

**XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO
CONPEDI BUENOS AIRES –
ARGENTINA**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CRIMINOLOGIA III**

BARTIRA MACEDO MIRANDA

JUSSARA SCHMITT SANDRI

RODRIGO ALESSANDRO SARTOTI

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito Penal, Processo Penal e Criminologia III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Bartira Macedo Miranda; Jussara Schmitt Sandri; Rodrigo Alessandro Sartoti. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-800-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Derecho, Democracia, Desarrollo y Integración

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal e constituição. XII Encontro Internacional do CONPEDI Buenos Aires – Argentina (2: 2023 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CRIMINOLOGIA III

Apresentação

Nos dias 12, 13 e 14 de outubro de 2023, na bela e emblemática Buenos Aires, capital da Argentina, o Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI, consolidando a internacionalização da pesquisa jurídica brasileira, realizou o seu XII Encontro Internacional com o tema "Derecho, democracia, desarrollo y integración", na renomada Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires (UBA), refletindo a democracia como fator de desenvolvimento e de integração regional entre os países latino-americanos.

O evento proporcionou a oportunidade para estudiosos, pesquisadores e profissionais do direito se reunirem e compartilharem conhecimentos em um ambiente internacional, seguindo intensa programação abordando os mais variados ramos do Direito e distribuídos por dezenas de Grupos de Trabalho temáticos.

Nesse contexto, as professoras Dra. Bartira Macedo Miranda, da Universidade Federal de Goiás e Dra. Jussara Schmitt Sandri, do Instituto Federal do Paraná, juntamente com o professor Dr. Rodrigo Alessandro Sartoti, da Universidade Federal de Santa Catarina, coordenaram as atividades do Grupo de Trabalho "DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CRIMINOLOGIA III", conduzindo as apresentações e pondo em discussão os artigos que compõem este livro.

Assim, é com grande satisfação que apresentam esta obra, de consulta imprescindível, que reúne cada um dos textos discutidos, ora indicados por título, autoria e síntese.

O artigo "A CELERIDADE PUNITIVA NO PROCESSO PENAL ENQUANTO VALOR MÁXIMO", de autoria de Antonio José Fernandes Vieira e Pedro Antonio Nogueira Fernandes, investiga até que ponto a busca pela celeridade pode contribuir para uma abordagem desproporcional e prejudicial no direito penal.

Na sequência, o artigo "12 DIAS NA FAVELA: UMA IMERSÃO NOS CONCEITOS DE ESTADO DE EXCEÇÃO E NECROPOLÍTICA", da autoria de Anne Karollinne Michaelle Silva e Marlene Helena De Oliveira França, a partir de um olhar que observou durante 12 dias uma pequena fração daquilo que ocorre nos becos e vielas da Favela do Jacarezinho,

Morro da Providência, Comunidade do Mandela e Ocupação Elma, no Estado do Rio de Janeiro – RJ, objetiva a identificação e aplicação dos conceitos de Estado de Exceção e Necropolítica, que explicam processos de exclusão e violência, a extrema desigualdade e o extermínio em massa no solo de comunidades pobres.

O artigo “A EQUIPARAÇÃO DO CRIME DE INJÚRIA RACIAL: O EXTENSO PERCURSO ATÉ A PROMULGAÇÃO DA LEI N. 14532/2023”, da autoria de Thaisy Perotto Fernandes, Fernando Antonio Sodre de Oliveira e Ivo dos Santos Canabarro, aponta que se a recente inovação incorporada ao ordenamento pátrio não altera em plenitude a realidade do legado de racismo estrutural que conforma a sociedade brasileira, ao menos reforça o propósito combativo contra as ofensas de cunho discriminatório.

Vivian Diniz De Carvalho apresentou o artigo “DIGNIDADE HUMANA E DIREITO À SAÚDE: UM SINTOMA DA VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL CARCERÁRIA NO RIO GRANDE DO SUL”, com o objetivo de verificar de que modo a situação do sistema de saúde do sistema penitenciário do Rio Grande do Sul tem se materializado como uma violação da dignidade humana enquanto violência institucional.

O artigo “A TUTELA PENAL DOS PRINCÍPIOS DA HIERARQUIA E DA DISCIPLINA MILITAR: UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL”, da autoria de Lorena Hermenegildo de Oliveira, Marcelo Barroso Lima Brito de Campos e Antônio Carlos Diniz Murta, discute se os princípios da hierarquia e da disciplina ainda são bens jurídicos penais, e se sua tutela pelo Direito Penal Militar não viola os princípios da fragmentariedade, da subsidiariedade penal e da dignidade da pessoa humana à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Na sequência, o artigo “DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DE EXECUÇÃO PENAL”, da autoria de Jussara Schmitt Sandri, evidencia que o Estado, no exercício do seu poder punitivo, deve observar e respeitar os preceitos voltados à promoção da dignidade da pessoa humana no processo executório penal, com o propósito de proteger e assegurar os direitos das pessoas submetidas ao sistema prisional contra abusos, tanto por parte do poder público como de outros presos, de modo que a violação desses preceitos constitucionais acarreta uma sanção que extrapola a prevista na sentença condenatória.

Fernando Laércio Alves da Silva, autor do artigo “A NECESSÁRIA DISCUSSÃO DO MODELO DE JUSTIÇA CONSENSUAL NO PROCESSO PENAL: DELINEAMENTOS EQUIVOCADOS QUE COMPROMETEM SUA ADEQUADA APLICAÇÃO NO ÂMBITO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL”, apresenta os resultados obtidos após o

desenvolvimento de pesquisa científica que teve por objeto interrogar o grau de aderência dos institutos da composição civil de danos e da transação penal, previstas na Lei n. 9.099/95 como técnicas de justiça consensual para solução do conflito criminal.

O artigo “CRIMES CONTRA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A LIBERDADE DE REUNIÃO”, da autoria de Felipe Maiolo Garmes e Antonio Carlos da Ponte, discute a flexibilização dos direitos fundamentais para a defesa do Estado Democrático de Direito, da qual extraiu-se um paralelo entre a liberdade de reunião como linguagem prescritiva permissiva da Constituição Federal e o mandado de criminalização expresso na Constituição Federal como linguagem prescritiva proibitiva.

Em sequência, Andre Epifanio Martins identifica e examina as recomendações e resoluções com conteúdo criminal aprovadas pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) nos últimos 10 anos, questionando como e em qual extensão o órgão atua normativamente - para além de suas atribuições de controle administrativo e financeiro dos ramos e unidades ministeriais - no âmbito criminal, o que faz no artigo intitulado “PODER NORMATIVO DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP) NO ÂMBITO CRIMINAL: UM ESTUDO DAS RESOLUÇÕES E RECOMENDAÇÕES CRIMINAIS APROVADAS NOS ÚLTIMOS 10 ANOS”.

O artigo “ENCARCERAMENTO FEMININO: ASPECTOS JURÍDICOS A LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA”, da autoria de Thiago Munaro Garcia e Livia Ayres Alves dos Santos, ao estabelecer uma conexão entre a dignidade da pessoa humana, os direitos das mulheres e, mais especificamente, os direitos das mulheres encarceradas, evidencia as necessidades enfrentadas pelas mulheres no sistema prisional brasileiro.

