

Acção penal. Acção publica e privada. Meios de iniciar o processo ⁽¹⁾

Deixando á margem quaesquer considerações philosophicas sobre a origem da palavra *agere*, que quer dizer *agir*, não me occuparei com a sua definição no sentido lato, nem procurarei saber se ella significa em geral, o exercicio da faculdade de agir, nem tão pouco se, como entende Poncet, deve ser definida, sob o ponto de vista do direito judiciario, o exercicio voluntario e regular do direito de agir perante a autoridade judiciaria para obter justiça, definição esta, aliás reproduzida pelo erudito Conselheiro Paula Baptista, o sabio mestre de saudosa memoria, em seu trabalho sobre *Theoria e Pratica do Processo*.

Deixarei tambem de lado a questão de saber qual o fundamento juridico da palavra *ac-*

(1) Prova escripta apresentada no concurso realisado em Junho de 1907, em que o autor foi nomeado professor substituto. Este trabalho foi produzido de improviso, sem auxilio de livros, não tendo sido revisto pelo autor.

ção, que Ungar considera o direito em pé de guerra, o direito mettido no *sagum*, em contraposição ao direito em estado de paz, ao direito mettido na *toga*, dizendo Gondsmit que a acção não é um direito distincto d'aquelle que ella protege mas se confunde com elle; é o proprio direito que se sente atacado e arma-se para a *lucta*, em summa, é o direito em acção.

Não me estenderei em considerações sobre o conceito de Windscheid, que, aliás, nada mais é do que a propria concepção de Vico: *Actiones autem nihil aliud sunt quam rerum nostrarum præformatæ tutelæ*, nem tão pouco sobre as opiniões de Galdi e Puchta emittidas sobre o assumpto.

Passarei a occupar-me, fazendo abstracção de quaesquer observações preliminares, do ponto sorteado.

A acção penal é aquella que tem por fim a applicação da pena áquelles que infringem as leis e incidem nas disposições do Código Penal.

O dr. João Mendes de Almeida Junior, em seu esplendido trabalho sobre Processo Criminal Brasileiro, diz que a acção penal é aquella que tem por fim não somente a prova de um crime ou contravenção, como tambem a accusação do delinquente e applicação da pena criminal determinada ou imposta pela lei reguladora da materia. Não me occuparei com o fundamento da acção penal, pois a sua necessidade é indiscutivel e incontestavel. Direi apenas que ella se divide em *publica* e *privada*, segundo é iniciada pela autoridade

publica incumbida de velar pela segurança da sociedade, pela manutenção da ordem pública, pela ordem social, em summa, pelo ministério publico, ou é iniciada directamente pela propria parte offendida pelo delicto, ou por seus representantes legaes.

Nas primeiras epochas do universo, nos primitivos tempos da humanidade, cada cidadão, ou melhor, cada individuo humano fazia justiça a si mesmo. A lei era unicamente a vontade, muitas vezes violenta e caprichosa do mais forte. As offensas eram punidas pela propria parte offendida ou seus representantes, quando tinha a coragem para desenvolver a vingança.

Posteriormente e pouco a pouco, á medida que as sociedades se vão organisando, vae se mudando este estado de cousas e a administração da justiça passa a ser confiada a magistrados e a tribunaes especialmente encarregados de distribuir e administrar a justiça, quer civil, quer penal.

Deixando á margem a observação das formas da justiça patriarchal dos tempos de Noé, dos tempos mysticos de Melchizedeck ou fabulosos de Deucalião e Orpheu, passarei immediatamente á Roma, á Grecia e á legislação wisigothica onde a ação publica se confunde com a acção da parte offendida; só muito mais tarde veio despontando a idéa de um interesse geral, superior ao interesse privado.

O direito de proceder contra o offensor, contra o auctor do debito, era então um direito absolutamente individual, que não ad-

mittia a menor excepção; ao offendido e á sua familia competia vingar a offensa, qualquer que fosse a sua natureza, não mais por vindicta privada, mas por vindicta legalmente regulada perante a justiça publica.

Sómente a respeito de alguns crimes mais graves e para apoiar ou supprimir a acção da parte offendida, surgio o concurso de cidadãos aptos para a accusação, concurso este que, constituindo um elemento novo, representava ao lado do interesse particular, até então senhor da acção, o interesse geral da sociedade.

