

SEM REVISÃO

A queixa subsidiária – Questões controversas⁽¹⁾

Sergio Demoro Hamilton⁽²⁾

Procurador de Justiça – RJ

1. O Código de Processo Penal, em seu art. 29, cogita da ação privada subsidiária da pública. Na atualidade, por força do art. 5º, nº LIX, da CRFB, a queixa substitutiva adquiriu *status* constitucional, fato que lhe confere um relevo todo especial, a exigir, por tal razão, exame cuidadoso a respeito das controvérsias que giram em torno da matéria.

2. O primeiro e grave equívoco envolvendo o tema em foco consiste na própria designação consagrada pela doutrina para identificar o instituto processual em exame. Com efeito, como já ressaltai em estudo empreendido há mais de 15 anos (1981), a respeito do anteprojeto de Código de Processo Penal⁽³⁾ que então fora elaborado, a expressão ação privada subsidiária da pública padece de imperfeição técnica, pois a indicação legal faz entrever que a ação do particular legitimado a agir é privada, quando tal não se dá. A ação penal em questão jamais perde seu caráter público, como aliás a própria redação da parte final do art. 29 do Código de Processo Penal deixa evidenciado. O equívoco doutrinário, quero crer, tem sua origem na defeituosa redação do proêmio do art. 29 em exame quando registra “será admitida ação privada nos crimes de ação pública...”. Ora, a ação penal ou é pública ou é privada; *tertius non datur*. Portanto, a redação do Código, tal como está posta, consagra um absurdo lógico e ontológico. A Constituição Federal, na mesma linha de raciocínio, estabelece que “será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal” (art. 5º, nº LIX). É interessante observar que o Código, em outras passagens, trata adequadamente da matéria; observe-se, *verbi gratia*, o disposto no art. 500, § 2º, do CPP, quando a lei processual, com inteira adequação, regula o prazo para alegações finais no procedimento comum. Ali está dito que o Ministério Público, nos crimes de ação privada ou “nos processos por crime de ação pública iniciados por queixa ...” Pode-se

(1) Estudo concluído em 28.12.1998.

(2) Professor de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade Santa Úrsula/RJ, Professor Convidado da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (FEMPERJ), ex-Professor Titular de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Petrópolis/RJ, ex-Professor de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade Gama Filho/RJ e membro do Instituto dos Advogados Brasileiros.

Obs.: Notas explicativas no final do artigo.

aludir, também, ao título das nulidades (Livro III, Título I), quando, no art. 564, inciso III, o Código põe em elenco uma série de nulidades. Na verdade, entre elas, consta, na letra *d*, o seguinte enunciado: “(omissis) ...a falta de intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação por ele intentada e nos da intentada pela parte ofendida, quando se tratar de crime de ação pública”. Averbe-se, ainda, o parágrafo único do art. 384 do CPP, onde, acertadamente, fala-se em queixa em processo por crime de ação pública. Portanto, a redação que me sabe correta para o art. 29 do CPP seria a seguinte: “será admitida queixa do ofendido ou de seu representante legal nos crimes de ação pública quando...”. Poder-se-ia acrescentar um parágrafo ao art. 29, reproduzindo os dizeres do art. 31 do CPP, para contemplar as hipóteses especiais ali indicadas. Cumpre pôr em relevo que, dessa maneira, o vocábulo queixa estaria sendo usado com precisão para designar a petição inicial da ação privada bem como para os casos de incidência da norma do art. 29. Na verdade, o Código em vigor confunde queixa com ação penal privada que são espécies processuais ontologicamente distintas. Ao contrário do que, às vezes, se afirma, há, somente, duas modalidades de ação penal de iniciativa privada: a ação privada propriamente dita, excogitada nos arts. 30 e 31 do CPP, e a personalíssima prevista em casos raros (arts. 240, § 2º, e 236, parágrafo único, do CP), assim chamada porque, em tais hipóteses, somente o ofendido pode ajuizar a demanda, não encontrando incidência a regra do art. 31 da Lei Processual Penal.

3. Quando tem cabimento a queixa substitutiva?

Segundo a lei, quando a ação penal pública não for intentada no prazo legal. Também aqui o art. 29 apresenta-se defeituoso. A redação correta deveria referir-se ao pronunciamento do Ministério Público, que, necessariamente, nesta fase, não está voltado para o oferecimento de denúncia. Com efeito, neste momento processual, abre-se ao Ministério Público a oportunidade de determinar (não requerer!) a devolução dos autos do inquérito à autoridade policial para que novas diligências sejam encetadas desde que, ele, Ministério Público, a seu critério, as entenda indispensáveis para o oferecimento de denúncia. Observe-se que, diante da nova ordem constitucional, o Ministério Público não mais requer ao juiz a devolução do inquérito policial, tal como consta do art. 16 do CPP, tendo em conta a regra do art. 129, I e VIII, da CRFB, que, acertadamente, retirou do juiz as atividades de persecução criminal. Por igual razão, não mais incumbe ao juiz fixar o prazo para a realização de diligências necessárias para a conclusão do inquérito policial como, absurdamente, está previsto no Código (art. 10, § 3º). Outra providência que, nesta fase, poderia ocorrer seria o arquivamento do inquérito policial. É certo que, ainda

