, we will analyze some issues surrounding the theme, pointing out the majority and minority positions. Concluding the present work, we try to list, briefly, relevant aspects of how the criminal action had repercussions in the crimes of minor and personal injury with domestic and family violence against women.

Keywords: Criminal Procedural Law. Criminal action. Doctrinal Disagreements. Maria da Penha Law.

1. INTRODUÇÃO

O tema deste artigo versa sobre algumas considerações da ação penal e seus desdobramentos, além de abordar, de forma sintética, algumas divergências doutrinárias. Para tanto, adotou-se o método indutivo e a pesquisa indireta, tendo por base as legislações, doutrinas e artigos jurídicos.

¹ Graduanda do curso de Direito da Faculdade Católica Imaculada Conceição do Recife. Orientada pelo Prof. Pedro Spíndola. Servidora Pública da Prefeitura de Camaragibe. E-mail: cmsc28@gmail.com.



O presente artigo buscou em um primeiro momento conceituar o instituto da ação penal com base na necessidade demonstrada pelo Estado para que pudesse exercer sua tutela jurisdicional, ou seja, tendo em vista que tal atividade jurisdicional é inerte se faz essencial a criação de um instituto que permitisse que o interessado na tutela jurisdicional, pudesse provocar o Estado-Juiz, para que este por meio de um processo fosse capaz de resolver os conflitos aplicando o direito penal objetivo ao caso concreto.

Em um segundo momento procura-se apontar as condições que funcionam como requisitos necessários e condicionantes ao regular exercício da ação. As condições da ação são de fundamental importância para que não haja um excesso no exercício do direito de ação, traduzindo-se numa aventura desmedida. A deflagração da ação resulta em consequências para o réu, já que o processo é oneroso. Desta feita, exige-se do demandante a observância das condições, para que o Estado possa exercer sua tutela jurisdicional consubstanciando o regular exercício do direito de ação.

Posteriormente, a presente pesquisa acadêmica visa tratar de algumas divergências doutrinárias acerca do tema. A primeira controvérsia apontada se refere a necessidade ou não de uma lide para que haja uma relação processual penal. A segunda discussão doutrina reporta-se a possibilidade ou não do Ministério Público aditar a queixa crime na ação penal privada.

Por fim, pretende-se expor, brevemente a classificação das ações penais condenatórias tendo por referência a titularidade do direito de ação. Desta feita, as ações se subdividem em ações penais públicas e ações penais privadas.

2. DA AÇÃO PENAL

2.1 CONCEITO

Na antiguidade, o Estado não se fazia presente na resolução dos conflitos de interesses que por ventura surgissem na sociedade. Tais litígios eram resolvidos por meio da autotutela, onde o mais forte prevalecia sobre o mais fraco, instrumento este, que, via de regra, foi banido do nosso ordenamento jurídico, pois o exercício arbitrário das próprias razões é tratado no art. 345 do CP como crime contra a Administração da Justiça. Portanto, o Estado percebeu que



esse instituto não era eficaz, pois nem sempre o mais forte estaria com a razão (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 201).

Logo, em um determinado momento histórico o Estado toma para si a responsabilidade de resolver os litígios da sociedade exercendo uma função jurisdicional. Sendo assim, como a atividade jurisdicional é inerte, o Estado precisava ser provocado para prestar sua tutela jurisdicional, dizendo com quem estava o direito no caso concreto, substituindo a vontade das partes com força definitiva. Diante o exposto, surge a necessidade de se criar um instrumento que pudesse provocar o Estado, no intuito de se obter o provimento jurisdicional adequado a solução do litígio (BRASILEIRO, 2012, p. 231).

Surge desta forma o conceito de ação penal. É importante salientar, que a doutrina diverge ao conceituar ação. A doutrina majoritária entende que a ação é um direito público subjetivo de pedir ao Estado, personificado na figura do Juiz que por meio de um processo, possa aplicar o direito penal objetivo no caso concreto. O direito de ação encontra respaldo constitucional no art. 5º, XXXV, que prenuncia que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 201).

Segundo a doutrina minoritária, ação não é um direito. O direito subjetivo existente é o direito a tutela jurisdicional. A ação processual se consubstancia em uma conduta de agir em juízo, ou seja, ação penal é o movimento de ir à justiça em busca do direito, portanto teria natureza tão somente processual (CAPEZ, 2015, p. 163). Segundo Renato Brasileiro:

Não se pode confundir o direito de ação com a ação propriamente dita. Direito de ação é o direito de se exigir do Estado o exercício da jurisdição. Ação, todavia, é o ato jurídico, ou mesmo a iniciativa de se ir à justiça, em busca do direito, com efetiva prestação da tutela jurisdicional, funcionando como a forma de se provocar o Estado a prestar a tutela jurisdicional. (BRASILEIRO, 2012, p. 231)

Portanto, é o direito do Estado-acusação ou da vítima de ingressar em juízo, solicitando a prestação jurisdicional, representada pela aplicação das normas de direito penal ao caso concreto.

2.2 CONDIÇÕES DA AÇÃO PENAL



São requisitos necessários, estabelecidos no ordenamento jurídico, que subordinam o regular exercício do direito de ação, ou seja, para se exigir a prestação jurisdicional é fundamental o preenchimento prévio das condições da ação. É importante ressaltar, que a presença dessas condições deve ser aferida no recebimento da petição inicial acusatória, onde ausente qualquer uma delas, deve o juiz rejeitar a peça acusatória (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 203). Conforme Nestor Távora:

Como se depreende, o exercício do direito de ação não se pode traduzir em uma aventura desmedida. É certo que a deflagração da ação implica sérias consequências ao réu, exigindo-se do demandante o preenchimento de certas condições, para que o pleito jurisdicional seja exercido de forma legítima [...], protegendo-se o Poder Judiciário dos excessos do Estado-acusação, ou da vítima, na condição de querelante, em verdadeiro abuso de direito, evitando-se a possibilidade do manejo de ações inviáveis, pois o simples exercício da ação já implica consequências ao demandado, já que o processo é oneroso (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 203).

