

# DA AÇÃO PENAL NO ANTEPROJETO DE REFORMA DA PARTE GERAL DO CÓDIGO PENAL

Rogério Lauria Tucci

— NOÇÕES FUNDAMENTAIS: 1. Considerações prévias. 2. Aspectos genéricos da ação. 3. Relações entre a ação e o direito subjetivo. 4. Natureza jurídica da ação: a) Teoria do direito concreto à tutela jurídica; b) Teoria da ação como direito potestativo; c) Teoria do direito abstrato de ação. 5. Conceito. 6. Caracteres da ação penal: a) Direito abstrato; b) Direito instrumental, conexo a situação concreta; c) Direito subjetivo de caráter processual.

— CLASSIFICAÇÃO E DIVISÃO DA AÇÃO PENAL: 7. Da pluralidade da ação penal. 8. Ação penal de conhecimento. 9. Ação penal de execução. 10. Ação penal cautelar. 11. Critério subjetivo de classificação das ações. 12. Outros critérios.

— DA AÇÃO PENAL NO ANTEPROJETO: 13. Ação pública, também de iniciativa privada. 14. Ação penal de iniciativa privada subsidiária. 15. Abolição do procedimento de ofício.

— CONCLUSÃO: 16. Considerações finais.

## NOÇÕES FUNDAMENTAIS

### 1 — Considerações Prévias

Ao examinarmos a ação penal no *Anteprojeto de reforma da Parte Geral do Código Penal*, não podemos deixar de tecer considerações a respeito da sua teoria geral, permitindo-nos valer, neste ensejo, da breve dissertação realizada em nosso livro "*Habeas corpus*", *ação e processo penal*, ed. Saraiva, São Paulo, 1.978, p. 55 e ss.

Bem verdade é, outrossim, que, ao fazê-lo, devemos cuidar de imprescindível atualização de alguns conceitos, então emitidos, que já não traduzem o pensamento da moderna processualística penal; e, igualmente, de sua adequação, no tocante à classificação das ações penais no plano subjetivo, à inovação contida no *Anteprojeto*.

Isso esclarecido, passemos, sem mais delonga, ao desenvolvimento do tema.

Como é notório, desenrola-se a *persecutio criminis* em duas fases: a primeira, relativa à investigação, procedimento administrativo, de caráter informativo, destinado a preparar a ação penal, em que são colhidos os elementos necessários à formação da *opinio delicti*, pelo Ministério Público; e a segunda, referente à ação penal, que se inicia, em regra, com a *acusação*, ou seja, com a apresentação, perante órgão judiciário, do pedido condenatório e seus fundamentos, quer pela *denúncia*, na ação penal incoada pelo Ministério Público, quer pela *queixa crime* na de iniciativa privada.

Referentemente à ação penal, que é, indubitavelmente, a mais importante, deve a análise do tema abranger, de logo, num prisma genérico, o da *ação*.

E, a propósito, em primeiro lugar, a *natureza jurídica da ação*, verificando-se que diversas teorias têm sido formuladas, sobre a mesma.

Passemos a estudá-la, examinando, precedentemente, as concepções da ação e suas relações com o direito subjetivo.

## 2. Aspectos genéricos da ação

Ação vem de *actio*, do verbo *agere*, significando ação judicial. Na linguagem do foro empregou-se *agere* no sentido de pleitear.

Na antiguidade, os juristas exprimiram com tal palavra a possibilidade de exercer em concreto a atividade processual, conforme esquemas preestabelecidos.

Os romanos consideravam, por sua vez, titular da *actio*, não qualquer um, ou quem preenchesse certos requisitos legais, mas só aqueles que demonstrasse, nas formas devidas, *uma situação de direito material realmente existente*: só podia ser titular da *actio* quem tivesse razão. E isso porque o Direito Romano não distinguia entre *actio* e direito subjetivo. Daí, o significado óbvio da definição de CELSO: "*Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeat, iudicio persequendi*" (D. 44, 7, 51).

No Direito Medieval, procurando diversificar entre direito subjetivo e ação, afirmava-se que a ação é um direito-meio, a fim de obter-se o que é devido: "*medio legitimo ius suum persequendi in iudicio*" (G. HEINNECCII, *Opera omnia*, Genebra, 1.768, t. 5, Liv. III, Tit. VI, *De actionibus*, pág. 430, § MCXXVI).

A concepção tradicional, contudo, herdada do Direito Romano e desenvolvida por SAVIGNY e pela doutrina procedimentalista francesa, segundo a qual ação e direito subjetivo material constituíam uma só coisa (a ação considerada como "aspecto ou momento do direito subjetivo ameaçado ou violado"), perdurou até meados do século passado. Foi ela adotada, inclusive, em nosso país, por processualistas do porte de JOÃO MONTEIRO e JOÃO MENDES JÚNIOR, para os quais, respectivamente, ação é "o direito reagindo contra a ação contrária de terceiro, ou a faculdade de defender judicialmente o direito atacado", e "na acepção subjetiva, o direito de requerer em juízo aquilo que nos é devido" (v., pela ordem, *Teoria do processo civil*, 6ª ed., atualiz., J.M. Carvalho Santos, Rio de Janeiro, 1.956, t. 1, p. 70, § 14; e *Direito Judiciário Brasileiro*, 5ª ed., atualiz. João Mendes Neto, Rio de Janeiro, 1.960, p. 98).

Da segunda metade do século passado para cá, com a renovação dos estudos científicos, acentuou-se a função mais elevada e independente do Direito Processual, em especial o Civil, e seu importante valor social. Principalmente em razão de:

a) polêmica entre WINDSCHEID e MUTHER, sobre a *actio* romana e seu desenvolvimento até os dias atuais, e a *klage* germânica (1.856), com a conceituação de *Anspruch* (pretensão), pelo primeiro, e a demonstração, pelo segundo, de que o direito de agir é diverso do direito lesado: é dirigido contra o Estado, e tem como pressuposto necessário o direito lesado e sua violação, ao passo que o Estado tem o dever de conferir-lhe a tutela;

b) concepção do processo como relação jurídica, por OSKAR BÜLOW, em seu famoso livro sobre a teoria das exceções e dos pressupostos processuais (1.868);

c) estudo sobre a ação declaratória, por ADOLPH WACH (1.888); e, especialmente,

d) definição da ação declaratória como figura geral de tutela jurídica, pelo Código de Processo Civil alemão (§ 231, hoje 256).

Determinou-se, então, a autonomia do denominado direito de ação, que se desvinculava da concepção civilista e imanentista, pela qual era ela considerada, como frisamos, mero elemento do direito subjetivo material. E essa é a concepção dominante até os nossos dias.

### 3. Relações entre a ação e o direito subjetivo.

O tema, segundo ALFREDO BUZUID, *A ação declaratória no direito brasileiro*, São Paulo, 1.943, p. 71, n. 53, é dos mais importantes. A doutrina cuidou de distingui-los, sem olvidar a existência do nexa que os vincula.