Em seguida, o artigo “AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA DA PÚBLICA: CONTROLE DE OMISSÃO NO PROCESSO PENAL E SUA (IN)EFICÁCIA SOCIAL”, da autoria de Gustavo Antonio Nelson Baldan, Maria Eduarda Mantelato e Milleny Lindolfo Ribeiro, analisa a eficácia social da ação penal privada subsidiária da pública como controle de omissão no processo penal, expondo os principais aspectos positivos e negativos deste instrumento constitucional.

Já o artigo “INTERFACES NECESSÁRIAS ENTRE RAÇA, GÊNERO E SEGURANÇA PÚBLICA NO BRASIL”, da autoria de Fernanda da Silva Lima, Joice Graciele Nielsson e Nathalia das Neves Teixeira, reflete sobre a necessidade imprescindível de incorporação do paradigma da interseccionalidade e dos recortes de gênero e de raça nas reflexões e ações no campo da segurança pública brasileira.

Mariana Zorzi Maino, autora do artigo “SAÚDE E MORTE NO CÁRCERE: UMA ANÁLISE DO ACESSO À SAÚDE NO SISTEMA PRISIONAL DO RIO GRANDE DO SUL”, examina a morte sob custódia penal por questões de saúde, a partir de uma análise do acesso à saúde no sistema prisional do Rio Grande do Sul entre os anos de 2019 e 2022.

O artigo “PROCESSO PENAL E RACISMO: A PERMANÊNCIA DE PRÁTICAS DISCRIMINATÓRIAS POR MEIO DE INSTITUTOS PROCESSUAIS INCONSTITUCIONAIS”, da autoria de Bartira Macedo Miranda e Ícaro Melo Dos Santos, vale-se da política de drogas para demonstrar imbricação dos sistema penal com o racismo, como um dos mecanismos utilizado para a manutenção das desigualdades sociais, especialmente, da população negra brasileira.

Por fim, o artigo “O CONFLITO E A CONSTRUÇÃO DA PAZ: UMA MUDANÇA DE ÉPOCA”, da autoria de Taysa Matos do Amparo, Bartira Macedo Miranda e Thawane Larissa Silva, tem por objetivo expor criticamente alguns aspectos do conflito, suas dimensões e imprevisibilidades, demonstrando que as relações sociais conflituosas nascem das adversidades e da não dimensão do Outro.

Pode-se observar que os artigos ora apresentados abordam diversos e modernos temas que são críticos quanto à realidade do sistema penal, refletindo o compromisso de suas autoras e de seus autores na busca pelo aperfeiçoamento do direito material e processual penal em prol de uma melhor e maior adequação ao texto constitucional e às demandas da contemporaneidade.

Por derradeiro, as Coordenadoras e o Coordenador do Grupo de Trabalho de DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CRIMINOLOGIA III do XII Encontro Internacional do CONPEDI, desejam uma ótima leitura e que os temas aqui tratados sejam repercutidos e proveitosos em vários âmbitos.

Buenos Aires – Argentina, primavera de 2023.

PROFA. DRA. BARTIRA MACEDO MIRANDA - Universidade Federal de Goiás.

PROFA. DRA. JUSSARA SCHMITT SANDRI - Instituto Federal do Paraná.

PROF. DR. RODRIGO ALESSANDRO SARTOTI - Universidade Federal de Santa Catarina.

AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA DA PÚBLICA: CONTROLE DE OMISSÃO NO PROCESSO PENAL E SUA (IN)EFICÁCIA SOCIAL

PRIVATE CRIMINAL ACTION SUBSIDIARY TO THE PUBLIC ONE: CONTROL OF OMISSION IN THE CRIMINAL PROCESS AND ITS SOCIAL (IN) EFFECTIVENESS

**Gustavo Antonio Nelson Baldan
Maria Eduarda Mantelato
Milleny Lindolfo Ribeiro**

Resumo

Apesar da existência de diversas modalidades de ação penal, a regra para titularidade dessas ações é do Ministério Público, na imagem do Promotor de Justiça, sendo, uma das exceções, a “Ação Penal Privada Subsidiária da Pública”; tornando-se, assim, o objeto de estudo do respectivo artigo. Este artigo tem como objetivos conceituar e analisar os aspectos e características da ação penal privada subsidiária da pública, outrossim, discorrer sobre a regulamentação, aplicação e resultados da respectiva garantia constitucional. Busca-se analisar a sua eficácia social como controle de omissão no processo penal, expondo os principais aspectos positivos e negativos deste instrumento constitucional. Para tanto, o método empregado é o dedutivo, com pesquisas bibliográficas, legislativa e coleta de dados por meio eletrônico (Google Forms) realizada na cidade de Jales/SP e região. Ao final, conclui-se que apesar de se tratar de um potente instrumento à disposição da população, como forma de controlar a omissão estatal, bem como, democratizar o acesso à justiça, esta garantia não é matéria de conhecimento efetivo dos cidadãos, conseqüentemente, criando um obstáculo e perdendo a sua eficácia social.

Palavras-chave: Controle social, Garantia fundamental, Omissão estatal, Democratização, Acesso à justiça penal

Abstract/Resumen/Résumé

Despite the existence of several types of criminal action, the rule for ownership of these actions is the responsibility of the Public Ministry, in the image of the Public Prosecutor, one of the exceptions being the “Private Criminal Action Subsidiary of the Public Prosecution”; thus becoming the object of study of the respective article. The purpose of this article is to conceptualize and analyze the aspects and characteristics of the private criminal action that is subsidiary to the public one, as well as to discuss the regulation, application and results of the respective constitutional guarantee. It seeks to analyze its social effectiveness as a control of omission in criminal proceedings, exposing the main positive and negative aspects of this constitutional instrument. For that, the method used is deductive, with bibliographical and legislative research and data collection by electronic means (Google Forms) carried out in the city of Jales/SP and region. In the end, it is concluded that although it is a powerful

instrument available to the population, as a way of controlling state omission, as well as democratizing access to justice, this guarantee is not a matter of effective knowledge of the citizens, consequently, creating an obstacle and losing its social effectiveness.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Social control, Fundamental guarantee, State omission, Democratization, Access to criminal justice

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como escopo demonstrar o posicionamento doutrinário e jurisprudencial acerca da ação penal privada subsidiária da pública e sua eficácia perante a sociedade. Nesse norte ainda persiste grande desinformação pelos cidadãos, sendo um obstáculo social para garantia ao acesso à Justiça.

Em nosso ordenamento jurídico o dever de punição cabe ao Estado, pois o ente dita as normas de convivência com a finalidade da ordem pública e a paz entre os cidadãos. Essas normas de caráter penal estabelecem previamente punições para os infratores, ou seja, no instante que elas são descumpridas pela prática concreta de algum delito, surge o Estado, na figura do Ministério Público, para promover a devida aplicação da sanção.