2.2.1 Condições genéricas da ação

47

São pressupostos que devem ser observados por toda ação penal, isto é, para que o autor proponha uma ação e tenha o direito de pedir ao Estado que se manifeste sobre seu jus puniend, ou seja, analise o mérito da questão, é imprescindível preencher alguns requisitos gerais e inerentes a toda ação penal (CAPEZ, 2015, p. 164).

Importa ressaltar, que parte da doutrina trabalha com a premissa que as condições genéricas da ação possuem a mesma concepção das condições íntimas ao processo civil. Por conseguinte, para o exercício regular da ação e a obtenção do provimento jurisdicional adequado, exige-se um pedido juridicamente possível, a legitimidade das partes, o interesse de agir e a justa causa, no qual a inobservância de qualquer condição genérica configura abuso do direito de ação, permitindo a rejeição da petição inicial acusatória (BRASILEIRO, 2012, p. 234).

2.2.1.1 Possibilidade jurídica do pedido



Pedido possível é aquele com respaldo legal, ou seja, se o fato descrito na petição inicial acusatória não constituir infração penal, não será possível proceder à ação penal devendo a inicial ser rejeitada. Portanto, a parte não pode pedir a condenação por qualquer fato, pois este deve ser típico, isto é, deve estar previsto em lei como infração penal. Com base no princípio da legalidade, elencado no art. 1º do CP, só existe crime se antes exista uma lei que defina esse fato com crime. Destarte, no processo penal, quando o autor provoca por meio da ação penal o Estado para que este se manifeste sobre seu *jus puniendi* necessário que a conduta narrada na inicial seja criminosa. Em síntese, a possibilidade jurídica do pedido está ligada a ideia de tipicidade da conduta (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 204).

Segundo Renato Brasileiro: “O pedido formulado pela parte deve referir-se a uma providência admitida no direito objetivo, ou seja, o pedido deve encontrar respaldo no ordenamento jurídico, referindo-se a uma providência permitida em abstrato pelo direito objetivo.” (BRASILEIRO. 2012, p. 236).

2.2.1.2 Legitimidade para agir (*legitimatío ad causam*)

A legitimidade para agir pode ser definida como a condição prevista em lei que permite a um determinado sujeito propor a demanda judicial e a um determinado sujeito ocupar o polo passivo dessa mesma demanda. Importa salientar, que a *legitimatío ad causam* é dividida em legitimidade ativa e passiva (BRASILEIRO, 2012, p. 238).

Legitimidade ativa se resume em quem pode ingressar com ação penal, o qual vai depender do tipo de ação. Nas hipóteses de ação penal pública, por expressa disposição do art. 129, inc. I, CF, o titular da ação será o Ministério Público. Nas ações penais privadas, o legitimado será o ofendido ou seu representante legal. Excepcionalmente, nas ações de iniciativa privada, a inicial acusatória poderá ser oferecida por curador especial ou, nos casos de morte ou declaração de ausência, os seus sucessores. Importa frisar, que segundo o art. 37 do CP, as pessoas jurídicas podem propor ação penal nos crimes em que elas podem ser vítimas (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 206).

A legitimidade passiva é definida como quem pode ser réu no processo, ou seja, a legitimação recai sobre o provável autor do fato delituoso, que por expressa disposição constitucional, a pessoa física deve ter 18 (dezoito) anos completos ou mais, já que os



menores são penalmente inimputáveis. Importa salientar, que as pessoas jurídicas, segundo determinação constitucional, podem figurar no polo passivo da demanda (CAPEZ, 2015, p. 165). Segundo Nestor Távora:

Vale frisar que a Constituição remete à disciplina a lei ordinária o tratamento da responsabilidade criminal da pessoa jurídica. Atualmente é apenas a Lei nº 9.605/1998 que disciplina a matéria, no tocante às infrações praticadas em detrimento do meio ambiente. O Superior Tribunal de Justiça, em construção jurisprudencial, passou a vincular o ajuizamento da ação penal contra a pessoa jurídica à indicação, ainda na inicial acusatória, da pessoa física responsável pela administração. Criou-se, assim, **a teoria da dupla imputação**. (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 206)

2.2.1.3 Interesse de agir

O interesse de agir é consubstanciado em um trinômio, qual seja, necessidade, adequação e utilidade. Portanto, o autor deve demonstrar a necessidade de se recorrer ao Judiciário para a obtenção do provimento jurisdicional adequado, ou seja, para o autor promover uma ação penal é necessário a demonstração que não existe outra forma de conseguir de sua pretensão se não for recorrendo ao Judiciário (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 204).