Na expressão de FRANCESCO CARNELUTTI, "a ação, em qualquer de suas formas, civil ou penal, na fase de conhecimento ou de execução, é distinta e diversa do direito subjetivo. Não é nem o direito subjetivo, que tende a fazer valer, nem um elemento dele" (v. *Il danno e il reato*, Pádua, 1.926, p. 120 e 122, n. 49).

Diz pois, com um direito autônomo, que pode, eventualmente, estar ligado a um direito subjetivo, mas não é nem um elemento, nem uma função dele; antes, dele se distingue, por sua natureza, seu conteúdo, e sua condição de vida (cf. GIUSEPPE CHIOVENDA, *Principii di Diritto Processuale Civile*, 3ª ed., Nápoles, 1.923, p. 46):

a) o direito subjetivo, como vimos, contém latente a idéia de relação jurídica; a ação se traduz na atividade indispensável e suficiente à obtenção de um bem jurídico, mediante atuação da vontade da lei; ao direito do autor não corresponde nenhum dever do réu, que apenas está sujeito a sofrer os efeitos da ação;

b) o direito subjetivo tem direção voltada para determinada pessoa, que pode ser substituída (sucessão *inter vivos* ou *causa mortis*); a ação tem direção voltada ao Estado, ao qual se pede a emanação de um provimento de mérito (exercício do *direito à jurisdição*); e,

c) por outro lado, se fosse a ação modalidade do direito subjetivo material, só poderia existir onde e quando ele existisse; ficando, então, sem explicação a ação julgada *improcedente* — infundada, e a *ação declaratória*, em que não se tende a prestação alguma do réu, mas, antes, à definição judicial de uma relação jurídica (especialmente a *negativa*, em que a ação tem lugar, mas são negadas a relação jurídica e a obrigação); a ação pode existir e ser exercida, independentemente do direito subjetivo cuja tutela é reclamada aos órgãos jurisdicionais.

#### 4. Natureza jurídica da ação

Pelas doutrinas autonomistas, a ação foi considerada, em sentido genérico, como *poder processual* — categoria que se manifestou, principalmente, em três doutrinas fundamentais: a) teoria do direito concreto (WACH); b) teoria dos direitos potestativos (CHIOVENDA e WEISMANN); e c) teoria do direito abstrato (DEGENKOLB, PLOSZ e outros).

##### a) TEORIA DO DIREITO CONCRETO À TUTELA JURÍDICA

Foi sobre a aludida conceituação de MUTHER, embora dela se apartasse em alguns aspectos, que WACH assentou a doutrina denominada

*direito concreto à tutela jurídica*, procurando demonstrar um dos caracteres do por ele considerado direito de ação — sua *autonomia*.

Duas diretrizes fundamentais aparecem no seu pensamento: a primeira é o caráter *público* da ação, porque exercida contra o Estado, obrigado à prestação da tutela jurisdicional através de decisão e de coerção; e a segunda é o seu caráter *concreto*, no sentido de que, dirigida contra o adversário, culmina com a *sentença favorável*, pela qual este sofre o ato de proteção estatal: a ação é direito à sentença favorável.

Ligeiramente modificada, essa é a formulação de BÜLOW, para quem a *ação é o direito a uma sentença justa*.

Adeptos dessa teoria foram HELLWIG, STEIN, HOLDER e GIERKE, na Alemanha; e SIMONCELLI, na Itália.

#### b) TEORIA DA AÇÃO COMO DIREITO POTESTATIVO

Partindo da idéia de ser a ação um direito autônomo, e não aceitando o caráter publicístico da mesma, por considerar que não se dirige ela contra o Estado, mas contra, ou melhor, em relação ao adversário, CHIOVENDA entende o direito de ação como um direito potestativo, um direito de poder (*Kann Rechte*) — o tendente à produção de um efeito jurídico a favor de um sujeito e com ônus para o outro, o qual nada deve fazer, mas, por sua vez, nada pode fazer, a fim de evitar tal efeito, ficando sujeito à sua produção. Diferentemente dos direitos reais e pessoais ou obrigacionais, sua característica é a de dar nascimento, ou modificar ou extinguir direitos subjetivos, pela só circunstância da vontade de seu titular.

Assim, a ação é o poder jurídico (denominado pela doutrina, também, “direitos em formação”) de dar vida à condição para a atuação da vontade da lei. E o direito de ação, segundo a lei cuja atuação produza seja de natureza pública ou privada, tem caráter público ou privado. Consiste, ademais, num *direito de poder*, sem obrigação correspondente, e atinente a quem tem razão, contra quem não a tem; vale dizer, num direito à obtenção de sentença favorável.

Por curiosa coincidência, ao mesmo tempo que CHIOVENDA elaborava sua doutrina, em fins de 1.903, na Alemanha, WEISMANN formulava idêntica teoria.

Acrescente-se que, na Itália, CALAMANDREI e REDENTI a adotaram, assim como, entre os autores nacionais, ELIÉZER ROSA e CELSO AGRÍCOLA BARBI.

### c) TEORIA DO DIREITO ABSTRATO DE AÇÃO

Em contraposição a essas teorias, surgiu na Alemanha, com DEGENKOLB e, quase concomitantemente, na Hungria, com PLOSZ, a teoria da ação no sentido abstrato, para a qual a ação é um direito *geral e abstrato*, que pode ser exercido ainda quando não se tenha direito subjetivo material merecedor de tutela jurisdicional. Pertence a todos os indivíduos, como decorrência da própria personalidade, exigindo-se apenas que o autor faça referência a um interesse seu, protegido em abstrato pelo Direito, ficando o Estado, só por isso, levado a exercer sua atividade jurisdicional, com o proferimento e sentença, por órgão do Poder Judiciário, ainda que desfavorável: configura-se, enfim, como aspiração ao direito — *direito à realização do direito*.

Ao direito de acionar corresponde a obrigação jurisdicional do Estado, por via da qual o autor pode obrigar o réu a participar do juízo.

Trata-se, portanto, de um direito público, subjetivo, preexistente ao processo, desvinculado do direito material invocado.

Críticas inúmeras foram feitas a todas essas formulações, das quais cumpre destacar as seguintes: *primeira*) a teoria imanentista não logra explicar o fenômeno da ação infundada, isto é, daquela que, não obstante dirigir-se até o final, viu evidenciada a inexistência de direito subjetivo material a proteger; *segunda*) igualmente, não consegue esclarecer a existência da ação declaratória negativa; *terceira*) a teoria da ação como direito concreto, a seu turno, não consegue esclarecer o problema das ações julgadas improcedentes, deixando de justificar, por conseguinte, os atos processuais realizados até a sentença; *quarta*) relativamente à doutrina de CHIOVENDA, afirmou-se que o fato de o Estado e o cidadão terem comum interesse na atuação da lei não quer significar que não tenham direitos e obrigações recíprocas; mais, ainda, que o Mestre italiano confundiu direito subjetivo com faculdade de exercê-lo — coisas diversíssimas; e *quinta*) quanto à teoria do direito abstrato, que ela pecava pelo seu caráter excessivamente abstrato, tanto que DEGENKOLB teve necessidade de impor forte limitação à sua idéia, no que, porém, não foi acompanhado por sectários da teoria, como ALFREDO e UGO ROCCO, que mantiveram o seu prestígio.