Quando faltou este elemento, surgio um outro: a intervenção do proprio juiz, a iniciativa do proprio jury, ao lado da acção da parte offendida; em Athenas, o jury designa um accusador; em Roma, o proprio jury accusa, procede *ex-officio*.

Tambem entre os barbaros, entre os povos de origem germanica, a principio só era conhecida a acção da parte offendida, surgindo posteriormente o procedimento de alguns chefes da justiça, em alguns casos de flagrante delicto.

No seculo XII, por toda parte, a intervenção directa do jury é um direito formalmente reconhecido, sendo determinados e ampliados os casos de sua intervenção directa. A acção publica passa a constituir attribuição de um funcionario especial; surgindo no seculo XIV a instituição do ministerio publico.

O systema inquisitorial vae pouco a pouco obliterando a acção privada; a acção do juiz que, no seculo XIV¹, adquirira grande desenvolvimento, vae sendo limitada no seculo XVI

pela intervenção mais terminante do poder real. A acção do ministerio publico, até então auxiliar da acção da parte offendida, torna-se a acção principal e toma a iniciativa do procedimento.

E' ainda hoje uma questão muito debattida em direito criminal e na processualistica penal, a questão de saber se é logica e conveniente a distincção ou divisão da acção penal em publica e privada, ou se, pelo contrario, deve ella desaparecer dos codigos modernos.

Uns, por exemplo, como o desembargador Viveiros de Castro, dizem que esta divisão é inconveniente, incompativel com o actual estado da sciencia penal.

Assim, diz elle, a pena, na moderna concepção juridica, não é mais uma vingança da parte offendida, mas uma necessidade da defesa social. A lesão ao direito individual é tambem uma lesão ao direito colectivo ou social. Não se deve, pois, deixar ao particular o direito de reparar essa offensa, essa lesão, e sim ao promotor publico que falla em nome dos interesses sociaes. Deixar á parte offendida o direito de queixa, de proceder contra o seu offensor, é dar logar a duas consequencias bem perigosas, offensivas uma do interesse individual, outra do interesse social.

Offensiva do direito individual, porque se cada cidadão puder por uma queixa, intentar uma acção ou um processo criminal contra outro, comprehende-se quantas vinganças, quanta especulação, quanta *chantage*, não podem ser exercidas á sombra d'esse direito de queixa.

Se coubesse somente ao promotor publico,

ao ministerio publico, ao representante do poder social a iniciativa da acção penal, isto não se daria, porque elle examinaria a queixa calmamente, sem paixões, e não permittiria estas explosões da vingança e da *chantage*.

Offensiva do interesse social, porque se a parte offendida não quizer vingar a offensa, não quizer punir o seu offensor, o violador de seu direito, ficará impune um individuo perigoso, animado por essa mesma impunidade a commetter novos delictos, e attentar contra a ordem social.

O ladrão continua a furtar, o seductor a deshonnar donzellas, o calumniador a manchar reputações immaculadas.

E, conclue Viveiros de Castro, já é tempo de abandonarmos este systema desacreditado para seguirmos caminho seguro que nos dita e ensina a nova escola penal.

Antes de mostrar que erra Viveiros de Castro quando affirma que a nova escola penal de Garofalo, Ferri, Carelli e Puglia, pede a suppressão ou abolição da acção privada ou direito de queixa, devo mostrar desde logo que a inconveniencia resultante da possibilidade de vinganças e de *chantage* a que elle allude, é inteiramente imaginaria, notando-se até nas disposições da nossa legislação a respeito um espirito eminentemente conciliador, porquanto sem que fique o offendido privado do direito de queixa, está evitada a possibilidade de vinganças torpes engendradas em espiritos mesquinhos, por isso que a queixa não poderá ser recebida pelo jury a quem fôr apresentada,

sem previa audiencia do representante do ministerio publico

Ferri, em seu esplendido livro, *La Sociologie Criminelle*, citando Gneist, Garofalo e Carelli, diz que será util *accescentar*, (mas não substituir) a acção do ministerio publico, á acção da parte offendida pelo delicto na iniciativa da reacção social defensiva exercida pelo poder judiciario; e observando que a acção da parte offendida pode ter duas formas, isto é, pode ser attribuida tão somente á pessoa que soffreu o damno resultante do delicto, ou pode ser attribuida a qualquer cidadão, affirma que a acção da parte offendida pelo delicto deve ter garantias mais efficazes, quer em favor do exercicio do direito da pessoa offendida, quer contra os erros e possiveis abusos do ministerio publico.