No processo penal, a necessidade está implícita em toda e qualquer acusação, porque ninguém pode ser privado de sua liberdade sem o devido processo legal, ou seja, a necessidade está sempre implícita porque o autor não tem outra forma de ingressar no Judiciário afim de que o Estado se manifeste sobre o seu direito público subjetivo de punir se não com a ação penal, porque mesmo que o réu não resista se faz necessário promover a ação por causa do devido processo legal (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 204). Segundo Renato Brasileiro:

Não se discute se o autor faz jus ou não ao direito que alega possuir, porque esse tema é pertinente ao mérito, e não às condições da ação. Incube ao juiz apenas a verificação em abstrato e de maneira hipotética e efetiva necessidade do provimento jurisdicional, comprovando-se que o autor não poderia obter o mesmo resultado por outro meio extraprocessual. (BRASILEIRO, 2012, p. 238)



A utilidade traduz-se na eficácia da atividade jurisdicional para satisfazer o interesse do autor, portanto, só há utilidade se houver possibilidade de realização do *jus puniendi* estatal, com eventual aplicação da sanção adequada. Em síntese, se a punição não é mais possível a ação passa a ser inútil. (BRASILEIRO, 2012, p. 245)

A adequação verifica-se quando o autor utiliza da via adequada ao provimento jurisdicional que deseja. Portanto, no processo penal o interesse de adequação está implícito na ação penal, porque ao promover a demanda criminal o autor deseja a obtenção da concretização do *jus puniendi* estatal e no processo penal a única ação que visa a concretização de tal direito é a ação penal condenatória. Em síntese, a adequação consiste no processo penal condenatório e no pedido de aplicação de sanção penal. (TÁVORA; ALENCAR 2015, p. 204)

2.2.1.4 Justa causa

É o conjunto probatório mínimo necessário e idôneo a propositura da ação penal, ou seja, o autor da ação deve demonstrar ao juiz que possui justa causa para ele se manifestar quanto ao direito de punir. A justa causa resume-se em prova da materialidade delitiva, ou seja, se o crime realmente existiu, e indícios suficientes de autoria. (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 209)

2.2.2 Condições de procedibilidade

Além das condições genéricas da ação, que são pertinentes a toda e qualquer ação penal, algumas espécies de ação exigem ainda a presença de condições específicas, ou seja, há crimes que além de exigirem as condições genéricas, exigem também algumas condições específicas para se propor a ação, que são as condições de procedibilidade, sem as quais o titular não pode propor a demanda. Tais condições específicas são verificadas nas ações públicas condicionadas, que são a representação da vítima e a requisição do Ministro de Justiça. (BRASILEIRO, 2012, p. 245)

2.3. CLASSIFICAÇÃO DAS AÇÕES PENAS CONDENATÓRIAS



2.3.1 Ação penal pública incondicionada

2.3.1.1 Conceito e titularidade

A ação penal pública incondicionada é de titularidade exclusiva do Ministério Público (MP), tendo como peça inicial acusatória a denúncia. É denominada incondicionada porque o membro do parquet não depende da manifestação de vontade do ofendido ou de terceiros para promover a demanda criminal. Ou seja, havendo presença das condições da ação e justa causa para o oferecimento da denúncia, o membro do Ministério Público prescinde de qualquer condição para deflagrar a ação.²

A ação penal pública incondicionada constitui regra no ordenamento jurídico, conforme previsto no art. 100, caput, CP. Isto é, o crime será de ação penal pública incondicionada se a lei que prevê o crime silenciar a respeito do tipo de ação penal. É importante salientar, que os crimes que se procedem mediante ação penal pública incondicionada, são crimes que ofendem de tal maneira toda a coletividade, isto é, o interesse geral, que nesses casos cabe ao Ministério Público a propositura da ação, independentemente de provocação da parte interessada ou de terceiros, ou seja, independentemente do consentimento da vítima. (BRASILEIRO, 2012, p. 291)

A CF/88 em seu art. 129, inc. I, assim como o CPP em seu art. 257, inc. I, determinam que o Ministério Público é o titular da ação pública. A única exceção que se verifica está consagrada no art. 5, inc. LIX, da CF/88, que prevê que será admitida ação privada nos crimes que se apuram mediante ação pública quando esta não for intentada no prazo legal, hipótese da ação penal privada subsidiária da pública. (AVENA, 2012, p. 149)

Portanto, não foram recepcionados pela CF/88 os dispositivos que permitiam a possibilidade de a persecução penal iniciar-se em juízo por portaria do magistrado, do delegado, ou em razão da lavratura do auto de prisão em flagrante. Desta feita, o processo judicialiforme encontra-se revogado (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 32).



2.3.1.2 Princípios que regem a ação penal pública incondicionada

São sete os princípios que regem a ação penal pública: o da oficialidade; a autoritariedade; o da oficiosidade; o da obrigatoriedade; o da indisponibilidade; o da divisibilidade e o da intranscendência.

- Oficialidade: Quem promove a ação penal pública incondicionada é um órgão oficial do Estado, qual seja, o Ministério Público (MP). (CAPEZ, 2015, p. 169)
- Autoritariedade: A frente deste órgão oficial está uma autoridade pública, que é o promotor de justiça, em âmbito estadual, e o procurador da república, na esfera federal. (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 216)
- Oficiosidade: Para promover a ação penal pública incondicionada não se faz necessário qualquer autorização do ofendido ou de terceiros, devendo o MP atuar de ofício. (CAPEZ, 2015, p. 169)
- Obrigatoriedade (legalidade processual): Quando o Ministério Público (MP) estiver diante da justa causa e não tiver nada que o impeça de exercer a ação penal, estará obrigado a oferecer a denúncia. Portanto, não cabe ao MP a realização de um juízo de conveniência ou oportunidade para decidir se atuarão ou não. Ou seja, estando presentes todos os requisitos legais e não havendo nenhum impeditivo, o MP deve proceder a ação penal. (CAPEZ, 2015, p. 167). Importa salientar, que em sede de juizado, tal princípio é relativizado pelo instituto da transação penal. Portanto, mesmo havendo um lastro probatório que permita ao MP oferecer a denúncia, se o indiciado preencher os requisitos legais da transação penal, previstos no art. 76 da Lei nº 9099/95, o MP não tem obrigação de promover a demanda. Esse instituto jurídico da justiça consensual relativizou o princípio, razão pelo qual é chamado de obrigatoriedade mitigada ou discricionariedade regrada. (BRASILEIRO, 2012, p. 276)
- Indisponibilidade: O princípio da indisponibilidade, consagrado no art. 42 do CPP, é uma decorrência do princípio da obrigatoriedade, porque uma vez proposta a ação, o MP não pode desistir do processo. Importante ressaltar, que este princípio deve ser observado quando há um processo, ou seja, a partir do recebimento da denúncia por