### 5. Conceito

Dado o que expusemos, torna-se possível conceituar a ação como a atuação correspondente ao exercício de um direito abstrato (em princípio, até porque, com ela, se concretiza), autônomo, público, genérico e subjetivo, qual seja o *direito à jurisdição*.

Esse direito é, realmente, e de logo, *abstrato*, porque independente do fundamento ou da falta de fundamento da pretensão ou da intenção em que se traduz o direito material, a que é, porém, conectado: "... essa é *astratta rispetto al suo risultato, ma concreta rispetto alla sua nascita, poichè surge di una situazione concreta, ha una sua causa concreta*" (cf. ENRICO TULLIO LIEBMAN, *Corso di Diritto Processuale Civile*, Milão, 1.952, p. 35, n. 9). É *autônomo*, porque um direito exercido perante o Estado, para invocação de tutela jurisdicional, mediante a atuação de seus órgãos competentes. É *genérico*, porque sempre o mesmo. E *subjetivo*, indubiosamente.

Trata-se, ademais, o estudado, como explicita o mesmo LIEBMAN (*Corso cit.*, p. 34, n. 9), de direito ao meio, e não ao fim: *direito a simples decisão*. Em suma, de um direito pelo qual o titular solicita ao Poder Público, por meio de órgão competente do Judiciário, a atuação do Direito Objetivo ou Positivo (aqui, evidente e restritamente, no âmbito da Justiça Penal), relativamente a uma pretensão resistida ou insatisfeita ou a um conflito de interesses de grande relevância social.

De outra parte, "o enquadramento do instituto no sistema legal normativo" como acentua JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Elementos de Direito Processual Penal*, 2ª ed., Rio de Janeiro, 1.965, v. 1, p. 306, n. 166, "não é pacífico nem uniforme": em França, por exemplo, só o Código de Instrução Criminal regula a *poursuite penale*; ao passo que o Código Penal austríaco, como o da Noruega, disciplina em seu texto a ação penal (v., também, JORGE ALBERTO ROMEIRO, *Da ação penal*, 2ª ed., Rio de Janeiro, 1.978, p. 17/18).

Aqui no Brasil, nosso Código Criminal do Império, de 1.830, acolheu o sistema francês, deixando a regulamentação jurídica do instituto para o Código de Processo Criminal, e referindo-se ao mesmo em apenas alguns dispositivos da parte especial, sobre as condições da acusação relativamente a determinados crimes (v. arts. 252, 253, 262 e 312).

Já em 1.890, a situação foi modificada, ocupando-se o novo Código Penal com uma série de preceitos uniformes, referentes à persecução penal.

E se a atitude do legislador de então podia ser justificada com a adoção de um sistema normativo de caráter pluralista para o Direito Processual, conferindo-se aos Estados-membros competência exclusiva para legislar sobre o processo civil e penal, ficou sem qualquer explicação plausível a do de 1.940, elaborado, obviamente, após a unificação determinada pela Constituição de 1.934. Especialmente porque, instituto de Direito Processual, e não de Direito material, só nos quadros daquele, particularmente do Direito Processual Penal, é que se pode compreender a regulamentação geral da ação; restando à legislação penal apenas a discriminação, na parte especial, dos casos de crimes de ação penal pública in-

condicionada ou condicionada e de crimes de ação penal de iniciativa privada.

Do mesmo modo, e por idênticos motivos, a nosso entender, não deveria constar do *Anteprojeto* sob exame a regulamentação da ação penal na Parte Geral do Código Penal.

Vingou, entretanto, no tema focado, a opinião da maioria dos membros da Comissão encarregada de sua elaboração, afeiçãoada, por certo, a uma tradição que, embora incorrespondente com a melhor técnica jurídica, se faz quase secular...

Feitas tais observações, indispensáveis, passemos a conceituar a ação penal:

a) *Ação penal* é a atuação correspondente ao *direito à jurisdição* — público, subjetivo, abstrato, autônomo — que se exercita perante os órgãos da Justiça Criminal. E se, como vimos, sua natureza jurídica é a mesma da ação exercida no Juízo Civil, do ponto de vista processual, não obstante a identidade de suas linhas conceituais e de seus caracteres jurídicos, há uma diversificação a ser relevada entre ambas, em razão da matéria de que cada uma delas cuida (distinção *ratione materiae*). Ademais, como se tem salientado, diverso é também o seu fundamento jurídico constitucional.

Com efeito, o denominado direito e ação, genericamente considerado, é o *direito à jurisdição*. E, referentemente aos particulares, correspondente a um direito assegurado ao indivíduo, constitucionalmente. Mesmo porque, como foi dito muitas vezes, o Estado, assumindo o monopólio da administração da Justiça, devia conferir, como de fato conferiu, ao particular, o direito subjetivo de invocar (quando necessário, e desde que ocorra violação ou ameaça de violação de um direito subjetivo material) a prestação jurisdicional a que se obrigou, para a tutela da ordem jurídica.

Esse direito é, aliás, consagrado universalmente, inclusive na "*Declaração Universal dos Direitos do Homem*", elaborado pela Assembléia Geral das Nações Unidas, reunida em Paris, em 10 de dezembro de 1948 ("Art. 10: Toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, de ser ouvida publicamente e com justiça por um tribunal independente e imparcial, para a determinação de seus direitos e obrigações ou para o exame de qualquer acusação contra ela em matéria penal"); e, outrossim, em nosso Direito Constitucional tradicionalmente: na atualidade, ainda, o § 4º do art. 153, na esteira de idênticos dispositivos das Constituições anteriores, assevera que "*A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual*" (grifado). E certo é que se sufraga, assim, constitucionalmente, o direito à tutela jurisdicional do Estado, como direito individual — "um direito público subjetivo do cidadão em face do Estado, para a tutela da ordem jurídica".



b) Evidente é, por outro lado, que esse direito não foi conferido pelo Estado exclusivamente aos particulares; estendendo-se, também, ao próprio Estado sempre que se verifique a impossibilidade da auto-execução de certos atos ou funções, porque necessária a imposição de limites ou restrições às atividades administrativas, ainda que realizadas no interesse da coletividade.