Não obstante, uma pena não poderá ser aplicada sem a devida chance ao acusado da defesa, em respeito ao princípio da ampla defesa e contraditório previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Assim, surge, de modo provocado, a ação penal, instrumento pelo qual haverá aplicação da medida cabível pela suposta ocorrência da infração.

Nesse contexto, apesar da existência de diversas modalidades de ação penal, a regra para titularidade dessas ações é do Ministério Público, na imagem do Promotor de Justiça, sendo, uma das exceções, a “ação penal privada subsidiária da pública”; tornando-se, assim, o objeto de estudo do respectivo artigo.

Por conseguinte, o Ministério Público é o órgão legitimado para a propositura da ação penal, tratando-se de uma de suas funções institucionais, segundo o artigo 129, inciso I, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Desse modo, nos termos do artigo 46 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), o prazo para oferecimento da denúncia, estando o réu preso, será de 5 dias, contado da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos do inquérito policial e, de 15 dias, se o réu estiver solto ou afiançado. Convém ressaltar, que algumas leis penais especiais possuem outros prazos.

Com isso, caso haja omissão por parte do órgão Ministerial, ou seja, se não oferece denúncia, solicita novas diligências ou promova o arquivamento do inquérito nos prazos mencionados, a legitimidade da ação é transferida para o ofendido ou seu representante legal.

Nessa hipótese, caso o ofendido ou seu representante legal promovam a ação penal, estaremos diante da modalidade da ação penal privada subsidiária da pública. Recebe esta classificação, pois a ação permanece pública, obedecendo todos os princípios da ação penal pública, porém, apenas a titularidade é transferida àqueles.

Trata-se, assim, de uma garantia constitucional prevista no artigo 5º, inciso LIX, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), no sentido de que “será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal”. Apesar de se tratar de um potente instrumento à disposição da população, como forma de controlar a omissão estatal, bem como, democratizar o acesso à justiça, esta garantia não é matéria de conhecimento efetivo dos cidadãos, conseqüentemente, perdendo a sua eficácia social.

Esse artigo tem como objetivos conceituar e analisar os aspectos e características da ação penal privada subsidiária da pública, discorrer sobre a regulamentação, aplicação e resultados da respectiva garantia constitucional.

A metodologia empregada no presente artigo é por meio dedutivo, a partir de pesquisa realizada na cidade de Jales/SP e região, bem como, estudos bibliográficos, jurisprudenciais, legislativos e coleta de dados por meio eletrônico (*Google Forms*) acerca do tema. Ademais, a busca de premissas gerais que adotam que esta garantia não é objeto de conhecimento material (efetivo) da população, existindo, assim, um obstáculo social que impede o acesso à Justiça.

1 PODER-DEVER DO ESTADO, LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO E AÇÕES PENAS PÚBLICAS

Antes de adentrar nos estudos acerca da ação penal privada subsidiária da pública e sua eficácia social, se faz necessário comentar sobre o poder-dever do Estado, a legitimidade do Ministério Público, para propor as ações penais públicas e as ações penais públicas propriamente ditas.

1.1 Poder-dever do Estado

Inicialmente, devemos entender o conceito de Estado, bem como o motivo por ter sido atribuído o dever de punição a ele.

Diante disso, Estado é um conjunto de elementos políticos, sociais e jurídicos que formam uma organização político-administrativa de um território específico, visto que a sua função é administrar por meio de ações unificadas.

Para Max Weber (2004, p. 526):

O Estado, do mesmo modo que as associações políticas historicamente precedentes, é uma relação de dominação de homens sobre homens, apoiada no meio da coação

legítima (quer dizer, considerada legítima). Para que ele subsista, as pessoas dominadas têm que se submeter à autoridade invocada pelas que dominam no momento dado. Quando e por que fazem isto, somente podemos compreender conhecendo os fundamentos justificativos internos e os meios externos nos quais se apóia a dominação.

Nesse sentido, surge o direito de punir ou *jus puniendi* (latim: *jus* = direito; *puniendi* = punição), sendo, a lei, o instrumento utilizado pelo Estado para manter a harmonia e o equilíbrio na sociedade, limitando a conduta humana e sua violação.

Para Capez (2016, p. 76):

Esse direito de punir (ou poder-dever de punir), titularizado pelo Estado, é genérico e impessoal porque não se dirige especificamente contra esta ou aquela pessoa, mas destina-se à coletividade como um todo. Seria, aliás, de todo inconstitucional a criação de uma regra, unicamente, para autorizar a punição de determinada pessoa.

Posto isso, o artigo 144 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) prevê: “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio [...]”. Desse modo, o Estado por ser dotado de poder soberano possui o direito de punir qualquer pessoa que pratica ação ou omissão contra uma norma jurídica, *a priori*, as penalidades surgiram com a ideia de minimizar as infrações e garantir uma organização na sociedade.

É válido ressaltar que as punições deverão respeitar os direitos fundamentais de cada indivíduo com base no princípio da proporcionalidade, com a finalidade de assegurar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos e limitar o poder punitivo.

É nesse sentido que Bonavides (2006, p. 434) expõe:

Em nosso ordenamento constitucional não deve a proporcionalidade permanecer encoberta. Em se tratando de princípio vivo, elástico, prestante, protege ele o cidadão contra os excessos do Estado e serve de escudo à defesa dos direitos e liberdades constitucionais. De tal sorte que urge, quanto antes, extrair-lo da doutrina, da reflexão, dos próprios fundamentos da Constituição, em ordem a introduzi-lo, com todo o vigor, no uso jurisprudencial.

Em síntese, podemos concluir que o poder punitivo do Estado é um controle de conduta dos indivíduos em uma sociedade. Assim, por meio de suas instituições, como a polícia, o sistema judiciário e o sistema penitenciário, ele exerce o poder punitivo para aplicar punições proporcionais às infrações cometidas.

O objetivo geral é manter a ordem social, proteger os direitos dos cidadãos e dissuadir as pessoas de cometerem crimes. Portanto, para alcançar esse objetivo, é essencial que haja um equilíbrio entre a punição justa e proporcional e a proteção dos direitos individuais, isto é, a punição aplicada a um infrator deve ser adequada ao delito cometido, levando em conta fatores

como a gravidade do crime, a culpabilidade do autor e as circunstâncias do ocorrido. A punição excessiva pode ser tão injusta quanto a impunidade.

É imprescindível que os direitos fundamentais dos indivíduos sejam protegidos e respeitados durante todo o processo penal, desde a investigação até a execução da pena. Direitos como a presunção de inocência, à ampla defesa e ao direito ao contraditório, a proibição de penas cruéis e degradantes, entre outros, são pilares fundamentais para garantir um sistema judiciário justo e equitativo. Afinal, além de punir, o Estado também deve buscar a reeducação e a recuperação dos indivíduos, de modo a reduzir a reincidência criminal e promover uma sociedade mais segura e justa.

2.2 Legitimidade do Ministério Público

Em nosso ordenamento jurídico o dever de punição cabe ao Estado, pois o ente dita as normas de convivência com a finalidade de manter a ordem pública. Ademais, quando uma norma é descumprida pela prática concreta de algum delito surge o Estado, na figura do Ministério Público, para promover, se o caso, a ação penal pública, possibilitando ao Poder Judiciário a imposição ou não da sanção penal.