parte do juiz, hipótese que em que o MP não poderá dispor da demanda. Observa-se ainda, que o MP tem por finalidade a aplicação da justiça, isto é, não precisa necessariamente o MP pedir a condenação do réu, pode se achar justo, pedir a absolvição do réu, hipótese que não vincula a decisão do juiz. (CAPEZ, 2015, p. 168).

- Divisibilidade: Em relação ao princípio da divisibilidade paira uma grande divergência doutrinária. Segundo os Tribunais Superiores, vigora na ação penal pública incondicionada o princípio da divisibilidade, onde o MP poderia dividir a acusação sem que isso acarretasse qualquer prejuízo a propositura da ação penal, ou seja, o MP pode oferecer a denúncia contra apenas parte dos coautores e partícipes, sem prejuízo das investigações em relação aos demais envolvidos (BRASILEIRO, 2012, p. 285). Parte da doutrina trabalha com a premissa que se aplica o princípio da indivisibilidade, onde o processo criminal de um obriga ao processo de todos. Portanto, havendo elementos probatórios em relação aos coautores e partícipes, o Ministério Público fica obrigado a oferecer a denúncia contra todos envolvidos na circunstância criminosa (BRASILEIRO, 2012, p. 285).
- Intranscendência (pessoalidade): A ação penal não pode transcender, ou seja, ela não pode atingir outras pessoas que não tenham responsabilidade criminal pelo fato delituoso praticado, isto é, a ação só pode ser proposta a quem se imputa a prática do delito, não podendo prejudicar terceiros que não concorreram para a prática delituosa (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 220).

2.3.2 Ação penal pública condicionada

A ação penal pública é condicionada, quando a sua promoção depender de alguma condição de procedibilidade, tais como, a representação da vítima ou requisição do Ministro de Justiça. Desta feita, para a promoção da ação penal pública condicionada o membro do *parquet* não pode agir de ofício, devendo cumprir com as condições impostas pela lei. A titularidade para deflagrar o processo é do Ministério Público, pois se trata de uma ação pública, mas a titularidade para representar é do ofendido e da requisição é do Ministro de Justiça. Quando o crime se apura mediante ação penal pública condicionada a lei informará,



pois caso contrário, se o legislador nada falar a respeito, vigora a regra da ação pública incondicionada (BRASILEIRO, 2012, p. 294).

Importa salientar, que todos os princípios informadores da ação penal pública incondicionada se aplicam a ação penal condicionada, com exceção do princípio da oficiosidade, pois o Ministério Público não pode atuar de ofício, tão somente quando houver a representação da vítima ou requisição do Ministro de Justiça (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 221).

2.3.2.1 Representação

Representação é uma condição de procedibilidade sem a qual o Ministério Público não poderá deflagrar a demanda, ou seja, sem ela a persecução penal não se inicia. Desta feita, nem mesmo o inquérito policial poderá ser instaurado de ofício pelo delegado de polícia, pois o legislador deixou a cargo da vítima a faculdade de autorizar ou não o início do procedimento, por motivos de política criminal, tendo em vista que muitas vezes seria mais constrangedor para a vítima ser posta a um processo de reconstrução de fatos já passados, expondo a sua intimidade em juízo ou na delegacia, do que a própria impunidade do criminoso. A representação é definida como qualquer manifestação inequívoca de vontade da vítima no sentido de ver responsabilizados os seus eventuais agressores, dispensando qualquer rigor formal (BRASILEIRO, 2012, p. 295).

A representação tem natureza jurídica híbrida, isto é, tem conteúdo penal e processual penal. A parte penal da representação se refere ao prazo decadencial de seis meses para ser oferecida sob pena de decadência e consequentemente a extinção de punibilidade, portanto, repercutindo no *jus puniendi* estatal. Sua parcela processual decorre do fato da representação ser uma condição de procedibilidade sem a qual a demanda não se inicia. Importa ressaltar, que quando uma norma tem natureza jurídica mista, prevalece sua natureza penal, o que eventualmente repercute na contagem do prazo decadencial e o seu comportamento no tempo (BRASILEIRO, 2012, p. 296).

O prazo decadencial é de seis meses contados a partir do conhecimento do autor do fato delituoso. Portanto, este prazo tem natureza penal e contado na forma do art. 10 do CP,



onde se inclui o dia do início e exclui-se o dia do vencimento, não se prorrogando e nem se suspendendo este prazo (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 221).

A titularidade da representação é da vítima, mas se o ofendido for menor de 18 anos ou está acometido de alguma enfermidade que o impeça de exercer tal direito, a legitimidade passa para seu representante legal. Caso o incapaz não possua representante ou os seus interesses estejam colidindo, o juiz nomeará um curador especial. Caso a vítima morra ou for declarada judicialmente a sua ausência, a legitimidade passa para os seus sucessores previstos no art. 36 do CPP, quais sejam, o cônjuge (leia-se companheiro), ascendente, descendente e irmão (CAPEZ, 2015, p. 177).