Ora, por certo que o direito de punir, ou, como se tem preferido ultimamente, *poder-dever de punir*, só se realiza pelo exercício do *ius perseguendi*; é um direito de *coação indireta*, circunscrito ou delimitado em sua executoriedade pelo Direito Positivo. Daí porque somente por obra dos órgãos jurisdicionais pode obter o Estado o reconhecimento da prevalência de seu interesse punitivo sobre o interesse penal de liberdade do suposto infrator da norma penal. Ou, por outras palavras, o *ius puniendi* só se efetiva quando o Estado-Administração solicita do Estado-Juiz a aplicação do Direito Penal material: *nulla poena sine iudicio*.

c) Tanto quanto, pois, para o particular, nasceu para o Estado o *direito à jurisdição*, com a limitação da auto-executoriedade de determinados atos e funções. Não só no campo penal, como no civil, e. g. nas desapropriações, em que se vê obrigado a comparecer em Juízo, quer para obter a imissão na posse do imóvel expropriando, quer para verificação do justo preço a ser pago pelo apossamento da propriedade particular.

d) É interessante frisar que a Administração, muitas e muitas vezes, auto-executa medidas de seu interesse. Na esfera fiscal, por exemplo, entendendo que o contribuinte cometeu determinada infração, membro de um de seus órgãos vem a autuá-lo. E qualquer defesa ou recurso que venha a ser apresentado pelo autuado deverá ser julgado também por órgão administrativo, parcial, pois, no exercício da autotutela do interesse do Estado (por isso que a solução pode ser revista pelo Poder Judiciário, de acordo com o disposto no § 4º do mesmo art. 153 da CF).

Já o órgão jurisdicional, o Estado-Juiz, ao atuar a lei, age imparcialmente, sobrepondo-se às partes e aos interesses em conflito, numa atividade substitutiva (a lição é de CHIOVENDA) da dos interessados: enquanto a atividade administrativa é atividade primária, originária, desenvolvida pelo Estado no seu próprio interesse, e em atenção à finalidade que tem em vista — a harmonia comunitária, o bem comum; a do Estado-Juiz é substitutiva, até mesmo a do Estado-Administração, quer quanto à afirmação da vontade da lei que deva prevalecer no caso concreto, quer quanto ao seu efetivo cumprimento, quando já determinada em pronunciamento regular do órgão jurisdicional.

Daí porque, feita essa necessária explicação, pode ser bem compreendida a natureza da atividade jurisdicional e, com ela, a limitação imposta, tanto ao particular, como ao próprio Estado, relativamente,

quanto a este, à auto-executoriedade de certos atos e funções (cf. JOSÉ FREDERICO MARQUES, *op. et v. cit.*, p. 309, n. 167).

e) Ora, como já foi esclarecido, também, o *ius puniendi* não pode ser realizado imediatamente: é um direito de *coação indireta*, que só se efetiva *processualmente*, e por obra do órgão jurisdicional. E, como acentua, complementando a análise supra sintetizada, JOSÉ FREDERICO MARQUES, *in op. et vol. cit.*, p. 310, n. 167, 'isso significa que toda a vez que o poder de império do Estado se acha sujeito a limitações no seu exercício, por depender de apreciação jurisdicional, é *imprescindível que ele seja investido do direito de ação, pois o Poder Judiciário é de natureza inerte e só se movimenta mediante provocação do interessado*' (grifado). Em conclusão: "A ação penal, por isso, é uma resultante das garantias individuais que tornam o *ius puniendi* um direito de coação indireta, em virtude de ninguém ser condenado a uma pena criminal, a não ser através de sentença judiciária. Como o pronunciamento que se exige deve resultar de processo e sentença da autoridade judiciária, imprescindível é a ação penal, porque os órgãos jurisdicionais e o processo judiciário não se iniciam sem provocação que tire o órgão julgador da inércia, e instaure a instância penal" (p. 310-11, n. 167).

## 6. CARACTERES DA AÇÃO PENAL

Ante o exposto, tem-se, sem muita dificuldade, que a *ação penal*, relativamente ao posicionamento do respectivo titular, consiste no exercício do direito de solicitar ao Poder Judiciário, mediante atuação de um dos seus agentes — juízes e tribunais, — a aplicação do Direito Penal material.

Corresponde ela, outrossim, e principalmente, a uma das fases da *persecutio criminis*, por via da qual cuida o Estado e realizar o *ius puniendi*; com a prevalência da intenção punitiva, regularmente deduzida na acusação formulada pelo Ministério Público, ou pelo particular, nos casos de ação penal de iniciativa privada, sobre o direito de liberdade do suposto infrator da legislação específica: ou, ainda, procura este a afirmação da predominância do *ius libertatis* frente à antagônica, do poder-dever de punir. Daí, pressupor, sempre, um direito subjetivo material — direito de punir, direito penal e liberdade, — que constitui seu objeto.

Não se pode confundir, portanto, a ação penal com o direito subjetivo material que, por ela, se pretende realizar; assim como não se pode deixar de reconhecer a distinção entre a ação civil e os direitos subjetivos nela objetivados.

Realmente, desde quando a doutrina, encarando cientificamente o problema, e em razão de intensa e profícua atividade, culminou por separar o *direito à jurisdição* do direito subjetivo material, passou-se a conceber

aquele como *autônomo e independente*: pode existir perfeitamente a ser exercido, sem que haja direito subjetivo material a realizar-se, e. g. uma ação penal em que, a final, verificada a inexistência de crime a ser punido, nem por isso deixou de efetivar-se, de ser plenamente realizada.

#### a) DIREITO ABSTRATO

O *direito à jurisdição*, aliás, não só é autônomo e independente, como também, e em princípio, *abstrato*, já que é facultada ao seu titular a invocação do órgão jurisdicional, a fim de que seja aplicado o Direito Objetivo a uma situação concreta. Constitucionalmente assegurado, incondicionada e indeterminadamente, como um dos direitos fundamentais do indivíduo (v. g., art. 153, § 4º), trata-se, na expressão de GEORGE JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subbietivi*, trad. it. G. Vitagliano, Milão, 1.912, p. 137-8, de "direito subjetivo público, emanado do *status civitatis*, exercido contra o Estado, para exigir deste uma prestação jurisdicional"; e que é conferido, também, ao Estado-Administração, no campo do poder-dever punitivo, a fim de que possa, como vimos, realizar o *ius puniendi*: o direito de pleitear, perante o Estado-Juiz, a aplicação do Direito Penal material; ou seja, o *direito à jurisdição penal*.

a.1) É de ressaltar-se que essa concepção da ação como exercício do *direito abstrato à jurisdição* é vitoriosa no campo do Direito Processual Penal, como acontece no âmbito do Direito Processual Civil, devendo ser destacados, dentre os seus cultores, os nomes de BELLING, GRISPIGNI, GIOVANNI LEONE e ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO.

a.2) Inaceitável é, por outro lado, a afirmação no sentido de que do crime nasce a ação penal. Deve ser entendido, pelo contrário, preceder esta àquele, que origina — isso sim — o poder-dever de punir do Estado, contrastante com o anseio de liberdade do membro da comunhão social (v., a propósito, PIERO CALAMANDREI, "Linee fondamentali del processo civile inquisitorio", in *Studi di Diritto Processuale in onore de Giuseppe Chiovenda*, Pádua, 1927, p. 151, n. 8: "Per questo per la giurisdizione penale si usa parlare di giurisdizione *a priori*, nel senso che l'amministrazione non esplica la sua attività punitiva si prima la giurisdizione non abbia accertato che essa è conforme alla legge").