Gneist, em um ponto de vista todo especial, propunha a introdução da acção penal popular para os delictos eleitoraes e de imprensa, as offensas ao direito de reunião e os abusos dos funcionarios publicos.

O dr. Lima Drumond, por sua vez, vae ainda mais longe e affirma que deve ser admittida e adoptada a acção penal popular para todas as especies de delictos, como uma garantia de equilibrio racional, e positivo entre os direitos individuaes e os da collectividade.

Garofalo e Carelli, na Introducção ao seu Projecto deCodigo de Processo Criminal, depois de affirmarem que a parte offendida pelo delicto, deve procurar obter pecuniariamente a reparação do damno soffrido, sustenta que deve tambem promover a punição de seu of-

fensor, maximé quando esta punição é muitas vezes a unica satisfação que pode ter a victima do delicto, e accrescentam que o ministerio publico deve ter a *faculdade*, mas não o *monopolio*, de promover a acção penal.

E' verdade que Garofalo, em trabalho anterior, se me não engano n'este momento, em sua obra Criminalogia, pedio a abolição total da acção privada mas no alludido Projecto de Codigo de Processo Criminal, modificou a sua anterior opinião.

Puglia, por sua vez, em seu Manual de Processo Penal accentua a conveniencia da subordinação da iniciativa da acção penal por parte do ministerio publico á manifestação da vontade da pessoa offendida pelo delicto.

A respeito da questão de saber si se deve ampliar ou, pelo contrario, restringir o mais possivel o numero de delictos de acção privada, elle assim se exprime: Nós acreditamos que se deve restringir o mais possivel, porquanto o direito de punir, considerado em sua verdadeira essencia, é uma eminente função do poder social, destinada a tutelar a ordem juridica com remedios mais energicos que os de simples coacção, que constituem o objecto do direito civil. O direito de acção privada deve ser admittido em casos excepcionaes, na hypothese de conflicto de interesses que poderiam ser oppostos; o da parte offendida que exige se não instaure o processo criminal por questões de interesse particular, e o da sociedade que exige a repressão dos crimes para evitar ultteriores violações de direitos.

O dr. João Mendes de Almeida, por sua



vez, em seu citado trabalho sobre Processo Criminal Brasileiro, diz que, em regra, o ministerio publico tem o direito de promover, de acompanhar a acção penal para punição de todos aquelles que infringem a ordem social. Mas este direito geral soffre limitações quanto a certos delictos, quer porque affectam a honra e a dignidade das familias, quer porque não são susceptiveis de prova alguma sem o concurso da parte, quer porque não devam ser desvendados sem o consentimento da pessoa offendida. O interesse geral ou social pode, algumas vezes, exigir a punição d'esses delictos; mas um interesse superior liga a acção publica e a subordina á condição da manifestação da vontade da parte offendida. E' o interesse da paz e do socego das familias, é muitas vezes mesmo a possibilidade de se obter mais facil reparação, evitando-se o perigo do escandalo, a publicidade do facto declarado delictuoso pela legislação penal.

Em resumo, pois, e para evitar a enumeração de outras opiniões a respeito do assumpto que tem dado logar a brilhantes escriptos, entre outros de Mangin, direi que, em regra geral a acção penal deve ser publica, isto é, o seu exercicio deve ser confiado ao representante do poder social, ao funcionario publico investido da attribuição de fazer cumprir a lei penal, velando pela manutenção da ordem publica, ao ministerio publico. Sómente em casos excepcionaes, que devem ser restringidos o mais possivel pelas legislações penaes, deve caber á parte offendida o direito de queixa.

A nossa legislação, além da acção civil

que cabe á pessoa offendida para a reparação do damno, admite a divisão da acção penal em *publica e privada*.