A representação pode ser feita diretamente pela vítima ou seu representante legal ou por procurador com poderes especiais, que não precisa ser advogado, e pode ser endereçada ao delegado, ao MP ou ao juiz. A representação admite a retratação até o oferecimento da denúncia por parte do MP, após este ato, a representação se torna irretratável. Importa ressaltar, que a vítima pode retratar-se e oferecer a representação quantas vezes for conveniente, desde que a retratação da retratação seja feita antes de oferecida a denúncia e dentro do prazo decadencial de seis meses. A representação não vincula o Ministério Público, porque o ofendido não representa contra um ou outro agente determinado, pois a representação é tida como o consentimento para que o MP possa promover a responsabilidade criminal de quem praticou o ato (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 224).

55

2.3.2.2 Requisição

A requisição do Ministro de Justiça é um ato de conveniência política, autorizando a persecução penal nos crimes que a exijam, sendo endereçada ao Ministério Público na pessoa do Procurador Geral, não possuindo prazo fixo, ou seja, pode ser ofertada a qualquer tempo, enquanto a infração penal não estiver prescrita, ou a punibilidade não estiver extinta por qualquer outra causa e não vincula a atuação do MP. Importante salientar, que a sua natureza jurídica é processual penal, pois se trata de uma condição de procedibilidade sem a qual o MP não pode oferecer a denúncia (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 226).

2.3.3. Ação Penal Privada



Os crimes que se apuram mediante ação penal privada, são crimes que, por motivos de política criminal a fim de evitar a vitimização secundária, o legislador conferiu a própria vítima a titularidade do exercício da ação funcionando como verdadeira substituição processual, pois o particular atua em nome próprio na tutela de interesse alheio que é o jus puniendi estatal, ou seja, o Estado, titular exclusivo do direito de punir, transfere a legitimidade para a propositura da ação penal à vítima (BRASILEIRO, 2012, p.312).

O fundamento é evitar que a vítima se submeta ao constrangimento do processo de reconstrução de fatos anteriores, tendo que expor sua intimidade em juízo que, por muitas vezes, é mais prejudicial ao ofendido do que vê responsabilizados os seus eventuais agressores. Na ação penal privada o autor da demanda é denominado de querelante, ao passo que o acusado é chamado de querelado, sendo a peça acusatória chamada de queixa crime (BRASILEIRO, 2012, p. 312).

Com fulcro no art. 30 do CPP, a titularidade do direito de ação cabe ao ofendido ou ao seu representante legal. No caso de morte ou declaração judicial de ausência, a legitimidade passa para o cônjuge (leia-se companheiro), ascendente, descendente e irmão nesta ordem de preferência. Importa salientar, que o Ministério Público participa da ação penal como custos legis, ou seja, como fiscal da lei e não como titular da ação (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 227).

2.3.3.1 Princípios que norteiam a ação penal privada

a) Oportunidade ou conveniência: Na ação penal privada, mesmo que a vítima tenha justa causa, ou seja, provas necessárias da materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria, ela não é obrigada a promover a queixa-crime, porque o crime ataca a intimidade do ofendido, portanto, cabe a vítima, com base no juízo de conveniência e oportunidade, oferecer ou não a queixa-crime (CAPEZ, 2015, p. 188).

b) Disponibilidade: O princípio da disponibilidade é um corolário lógico do princípio da oportunidade, porque se a vítima não é obrigada a promover a ação penal, portanto, ela não pode ser obrigada a permanecer na ação. Ou seja, o querelante não é obrigado a oferecer a



queixa-crime, mas se ele oferecer e o juiz receber, dando início ao processo judicial, o ofendido pode dispor do mesmo por várias formas. Importa ressaltar, que a vítima pode tão somente, dispor do processo judicial e não da fase investigativa (CAPEZ, Fernando, 2015, p. 188).

- Desistência: O ofendido pode começar o processo e depois pedir ao juiz para desistir (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 229).
- Perempção: A perempção prevista no art. 60 do CPP, são hipóteses que quando verificadas quebram a lógica da ação penal privada, pois o querelante vai demonstrar desinteresse pela ação penal, portanto, pela condenação do acusado. Ou seja, o querelante não é obrigado a oferecer a queixa, mas se, contudo, promoveu a ação penal foi com o intuito de obter a condenação e as hipóteses de perempção são situações que quebram essa lógica (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 231).
- Perdão: O perdão é a possibilidade do querelante, começando o processo judicial, a partir do recebimento da inicial acusatória, poder perdoar o querelado. O perdão pode ser processual ou extraprocessual, ou seja, dentro ou fora do processo. O querelante pode perdoar um só querelado, mas o que ele não pode é querer que os efeitos do perdão não se estendam aos demais querelados, pois o efeito do perdão concedido a um dos querelados, obrigatoriamente se estendem a todos os demais (AVENA, 2012, p. 162).

O princípio da indivisibilidade afirma que na ação penal privada o querelante não pode dividir a acusação, ou seja, se o querelante quiser promover a ação penal, ou ele promove contra todos os querelados ou não deflagra a demanda contra nenhum deles. Desta feita, a ação penal privada deve ser feita em relação a todos que possuem responsabilidade criminal pelo fato, pois se o querelante perdoar apenas um ou alguns dos querelados, estaria indiretamente dividindo a acusação, e é em tal fundamento que o perdão deve se estender a todos os envolvidos (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 230).