Como se tem acentuado, aliás, o *direito à jurisdição*, abstratamente considerado, além de ao indigitado autor da prática criminosa, é conferido ao Estado-Administração, que o exercita por um de seus órgãos — o Ministério Público, — desde que se estabeleceu a impossibilidade da auto-execução do direito de punir; de sorte que possa ele recorrer ao Estado-Juiz, a fim de invocar prestação jurisdicional tendente à atuação do mandamento

sancionador da norma penal (ou seja, uma sentença condenatória que dê pela prevalência do *ius puniendi* sobre o direito penal de liberdade do réu), sempre que venha a acontecer o descumprimento do preceito primário, em que estabelecida determinada norma de conduta.

#### b) DIREITO INSTRUMENTAL, CONEXO A SITUAÇÃO CONCRETA

É de ver-se, contudo, que, — não obstante se fundar, em regra, nos *ius perseguendi* do Estado (tanto quanto nas garantias constitucionais do cidadão, como quando se trata de ação civil), e a importância que ostenta por constituir-se em supedâneo do *direito à jurisdição*, — em sua abstração máxima, o poder de agir não se reveste de maior significação, “na vida e no funcionamento prático do processo, pois não permite distinguir um caso do outro, nem mesmo estabelecer uma ligação entre o processo e a espécie concreta para a qual este foi instaurado” (tal como ensina ENRICO TULLIO LIEBMAN, em “L’azione nella teoria del processo civile”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Pádua, 1950, parte I, p. 65).

Dai porque não se pode deixar de tê-lo, embora autônomo e independente, como conexo a uma intenção de direito material, deduzida em juízo mediante a *acusação*, objeto da ação penal condenatória, ou à afirmação de liberdade do suposto criminoso, — sempre, portanto, processualmente concebido, como a expressão de “um direito subjetivo instrumentalmente conexo a uma situação concreta”.

Mas — é de acrescentar-se, — não se apresenta este, jamais, como consequência do interesse punitivo, ou de liberdade, e sim *instrumento* para obtenção de um julgamento sobre a acusação ou afirmação do *ius libertatis* formulada em juízo, sobre o *meritum causae*. Vale dizer, segundo a lição de LIEBMAN, logo atrás citada, consiste num *direito ao meio*, e não num direito ao fim.

#### c) DIREITO SUBJETIVO DE CARÁTER PROCESSUAL

De resto, não se pode olvidar, uma vez mais com JOSÉ FREDERICO MARQUES (*op. et v. cit.*, p. 315, n. 169), que “a ação se insere no processo e está subordinada à mesma regulamentação normativa que disciplina os atos processuais, isto é, ao direito processual. O titular da ação tem, por isso mesmo, um direito subjetivo de caráter processual”.

E isso, obviamente — permitimo-nos complementar — não só relativamente ao Estado-Administração, perante o Estado-Juiz, como, por igual, ao ser humano, na exercêcia do direito à preservação da liberdade,

identicamente direcionados, no plano processual, à obtenção de julgamento sobre o mérito da causa penal.

## CLASSIFICAÇÃO E DIVISÃO DA AÇÃO PENAL

### 7. Da pluralidade da ação penal

Concebido o *direito à jurisdição* como direito abstrato, fundado na Constituição, não há como diversificá-lo, procurando estabelecer, outrossim, diferença entre esta ou aquela ação: todas as ações são essencialmente idênticas, nos vários ramos da ciência processual, tidas, como são, instituto jurídico em que se contém as regras adequadas à invocação da prestação jurisdicional do Estado.

Mas, como se esclareceu devidamente, com LIEBMAN, nessa máxima abstração, não se reveste ele de maior significado na vida e no funcionamento prático do processo; pois que, sobre a acentuada impossibilidade de distinguir-se entre um caso e outro, é necessário estabelecer uma ligação entre o processo e a espécie para qual este foi instaurado. Em outras palavras, processualmente deve-se compreendê-lo como direito instrumentalmente conexo a uma situação concreta, ou seja, a uma pretensão ou a uma intenção de direito material.

Daí, a possibilidade de agrupamento da ação em categorias, cuja distinção venha a repousar na *tutela jurisdicional invocada*, ou mesmo em razão da existência, ou não, de *pretensão*.

a) Com efeito, e invertendo a ordem da proposição, é a existência de pretensão que pode caracterizar uma ação como *penal* ou *civil*: aquela será o exercício de direito instrumental relacionado com uma relação concreta de Direito Penal, e esta, o exercício do mesmo direito, relacionado, porém, com uma pretensão de direito extrapenal.

Na primeira há, tão só, um conflito de interesses públicos, socialmente relevantes, por isso que indisponíveis; na outra, um litígio ou *lide*, qualificada por uma pretensão resistida ou insatisfeita.

b) Por outro lado, parece-nos também que se não pode deixar de considerar, em nosso campo de estudo, a classificação das ações, tal como modernamente a concebe a doutrina processual civil, fundada na tutela jurisdicional requerida.

Aliás, no próprio Código Penal, nos arts. 24 a 62, podemos vislumbrar a existência de uma *ação de conhecimento de caráter condenatório*, conexa instrumentalmente a um interesse punitivo.

O problema residirá, pois, em adequar-se o conhecido esquema do Direito Processual Penal, já que não formulada, até o momento, e seguramente, uma classificação das ações penais — não obstante os

reconhecidos esforços para tanto, de processualistas italianos, seguidos por nacionais.

É necessário ter-se presente, outrossim, para que se obtenha êxito na atividade alvitrada, a inadmissibilidade da configuração como ação penal de meros incidentes surgidos no envolver do processo: só mesmo quando, com o pedido, este venha a ser instaurado, é que se pode falar em ação penal.

### 8. Ação penal de conhecimento

Estudamos já que, do ponto de vista processual, é perfeitamente possível distinguir-se entre as várias espécies de ação, quer tendo-se em vista a existência, ou não, de pretensão, quer a natureza do provimento jurisdicional que se almeja. E estabelecida, em princípio, uma classificação genérica das ações (*ação penal e ação civil*), assinalou-se a possibilidade de outra, em que — como no âmbito do Direito Processual Civil, a dada a existência, também, em Direito Processual Penal, de um processo de conhecimento, de um processo de execução e de um processo cautelar — se obtivesse a conhecida tripartição: *ação de conhecimento, ação executiva e ação cautelar*.

a) Isso posto, passemos a estudar a *ação penal de conhecimento*, ou seja, na conhecida lição de LIEBMAN, a que tem por escopo provocar o juízo no sentido mais próprio e restrito do termo, tendendo, pois, à produção de uma declaração de vontade: a prestação jurisdicional que então se invoca consiste numa decisão sobre relação jurídica concreta de natureza penal.

b) A ação penal de conhecimento pode ser, também, *declaratória, constitutiva* (sendo a ação, em ambos os casos, e de regra, conexa a um interesse de liberdade) e *condenatória* (prevista, como vimos, nos arts. 102 a 107 do CP e 24 a 62 do CPP — *ação penal em sentido estrito*).