Instituído no artigo 127 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), o Ministério Público “é uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Dispõe Reis e Gonçalves (2022, p. 753) que:

A institucionalização do Ministério Público foi a fórmula encontrada para que o Estado pudesse, sem abdicar da neutralidade judicial, assumir a titularidade da ação penal, em ordem a restabelecer a paz social violada pela prática criminosa. Foi a criação do Ministério Público, portanto, que permitiu a transposição do modelo inquisitório para o acusatório.

Assim, o Ministério Público, como instituição do Estado, tem o papel de promover a ação penal pública nos casos que acarretem violações da lei, ou seja, o membro do *Parquet* tem a legitimidade de acusar formalmente pessoas perante o Poder Judiciário, por meio das ações penais públicas, buscando garantir que as pessoas que tenham cometido infrações sejam responsabilizadas de acordo com a lei.

Nesse sentido, o artigo 129, inciso I, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), estabelece a legitimidade do Ministério Público de promover, de maneira exclusiva, a ação

penal pública de acordo com a legislação vigente. Salienta-se que o *Parquet* ocupa no processo penal uma posição central como sujeito da relação processual, juntamente com o juiz e o acusado. Sua atuação contribui para a manutenção da ordem social e a proteção dos direitos dos cidadãos, fortalecendo o Estado de Direito.

Nessa linha, afirma Góes (2002, p. 83):

A opção do constituinte de 1988 foi, sem dúvida, conferir um elevado status constitucional ao Ministério Público brasileiro, fê-lo instituição permanente, essencial à prestação jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, dos interesses sociais e individuais indisponíveis e a do próprio regime democrático.

Destaca-se que o Ministério Público atua pautado pela legalidade, respeitando os direitos fundamentais dos envolvidos no processo, como o direito à ampla defesa, ao contraditório e à presunção de inocência. Seu papel não é apenas acusar, mas, também, assegurar que o processo seja conduzido de maneira justa e equilibrada.

Com base nessas considerações, concluímos que o objetivo principal do Ministério Público é buscar a efetivação da justiça e a defesa da ordem jurídica, ou seja, o membro busca a proteção dos direitos dos cidadãos, a fiscalização da aplicação da lei, a atuação na investigação de crimes, e a promoção da ação penal em casos em que haja indícios de práticas criminosas.

Ao representar o Estado na titularidade das ações penais públicas, o Ministério Público atua na salvaguarda dos interesses da sociedade como um todo, buscando garantir que as normas legais sejam cumpridas e que os infratores sejam responsabilizados por seus atos. No entanto, é relevante destacar que o Órgão Ministerial não atua apenas como acusador, ele também desempenha um papel importante na defesa dos direitos coletivos, atuando em casos de violação de direitos humanos, garantindo a proteção de grupos vulneráveis e fiscalizando a atuação dos órgãos públicos para evitar abusos de poder.

Por fim, o Ministério Público tem o papel de equilibrar o interesse público e a busca pela justiça, atuando como parte interessada nas ações penais para garantir a efetivação do direito de punir do Estado, mas também buscando assegurar o respeito aos direitos individuais e coletivos dos cidadãos.

2.3 Ações penais

A sanção penal não poderá ser aplicada sem que se oportunize ao acusado o direito de defesa, em respeito ao princípio da ampla defesa e contraditório, previsto no artigo 5º, inciso

LV, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Assim, surge, de modo provocado, a ação penal, que deve respeitar todo o procedimento legal existente.

De acordo com Nucci (2016, p. 182):

Do crime nasce a pretensão punitiva estatal, mas não o direito de ação, que preexiste à prática da infração penal, aliás, como demonstra o direito constitucional (art. 5.º, XXXV, CF). Entretanto, não há possibilidade de haver punição, na órbita penal, sem o devido processo legal, isto é, sem que o Estado ou a parte ofendida, exercitando o direito de ação, proporcione ao acusado o direito ao contraditório e à ampla defesa. Até mesmo quando a Constituição autoriza a possibilidade de transação, em matéria penal, para as infrações de menor potencial ofensivo, pode-se falar em direito de ação, tendo em vista ser o fato criminoso levado ao conhecimento do Poder Judiciário, necessitando da homologação de eventual proposta de acordo feita pelo Ministério Público ao infrator [...].

A ação penal é um instrumento cuja serventia é para analisar e solucionar o conflito advindo de um crime ou uma contravenção, aplicando assim o direito penal em um caso concreto. Trata-se de um direito autônomo, abstrato, subjetivo e público, conforme os princípios estatuídos em nossa Constituição Federal.

Discorrendo acerca do conceito de ação penal, a classificação deste instrumento é feita com base na titularidade de seu exercício, surgindo duas modalidades iniciais, a ação penal pública, sendo a regra, e a ação penal privada, como exceção (LIMA, 2020, p. 316).

Na ação penal pública, a titularidade pertence ao Estado, que a exerce através do Ministério Público, pois, nos termos do artigo 24 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), quando se tratar de ação pública, ela será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

Nesse caso, cabe ao Ministério Público promover a ação criminal em defesa da sociedade e do interesse público, atuando, por dever legal e constitucional, em casos de crimes mais graves e outros delitos em que a lei determina sua titularidade, como homicídio, roubo, tráfico de drogas, entre outros.

Desse modo, relata Aury Lopes Jr. (2022, p. 279 e 280):

Concebemos a “ação” como um poder político constitucional de acudir aos tribunais para formular a pretensão acusatória. É um direito (potestativo) constitucionalmente assegurado de invocar e postular a satisfação da pretensão acusatória. Mais específico, o art. 129, I, da Constituição assegura o poder exclusivo do Ministério Público de exercer a ação penal (melhor, a acusação pública) [...].

Esta modalidade de ação é regida por diversos princípios, sendo os principais: a) obrigatoriedade; que prevê que o Ministério Público tem o dever de oferecer denúncia quando preenchido os requisitos da ação; b) indisponibilidade; no sentido de que o Ministério Público

não pode desistir da ação durante o seu prosseguimento e; d) indivisibilidade; impondo que o Ministério Público não pode escolher os acusados que serão réus da acusação nos casos que existam mais um acusado do mesmo crime, sendo, necessário, ofertar denúncia contra todos que obedecerem aos requisitos de autoria e materialidade do fato.

Dentro da ação penal pública, podem ocorrer variações em relação à forma de atuação do Ministério Público, surgindo novas modalidades de ações, sendo elas: ação penal pública incondicionada, ação penal pública condicionada à representação e ação penal pública condicionada à requisição.

Vale ressaltar, que o objetivo das ações penais públicas é a defesa da sociedade e a punição do autor do crime, visando a preservação da ordem e da segurança pública. O Ministério Público, como órgão responsável pela promoção da ação penal, possui autonomia e independência para atuar no interesse da sociedade, buscando a aplicação da lei e a garantia dos direitos fundamentais.