neste momento do procedimento policial, outros incidentes adviriam, como, por exemplo, a suscitação de um conflito de atribuições. Porém, em regra, nesta fase, ou tem início a ação penal, mediante o oferecimento de denúncia ou haverá a devolução dos autos para a autoridade policial (impropriamente chamada, na praxe forense, de “baixa”) ou, por fim, ocorrerá o arquivamento do inquérito policial. Pois bem: o art. 29 do CPP, equivocadamente, faz referência, apenas, à primeira providência. Ora, a leitura correta que o texto legal exige seria a que se propõe: “esgotado o prazo sem pronunciamento do Ministério Público, será admitida queixa do ofendido ou do seu representante legal nos crimes de ação pública ...”.

4. A defeituosa redação do texto legal ensejou discussão na doutrina e na jurisprudência, onde não faltou quem entendesse que, em casos de arquivamento, haveria inércia do Ministério Público, justificando a queixa subsidiária. Tal entendimento teve a aboná-lo, entre outros, o peso da grande autoridade de Tornaghi.⁽⁴⁾ O tema ensejaria, por certo, longa análise. Porém, na atualidade, o assunto perde interesse prático, uma vez que a Súmula nº 524 do STF vedou, expressamente, a propositura de ação penal após o arquivamento do inquérito policial, sem a existência de novas provas.

De qualquer forma, sempre pareceu-me equivocada a posição daqueles que viam no arquivamento uma atitude equivalente à inércia do Ministério Público. No arquivamento, ao revés, há um *facere*, ocorre uma atuação do *Parquet* no sentido da ausência de condição da ação. Demais disso, o requerimento de arquivamento fica sujeito a controle jurisdicional (art. 28 do CPP), exercendo o juiz uma função anômala de fiscal do princípio da obrigatoriedade da ação penal. Mesmo nos casos de atribuição originária, o arquivamento determinado pelo Procurador-Geral pode ser impugnado pela parte interessada, que dispõe da via revisional, no âmbito do Ministério Público Estadual, contra aquela decisão administrativa, para o Colégio de Procuradores de Justiça (art. 29, VII, c/c 12, XI, da Lei nº 8.625, de 12.2.1993).

Ora, seria rematado absurdo que se entregasse ao particular tal poder de ação, estando o arquivamento sujeito a tão rigoroso controle por parte do Ministério Público e, em certos casos, ao controle externo do próprio Poder Judiciário. Nesse ponto, o art. 29, em comento, não poderia ter sido mais claro ao admitir a queixa subsidiária quando a ação pública (*rectius*, manifestação do *Parquet*) “não for intentada no prazo legal”. Portanto, quando o Ministério Público requer o arquivamento não está atuando de forma desidiosa, quedando-se inerte. Ao contrário, está afirmando que o caso não comporta ação, dando as razões de seu convencimento.

É preciso assinalar, ainda, que se no prazo legal o Ministério Público determina a devolução dos autos para que a autoridade policial realize novas diligências, igualmente aí descabe a queixa subsidiária. A queixa substitutiva só tem lugar quando houver inércia do *Parquet*; quando ele opera, quando há um atuar da sua parte, não se poder falar em inércia.

Quid juris se a diligência pretendida pelo Ministério Público for despropositada? Ainda assim ele obrou; no caso, quando muito, poderá o interessado dirigir-se ao Procurador-Geral postulando no sentido de demonstrar a inocuidade da providência, cabendo à Chefia do *Parquet* decidir a respeito, por mera aplicação analógica ao disposto no art. 28 do CPP.

E se, por acaso, embora excedendo o prazo legal, o Ministério Público vier a officiar nos autos, ofertando denúncia, requerendo o arquivamento do inquérito policial ou, ainda, devolvendo os autos para novas diligências que entenda imprescindíveis ao oferecimento da denúncia?

Também, em tais circunstâncias, não terá cabimento a queixa substitutiva, salvo se ela vier a ser ofertada antes que uma daquelas manifestações ganhe publicidade com o depósito dos autos em cartório por parte do Ministério Público. Em caso contrário não, pois, ainda que a destempo, o Ministério Público já officiou nos autos. O particular poderia ter atuado, mas não o fez; não lhe cabe, agora, interceptar o andamento dado ao feito pelo Ministério Público.

5. Como se conta o prazo para o Ministério Público em tais hipóteses?

Os prazos do Ministério Público contar-se-ão do termo de vista, salvo para a interposição de recurso, diz a lei (art. 800, § 2º, do CPP).

Mas não basta o termo de vista. Torna-se indispensável que a vista seja acompanhada pelo depósito dos autos respectivos no gabinete do Promotor de Justiça, para que ele tenha certeza a respeito de que momento passa a correr seu prazo (art. 41, IV, da Lei nº 8.625, de 12.2.1993). Só assim estará documentada a fluidez do prazo. Mas não basta o depósito; haverá necessidade da firmação de recibo por parte do responsável pela recepção dos autos.