c) A *ação penal declaratória* caracteriza-se por objetivar provimento jurisdicional meramente declaratório, a fim de eliminar-se a incerteza sobre a existência ou inexistência de uma relação jurídica disciplinada pelo Direito Penal: o juiz só aplica a regra preceptiva do mandamento legal e, se o pedido visa à declaração da existência da relação jurídica, diz-se *positiva* (e.g. o *habeas corpus preventivo*, que é ação declaratória positiva, destinada ao reconhecimento do direito penal de liberdade); e se de inexistência, diz-se *negativa* (também caso de *habeas corpus* previsto no art. 648, VII do CPP, cujo objetivo é o correspondente à declaração de inexistência da relação jurídico-penal consubstanciada no direito de punir).

d) As ações constitutivas, *in genere*, visam à criação, modificação ou extinção de uma relação jurídica; sendo que, nelas, à declaração de certeza

se acrescenta a própria mutação em que se consubstancia seu efeito constitutivo (*ex tunc* ou *ex nunc*). E, por certo, a *ação penal constitutiva* é aquela destinada a criar, extinguir ou modificar uma situação jurídica disciplinada pelo Direito Penal material ou formal.

São ações penais constitutivas o pedido de *homologação de sentença penal estrangeira* (CPP, art. 789), o de *extradição passiva*, estatuído em lei especial, e o de *revisão criminal*, previsto nos arts. 621 e seguintes do mencionado Código — verdadeira *ação rescisória* do julgado penal.

e) As ações condenatórias visam à aplicação do mandamento sancionador da norma jurídica cujo preceito primário foi violado. Daí porque à função declaratória, comum a todas, as sentenças nelas proferidas têm, também, *função sancionadora*, constituindo, oportunamente, *título executivo*, para que se possa verificar a *atuação da sanção*.

Dupla, pois, é a sua finalidade: além da declaração do direito existente, a aplicação da sanção ao caso concreto.

A *ação penal condenatória* é, por isso mesmo, a que tem por objetivo o reconhecimento da prevalência do interesse punitivo ao de liberdade, ou a aplicação de medida de segurança, "para que seja imposto ao réu o preceito sancionador da norma penal incriminadora" (cf., ainda, JOSÉ FREDERICO MARQUES, *op. et v. cit.*, p. 325, n. 175).

### 9. Ação penal de execução

As ações executivas são aquelas que provocam providências jurisdicionais de execução. Têm caráter *abstrato*, também, como pressuposto um título executivo, e visam à realização de atos executórios que tornem efetiva a sanção (dada a existência de uma pretensão *insatisfeita*).

Efetivam-se por meio do processo de execução, pelos meios executórios ou operações jurídicas e práticas nele contidos.

a) Pareceria difícil, senão temerário, por isso, estabelecer-se a possibilidade de existência de uma *ação penal de execução*. Especialmente porque se inicia esta, em nosso Direito, independentemente de qualquer provocação dos órgãos de persecução penal: assim que formado o título executivo, procede o juiz *ex officio*, ordenando a expedição da carta de guia para o cumprimento da pena, consoante o disposto no art. 674 do Código de Processo Penal.

Acontece, porém, que de *lege constituenda*, se pode cogitar a ação penal executiva (única), referentemente à *execução de pena pecuniária*, estatuída no art. 688, I, do aludido Código, e em que a iniciativa é do Ministério Público: "Art. 688. findo o decênio ou a prorrogação sem que o condenado efetue o pagamento ou ocorrendo a hipótese prevista no § 2º do artigo anterior, observar-se-á o seguinte: I — possuindo o condenado bens

sobre os quais possa recair a execução, será extraída certidão da sentença condenatória, a fim de que o Ministério Público proceda à cobrança judicial”

Verdade é, contudo, que nem todos os processualistas se põem de acordo no conceber tal *ação de execução* como *penal*, preferindo muitos tê-la como *ação civil*. E isso, por certo, com grande dose de razão, ante os termos do próprio dispositivo transcrito.

### 10 — Ação penal cautelar

Destinada à instauração do processo do mesmo nome, as ações cautelares visam a providências urgentes e provisórias, tendentes a assegurar os efeitos de uma providência principal, em perigo por eventual demora. A prestação jurisdicional que se tem em vista é de caráter instrumental, tendo por escopo garantir resultado profícuo a processo de outra natureza.

São elas um *tertium genus* em relação às ações de conhecimento e executiva, cujas fases podem aí aglutinar-se; e admissíveis quando, a par do explicitado *periculum in mora*, se patenteia a existência de *fumus boni iuris* que possa alicerçar a pretensão ou a intenção do requerente.

a) A doutrina processual penal tem asseverado a sua admissibilidade, não só para a provocação antecipada de atos instrutórios, como os referentes à perícia complementar prevista no art. 168 e ao depoimento *ad perpetuam rei memoriam* de que cogita o art. 225, ambos do Código de Processo Penal; como, também, quando objetiva a assecuração da futura execução de sentença condenatória ou a antecipação do julgado no processo principal, *e. g.* os casos de prisão preventiva (CPP, arts. 311 e s.), de aplicação provisória de interdição de direito (art. 373) e de medida de segurança (art. 378).

b) Fala-se, ainda, em processo de contra-cautela, “tendente a eliminar o dano que possa, por seu turno, resultar de alguma providência antecipadora”, como nos casos de pedido de processamento de fiança (cf. art. 321) e de liberdade provisória (art. 350).

c) Saliente-se, por último, que, na atualidade, consolidado está o caráter de *ação* de algumas providências cautelares ou preventivas, já que tendem à obtenção de tutela jurisdicional instrumental, ou “*tutela da tutela*”, por ser meio e modo utilizado para assegurar o resultado favorável do processo de conhecimento e o êxito do processo de execução (cf. JOSÉ FREDERICO MARQUES, *op. et v. cit.*, p. 328, n. 177).



### 11. Critério subjetivo de classificação das ações

Há outra classificação a considerar. Com efeito, em razão da *titularidade da atuação*, nosso Código Penal, num critério eminentemente subjetivo, divide as *ações condenatórias* em ação penal *pública* e ação penal *privada*: quando proposta pelo Ministério Público, órgão estatal ou público, será ela *pública*, mas quando a titularidade do exercício do direito à jurisdição é transferida ao particular, *privada* será.

Tem-se estabelecido, outrossim, que a divisão, como enunciada, pode estender-se às outras categorias de ações de conhecimento. Assim, pode-se falar em ação *declaratória* (*habeas corpus* impetrado por um promotor de justiça ou procurador) ou *constitutiva* (pedido de extradição), *pública*; como também em ação *declaratória* (*habeas corpus* requerido pelo próprio paciente) ou *constitutiva* (pedido de revisão criminal, pelo condenado) *privada* (cf., uma vez mais, JOSÉ FREDERICO MARQUES, *op. et v. cit.*, p. 328, n. 178).