De outro lado, na ação penal privada, o direito de promover a ação pertence exclusivamente à vítima ou a seu representante legal. Isso significa que somente a pessoa ofendida pelo crime ou seus representantes detém o poder de iniciar o processo penal contra o autor do delito. Ademais, a ação penal privada se subdivide em três modalidades: ação penal privada exclusiva, ação penal privada subsidiária da pública e ação penal privada personalíssima.

Nos dizeres de Lima (2020, p. 343):

No silêncio da lei, a ação penal é pública incondicionada. Há, porém, situações em que o Estado, titular exclusivo do direito de punir, transfere a legitimidade para a propositura da ação penal à vítima ou ao seu representante legal, a eles concedendo o *jus persecuendi in judicio*. É o que ocorre na ação penal de iniciativa privada, verdadeira hipótese de legitimação extraordinária (ou substituição processual), já que o ofendido age, em nome próprio, na defesa de um interesse alheio, pois o Estado continua sendo o titular da pretensão punitiva. Na ação penal de iniciativa privada, o autor da demanda é denominado de querelante, ao passo que o acusado é chamado de querelado, sendo a peça acusatória chamada de queixa-crime.

Esta modalidade de ação é cabível em alguns tipos específicos de crimes, como calúnia, difamação, injúria, entre outros. Desse modo, o ofendido, por meio de um advogado, apresenta queixa-crime junto ao juiz, dando início ao processo criminal.

Assim dispõe Badaró (2021, p. 315):

A razão de ser da ação penal de iniciativa privada é a existência de determinados delitos que tocam exclusivamente à vítima que deve caber a ela optar pelo desencadeamento e promoção da persecução penal. Se por mero desinteresse, seja por clemência, seja para evitar o *strepitus fori*, que pode ser mais prejudicial à vítima do que já foi o próprio crime, cabe a ela a escolha de dar ou não início à persecução penal.

Nesse contexto, apesar da existência de diversas modalidades de ação penal, a regra para titularidade dessas ações é do Ministério Público. Insta salientar, ainda, que cabe ao *Parquet* o dever de intentar a ação penal pública nos prazos estabelecidos em lei, uma vez que sua atuação é pela lei pautada.

Nos termos do artigo 46 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), o prazo para oferecimento da denúncia, estando o réu preso, será de 5 dias, contado da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos do inquérito policial e, de 15 dias, se o réu estiver solto ou afiançado. Convém ressaltar, que algumas leis penais especiais possuem outros prazos.

Com isso, caso haja omissão por parte do órgão Ministerial, ou seja, se não oferece denúncia, solicita novas diligências ou promova o arquivamento do inquérito nos prazos mencionados, a legitimidade da ação passa a pertencer, também, ao ofendido ou seu representante legal.

Dessa forma, explica Capez (2016, p. 206):

A Constituição prevê, todavia, no art. 5º, LIX, uma única exceção: caso o Ministério Público não ofereça denúncia no prazo legal, é admitida *ação penal privada subsidiária*, proposta pelo ofendido ou seu representante legal. A ressalva está prevista, também, nos arts. 29 do Código de Processo Penal, e 100, § 3º, do Código Penal [...].

Nessa hipótese, caso o ofendido ou seu representante legal promovam a ação penal, estaremos diante da modalidade da ação penal privada subsidiária da pública. Recebe esta classificação, pois a ação é pública, obedecendo todos os princípios da ação penal pública, porém, apenas a titularidade é transferida àqueles.

2 AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA DA PÚBLICA, SUA PREVISÃO CONSTITUCIONAL E O ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA

A ação penal privada subsidiária da pública é um instrumento “presente” no processo penal no Brasil. Surge quando o Ministério Público, responsável pela apresentação da denúncia, deixa de atuar ou de dar seguimento devido ao processo criminal, seja por omissão ou por falta de interesse. Nesse caso, a vítima ou seu representante legal tem a possibilidade de iniciar uma ação penal privada, desde que respeitados os requisitos legais.

Como uma espécie de controle de omissão estatal, esta modalidade de ação penal não é previsão exclusiva do Código de Processo Penal Brasileiro, pois se trata, também, de uma garantia constitucional, prevista na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LIX, elencada

no Título II – “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” (BRASIL, 1988). Desse modo, consagra que a citada modalidade de ação é um potente instrumento à disposição da população, como forma de controlar a omissão estatal, bem como, democratizar o acesso à justiça.

3.1 Ação penal privada subsidiária da pública

O ajuizamento desta ação é de legitimidade do ofendido ou de um representante legal, sendo cabível nos casos em que o Ministério Público, titular da ação penal pública, se omite e deixa de requerer o arquivamento do inquérito policial, solicitar novas diligências ou de oferecer a devida denúncia no prazo legal, sendo o prazo de 5 dias para os réus presos e, 15 dias, para os réus soltos, conforme artigo 46 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

Na visão de Pacelli (2021, p. 229):

A ação privada *subsidiária* da pública, conforme se encontra na história da evolução dos sistemas processuais do mundo ocidental, nada mais é, então, que o reconhecimento explícito da existência do interesse também privado na imposição de sanção penal ao autor do fato criminoso. E uma vez que tal interesse, que anteriormente legitimava o próprio direito de ação, seja atingido pela *inércia e inação* do órgão estatal acusatório, abre-se ensejo à iniciativa do ofendido, ou, na hipótese de sua morte ou ausência, aos sucessores processuais arrolados no art. 31 do CPP, para o exercício de verdadeiro *direito* ao início da persecução penal.

A questão fulcral do exercício da ação penal privada subsidiária da pública é a desídia do Ministério Público, ou seja, a ausência de manifestação tempestiva de algum ato de ofício que deveria ter sido praticado no prazo legal. Além disso, o só não oferecimento da denúncia no prazo legal não constitui inércia por parte do membro do *Parquet*, pois este pode pugnar pela necessidade de novas diligências a autoridade policial, bem como, requerer pelo arquivamento do inquérito policial. Assim, o que efetivamente caracteriza a desídia é a ausência de qualquer manifestação dentro do prazo previsto na lei para o oferecimento da denúncia.

Gondim e Feitas Jr. (2022, p. 138) esclarecem que “[...] só se pode falar em ação penal privada subsidiária quando há inércia do Ministério Público, não sendo possível levá-la a cabo quando o órgão arquivava o inquérito policial, uma vez que não houve omissão do *Parquet*.”