Diga-se o mesmo quando estiver em jogo petição ou peça de informação protocolizada no Gabinete do Procurador-Geral de Justiça. Aqui, também, o prazo para officiar só começa a fluir a partir do momento em que, efetivamente, o expediente for entregue, mediante registro próprio, ao órgão de atuação dotado de atribuição para officiar no feito (Procurador-Geral, Assessoria Criminal ou outro órgão de atuação). O prazo não corre, assim, da entrada das peças de informação no protocolo da Procuradoria-Geral de Justiça, mero organismo administrativo do Ministério Público. Já tivemos a oportunidade de demonstrar o grave

equivoco que existe na contagem dos prazos para o Ministério Público em tal hipótese, desde que não se faça a indispensável distinção entre aquelas duas situações.⁽⁵⁾

6. Uma vez proposta a queixa subsidiária, impõe-se empreender análise a respeito da atuação do Ministério Público, pois o art. 29 do CPP alude a diversas situações que podem ocorrer no decorrer da ação penal, sem discipliná-las nos dispositivos que se seguem.

a) A primeira indicação feita na lei refere-se ao aditamento da queixa. Aditar significa somar, crescer, acrescentar, pôr a mais. O ato de adição por parte do Ministério Público pode ser objetivo e/ou subjetivo. Objetivo quando o *Parquet* acrescenta outra infração penal não contida explícita ou implicitamente na queixa ou, ainda, quando agrava o tipo penal noticiado na inicial, mas que nela, da mesma forma, não se encontra, sequer, narrado. Exemplo: a queixa cuida de um furto qualificado, mas se omitiu quanto ao crime de desacato que àquele outro delito se seguiu. O aditamento, aqui, será objetivo. Ou ainda: a queixa cogitava de um furto simples, mas os autos retratavam um furto qualificado. Também aqui o aditamento, incluindo a qualificadora, será objetivo. Tício e Caio cometeram a infração penal, mas a exordial do ofendido só imputou ao primeiro a conduta típica. Cabe ao Ministério Público aditar a queixa para nela incluir Caio. Aqui estaremos diante de um aditamento subjetivo. Neste último caso, como de observação tranqüila, há inclusão de novo sujeito no pólo passivo da relação processual. Outras vezes, pode ocorrer aditamento subjetivo-objetivo. Tal se dará quando, ao lado do agravamento da acusação, venha a ser incluído, também, novo querelado.

Para tanto, o Ministério Público dispõe de um prazo exíguo, de apenas 03 dias (art. 46, § 2º, do CPP) e, caso não se pronuncie no tríduo, entende-se que nada tem a aditar. É o que manda a lei. Pois bem: se assim for, o eventual aditamento, segundo dispôs o Código, ficará deslocado para a fase que antecede a sentença (art. 384, parágrafo único, do CPP), embora, tecnicamente, esta não seja a melhor solução. Porém, o tema em questão excede aos limites do assunto objeto de nosso estudo. Tem mais: em face dos termos da lei processual o aditamento, nesta última fase, só poderá ser objetivo, pois o dispositivo em questão só contempla a hipótese de “nova definição jurídica que importe aplicação de pena mais grave”. No caso de inclusão de novo réu, só restará ao Ministério Público, agora em processo próprio, oferecer denúncia contra o mesmo.

É interessante observar que o Código disciplina o aditamento quando em jogo crime de ação privada, velando, na ocasião, pela fiel observância do princípio da indivisibilidade da ação penal (arts. 45, 46, § 2º, e 48 do CPP).

Em relação aos crimes de ação pública dele não se ocupou. O silêncio é, de todo, compreensível, pois a indivisibilidade é decorrência lógica do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Porém, voltou a ocupar-se do aditamento no art. 29, em estudo, sem, no entanto, tecer maiores explicações.

Como se fará o aditamento?

Penso que o aditamento deverá obedecer todas as exigências de forma do mal acabado art. 41 do CPP, ou seja, os requisitos de uma petição inicial, pois ele contém nova imputação. Da mesma maneira, o aditamento, tal como a queixa substitutiva, terá que ser recebido pela autoridade judiciária, formando-se um litisconsórcio ativo entre o querelante e o Ministério Público. Trata-se, no meu entender, de litisconsórcio necessário e inicial (não-incidental), uma vez que, embora o querelante não tenha apresentado uma queixa completa, antes que ela se visse recebida, o Ministério Público veio a aditá-la, complementando-a.

Portanto, quando o Ministério Público adita a queixa substitutiva assume, sem sombra de dúvida, a posição processual de parte, retomando, desde logo, ao lado do querelante, como litisconsorte, a posição de parte principal.

Interessante a observação feita pelo douto membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Professor Afranio Silva Jardim,⁽⁶⁾ quando, ao examinar o aditamento, põe em relevo o fato de que se o Ministério Público não adita a queixa subsidiária, levando-se em linha de conta que o crime é de ação pública, o juiz, caso entenda violado o princípio da obrigatoriedade, deve aplicar a regra do art. 28, remetendo os autos ao Procurador-Geral.

b) O repúdio à queixa.

Repudiar significa rejeitar, repelir, recusar.⁽⁷⁾

De que maneira o Ministério Público pode manifestar seu repúdio à queixa substitutiva? A lei não regulou a matéria. Aliás, este é o único momento em que o Código, no art. 29, alude ao repúdio.