O perdão pode ser dado de forma expressa, quando o querelante manifesta expressamente o interesse de perdoar o querelado e tácita quando o querelante adotar



comportamentos incompatíveis com a vontade de processar judicialmente o querelado. Neste caso, poderá o querelado se valer de qualquer meio de prova para demonstrar que foi perdoado pelo querelante. Importa frisar, que o perdão gera a extinção do processo, extinguindo-se a punibilidade. O perdão é um ato bilateral, pois depende da aceitação do querelante. Quando o querelante oferece o perdão, o juiz intima os querelados para que eles no prazo de três dias digam se aceitam ou não o pedido de perdão, devendo constar no instrumento de intimação a advertência no sentido de que, se eles não se manifestarem no prazo de três dias o perdão vai ser presumivelmente aceito. Importa salientar, que se um dos querelados não aceita o perdão, a sua não aceitação só produz efeitos para ele mesmo, não se estendendo aos demais que aceitarem o perdão, portanto, a ação penal continua tão somente com o querelado que não aceitou o perdão. O perdão pode ser ofertado até transitar em julgado a sentença condenatória (BRASILEIRO, 2012, p. 317).

- c) Indivisibilidade: Significa que o ofendido não pode dividir a acusação que ele vai formular, ou seja, o querelante ao oferecer a demanda, deve incluir todos os querelados, contra quais se tem um lastro probatório suficiente para propor a demanda. Desta feita, decorre deste princípio um instituto denominado renúncia. Se o querelante renuncia seu direito de queixa contra um dos querelados, em razão do princípio da indivisibilidade, os efeitos da renúncia devem obrigatoriamente se estender aos demais querelados. A renúncia pode ser expressa ou tácita, é unilateral, isto é, não precisa da aceitação dos querelados, produzindo de imediato o efeito da extinção do processo e consequentemente a extinção de punibilidade (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 232).

2.3.4 Tipos de ação penal privada

2.3.4.1 Ação penal exclusivamente privada

O que diferencia a ação penal propriamente dita é a possibilidade de outras pessoas assumirem a legitimidade ativa no lugar da vítima, quando por alguma impossibilidade a vítima não puder promover a ação (AVENA, 2012, p. 157).

2.3.4.2 Ação penal privada personalíssima



Somente a vítima pode promover a ação penal e mais ninguém, mesmo que ela seja incapaz e não tenha representante legal, essa ação só pode ser deflagrada pela vítima. Só existe um único crime que se apura mediante ação penal privada personalíssima que está previsto no art. 239 do CP. Importa ressaltar, que toda ação penal privada tem prazo de seis meses para promover a ação. Na ação penal exclusivamente privada, o prazo começa a contar da data do conhecimento da autoria do fato delituoso. Na personalíssima, o prazo decadencial de seis meses começa a contar da data que o querelante conseguiu na seara cível a anulação do casamento por erro essencial ou ocultação de impedimento, por meio de uma decisão transitada em julgado (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 234).

2.3.4.3 Ação penal privada subsidiária da pública

A ação penal privada subsidiária da pública é um direito e garantia individual do cidadão, portanto, é uma cláusula pétrea, prevista no art. 5º da CF/88. É uma ação privada proposta pelo ofendido em um crime que originariamente se procede mediante ação penal pública, e o Ministério Público não intenta a ação no prazo legal. Importa ressaltar que não intentar a ação penal no prazo legal, significa que o MP foi desidioso e não se manifestou, ou seja, não ofereceu a denúncia, não requisitou novas diligências, não pediu o arquivamento e nem declinou do feito (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 234).

59

3. LEI MARIA DA PENHA E OUTRAS PROBLEMÁTICAS RELACIONADAS A AÇÃO PENAL

3.1 LEI MARIA DA PENHA

A lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha preconiza a luta pela caracterização da violência doméstica como séria violação dos direitos humanos das mulheres em geral. A lei tem o objetivo de proporcionar proteção ao público alvo e de construir procedimentos judiciais, policiais e administrativos mais eficazes e humanizados em favor das mulheres.



A lei busca promover uma mudança real e crítica nos valores sociais, valores esses que naturalizaram a violência ocorrida nas relações familiares onde o sistema patriarcal e machista predominou por séculos no Brasil. Alguns dos principais fatores propulsores relacionados à desigualdade de gênero são: tolerância social da violência contra a mulher, controle masculino das esferas de decisão, limitações à independência feminina nos espaços público e privado, estereótipos rígidos de papéis masculinidade e feminilidade, e relações de grupos masculinos que enfatizam a agressão e o desrespeito às mulheres. Por outro lado, os fatores de reforço da violência são a tolerância de comportamentos violentos em geral, experiências pessoais de violência, enfraquecimento de comportamentos pró-sociais (especialmente o uso abusivo de álcool), desigualdades sociais, a discriminação, e reações disciplinares violentas aos avanços dos direitos das mulheres.

A LMP trabalha em três eixos estruturantes: prevenção, proteção e responsabilização e uma das inovações mais celebradas desta Lei foram as medidas protetivas de urgência. Considerando o caráter usualmente cíclico da violência doméstica, tratar adequadamente o episódio atual de violência doméstica também é prevenir um possível episódio futuro. Enquanto a investigação criminal projeta-se para o passado, as estratégias de proteção à vítima projetam efeitos para o futuro e exigem uma nova lógica de intervenção de todas as instituições públicas, pautadas no princípio da precaução.

60

3.1.1 AÇÃO PENAL NOS CRIMES QUE ENVOLVEM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

Os crimes de lesão corporal leve e lesão corporal culposa, que antes eram de ação penal pública incondicionada, passaram a ser de ação penal pública condicionada a representação conforme o art. 88 da Lei nº 9.099/95. A discussão doutrinária reside se tal dispositivo também se aplica às lesões corporais leves e culposas praticadas no contexto da violência doméstica e familiar contra a mulher (Lei nº 11.340/06, arts. 5º e 7º) ou se a ação penal continuaria a ser incondicionada, ou seja, há uma intensa controvérsia doutrinária acerca da espécie da ação penal, haja vista uma aparente antinomia entre os arts. 16 e 41 da Lei Maria da Penha (BRASILEIRO, 2017, p. 278).