Nesse sentido, julgou a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça:

No trato de crime de denunciação caluniosa (art. 339 do CP), a ação penal privada subsidiária só teria guarida diante da prova inequívoca de haver a total inércia do MP: mesmo de posse de todos os elementos necessários para formular acusação, ele deixa de ajuizar a ação penal no prazo legal sem qualquer motivo justificado. No caso, o MP instaurou procedimento investigatório contra a promotora (querelada), o qual, ao final, foi arquivado pela Procuradoria-Geral de Justiça por falta de tipicidade da conduta. Assim, não há como ter por cabível a ação penal privada subsidiária, mesmo que se

reconheça como ausência de manifestação do MP o fato de o procurador-geral só ter arquivado a representação após o ajuizamento da citada ação penal subsidiária, pois eventual inação do MP estaria suprida por seu parecer de rejeição da queixa-crime, pedido que, segundo a jurisprudência, é irrecusável. Precedentes citados do STF: AgRg no Inq 2.242-0-DF, DJ 25/8/2006; do STJ: AgRg na APn 557-DF, DJe 9/11/2010; AgRg na SD 180-RJ, DJe 28/6/2010; REsp 857.063-PR, DJe 23/6/2008, e HC 64.564-GO, DJ 9/4/2007. HC 175.141-MT, Rel. Min. Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), julgado em 2/12/2010

Com a garantia de oferecer a queixa subsidiária, o ofendido tem o prazo de seis meses a partir do término do prazo em que o Ministério Público tinha para oferecer a denúncia. Entretanto, o instituto de preempção e perdão previsto nas ações penais privadas não se admite/aplica na ação penal privada subsidiária da pública. Quanto ao prazo, dispõe o Código de Processo Penal (BRASIL, 1941):

Art. 38. Salvo disposição em contrário, o ofendido, ou seu representante legal, decairá no direito de queixa ou de representação, se não o exercer dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do art. 29, do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia.

O prazo é decadencial, conforme destacado no dispositivo legal, porém, ao contrário da ação penal privada, sua intempestividade não provoca a extinção da punibilidade. Ademais, para alguns doutrinadores, este prazo é denominado como decadência imprópria, apesar de não se prorrogar e nem se interromper.

Na opinião de Nucci (2016, p. 207):

Para valer-se da ação penal privada subsidiária da pública, tem o ofendido o prazo de seis meses, a contar do esgotamento do prazo para o Ministério Público oferecer a denúncia (art. 38, *caput*, 2.^a parte, *c/c* art. 46, *caput*, do CPP). Tal prazo não atinge o Estado-acusação, que mantém o dever de denunciar, até que ocorra a prescrição.

Destaca-se que aqui vigora o princípio da conveniência e oportunidade, visto que cabe ao ofendido ou seu representante decidir se apresentará ou não a queixa-crime, isto é, estes princípios permitem que as partes legitimadas tenham a discricionariedade para decidir se irá ingressar com a ação penal privada para responsabilizar o autor do delito ou se aguardarão posicionamento do Ministério Público.

Como caracteriza Lima (2020, p. 324):

Por conta deste princípio, cabe ao ofendido ou ao seu representante legal o juízo de oportunidade ou conveniência acerca do oferecimento (ou não) da queixa-crime. Consiste, pois, na faculdade que é outorgada ao titular da ação penal para dispor, sob determinadas condições, de seu exercício, com independência de que se tenha provado a existência de um fato punível contra um autor determinado.

Esta discricionariedade é uma garantia para a vítima, pois permite que ela avalie diversos fatores antes de decidir iniciar o processo criminal. Portanto, a escolha da vítima de ingressar com a ação penal privada subsidiária da pública ou não, garante a proteção individual da vítima e a busca por justiça.

Por outro lado, durante esses seis meses, a qualquer tempo, o Ministério Público possui a legitimidade concorrente para oferecer a denúncia, visto que tal prazo não atinge o Estado-acusação, que mantém o dever de denunciar, até que ocorra a prescrição.

Salienta-se que além de poder concorrer e oferecer a denúncia, o *Parquet* ainda possui outros poderes que estão previstos no Código de Processo Penal (BRASIL, 1941):

Art. 29. Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal.

A lei exige que o Ministério Público intervenha em todos os atos nesta modalidade de ação penal, mesmo que ele não seja o responsável pela interposição da denúncia devido a omissão, sob pena de nulidade, nos termos do artigo 564, inciso III, alínea d, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941). Desse modo, desempenha um papel de interveniente adesivo ou parte adjunta, podendo, não só em casos de negligência por parte do querelante, retomar a ação como parte principal, visto que se trata de um dever legal previsto na Constituição Federal.

Afirma Aury Lopes Jr. (2022, p. 316):

Quanto à discussão acerca da expressão *no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal*, contida na última parte do art. 29, pensamos que ela deve ser (re)lida a partir da legitimidade constitucional do MP. Havendo negligência do querelante (o que poderia conduzir a uma perempção, sem, contudo, produção dos efeitos), diante da regra da obrigatoriedade (já descumprida pela inércia inicial do MP), deverá o promotor retomar a ação. Não há possibilidade de perempção de ação pública. Nesse caso, existe um dever legal de agir. Contudo, não é apenas em caso de negligência que o MP pode retomar a ação, pois, sendo ele o titular constitucional (art. 129, I, da Constituição), poderá fazê-lo a qualquer tempo (e não apenas em caso de negligência).

A atuação do Ministério Público como parte adjunta tem a finalidade de garantir que a ação penal siga os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Além disso, a presença do *Parquet*, como interveniente adesivo obrigatório, pode contribuir para a qualidade da investigação e da instrução processual, assegurando maior imparcialidade e equilíbrio entre as partes envolvidas.

Essa possibilidade de atuação reforça a importância do Órgão Ministerial como fiscal da lei e guardião dos interesses da sociedade. Logo, deve agir de modo a sempre buscar o melhor

para a sociedade, na efetivação dos direitos individuais e coletivos lecionados em nossa legislação.

Por fim, registre-se que não há pagamento de custas ou demais despesas processuais neste tipo de ação.

3.2 Previsão constitucional

A ação penal privada subsidiária da pública está inserida no rol dos direitos e garantias fundamentais no artigo 5º, inciso LIX, da Constituição Federal (BRASIL, 1988): “será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal”.

Como descrito por Reis e Gonçalves (2022, p. 298):

De acordo com o art. 5º, LIX, da Constituição Federal, “será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal”. Nota -se, pois, que o constituinte, apesar de ter conferido ao Ministério Público a titularidade exclusiva da ação penal nos crimes de ação pública (art. 129, I, da CF), não conferiu caráter absoluto a tal prerrogativa, já que, se o órgão ministerial mostrar -se desidioso e não se manifestar dentro do prazo previsto em lei, poderá a vítima oferecer queixa subsidiária.

Destaca-se que, por estar inserida no rol dos direitos e garantias fundamentais, trata-se, portanto, de cláusula pétreia, ao teor do artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Esse *status*, se refere à dispositivos constitucionais que são considerados imutáveis, ou seja, não podem ser suprimidos ou abolidos, mesmo por meio de emendas constitucionais. Assim, garante-se a estabilidade e a permanência de certos princípios e valores fundamentais da sociedade, evitando que sejam alvo de mudanças arbitrárias ou passageiras em momentos políticos específicos.

Afirma Alves (2019, p. 195):

Esta espécie de ação penal privada tem autorização constitucional, mais precisamente no art. 5º, LIX, da Carta Magna Federal, o que permite a sua sobrevivência no ordenamento jurídico e consequentemente a validade do art. 29 do CPP, afinal de contas, como regra geral, a ação penal pública é privativa do Ministério Público, conforme estabelece o art. 129, inciso I, do Texto Constitucional. Aliás, ela está elencada na Constituição Federal como direito fundamental do cidadão porque visa promover um controle feito pelo ofendido contra abusos do Estado-acusação, quando houver demora excessiva no oferecimento da ação penal.