Penso que o Ministério Público pode repelir a queixa pelos mais diversos motivos. Sem pretender enunciá-los exaustivamente, até porque, na prática, a hipótese é rara de ocorrer, passo a indicar algumas situações processuais em que o Ministério Público poderia manifestar seu repúdio à queixa subsidiária:

I – quando faltasse ao querelante suporte fático para embasar a acusação, que, assim, teria sido precipitadamente ofertada;

II – por inépcia formal da queixa, apresentada em desconformidade com os arts. 41 do CPP c/c 282 do CPC e 3º do CPP;

III – por faltar condição exigida em lei para o exercício da ação penal;

IV – por não ser típico o fato narrado na inicial;

V – por estar extinta a punibilidade do fato;

VI – por ser o querelante parte ilegítima *ad causam*;

VII – por falta de justa causa para a demanda;

VIII – por inépcia material, isto é, quando a queixa subsidiária, embora narrando uma infração penal, fá-lo em total descompasso com os fatos noticiados no suporte probatório que lhe serve de base;

IX – por não haver decorrido o prazo legal para o oferecimento da queixa, não estando, assim, caracterizada a inércia do Ministério Público, *et reliqua* ...

c) Conseqüências do repúdio.

Uma vez repudiada a queixa substitutiva por parte do Ministério Público, não importa a causa, os autos deverão ser conclusos ao juiz do feito para que decida a respeito da questão suscitada, que motivou o repúdio. Abrem-se, então, duas opções ao magistrado: ou ele acolhe o repúdio e, em conseqüência, rejeitará a queixa, por um dos fundamentos dos arts. 41 e 43 do CPP, ou recebe a exordial, desacolhendo a fala do *Parquet*. No primeiro caso, poderá o querelante interpor recurso em sentido estrito da decisão (art. 581, I, do CPP). Preclusa a decisão, desde que contra ela não recorra o querelante ou esgotadas, sem sucesso, eventuais manifestações recursais, os autos deverão voltar com vista ao Ministério Público na forma indicada (n^{os} 3 e 5, *supra*) para que ele, diante do caso concreto, tome a providência que o caso exigir. É bom ficar assinalado que o Ministério Público não estará obrigado a ofertar, desde logo, denúncia. Poderá, se a hipótese assim aconselhar, requerer o arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação ou, ainda, requisitar a devolução dos autos para a realização de diligências que entender indispensáveis para o ajuizamento da ação penal. Estas, como já afirmado, são as providências comuns que, normalmente, o Ministério Público adota nesta fase do procedimento. Eventualmente, poderá ocorrer uma situação especial, como, por exemplo, a suscitação de um conflito de atribuições (3, *supra*).

E se o juiz, ao contrário, recebeu a queixa tal como formulada, providência que, *ipso facto*, importará no afastamento do repúdio?

Da decisão que recebe a queixa, normalmente, não cabe recurso. Excepcionalmente, na Lei de Imprensa, será possível interpor recurso em sentido estrito sem suspensão do curso do processo (art. 44, § 2^o, da Lei n^o 5.250, de 9 de fevereiro de 1967). Mas esta é uma hipótese excepcional, voltada para a ação privada. Porém, nos demais casos, nada impede que o querelado ou o

próprio Ministério Público, na qualidade de fiscal da lei, venha a impetrar *habeas corpus* (art. 654 do CPP), desde que vislumbre falta de justa causa para o processo.

Pois bem: uma vez recebida a queixa, como fica o Ministério Público, cujo repúdio não mereceu acolhida?

Ele continuará no feito, intervindo em todos os termos do processo e com amplas faculdades processuais, pois a ação penal é pública. Assim, poderá produzir prova e interpor recursos diversos. Caso venha a ocorrer a negligência do querelante, manda a lei, volta o Ministério Público a atuar como parte principal. Nesta última hipótese, poderá o *Parquet*, dependendo do motivo pelo qual repudiou a queixa, reiterar em suas alegações finais os argumentos que expendeu quando do repúdio.

d) A denúncia substitutiva.

A denúncia substitutiva é consequência natural do repúdio à queixa. É certo que, como restou assinalado (nº 6, c, *supra*), nem sempre o repúdio à queixa importará no oferecimento de denúncia substitutiva. Somente em certos casos ela terá lugar, como, entre outros, por exemplo, nas hipóteses de inépcia formal da queixa ou, ainda, quando esta, embora narrando um fato típico, afaste-se, por completo, do suporte probatório que lhe serve de base. Em outras hipóteses não haverá lugar para a substituição da queixa pela denúncia, como, por exemplo, nas situações indicadas acima no item 6, b, I, III, IV, V e VII.

Qual a razão da expressão “denúncia substitutiva”?