Não cabe aqui fazer a enumeração dos casos em que, segundo o Cod. Penal da Republica, tem logar a acção privada, isto é, aquelle em que cabe á parte offendida o exercicio da acção penal, nem tão pouco entrar na apreciação de cada um d'elles, pois o tempo não permitiria fazer estudo demorado sobre as disposições contidas no Cod. Penal sobre a rubrica "Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das familias e do ultrage publico ao pudor.

A legislação franceza permite igualmente o direito de queixa da parte offendida; mas, entretanto, o systema adoptado na França diverge profundamente do que é accedido entre nós.

Ali, com relação a certos e determinados crimes, a acção penal só pode ser exercida com o consentimento da parte offendida; isto é, consummado o delicto, só haverá procedimento criminal se a parte o considera conveniente aos seus interesses. Mas, uma vez apresentada a queixa, a parte offendida não exerce mais nenhuma influencia em relação á acção penal, não podendo mesmo nella intervir, cabendo apenas ao representante do ministerio publico proseguir na acção sem intervenção estranha.

E tanto assim é que os arts. 30, 48, 50 e 53 do Cod. daquella nação permitem ás partes entregar a sua queixa, isto é, o seu consentimento ou a sua não opposição ao procedi-

mento criminal, quer ao jury de instrucção quer ao procurador geral.

Em resumo, na França, a acção penal não pode, em certos casos, ser iniciada sem o consentimento da parte offendida; mas, uma vez dado esse consentimento, ella não pode mais intervir na acção que é iniciada pelo ministerio publico, baseado na queixa. Este prosegue só; ao passo que, entre nós, a queixa, por si só, já é a *instauração da instancia*.

Parece-me preferivel o systema adoptado na França. A razão por que se permite, em regra geral, a acção privada, é o interesse que pode ter a parte offendida pelo delicto em que este seja conservado em segredo, que seja evitada a sua publicidade, tornando-se elle geralmente notorio. Ora, uma vez que a pessoa contra quem foi praticado o delicto não se arreceia d'essa publicidade, não teme as suas consequencias, parece que o exercicio da acção penal deve competir ao ministerio publico, por isso que o interesse colectivo ou social soffre tambem com a lesão ao interesse individual.

A acção privada, portanto, a meu vêr, deve ser mantida em casos especialissimos, mas sómente como direito que assiste á parte offendida de *dar o seu consentimento* para a instauração do processo criminal e não como um direito de *promover a acção penal*.

A nossa legislação, entretanto, vae mais longe e concede á pessoa offendida pelo delicto o direito de intervir na acção penal, até mesmo nos casos em que esta compete exclusivamente ao ministerio publico, como auxiliar da justiça publica.

Y Esta disposição da nossa legislação não me parece justa, pois redundaria no reconhecimento, por parte do legislador, de que o promotor publico não é, por si só, pessoa capaz de iniciar a acção penal, de acompanhá-la em todos os seus termos com interesse e solícitude, de procurar as provas do facto delictuoso e exhibil-as para que seja reprimido o delicto e punido o seu auctor.

Vem a ser a duvida admittida pelo poder social com relação á competencia, á capacidade do ministerio publico.

E, a proposito d'esse assumpto, escreve Viveiros de Castro uma brilhante pagina, em que diz que os promotores publicos não são jovens Telemacos que carecem de conselhos de provectoros eventores; devem ter a plena consciencia de seu dever.

Além d'isso, d'essa disposição legal pode resultar grande balburdia no curso da acção penal, com prejuizo do direito que ella pretende affirmar, e com gaudio d'aquelle que é reputado auctor de um delicto que se procura punir.

O Cod. Penal da Republica no seu art. 407 diz:

Haverá logar a acção penal.

§ 1.º—Por queixa da parte offendida, ou de quem tiver qualidade para represental-o.

§ 2.º—Por denuncia do ministerio publico, em todos os crimes e contravenções.

Exceptuam-se: 1) os crimes de furto e damno, não tendo havido prisão em flagrante; 2) os crimes de violencia carnal, rapto, adulterio, parto supposto, calunnia e injuria, em



que sómente caberá proceder por queixa da parte salvo o caso do art. 274.

§ 3.º—Mediante procedimento *ex-officio* nos crimes inafiançaveis quando não fôr apresentada a denuncia nos prazos da lei.