É uma garantia constitucional, porque se trata de um meio necessário para coibir os abusos estatais e ilegalidades e assim proteger os direitos fundamentais de cada indivíduo; visam sanar e impedir as lesões que atingem os direitos individuais.

Por fim, frisa-se que no processo penal o indivíduo possui o direito de ter acesso a justiça e quando o titular da ação é omissivo no seu dever e não apresenta a devida denúncia, nos termos da legislação processual penal, surge, então, uma garantia constitucional, qual seja a ação penal privada subsidiária da pública, utilizada para e reprimir os abusos estatais. Ademais, essa espécie de ação é um potente instrumento à disposição da população como forma de controlar a omissão estatal, bem como democratizar o acesso à justiça.

3.3 Acesso à ordem jurídica justa

O acesso à justiça é essencial para garantir que todos os cidadãos tenham meios adequados e efetivos para buscar e defender seus direitos perante o Poder Judiciário. A ação penal privada subsidiária da pública, sendo uma garantia fundamental, é um instrumento que possibilita a busca ao acesso à ordem jurídica justa em sistemas legais que a adotam, garantindo a proteção ao cidadão.

Nesse contexto, "[...] O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos" (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 12).

Em matéria de jurisdição penal, vigora a heterocomposição, já que somente o Estado possui o *jus puniendi*. Por determinação constitucional, o Ministério Público é o órgão legitimado, como regra, para propor a ação penal pública. Mas, em caso de omissão ou desídia, surge uma possibilidade de suprimir a omissão estatal com a ação penal privada subsidiária da pública, possibilitando um acesso válido à justiça.

Essa possibilidade é de suma relevância em situações em que a vítima sente a necessidade de buscar a responsabilização do autor do crime, mesmo que o Ministério Público não tenha tomado providências no prazo legal. Inclusive, também é uma forma de garantir que, mesmo em casos em que o Estado não atue, o direito de punir o suposto infrator não seja suprimido, mantendo-se a possibilidade de provocação do Poder Judiciário por outras vias legais.

Sabe-se que no Brasil o acesso à justiça é difícil para as minorias, devido ao desconhecimento de seus direitos fundamentais, bem como os custos com o devido processo legal, mesmo que o ordenamento jurídico assegure a igualdade social e a Defensoria Pública atue de maneira efetiva na defesa dos direitos dos vulneráveis.

Em consideração a importância do direito de acesso à justiça, essas barreiras socioculturais devem ser combatidas através da criação de medidas que as neutralizem, de forma com que todas as pessoas consigam acessar a justiça.

No dizer de Carvalho (2000, p. 6):

Outro obstáculo que se apresenta ao acesso à justiça é o de cunho social, que, apesar de ser passível da análise autônoma, está umbilicalmente atado aos óbices de índole econômica. Com efeito, ainda que seja nas camadas mais humildes da população que se apresentam os maiores índices de atentados aos direitos subjetivos dos cidadãos, têm estes uma espécie de temor às coisas do Judiciário, não raro achando que para aquela seara somente são levados na condição de demandados e assim mesmo em processo penal. A demonstração dessa lastimável aliança (fatores sociais e fatores econômicos atuando juntos para obstaculizar o acesso à justiça) fica mais evidente quando é constatada a presença de algum familiar ou alguém ligado por amizade que labuta na advocacia. De repente, a pessoa pobre se sente animada a ir à Justiça na defesa dos seus direitos, diminuindo o receio de ter que arcar com somas além das suas disponibilidades e confortada por estar tão próxima de alguém para ela havida como "importante" por dominar um campo tão inatingível como os meandros do Judiciário.

Neste cenário, dada a magnitude do direito de acesso à justiça, para suprir um dos obstáculos que se apresenta ao acesso à justiça, segundo entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, caso a vítima não possua condições de arcar com os custos da contratação de um advogado, deve a Defensoria Pública patrocinar esta modalidade de ação, não havendo nenhuma incompatibilidade com sua função jurisdicional:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. DEFENSORIA PÚBLICA. ASSISTÊNCIA DE ACUSAÇÃO. PRAZO EM DOBRO. I - É função institucional da Defensoria Pública patrocinar tanto a ação penal privada quanto a subsidiária da pública, não havendo nenhuma incompatibilidade com a função acusatória, mais precisamente a de assistência da acusação. II - O disposto no § 5º do artigo 5º da Lei nº 1.060/50, com a redação dada pela Lei nº 7.871/89, aplica-se a todo e qualquer processo em que atuar a Defensoria Pública. Writ denegado. HC 24079, rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, DJ 29/09/2003

Essa medida é relevante para suprir eventuais omissões do Ministério Público, garantindo, assim, que crimes não fiquem impunes e que as vítimas tenham meios de buscar a reparação ou a punição dos culpados, mesmo em situações em que o Estado não exerça adequadamente o seu papel na promoção da justiça penal.

Dessa forma, a ação penal privada subsidiária da pública é um mecanismo que contribui para a efetividade do acesso à justiça, fortalecendo o princípio do Estado Democrático de Direito e assegurando que todos os cidadãos tenham a oportunidade de buscar proteção de seus direitos perante o Poder Judiciário, independentemente das circunstâncias ou da atuação estatal.

3 (IN)EFICÁCIA SOCIAL DA AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA DA PÚBLICA

Restou demonstrado que a ação penal privada subsidiária da pública, por ser uma garantia constitucional, é um potente instrumento à disposição da população, como forma de controlar a omissão estatal e democratizar o acesso à justiça.

Todavia, deve-se buscar no seio social a realidade fática, para verificar se tal instrumento é matéria de conhecimento efetivo dos cidadãos, cumprindo a sua eficácia social.

Em nosso sistema legal as normas possuem duas eficácias principais e distintas, quais sejam: eficácia jurídica e eficácia social. Desse modo, de maneira geral, ambas são conceitos fundamentais relacionados ao estudo do direito e das normas legais, usadas para avaliar o impacto e o cumprimento das normas em uma sociedade.

A eficácia jurídica refere-se à validade e à vigência de uma norma no ordenamento jurídico. Uma norma é considerada juridicamente eficaz quando foi devidamente criada e promulgada de acordo com as regras e procedimentos legais estabelecidos. Inclusive deve estar em sintonia com todo o ordenamento jurídico vigente.

Essa eficácia jurídica não implica, necessariamente, que a norma seja amplamente cumprida ou implementada na prática. Uma norma pode ser válida e, ainda assim, não ser efetivamente aplicada, devido a diversos fatores como lacunas na legislação, falta de recursos, resistência social, entre outros.

Nos ensinamentos de Leite (2020, p. 26), entende-se como eficácia jurídica e eficácia social:

A eficácia jurídica consiste na aptidão da norma de produzir efeitos jurídicos quando invocada sua aplicação perante a autoridade competente. Por sua vez, a eficácia social diz respeito à espontaneidade dos indivíduos em agir conforme o disposto na norma. Assim, é possível afirmar que toda norma jurídica é juridicamente eficaz, embora possa não ser socialmente eficaz.