A lei usou, com inteira propriedade, a locução “denúncia substitutiva” justamente para indicar que a denúncia irá ocupar a posição processual da queixa rejeitada mediante decisão coberta pelo manto da preclusão. Ela será a nova inicial da acusação, afastando a queixa. É interessante observar a inversão de posições que, novamente, torna a ocorrer em relação à parte autora da ação penal. Explicando melhor: o Ministério Público é o legitimado ordinário para a ação penal de iniciativa pública. Porém, em face da sua inércia (art. 29 do CPP) vê-se substituído pelo ofendido (legitimado extraordinário), que assume a condição de parte autora. Pois bem: com a denúncia substitutiva ele, Ministério Público, readquire, plenamente, aquela posição retomando a posição de parte principal. Tal se dá, igualmente, com o aditamento. No entanto, neste, o querelante continua no processo, formando-se um litisconsórcio ativo necessário (6, a, *supra*). Já quando ocorre a denúncia substitutiva, o querelante acaba expungido do feito.

A denúncia substitutiva deve conter os requisitos formais exigidos pelo incompleto art. 41 do CPP, que deverá ser combinado com os arts. 282 do CPC

e 3º do CPP e, uma vez oferecida, terá que ser recebida. É pouco provável que o juiz venha a rejeitá-la, tendo em conta que a nova inicial de acusação foi precedida de providências acima estudadas (6, b e c, *supra*). Se a autoridade judiciária acolheu as ponderações do Ministério Público é porque entendia incabível a queixa. Porém, caso a denúncia substitutiva venha a ser rejeitada, o Ministério Público terá recurso no sentido estrito (art. 581, I, do CPP) como meio adequado para impugnar a decisão.

É certo que, agora, novamente, como parte principal, caberá ao Ministério Público atuar de forma ampla no processo, tal como ocorreria caso, originariamente, tivesse oferecido denúncia, produzindo prova, recorrendo etc. Com efeito, se, mesmo nos casos de queixa subsidiária, ele estava obrigado a intervir em todos os termos do processo, exsurge evidente que, no momento em que ele volta a atuar como parte principal, através da denúncia substitutiva, sua atuação, nos limites da lei, não poderá sofrer qualquer limitação. Aliás, mesmo atuando como fiscal da lei, justamente por tratar-se de ação pública, o art. 29 do CPP, como não poderia deixar de ser, dá ao Ministério Público ampla intervenção na queixa substitutiva.

e) A negligência do querelante.

Nos casos de exclusiva ação privada, caso o querelante deixe de promover o andamento do processo durante 30 dias seguidos, extingue-se a punibilidade do fato pela perempção (art. 60, I, do CPP c/c art. 107, IV, do CP). Aliás, no aludido art. 60 do CPP, são contemplados outros casos de negligência. É o caso, por exemplo, da sucessão processual regulada no inciso II, quando falecendo o querelante ou sobrevindo sua incapacidade, deixa de prosseguir no processo no prazo de 60 dias, qualquer das pessoas legitimadas para dar seguimento à ação penal, observada a ordem de enumeração constante do art. 31 do CPP. Também, quando o querelante, abandonando a instância, deixa de comparecer, sem motivo justificado, a qualquer ato do processo a que deva estar presente, dá-se a perempção (art. 60, III, do CPP). Em todos estes casos há negligência do querelante.

Na queixa substitutiva tal não se dá. A perempção é causa extintiva da punibilidade própria dos crimes de exclusiva ação privada. Na hipótese do art. 29 do CPP, em exame, encontra-se em jogo infração penal de ação pública. Portanto, o abandono por parte do querelante em nada influi no andamento da causa penal, pois o Ministério Público retoma a ação como parte principal. Dá-se, então, um fenômeno assemelhado ao que estudamos quando do exame da denúncia substitutiva (nº 6, d, *supra*), se bem que por motivos outros, voltando-se a inverter a posição das partes. Agora, o legitimado ordinário reassume a sua posição de parte principal no lugar do legitimado extraordinário.

Da mesma maneira, se o querelante pedir a absolvição do réu, quando das alegações finais, não há falar em preempção (art. 60, III, *in fine*, do CPP). Esta só se dá nos casos em que somente se procede mediante queixa. Em tal caso, o Ministério Público, quando chamado a officiar após o querelante, embora não reassuma a posição de parte principal, pois não houve inércia do querelante (ele atuou pedindo a absolvição do réu), manifestará sua *opinio* como entender de direito, podendo, inclusive, concordar com a posição de mérito assumida por parte do querelante. Porém, o processo terá seguimento, decidindo o juiz como entender de direito (art. 385 do CPP).

E se o querelante for pessoa jurídica que se extinguir sem deixar sucessor?

Nenhum reflexo para o processo terá tal circunstância. A preempção só ocorreria nos casos em que somente se procede mediante queixa (art. 60, IV, do CPP). Em ocorrendo a hipótese, o Ministério Público retoma, como parte principal, a iniciativa pelo andamento da ação penal.

7. O tema relacionado com a queixa substitutiva não se esgota, pura e simplesmente, com a exegese do art. 29 do CPP. Há, com efeito, uma série de outras questões que giram em torno da matéria, todas elas exigindo meditação. No exame de tais problemas é que nos deteremos nas linhas que se seguem.