### 12. Outros critérios

Sem se olvidar que há autores que propugnam, inclusive, pela existência de uma *ação penal popular*, como no caso do *habeas corpus* ser interposto por qualquer do povo; é de ser dito, também, que se cogita, ademais, de divisão da ação penal condenatória em ação penal propriamente dita e ação de prevenção penal, em razão da diversidade de *petitum*, e já que esta tem por objeto medida de segurança (cf. CPP, arts. 549 a 555 e 775).

Para FRANCESCO CARNELUTTI, *Lecciones sobre el proceso penal*, trad. cast. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1950, v. 2, p. 20, n. 169, há, ainda, uma *ação penal introdutória*, qual seja a referente à notícia do crime, numa formulação inaceitável de pronto, como se vê, porque não há confundir jamais a *notitia criminis*, em qualquer de suas modalidades, com a *ação penal*.

## DA AÇÃO PENAL NO ANTEPROJETO

### 13. Ação pública, também de iniciativa privada

Expedidas as considerações tidas como necessárias ao desenvolvimento do tema que nos foi proposto para esta *Comunicação*, devemos passar, já agora, ao exame da *ação penal do Anteprojeto de reforma da Parte Geral do Código Penal*, cuja Comissão elaboradora, nomeada pela Portaria nº 1.043, baixada em 27 de novembro de 1980, pelo Excelentíssimo Senhor

Ministro de Estado da Justiça, Deputado IBRAHIM ABI-ACKEL, tivemos a honra de integrar.

Como pode ser verificado, de plano, os arts. 100 a 106 do *Anteprojeto* reproduzem, quase *ipsis litteris*, os enunciados dos arts. 102 a 107 do Código Penal em vigor (Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940).

Mantida, portanto, por amor à tradição, como tivemos oportunidade de acentuar *in* número 5, *supra*, a sua regulamentação no sistema legal normativo de infrações penais, a opção vê-se, em parte, compensada com a mais correta classificação das ações penais segundo o *critério subjetivo* logo acima explicitado.

Não se apresenta de técnico rigor, com efeito, a divisão das ações penais em *pública*, quando aforada pelo Ministério Público, mediante denúncia, e *privada*, quando incoada pelo ofendido, ou seu representante legal, por meio de peça acusatória denominada *queixa*.

Como explica JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA, *Processo penal, ação e jurisdição*, São Paulo, 1975, p. 236, nota 12, — após lembrar que essa idéia, tornada equívoca, remonta, entre nós, ao Código Criminal de 1830, editado em época na qual se apresentavam dois critérios distintivos, um de Direito Penal (diferenciando os *crimes públicos*, em que havia lesão a um bem jurídico coletivo ou do Estado, e *crimes particulares*, nos quais a ofensa se dava a um bem jurídico individual), e outro de Direito Processual, “segundo fosse permitido ou vedado, nos casos respectivos, o exercício de ação de qualquer do povo ou da Justiça”, — não há porque se estabelecer confusão a respeito: “Todas as ações penais são ‘públicas’, pelo fim a que se destinam, a efetivação do direito penal, ramo do direito público. Os processualistas ensinam que as domina o ‘princípio da publicidade’, ou da ‘estatualidade’, afirmação que, segundo ALBERTO DOMENICO TOLOMEI, ‘non più si contesta e si discute’ (*I Principi Fondamentali del Processo Penale*, CEDAM, Pádua, 1931, págs. 16 e segs.). A pena é de interesse público e só assim se justifica; sendo fim da ação penal impô-la, há sempre, no procedimento penal ‘ação pública’”.

Ora, sendo *públicas* todas as ações penais, o mais que se pode conceder em favor da orientação tradicionalizada é a sua classificação em *pública*, propriamente, e em *ação penal pública de iniciativa privada*. Tem-se, então, como critério distintivo o referente ao *sujeito do exercício do direito à jurisdição*, isto é, e respectivamente: a) *funcionário público* (Promotor ou Procurador de Justiça), agindo em nome do Estado-Administração; ou b) *particular* (ofendido ou seu representante legal), como substituto processual deste, que é, inegavelmente, o exclusivo titular do interesse punitivo determinado em concreta relação jurídica de natureza penal.

Assim sendo, houve por bem o *Anteprojeto* examinado em estabelecer corretamente a distinção alvitrada, reparando o já antigo equívoco, a partir da rubrica do art. 100 "*Ação pública e de iniciativa privada*".

Reforçando-a, nesta oportunidade, parece-nos o texto legal em referência pode, ainda, ser aperfeiçoado, no *caput*, com a seguinte redação: "*A ação penal é sempre pública, declarando a lei, expressamente, quando a confere à iniciativa privada*".

Isso, evidentemente, se a conclusão do Conclave não for, em preâmbulo, pela sugerida supressão da disciplina da ação penal da Parte Geral do Código Penal, restringindo-a, tão-só, ao âmbito do Código de Processo Penal, seu adequado lugar.

#### 14. Ação penal de iniciativa privada subsidiária

Outro ponto polêmico, a manter-se a estatuição constante do *Anteprojeto*, é o referente à ação penal de iniciativa privada subsidiária, prevista no § 3º do mencionado art. 100, cujo melhor enunciado, acomodado ao novo *caput*, seria: "*A ação de iniciativa privada pode intentar-se quando o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal*".

Dispicienda, com efeito, a referência a "crimes de ação pública", na forma supra indicada, bem é de ver que propendeu o pré-legislador brasileiro de 1981 à manutenção da correntemente denominada "*ação penal privada subsidiária*".

Manteve-se, dessarte, a orientação em vigor, que constava do *Anteprojeto* HÉLIO TORNAGHI, no art. 40, II, mas fora suprimida no *Anteprojeto* JOSÉ FREDERICO MARQUES, com a seguinte explicação, constante do n. 3 da *Exposição de Motivos* publicada in *Diário Oficial da União*, Seção I, Parte I, do exemplar de 29 de junho de 1970, à p. 1 e ss.: "A ação penal já está regulamentada no Código Penal, que a divide em ação pública e privada e mantém os princípios aceitos na legislação penal anterior, salvo em relação à *ação penal subsidiária*, em boa hora abolida. O anteprojeto, no entanto, após repetir no art. 5º, e seus parágrafos, as regras do Código Penal, e de *dar mais ênfase à supressão da ação privada subsidiária...*" (grifado).

Justificando-se, no mesmo tom, em conferência integrante de um *Ciclo* promovido pela Universidade Mackenzie, de São Paulo, ressaltou o ilustre Professor JOSÉ FREDERICO MARQUES, "Em defesa do *Anteprojeto*", in *Arquivos do Ministério da Justiça*, Rio de Janeiro, 1970, n. 116, págs. 244/245, n. V/1, que, a "*ação penal privativa de caráter subsidiário*" foi "supressa, não pelo anteprojeto, e, sim, pelo Código Penal já promulgado, embora ainda não em vigor. Diante da lei codificada que recebeu sanção do Poder Executivo, não cabia à Comissão tomar diretriz antagônica ao *jus*

*positum*, regulando e admitindo um instituto abolido de todo o direito escrito em que se contém a lei material de Direito Penal”.

