

## NOTA TÉCNICA N.º 10/2017/CONAMP

**Proposição: PL 6404/2016** – altera os Decretos-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal.

**Ementa:** permite que qualquer cidadão promova a ação penal privada nos casos em que o Ministério Público não ofereça denúncia no prazo legal.

A **Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP)**, entidade de classe que congrega mais de 16 mil membros dos Ministérios Público dos Estados, Distrito Federal e Territórios e Militar, com objetivo de preservar a autonomia da instituição, a higidez de suas funções constitucionais e adequação de sua organização estrutural, externa o seu posicionamento a respeito a respeito do PL 6404/2016, de autoria do Deputado Marcos Reategui (PSD/AP).

O projeto de lei em questão pretende alterar a redação do artigo 100 do Decreto-Lei nº 2.848, Código Penal, estabelecendo que “a ação de iniciativa privada pode ser proposta por qualquer cidadão nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal”. Em outra frente, buscar modificar o artigo 29 do Decreto-Lei n.º 3.689, Código de Processo Penal, estipulando que “será admitida ação privada, a ser proposta por qualquer cidadão, nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar 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”. Ainda, pretende alterar o artigo 30, estabelecendo que “nos crimes de ação penal privada, caberá ao ofendido ou a quem tenha qualidade para representá-lo intentá-la”. Por fim, em seu artigo 3º cria uma norma autônoma que atribui ao Poder Judiciário decidir sobre o prosseguimento da ação penal nos casos em que o Ministério Público requeira o arquivamento por ausência de crime.

O projeto padece de vícios de inconstitucionalidade, violando as cláusulas pétreas estabelecidas nos incisos III e IV, do parágrafo 4º, artigo 60, ao infringir o princípio da separação dos poderes. A decisão acerca da movimentação da máquina estatal passa a depender do critério subjetivo de qualquer cidadão, o que retira o monopólio do direito/dever de punir do Estado, função típica. Ademais, trata-se de uma garantia fundamental do indivíduo, o qual só pode ter sua pretensão de liberdade posta em causa pelo agir do estado, salvo nos casos demarcados pelo próprio constituinte originário.

A Constituição Federal, em seu artigo 129, I, dispõe que o titular da ação penal é o Ministério Público, seguindo a sistemática da esmagadora maioria dos países ocidentais, adotando o chamado modelo acusatório (incumbe ao Estado a persecução penal). Nesse modelo constitucional, o Estado passa a ser o responsável pela acusação, em substituição ao particular.

Diante de fatos que configurem ilícito penal, incumbe ao Ministério Público a obrigatoriedade do ajuizamento das ações penais, não lhe cabendo juízo de discricionariedade, ou seja, não há um direito de ação, mas um dever.

As exceções são as ações penais de iniciativa privada, em que o particular poderá optar por propô-la ou não e as chamadas ações penais privadas subsidiárias da pública, prevista no artigo 5º, LIX, e objeto da presente nota técnica. Essa previsão constitucional, inclusive como direito fundamental, parte do pressuposto de que também há interesse da vítima na sanção penal. Todavia, o interesse surge a partir da inércia e inação do órgão estatal acusatório, ou seja, de um não agir. O pressuposto é a falta de manifestação tempestiva de ato de ofício pelo Ministério Público, o que não resta caracterizado quando o Estado oferece denúncia, pugna por novas diligências ou se manifesta pelo arquivamento.

A proposta sugerida expande a previsão constitucional, cometendo o equívoco de delegar a qualquer cidadão a iniciativa para a ação penal em todas as situações imagináveis no nosso ordenamento jurídico, em nítida adoção das chamadas ações penais populares, cuja origem remonta às populares *actiones* do direito romano. Entretanto, a legitimidade não pode ser ampliada a qualquer cidadão, restringindo-se à vítima, representante legal ou sucessores, no caso de morte ou ausência.

Uma singela digressão histórica é importante não só para contextualizar o tema, mas, acima de tudo, demonstrar que qualquer alteração dessa ordem só poderia ser implementada em uma nova Constituinte.

As ações penais populares estiveram presente em nosso ordenamento jurídico na Constituição do Império<sup>1</sup>, no Código Criminal do Império<sup>2</sup>, na Constituição de 1891<sup>3</sup> e na Consolidação das Leis Penais<sup>4</sup>. A partir de 1940, o tema foi excluído do ordenamento jurídico brasileiro, com os Códigos Penal e Processual Penal<sup>5</sup>. Por fim, a matéria foi finalmente sepultada pela Constituição Federal de 1988, após ser apresentada quando da Assembleia Nacional Constituinte, inclusive chegando a constar do primeiro projeto da Comissão de Sistematização<sup>6</sup>.