8. Analisamos em tópico precedente a questão do aditamento da queixa promovido pelo Ministério Público (nº 6, a, *supra*). Indaga-se, agora, por conveniente: e se o juiz rejeitar o aditamento? Haverá duas opções para o *Parquet*: o recurso no sentido estrito contra a decisão (art. 581, inciso I, *c/c* art. 3º do CPP), ou a apelação excogitada no art. 593, II, do CPP. É que o aditamento importa, como ficou assinalado, em uma petição inicial aditiva da queixa originária incompleta. Em outras palavras, equivale a uma exordial de acusação. Porém, para os puristas, que defendem, aliás com acerto, a taxatividade do art. 581 do CPP, só restaria para o Ministério Público o apelo genérico indicado no art. 593, II, do CPP, contra a decisão que venha a rejeitar o aditamento. De qualquer forma, pelo princípio da fungibilidade dos recursos (art. 579 do CPP), o Ministério Público não ficará prejudicado no caso de interpor qualquer um dos recursos indicados.

9. Questão interessante é a que cogita da denúncia ofertada apenas contra um dos indiciados do inquérito policial. Indaga-se se, em tal caso, seria cabível a queixa substitutiva em relação ao indiciado excluído. Penso que não; com efeito, o Ministério Público, na ocasião, limitou-se a exercer sua *opinio delicti*, excluindo da acusação um (ou mais) indiciado. Inocorreu inércia do *Parquet*, que agiu como lhe pareceu adequado. Caso, no curso da ação penal, venham a surgir novas provas contra o indiciado excluído, o juiz poderá, na forma do art. 40 do CPP, remeter peças de informação para o Ministério Públi-

co. Aliás, mesmo quando da apreciação da inicial, o juiz poderia, em relação ao indiciado não incluído na acusação, proceder na forma do art. 28 do CPP. Se não o fez, não me parece tenha sentido a queixa subsidiária, pois o particular legitimado para agir estaria, assim, sendo mais realista que o próprio rei, transmutando-se em fiscal absoluto dos atos do Ministério Público e do juiz.

10. O querelante está sujeito ao prazo de decadência, conforme preceitua a parte final do art. 38 do CPP. O prazo decadencial conta-se a partir da data em que se esgotar o prazo para oferecimento de denúncia. Porém, a decadência, no caso, atinge somente o querelante mas não extingue a punibilidade do fato, pois o Ministério Público, como sabido, não decai do direito de agir. É sabido que não ocorre a decadência quando há o dever jurídico de agir, e o Ministério Público está obrigado a oferecer denúncia desde que presentes as condições da ação (art. 24 do CPP). A decadência atinge somente o direito de queixa ou de representação (art. 38 do CPP), pois para o particular não há o dever jurídico de atuar. Portanto, o efeito prático da decadência para o querelante revela-se bastante limitado para efeito da sorte que o processo possa vir a ter, pois nada impede que o Ministério Público venha a propor a ação penal.

11. Importante alteração veio trazer a Constituição Federal no que respeita à queixa subsidiária na Lei de Falências. No estatuto falimentar, o arquivamento recebe o *nomen juris* de apensação do inquérito judicial ao processo de falência. Pois bem: segundo dispunha o art. 108, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 7.661/45 (Lei de Falências), após a apensação, o síndico ou qualquer credor poderia oferecer queixa. Atualmente, tal não se dá, uma vez que a Constituição Federal (art. 5º, LIX) somente admite a queixa substitutiva na hipótese de inércia do Ministério Público. Portanto, o dispositivo da lei falimentar não foi recepcionado pela nova ordem constitucional, uma vez que com a apensação do inquérito judicial o Ministério Público não se quedou inerte. Ele atuou.

12. Outra questão instigadora: suponha-se que a denúncia não acolha os termos da representação, nos casos de ação penal pública condicionada, deixando de incluir fatos descritos naquela condição de procedibilidade. Impõe-se indagar se o ofendido pode ajuizar a queixa subsidiária em relação aos fatos excluídos da imputação. Entendo incabível a providência. A queixa só poderia ser admitida no caso de inércia do Ministério Público. Na hipótese formulada não há falar em inércia, pois o Ministério Público agiu, ofertando denúncia de acordo com a sua *opinio delicti*. É preciso ter em conta que a representação não vincula o *Parquet*, que é livre para denunciar como entender de direito. Ela apenas figura como condição exigida em lei para o exercício da ação penal. Porém, esta será intentada de acordo com o convencimento do órgão de atuação do Ministério Público.

13. Nos processos dos crimes contra a propriedade imaterial há uma estranha norma contida no parágrafo único do art. 529 do CPP, que parece criar duas titularidades alternativas para o exercício da ação penal: o Ministério Público e o ofendido. Aliás, mesmo antes da propositura da ação penal, já permite a lei processual que o ofendido, nos crimes contra a propriedade imaterial, pratique atos que, em se tratando de ação pública, deveriam constituir atribuição exclusiva do Ministério Público. Com o advento da nova Carta Política parece-me que o aludido parágrafo único do art. 529 não se viu recepcionado, estando, assim, revogado, pois a CRFB somente admite a queixa subsidiária nos casos em que o Ministério Público deixe de oferecer denúncia no prazo legal (art. 5º, LIX). Este o impecável ensinamento de Tourinho.⁽⁸⁾