É importante salientar que o art. 16 da Lei Maria da Penha estabelece que nos crimes praticados no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher cuja ação penal seja pública condicionada a representação da ofendida, só será admitida a renúncia à representação até o recebimento da denúncia, perante o juiz, em uma audiência especial e depois de ouvido o Ministério Público (MP). Diante do exposto, como o dispositivo refere-se à representação, há doutrinadores que entendem que mesmo no caso de violência doméstica e familiar contra a mulher, continua sendo obrigatório a implementação da representação em relação aos crimes de lesão corporal leve e lesão corporal culposa (BRASILEIRO, 2017, p. 278).

No entanto, o art. 41 da Lei Maria da Penha afirma que os crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099/95. Importa salientar que a se a Lei dos Juizados não se aplica as situações de violência doméstica e familiar contra a mulher e é a Lei dos Juizados que estabelece que o crime de lesão corporal leve e lesão corporal culposa é de ação penal pública condicionada à representação, infere-se que se o crime de lesão corporal for praticado no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, tais crimes serão de ação penal pública incondicionada (BRASILEIRO, 2017, p. 278).

Segundo Renato Brasileiro de Lima, apesar da aparente contradição entre os dois dispositivos, a lesão corporal leve com violência doméstica e familiar contra a mulher é crime de ação penal pública incondicionada, porque o art. 88 da Lei nº 9.099/95 foi derogado no tocante à Lei Maria da Penha, já que o art. 41 da Lei nº 11.340/06 expressamente afasta a aplicação da Lei dos Juizados às hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher. Ademais, a finalidade de cada lei é absolutamente distinta, pois enquanto a Lei nº 9.099/95 busca evitar o início do processo penal, a Lei Maria da Penha busca punir com mais rigor o agressor que age pondo em risco a saúde de sua família (BRASILEIRO, 2017, p. 278).

A controvérsia chegou ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), que após decisões distintas das turmas criminais, a 3ª Seção, por maioria, concluiu tratar-se de crime de ação penal pública condicionada à representação. Mas no julgamento da ADI nº 4.424, o Supremo Tribunal Federal (STF) deu interpretação conforme a Constituição aos arts. 12, I, 16 e 41, todos da Lei nº 11340/06, para confirmar a natureza incondicionada da ação penal em casos de lesão corporal leve e/ou culposa envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher. (BRASILEIRO, 2017, p. 279)



O Supremo Tribunal Federal (STF) em sua decisão, levou em consideração os dados estatísticos que revelam que na maioria dos casos de lesão corporal de natureza leve praticada no contexto familiar contra a mulher, esta acaba por não representar ou afastar a representação já feita com base em uma vontade viciada, por isso o agressor passaria a reiterar sua conduta ou a agir de forma mais violenta. Desta feita, infere-se que deixar a decisão de iniciar a persecução penal nas mãos da mulher, significaria contribuir para diminuição da proteção e a prorrogar o quadro de violência, discriminação e ofensa à dignidade humana (BRASILEIRO, 2017, p. 280).

Importa salientar que o Supremo decidiu que nas hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher não se aplica o disposto na Lei nº 9.099/95, independentemente da pena prevista, de forma que, em se tratando de lesões corporais, mesmo que de natureza leve ou culposa, praticadas contra a mulher em âmbito doméstico, a ação penal cabível seria pública incondicionada. Quanto ao art. 16 da Lei Maria da Penha, concluiu o STF que subsiste a necessidade de representação para em crimes previstos em leis diversas da 9.099/95, como o de ameaça e os cometidos contra a dignidade sexual, portanto, nem todos os crimes praticados no contexto familiar é de ação penal pública incondicionada. Importante lembrar que o STJ com o intuito de evitar novos questionamentos em relação à matéria, aprovou a súmula nº 542: “A ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada” (BRASILEIRO, 2017, p. 280).

62

3.2 A EXISTÊNCIA DA LIDE NO PROCESSO PENAL

A lide surge de um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. Segundo o entendimento de alguns doutrinadores como Nestor Távora, Rosmar Rodrigues e Renato Brasileiro, não haveria que se falar em lide no processo penal, porque tanto a acusação como a defesa estariam em busca do mesmo objetivo que seria a realização da justiça, ou seja, não haveria um conflito de interesses, tendo em vista que a preservação da liberdade individual do inocente é também um interesse público (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 32).

Portanto, no processo penal o Estado pretende apenas a correta aplicação da lei penal, ao passo que a condenação do acusado e a liberdade do inocente possuem o mesmo valor. Em síntese, a lide é prescindível ao processo penal, pois além de não existir um conflito de



interesses, os bens postos à disposição na demanda criminal são indisponíveis, não podendo o réu dispor de sua liberdade sem o devido processo legal (BRASILEIRO, 2012, p. 233).