Portanto, além da proposta se encontrar na contramão da evolução do instituto no Brasil<sup>7</sup>, para sua reinserção no ordenamento jurídico seria preciso uma nova ordem constitucional. Referida conclusão se extrai inclusive da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ao tratar da legitimidade exclusiva ao ofendido<sup>8</sup>:

Ementa. [...] 2. A ação penal privada subsidiária da pública, de nítida envergadura constitucional (inciso LIX do art. 5º da CF), configura espécie excepcional de legitimidade do ofendido (ou seu representante legal) para promover ação penal.

Além do argumento histórico e constitucional, há questões de ordem prática. As ações penais privadas subsidiárias não são numerosas em nosso direito. Em caso de hiper legitimidade, teríamos uma enxurrada de ações por todo o país, nas mais diversas questões, inclusive enfraquecendo o instituto e, conseqüentemente, o direito fundamental da vítima e sua família à aplicação da lei penal.

Haveria inúmeras acusações falsas, utilizando-se do processo criminal como instrumento de vingança, malícia e até extorsão. Semelhante preocupação afligiu o Professor Nelson Hungria, quando da elaboração do anteprojeto de Código

<sup>1</sup> Redação: "...Por suborno, peita, peculato e concussão, haveria ação popular intentada dentro de ano e dia pelo próprio queixoso, ou por qualquer do povo, guardada a ordem do processo estabelecida na lei".

<sup>2</sup> Redação: "A denúncia compete ao promotor público e a qualquer um do povo."

<sup>3</sup> Redação: "É permitido a quem quer que seja representar, mediante petição aos poderes públicos, denunciar os abusos das autoridades e promover a responsabilidade dos culpados"

<sup>4</sup> : "Haverá lugar a ação penal: § 1º Por queixa da parte ofendida ou de quem tiver qualidade para representá-la. § 2º Por denúncia de qualquer pessoa [...] § 3º Por denúncia do Ministério Público em todos os crimes e contravenções."

<sup>5</sup> A Constituição de 1946 readmitiu a temática sem aplicabilidade, até o advento das Constituições de 1967 e 1969 que se silenciaram sobre o assunto.

<sup>6</sup> Dizia o § 2º do seu art. 38: "Com o consentimento da vítima, ou de seus parentes mais próximos, se morta ou mentalmente incapacitada, qualquer pessoa individual ou coletiva poderá promover a ação."

<sup>7</sup> João Mendes de Almeida Júnior, desde o começo do século passado, já havia constatado: "a tendência para a abolição da ação penal por queixa do ofendido, vai se acentuando entre os criminalistas"

<sup>8</sup> (Inq 2696 AgR/DF, Relator Ministro Carlos Britto j. 19/12/2008, Tribunal Pleno, DJe-043 Divulg 05/03/2009 Public 06/03/2009).

Penal: “É suprimida a ação privada subsidiária, que, na prática, quase sempre, deixa de atender ao interesse da Justiça, para somente servir a sentimentos de vindita, quando não a objetivo de chantagem”

Ademais, o Direito Penal é um instrumento do Estado, assegurando o interesse social na estabilidade da ordem jurídica. Acaso aprovado o projeto, o direito penal seria usado por particulares para os mais diversos interesses. Ao se imputar determinado fato criminoso a alguém, deve-se ter em mente as irreparáveis lesões à honra e estima pública do acusado. A ampliação desmesurada da legitimidade ativa ensejaria a propositura de ações penais com interesses exclusivos na violação da honra dos acusados. De outro lado, ensejaria inúmeras fraudes processuais, através do ajuizamento de ações unicamente para se obter a absolvição de réus.

Ainda, a ação penal se transformaria em instrumento das classes mais favorecidas, pois podem arcar com as despesas de um processo que se iniciaria com a contratação das grandes bancas da advocacia, ao contrário do que ocorre com a maioria esmagadora da população brasileira. No direito pátrio, tivemos um exemplo com a Lei de Falências, de 21 de junho de 1945, que, em seu artigo 108, permitia a ação penal privada subsidiária em casos de arquivamento de inquérito policial por crime falimentar, o qual servia de extorsão para os mais diversos interesses.