14. Tema fascinante é o que envolve a possibilidade de aplicação da suspensão do processo prevista no art. 89 da Lei nº 9.099, de 26.9.1995 em ação penal iniciada mediante queixa subsidiária (art. 29 do CPP). Meu pensar é no sentido de que não há obstáculo para o *sursis* processual, cabendo, porém, ao querelante formular a proposta. Pode ocorrer, no entanto, que o querelante, não importa a razão, não o faça. Como a ação penal é pública, incumbindo ao Ministério Público “intervir em todos os termos do processo”, como deixa claro o art. 29 do CPP, nada impedirá que o Promotor de Justiça, desde que presentes as condições legais para a obtenção da suspensão, tome a iniciativa de propor a medida em questão. Veda-se, somente, a atuação *ex officio* do Juiz, que violaria o sistema acusatório, até porque a “transação se dá entre partes, e o juiz não é parte”, como bem preleciona o Professor Marcellus Polastri Lima.⁽⁹⁾ Aliás, em recente decisão, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *habeas corpus* nº 75343-MG, afirmou que a iniciativa para o *sursis* processual (art. 89 da Lei nº 9.099/95) é faculdade exclusiva do Ministério Público (art. 129, I, da CF), não podendo o juiz da causa substituir-se a este.⁽¹⁰⁾

15. A legitimidade para agir, nos casos de queixa substitutiva, é do ofendido ou seu representante legal (art. 30 do CPP), e ainda dos seus sucessores (art. 31 do CPP). É certo que o art. 29 em comento não alude, expressamente, àqueles sujeitos. Porém, ao fazer referência ao direito de queixa (petição inicial da ação penal de iniciativa privada e da queixa subsidiária), deixa entrever que somente as pessoas enumeradas naqueles dois dispositivos estariam, conforme o caso, legitimadas para agir. Imagine, à guisa de exemplo, uma hipótese de ação penal pública incondicionada em que qualquer do povo, *ut cives*, pretendesse agir, ante a inércia do Ministério Público. Poderia fazê-lo? Perante os termos do Código não estaria legitimado para propor a ação, pois a lei processual penal limitou a legitimidade para a causa àqueles pessoas indicadas nos arts. 30 e 31.

16. A queixa subsidiária pode dar-se, também, nos casos de competência originária dos tribunais, aplicando-se *mutatis mutandis*, os mesmos preceitos examinados no decorrer do presente estudo. Na matéria, recomenda-se, para evitar equívocos, especial cuidado na contagem do prazo para o Ministério Público, tal como preconizado no item 5, *supra*.

17. A queixa substitutiva, diante da nova ordem constitucional, como já ficou assinalado (*ut supra*, nº 1), adquiriu amplitude ainda não de todo dimensionada por boa parte da doutrina e da jurisprudência. Com efeito, dispondo o art. 5º, LIX, que ela será admitida nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, passou a incidir também nas infrações penais da competência da Justiça Militar ou da Justiça Eleitoral. Atingiu, assim, as justiças especiais. Dessa maneira, o art. 121 do Código Penal Militar e o art. 29 do Código de Processo Penal Militar terão que sofrer nova leitura para que, quando cabível, possa o particular legitimado, e não somente o Ministério Público da Justiça Militar, intentar a queixa substitutiva segundo os parâmetros do art. 29 do CPP, única norma processual reguladora do assunto. Da mesma forma, o art. 355 do Código Eleitoral merecerá reparo, pois, diante da nova Carta Política, nada impede, na atualidade, a deflagração da queixa subsidiária, tal como assinalado em relação à Justiça Militar. É certo que o art. 355 assinala, apenas, que as infrações penais eleitorais são de ação pública, o que, de certa forma, não impediria a queixa substitutiva. Porém, em face do que dispõe o art. 357, §§ 3º, 4º e 5º, do Código Eleitoral, seria o Ministério Público o único legitimado para o exercício da ação penal. Leis extravagantes que, eventualmente, excluam a queixa supletiva da denúncia, em face da imperatividade da norma constitucional, da mesma forma, terão, agora, que admiti-la. Na doutrina, Mirabete⁽¹¹⁾ sustenta, igualmente, que, em face da linguagem constitucional, a queixa substitutiva passou a ter incidência mais ampla, abrangendo as justiças especiais que a excluía. É bom assinalar também que o atualizado “Boletim do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Eleitorais do Rio de Janeiro”⁽¹²⁾ já acena, em relação ao processo eleitoral, com a possibilidade da queixa subsidiária no processo penal eleitoral, no caso da omissão do Ministério Público.

Em relação ao processo penal militar, sustenta Jorge Alberto Romeiro⁽¹³⁾ que “enquanto inexistir lei dispondo sobre a forma de ser exercida a novel ação penal militar, é no CPP comum que vamos buscá-la em face do disposto no art. 3º do CPPM, *apertis verbis* : ‘Os casos omissos neste Código serão supridos: ... c) pela analogia’ ”.