Segundo Nestor Távora:

É bastante controvertida a questão sobre a existência da lide no processo penal. Isso porque a presença de interesses antagônicos seria precipitada, já que a acusação e a defesa estariam em busca do mesmo interesse, que é a realização da justiça. No processo criminal a figura do Ministério Público, preocupada com o justo provimento, não com a condenação desmedida, estaria no mesmo sentido da pretensão defensiva, buscando a adequada aplicação da lei penal. (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 32)

3.3 A POSSIBILIDADE DE ADITAMENTO DA QUEIXA-CRIME PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Uma das discussões doutrinárias em relação à ação penal seria se o Ministério Público (MP) pode ou não aditar a queixa-crime na ação penal privada. O art. 45 do CPP faz menção a uma ampla legitimidade do Ministério Público para proceder ao aditamento da queixa-crime. No entanto, a doutrina dominante trabalha com a premissa que o Ministério Público não teria ampla legitimidade para aditar a queixa-crime nas infrações que se procedem mediante ação penal privada exclusiva e personalíssima, pois lhe falta neste caso a legitimatio ad causam, ou seja, o MP não é dotado de legitimidade para realizar o aditamento próprio, isto é, não poderia aditar a inicial acusatória para incluir mais réus no processo e outros fatos deletivos não apontados inicialmente na petição acusatória, podendo tão somente realizar o aditamento impróprio, ou seja, só poderia acrescentar elementos acidentais como circunstâncias de tempo, lugar e etc., cujo prazo é de 3 (três) dias conforme reza o art. 46, §2º, do CPP. Em síntese, na ação penal privada exclusiva e personalíssima o Ministério Público funciona como custos legis, ou seja, apenas como um fiscalizador da lei, portanto, o aditamento serviria, tão somente, para corrigir vícios formais na petição, não podendo o membro do parquet aditar a queixa-crime para incluir mais réus no processo, pois a ação penal privada exclusiva e personalíssima são regidas pelo princípio da oportunidade e, portanto, o MP não poderia substituir a vontade da vítima (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 233).

Importa salientar que se a vítima, nos crimes de ação penal privada, voluntariamente, deixa de oferecer a acusação contra todos os infratores que se conhece, ela estará renunciando



o direito de ação em relação ao que não fora processado, o que beneficia a todos os querelados, conforme preconiza o art. 49 do CPP. Desta feita, restaria ao Ministério Público emitir um parecer opinando pela extinção de punibilidade em relação a todos os querelados. No entanto, se a omissão em relação a algum envolvido na circunstância criminosa foi involuntária, seja em razão de desconhecê-lo ou por uma interpretação equivocada dos meios de prova, caberá ao Ministério Público informar a vítima tal situação para que ela proceda ao aditamento da queixa-crime e se não o fizer, estaria renunciando ao direito de queixa ocasionando a extinção de punibilidade de todos os envolvidos na empreitada delituosa (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 233).

Diante o exposto, o Ministério Público (MP) apenas teria ampla legitimidade, tanto para realizar o aditamento próprio lançando mais réus no processo, quanto para proceder ao aditamento impróprio incluindo circunstâncias incidentais e corrigindo erros técnicos na petição, para proceder ao aditamento tão somente a queixa-crime nas infrações que se procedem mediante a ação penal privada subsidiária da pública, como preconiza o art. 29 do CPP, pois nestes crimes a ação penal é na sua essência uma ação penal pública na qual o Ministério Público seria o titular (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 254).

Vale ressaltar que a doutrina minoritária, da qual faz parte Tourinho Filho, trabalha com a ideia que o Ministério Público, nos crimes de ação penal privada, ao funcionar como fiscalizador da lei, teria ampla liberdade de atuação e, portanto, deveria aditar a queixa-crime, inclusive para incluir mais réus ao processo. (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 233)

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na antiguidade, os conflitos de interesses que por ventura surgissem na sociedade eram solucionados por meio da autotutela, onde a punição do sujeito responsável por uma infração penal ficava, exclusivamente, a cargo da vítima do delito e seus familiares. Em um determinado momento histórico o Estado assume a responsabilidade em prestar a tutela jurisdicional em face da ineficácia da autotutela, a qual não proporcionava uma resolução imparcial dos conflitos, tendo em vista que a vítima imbuída de sentimentos extremos desencadeados pelo crime converte o propósito de justiça em retaliação. Desta feita, provém a necessidade de que a resposta ao crime seja imparcial, desvinculada de sentimentos inerentes



a vítima, portanto criou-se a ação penal de titularidade pública conferindo ao Estado o monopólio da persecução criminal.

Nesse panorama, o presente trabalho busca, de forma simplificada, expor os principais aspectos atinentes à ação penal, assim como enfrentar algumas divergências doutrinárias que circundam o tema, tais como a prescindibilidade da Lide na relação processual penal, tendo em vista que ambas as partes litigantes buscam o mesmo objetivo que seria a correta aplicação da lei, pleiteando uma justiça ao caso concreto. Outra questão suscitada é a possibilidade do MP aditar a queixa-crime na ação pena privada, o que segundo a doutrina majoritária só poderia ocorrer na ação penal privada subsidiária da pública, onde o MP, atuando como interveniente adesivo obrigatório vislumbra um vício sanável poderia aditar a inicial acusatória para saná-lo.

REFERÊNCIAS

AVENA, Noberto. Processo Penal. São Paulo: Método, 2012.

BRASILEIRO, Renato. Manual de Processo Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. Salvador: JusPodivm, 2015.

ÁVILA, Thiago Pierobom de. Violência contra a mulher: consequências da perspectiva de gênero para as políticas de segurança pública. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, v. 62, n. 3, set-dez. 2017, p.103-122.

FERNANDES, Catarina; MONIZ, Helena; MARGALHÃES, Teresa. Avaliação e controle do risco na violência doméstica. Revista do Centro de Estudos Judiciários, 2013.

FERNANDES, Valéria Scarance Diez. Lei Maria da Penha: o processo penal no caminho da efetividade. São Paulo: Atlas, 2015.