Art. 408. Em todos os termos da acção intentada por queixa será ouvido o ministerio publico, e nos da que o fôr por denuncia, ou *ex-officio*, poderá intervir a parte offendida para auxiliar-o.

Devo desde logo notar que o Cod. Penal já se acha reformado n'esta parte pela lei 628 de 28 de Outubro de 1899, que dispoz no seu art. 1.º:

Compete a acção penal por demasia do ministerio publico nos crimes de 1) furto; 2) damnos em cousas do dominio ou uso publico da União, dos Estados e Municipios, ou em livros de notas, registros, assentamentos, actas e termos, autos e actos originaes de autoridade publica.

§ 1.º A acção publica será iniciada sob representação do offendido si o furto se der entre parentes e affins até o 4.º gráo civil, não comprehendido na disposição do art. 335 do Cod. Penal que continua em vigor.

Como se vê, pois, esta disposição legal amplia os casos em que o exercicio da acção penal cabe ao ministerio publico, permittindo-a tambem no crime de furto.

O Cod. de Processo Criminal de 1832 nos arts. 72 a 80 se occupa da queixa e da denuncia que são os meios regulares que a lei estabelece para ser iniciado o processo criminal.

Para não ser enfadonho com a repetição

de disposições legaes, trabalho simplesmente material, não mencionei aqui as disposições que contem o Cod. de Processo Criminal a respeito, nem tão pouco as da lei 2033 de 20 de Setembro de 1871 art. 14 e 16.

A queixa ou denuncia deve constar de certos elementos ou melhor conter certos requisitos, como sejam: a narração do facto criminoso com todas as suas circumstancias; o nome do delinquente ou seus signaes caracteristicos, se for desconhecido; as razões de convicção ou presumpção; a nomeação de todos os informantes e testemunhas; o tempo e o logar em que o crime foi commettido.

Na hypothese de crimes de responsabilidade, a queixa ou denuncia deve conter: a assignatura do queixoso ou denunciante reconhecido por tabellião ou escrivão do juizo, ou por duas testemunhas; os documentos ou justificação que façam acreditar a existencia do delicto ou uma declaração concludente da impossibilidade apresentar alguma d'estas provas.

Conveni ainda notar que as queixas e denuncias devem ser assignadas pelo queixoso e pelo denunciante, e se este não souber ou não poder, por uma testemunha digna de credito.

A queixa ou denuncia que não tiver os requisitos legaes, não será acceita pelo jury, salvo o recurso voluntario da parte, de que cogita a lei 2033 de Setembro de 1871 art. 17 § 2.º

Verificada a hypothese de flagrante delicto, se o réo obtiver fiança, a queixa ou denuncia será apresentada dentro dos 30 dias da perpetração do delicto.

Se o réo estiver preso, a queixa ou denuncia será offerecida dentro de cinco dias.

Não estando o réo preso nem afiançado, o praso para a queixa ou denuncia será egualmente de cinco dias, contados da data em que o ministerio publico recebe os esclarecimentos e provas do crime ou em que este se tornar notorio.

As autoridades competentes, em regra, as autoridades policiaes devem remetter ao ministerio publico as provas que obtiverem sobre a existencia de qualquer delicto, afim de que elle proceda na forma da lei.

Devo ainda salientar que não pode ser aceita a denuncia do pae contra o filho, do marido contra a mulher ou vice-versa, do irmão contra o irmão; do advogado contra o cliente; do impubere, mentecapto ou furioso; do filho-familias sem authorisação do pae; do inimigo capital.

Não são tambem admittidas queixas ou denuncias contra os membros da Casa do Congresso Federal por suas opiniões, palavras e votos no exercicio do mandato.

Em todos os casos em que cabe ao ministerio publico denunciar, incumbe-lhe egualmente promover a accusação e todos os termos do processo.

Nos processos por crime em que caiba a acção publica, embora promovidos por assuecação particular, pertence tambem ao ministerio publico promover os termos da accusação, additar a queixa ou denuncia e o libello, fornecer provas, etc.

Segundo a expressa disposição do art. 54 da Consolidação de leis da Justiça Federal, em todos os termos da acção intentada por denuncia do ministerio publico poderá intervir a parte offendida para auxilial-o.

Genaro Lins de Barros Guimarães.