18. A queixa subsidiária é um bem ou um mal?

Em estudo que escrevi no distante ano de 1981⁽¹⁴⁾ salientara, quando do exame a respeito do anteprojeto do CPP então em discussão, que o mesmo bem

fez ao manter a queixa substitutiva, “pois enquanto o Ministério Público não receber tratamento institucional compatível com a grandeza de seus objetivos, a presença do ofendido, atuando como autor, mesmo nos crimes de ação pública, é salutar. No momento em que o Ministério Público vier a gozar das garantias constitucionais da magistratura judicante, não mais haverá lugar para a participação do ofendido, quer como parte principal quer como assistente no desenvolvimento da relação processual penal. Desde que revestido das garantias do Poder Judiciário, a legitimidade *ad causam* para promover a ação penal nos casos de ação penal pública deverá pertencer, unicamente, ao Ministério Público. Ocorrendo a hipótese de imotivada inércia por parte do órgão do Ministério Público, a providência adequada consistirá na aplicação de sanções administrativas e disciplinares contra o membro do Ministério Público responsável pelo retardamento do feito, segundo o modelo delineado no art. 801 do Código em vigor, sem, no entanto, dar ensejo à legitimação extraordinária do ofendido”.

Na atualidade, a Constituição Federal, atendendo aos meus anseios, veio dar ao Ministério Público garantias constitucionais compatíveis com a grandeza da Instituição, tal como, então, em meus devaneios, sonhara, no longínquo ano de 1981. Porém, como já registrado (*ut retro*, nº 1), em contrapartida, conferiu à queixa subsidiária *status* constitucional (art. 5º, nº LIX), pois, em caso contrário, ela estaria banida do processo penal, diante da incompatibilidade manifesta entre o art. 129, I, da CRFB e o art. 29 do CPP, tendo em vista que aquele preceito constitucional erigiu como função institucional do Ministério Público a de promover, privativamente, a ação penal pública.

Meditando melhor sobre o assunto, mudei meu pensar sobre a matéria, entendendo, hoje, como salutar a presença do particular no processo penal, quer atuando como legitimado extraordinário para agir, quer como simples assistente da acusação. Vislumbro na presença do particular, naqueles casos, uma eficiente forma de controle externo do Ministério Público.

É certo que a presença do particular no processo penal pode, ao invés de ajudar a restauração da ordem jurídica violada, prejudicar a acusação serena e imparcial do Ministério Público, já que o particular se faz presente no processo para satisfazer interesses pessoais (patrimoniais, de vingança etc.) ao contrário do que ocorre com o *Parquet*,⁽¹⁵⁾ sempre voltado para a realização de justiça.

Como toda a providência humana, a queixa subsidiária apresenta vantagens e inconveniências, parecendo-me, porém, que ela não pode levar a coima de ferir o princípio da razoabilidade que deve presidir as normas jurídicas em geral, conferindo-lhes o necessário equilíbrio entre os valores tutelados.

Portanto, não me pejo em reconsiderar o que antes – e já lá se vão 17 anos! – afirmara a respeito da malignidade da queixa subsidiária. Tenho pro-

curado seguir, como norma de vida, o conselho de Horácio segundo o qual *sapientis est mutare consilium...*

NOTAS EXPLICATIVAS

- (3) SERGIO DEMORO HAMILTON, “Primeiras notas sobre o anteprojeto de Código de Processo Penal”, in Revista de Direito da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nº 13, 1981 (2ª fase), págs. 219/229, item 07.
- (4) HELIO TORNAGHI, “Instituições de Processo Penal”, vol. III, págs. 352/355, Companhia Editora Forense, Rio de Janeiro, 1959, 1ª edição.
- (5) SERGIO DEMORO HAMILTON, “A técnica do parecer”, in Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nº 19, 1994 (abril-junho), págs. 19/32, item 03.
- (6) AFRANIO SILVA JARDIM, “Direito Processual Penal”, 1991, pág. 191, Ed. Forense, Rio de Janeiro.
- (7) AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, “Novo dicionário da língua portuguesa”, pág. 1221, Editora Nova Fronteira, 1ª edição, 5ª impressão.
- (8) FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, “Código de Processo Penal comentado”, vol. 02, pág. 186, Editora Saraiva, 3ª edição, 1998.
- (9) MARCELLUS POLASTRI LIMA, “A Lei 9099/95 – Questões controvertidas”, in Revista do Ministério Público – RJ, (3ª fase), nº 05, pág. 141.
- (10) Decisão do STF, de 12.11.97, “Informativo do STF, nº 92”, *apud* Revista do Ministério Público – RJ, nº 06, (3ª fase), pág. 270.
- (11) JULIO FABBRINI MIRABETE, “Processo Penal”, São Paulo, Ed. Atlas, 1990.
- (12) “Boletim do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Eleitorais do Rio de Janeiro”, Ano I, nº 1, setembro de 1998, pág. 27, organizado pelo Promotor de Justiça Dr. Orlando Carlos Neves Belém.
- (13) JORGE ALBERTO ROMEIRO, “Curso de Direito Penal Militar”, (Parte Geral), págs. 264/265, Editora Saraiva, 1994.
- (14) Vide o item 2, *supra*, e a nota nº 1.
- (15) Vide as críticas endereçadas ao uso do francesismo *Parquet* para designar, por metonímia, a instituição do Ministério Público, in “O Ministério Público é um *Parquet*?”, de Leomar Barros Amorim de Sousa, *apud* “Comunicação em artigos jurídicos”, vol. I, abril de 1998, págs. 57/58.