Também se revela objeto de extrema preocupação as consequências para todas as pessoas públicas do país, notadamente a classe política, as quais serão quotidianamente vítimas de ações penais temerárias, ajuizadas nas mais diversas comarcas do país, com prejuízos irreparáveis do ponto de vista moral e financeiro. Viveríamos, por exemplo, tempos de utilização do direito penal para revanchismo político sem precedentes, inclusive com a utilização de interposta pessoa para a acusação. Teríamos a indústria da litigância criminal, cujas ações penais seriam também propagadas pelas mais diversas redes sociais, sem qualquer critério ou diferenciação da seriedade da acusação. Faz-se necessário assegurarmos aos dirigentes do país a segurança de somente sofrerem ações de ordem penal por um órgão sem interesse pessoal na acusação, ao contrário do que pretende o projeto em análise.

Aliás, a tendência nas legislações europeias é justamente em sentido contrário, havendo cada vez menos espaço para as ações privadas e sequer precedentes idênticos ao que consta da proposta legislativa. A fim de se compreender o tema na Europa, Manzini, na Itália, há tempos nos adverte: Ao particular, que se determina sempre ou quase sempre com base em motivos pessoais, falta aquela

serenidade e aquela objetividade que, ao contrário, é própria do órgão do Ministério Público, que age imparcialmente no cumprimento dos próprios deveres funcionais, com garantias de uma cultura superior e de uma probidade pessoal conferida e vigiada<sup>9</sup>.

Concluindo. Só há que se falar em ação penal privada subsidiária da pública em prol de um sujeito passivo determinado, devendo haver um interesse direto no ajuizamento daquela ação penal, não bastando um interesse difuso. A Constituição Federal de 1988 dotou o Ministério Público de instrumentos efetivos para o ajuizamento das ações penais, sempre com a cautela necessárias.

Como se não bastasse, o projeto também padece de graves equívocos em seu artigo 3º ao atribuir ao Poder Judiciário a decisão sobre o prosseguimento da ação penal nos casos de pedido de arquivamento por ausência de crime.

Inicialmente, salienta-se que o projeto acaba por revogar o atual artigo 28 do Código de Processo Penal<sup>10</sup> que determina o envio dos autos ao Procurador-Geral de Justiça caso o magistrado discorde do pedido de arquivamento. Pela atual redação, acaso a chefia do Ministério Público insista no pedido de arquivamento, o Magistrado estará obrigado a atender, o que contradiz o texto proposto.

Em uma análise constitucional, percebe-se também vícios na proposta legislativa, pois confere ao juiz não só o papel de fiscal do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, mas a sua titularidade supletiva. Há nítida interferência do Judiciário na fase pré-processual, atuando como juiz inquisidor, em afronta ao sistema acusatório, que pressupõe a separação entre as funções concernentes à persecução penal: acusar e julgar. A Constituição Federal bem delimitou a separação entre as figuras do Poder Judiciário e do Ministério Público, o que se constitui em dupla função de garantia. Por um lado, resguarda o cidadão para que seja acusado pelo seu promotor natural e por outro garante o julgamento por um julgador imparcial. Nesse ponto, o projeto caminha em sentido contrário à evolução legislativa no Brasil, conforme outrora salientou o Ministro Sepúlveda Pertence, quando do julgamento da ADIN 1570/DF: "No processo penal, com todas as vênias, a evolução histórica deu-se em sentido inverso. O que se tinha outrora era o juiz-inquisidor:

---

<sup>9</sup> MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano*, vol I, pág 229

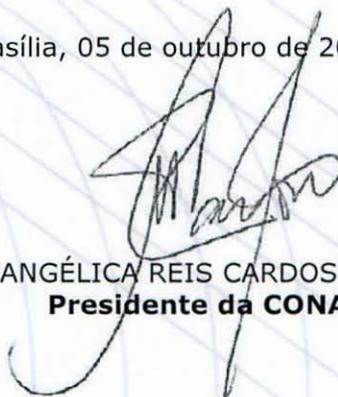
"Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento de inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender."

'todo juiz é procurador', lembrou o ministro Celso de Mello. E, paulatinamente, se foi liberando o juiz da função de acusar e, conseqüentemente, da colheita preliminar de provas, para resguardar-lhe a condição de terceiro imparcial".

Concluindo, o projeto de Lei 6.404, além de adotar, por vias obliquas, a chamada ação penal popular, pois cria o direito de qualquer pessoa do povo promover uma ação penal para condenação de suposto autor, o que é inadmissível no atual sistema brasileiro e vai de encontro às mais diversas legislações estrangeiras, viola também o sistema acusatório.

Com essas considerações, a CONAMP se manifesta pela REJEIÇÃO da matéria.

Brasília, 05 de outubro de 2017

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Norma", positioned above the printed name of the signatory.

**NORMA ANGÉLICA REIS CARDOSO CAVALCANTI**  
**Presidente da CONAMP**