Isso posto, à evidência que os membros da atual Comissão não se defrontaram com a então intransponível barreira, dado que revogado, antes mesmo de entrar em vigor, o Decreto-lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969, com que editado o aludido Código Penal.

Ademais, como, embora com certo exagero, observa JOÃO SEVERINO DE OLIVEIRA PERES, “Da ação penal e do Ministério Público”, in *Arquivos do Ministério da Justiça cit.*, p. 57, o desaparecimento, no *ius positum*, da ação penal de iniciativa privada subsidiária, representa, sobretudo, um desejo de purificar o interesse punitivo da atuação do ofendido “em busca do título executório da reparação do dano ensejado pelo crime”. Mas, devemos complementar, a esta tem ele inegável direito.

Daí, afigurar-se perfeitamente sustentável sua manutenção, com a assecuração do interesse do ofendido quando o Estado, em virtude da desídia do órgão que deveria ajuizar a ação penal, deixa de fazê-lo no prazo em lei previsto (cf., a respeito, HÉLIO TORNAGHI, *Curso de Processo Penal*, São Paulo, 1980, v. I, p. 78).

Nem colhe, de resto, o argumento de que não se aboliria, com a supressão da ação penal de iniciativa privada subsidiária, a participação do ofendido no processo penal; mas, sim, seria esta transformada em *litisconsórcio civil* (cf. a opinião de JOAQUIM CANUTO MENDES, *op cit.*, p. 78, n. 56).

Não se pode comparar, por certo, a intromissão da *parte civil no processo penal* com a concessão ao ofendido, ou seu representante legal, da exerciência do direito à *jurisdição penal*, efetivada com a proposição acusatória. Quando nada, pela distinta finalidade de ambas as atuações, que não se identificam, sequer, quanto aos respectivos resultados.

#### 15. Abolição do procedimento de ofício

Tende, outrossim, a reforma da Parte Geral do Código Penal, à abolição do procedimento penal *ex officio*, conjugada, nesse passo, com a orientação traçada na reformulação do Projeto de Código de Processo Penal, em que a ação somente se inicia mediante *acusação*.

Era essa, aliás, a do mencionado Anteprojeto JOSÉ FREDERICO MARQUES, cujo artigo 7º se encontrava redigido como segue: “Não se admite procedimento criminal *ex officio*. A relação processual penal, para constituir-se, depende sempre de acusação do Ministério Público, nos casos de ação penal pública, ou do ofendido, quando se tratar de ação penal privada”.

E representa, sem dúvida, a mais correta adequação do procedimento penal *formalmente* acusatório à consagrada parêmia "*nemo iudex sine actore*". Do contrário, como expressa, ao mesmo propósito, JOÃO SEVERINO DE OLIVEIRA PERES (*op. cit.*, p. 56), haveria inadmissível "transação com o inconciliável", jamais profícua na prática forense, *verbis*: "Nem a celeridade processual nem a efetividade da aplicação da lei penal foram beneficiadas, por exemplo, no tocante aos crimes culposos e, pois, não se justificaria a abertura da exceção em nome desses interesses, quando a prática forense recolhe, diuturnamente, os melancólicos frutos desse procedimento".

Procedimento *ex officio*, em processo penal como o que se tem em vista, só mesmo o "inerente ao exercício da função administrativa penal", ou seja, o do órgão do Ministério Público, nunca o do órgão jurisdicional (v., ainda, a respeito, VINCENZO MANZINI, *Trattato di Diritto Processuale Penale*, 6ª ed. atual. G. Conso e G.D. Pisapia, Turim, 1967, v. I, p. 258, n. 53; JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA, *Princípios fundamentais do Processo Penal*, São Paulo, 1973, p. 91/92).

## CONCLUSÃO

### 16. Considerações finais

Esses, em linhas gerais, os principais aspectos referentes ao exame da *Ação penal do Anteprojeto de reforma da Parte Geral do Código Penal*, que, desambiciosamente, submetemos à apreciação dos doutos.

Temos certeza de que, ao fazê-lo, suscitamos debate dos mais profícuos, com o inafastável senso de colaboração aos Poderes da República, na sua atual e louvável preocupação de dotar o país de um sistema penal em tudo moderno e, ao mesmo tempo, fiel à tradição liberal do povo brasileiro.

Da conjugação dos esforços da intelectualidade jurídica brasileira resultará, indubiosamente, a legislação que todos almejamos.

Oxalá!

## BIBLIOGRAFIA

- BUZUID, ALFREDO — *A ação declaratória no direito brasileiro*, São Paulo, 1943.  
CALAMANDREI, PIERO — "Linee fondamentali del processo civile inquisitorio", in *Studi di Diritto Processuale in onore di Giuseppe Chiovenda*, Pádua, 1927.  
CARNELUTTI, FRANCESCO — *Il danno e il reato*, Pádua, 1926; e *Lecciones sobre el proceso penal*, trad. cast. Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, 1950, v. 2.

- CHIOVENDA, GIUSEPPE — *Principii di Diritto Processuale Civile*, 3ª ed., Nápoles, 1923.
- JELLINEK, GEORGE — *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, trad. it. G. Vitagliano, Milão, 1912.
- LIEBMAN, ENRICO TULLIO — *Corso di Diritto Processuale Civile*, Milão, 1952; e "L'azione nella teoria del processo civile", in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Pádua, 1950.
- MANZINI, VINCENZO — *Trattato di Diritto Processuale Penale* atual, G. Conso e G. D. Pisapia, Milão, 1967, v. I.
- MARQUES, JOSÉ FREDERICO — "Em defesa do Anteprojeto", in *Arquivos do Ministério da Justiça*, Rio de Janeiro, 1970, n. 116; e *Elementos de Direito Processual Penal*, Rio de Janeiro, 2ª ed., 1956, v. I.
- MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR, JOÃO — *Direito Judiciário Brasileiro*, 5ª ed. atual João Mendes Neto, Rio de Janeiro, 1960.
- MENDES DE ALMEIDA, JOAQUIM CANUTO — *Principios fundamentais do Processo Penal*, São Paulo, 1973; e *Processo penal, ação e jurisdição*, São Paulo, 1975.
- MONTEIRO, JOÃO — *Teoria do processo civil*, 6ª ed. atual J. M. Carvalho Santos, Rio de Janeiro, 1956, t. I.
- PERES, JOÃO SEVERINO DE OLIVEIRA — "Da ação penal e do Ministério Público", in *Arquivos do Ministério da Justiça*, Rio de Janeiro, 1970, n. 116.
- ROMEIRO, JORGE ALBERTO — *Da ação penal*, 2ª ed., Rio de Janeiro, 1978.
- TOLOMEI, ALBERTO DOMÉNICO — *I Principii Fondamentali del Processo Penale*, Pádua, 1931.
- TORNAGHI, HÉLIO — *Curso de Processo Penal*, São Paulo, 1980, v. 1.
- TUCCI, ROGÉRIO LAURIA — "Habeas corpus", ação e processo penal, São Paulo, 1978.