Em contrapartida, a eficácia social diz respeito à capacidade de uma norma produzir efeitos na sociedade, ou seja, se ela é cumprida e respeitada pelas pessoas a quem se destina. Essa é uma dimensão mais pragmática e empírica, que avalia o impacto real da norma no comportamento e nas práticas sociais.

Uma norma pode ser considerada socialmente eficaz quando é amplamente acatada pela sociedade e gera as mudanças comportamentais pretendidas. Por exemplo, leis de trânsito que são respeitadas pelos condutores, regulamentações de segurança do trabalho que são seguidas pelas empresas, entre outras.

No entanto, é importante ressaltar que nem sempre a eficácia jurídica e a eficácia social caminham lado a lado. Uma norma pode ser perfeitamente válida no sistema jurídico, mas ser ignorada ou resistida na sociedade. Da mesma forma, algumas normas não possuem uma base legal sólida, mas são amplamente acatadas pela sociedade por se tornarem práticas costumeiras ou por gozarem de consenso social.

Nesse contexto, de acordo com as pesquisas realizadas, a ação penal privada subsidiária da pública possui eficácia jurídica, porque elaborada de acordo com todas as regras procedimentais, estando harmônica com todo o ordenamento jurídico.

Todavia, a eficácia social é mais restrita, nos termos da pesquisa realizada. Para analisar a eficácia social foram coletados dados por meio eletrônico da ferramenta *Google Forms*, através da aplicação de um questionário com 8 perguntas acerca do tema. A aplicação ocorreu entre abril de 2023 e julho de 2023, numa amostra de 110 pessoas na cidade de Jales/SP e região.

Da análise dos dados, constatou-se que das 110 pessoas entrevistadas, 48 pessoas não possuem conhecimento sobre as funções que o Ministério Público desempenha, e, 66 pessoas também desconhecem o conceito e a aplicação da ação penal privada subsidiária da pública.

Inclusive verificou-se que somente as pessoas que atuam na área jurídica possuíam conhecimento das funções ministeriais e da ação penal privada subsidiária da pública.

Com base na pesquisa realizada, ficou demonstrada a notória falta de eficácia social (conhecimento e aplicabilidade) da ação penal privada subsidiária da pública. A desinformação é, de fato, um obstáculo social significativo que pode impedir o acesso à justiça.

Com base nos dados coletados, apesar da ação penal privada subsidiária da pública ser uma potente ferramenta posta à disposição da sociedade para suprir a omissão do Ministério Público, não é do conhecimento da população (destinatária da norma), o que faz suscitar críticas e questionamentos em relação à eficácia de seus efeitos.

Inicialmente, sua utilização depende da iniciativa e do interesse da vítima em buscar a responsabilização penal do autor do delito, o que se mostra incompatível com a falta de conhecimento e, também, porque poucas são as situações nas quais as vítimas acompanham o andamento do inquérito policial.

Essa constatação, é apresentada por Nucci (2016, p. 207):

A hipótese prevista no art. 29 do Código de Processo Penal é de uso raríssimo no cotidiano forense. Não pelo fato do Ministério Público nunca atrasar no oferecimento de denúncia, mas porque a vítima, dificilmente, acompanha o desenrolar do inquérito, através de seu advogado [...].

Isso pode resultar que crimes graves não sejam devidamente processados e punidos, simplesmente porque a vítima não tem condições e conhecimento efetivo de seus direitos para iniciar uma ação penal privada subsidiária da pública.

O segundo ponto crítico é o prazo estabelecido para o exercício da ação penal privada subsidiária da pública. A vítima tem um tempo limitado, qual seja 6 meses, para identificar a omissão do Ministério Público, reunir os elementos necessários e propor a ação. Esse prazo muitas vezes é exíguo e pode prejudicar o acesso à justiça, especialmente em casos complexos ou que envolvem dificuldades na obtenção de provas.

Além disso, esta modalidade de ação penal privada vincula-se direta e indiretamente à desigualdade financeira. A vítima muitas vezes enfrenta dificuldades financeiras e técnicas para conduzir uma ação penal, o que pode resultar em uma atuação deficiente em comparação com a capacidade do Ministério Público em conduzir uma ação penal pública de forma mais abrangente e profissional.

Outro aspecto a ser considerado é a possível pressão e influência que a vítima pode sofrer ao assumir o papel de parte acusadora no processo penal. Uma vítima pode se tornar alvo de retaliações ou intimidações, o que pode comprometer sua segurança e sua capacidade de buscar efetivamente a justiça, fazendo surgir o malfadado processo de “revitimização”.

No caso em epígrafe, apesar da importância dessas críticas e questionamentos, o ponto principal é a desinformação como obstáculo social, conforme restou demonstrado pelos resultados obtidos. A falta de conhecimento adequado sobre direitos, processos legais e recursos disponíveis pode desencorajar indivíduos e comunidades, limitando sua capacidade de buscar e obter justiça de forma eficaz.

Assim, vislumbra-se que a ação penal privada subsidiária da pública, sob o ponto de vista formal, é uma potente garantia e ferramenta de controle da omissão do Ministério Público em promover a ação penal pública. De outro lado, sob o enfoque material, com base na pesquisa realizada, ela tem se mostrado ineficaz, considerando, entre outros fatores, principalmente a falta de conhecimento como barreira a sua utilização. Essa lacuna pode gerar falha na correta persecução penal, comprometendo a busca pela justiça e a garantia dos direitos das vítimas e da sociedade como um todo.

Frisa-se que durante a fase do interrogatório o acusado é informado de seus direitos e garantias, sendo eles: respeito à integridade, direito de permanecer calado, assistência familiar, advogado e entre outros. As testemunhas também são orientadas sobre alguns deveres. Ademais, em alguns Estados, os boletins de ocorrência informam as vítimas sobre os prazos para representação da ação penal.

Seria de suma importância ao combate da ineficácia social incluir informações sobre ação penal privada subsidiária da pública nos boletins de ocorrência, destacando o direito de denunciar em caso de inércia do Ministério Público. Além disso, a Ordem dos Advogados e Defensorias Públicas poderiam realizar campanhas para informar a população, especialmente os socialmente necessitados, sobre esses direitos para garantir um acesso justo à justiça.

Portanto, é crucial que o sistema jurídico busque aprimorar suas normas e mecanismos para potencializar a eficácia social, fazendo com que os destinatários da norma dela efetivamente tenha conhecimento e meios de cumpri-la. Desta forma, a eficácia jurídica (formal) e social (material) estarão alinhadas na busca de uma maior conformidade entre as regras estabelecidas e a realidade da sociedade em que se aplicam, ou seja, fazendo com que o Direito não tenha atuação destoante da realidade social.

4 CONCLUSÃO

Conclui-se que a ação penal privada subsidiária da pública trata-se de uma garantia constitucional de alta magnitude, já que se destina a controlar a omissão estatal, além de possibilitar a todos o acesso à justiça. Contudo, não é matéria de conhecimento efetivo dos cidadãos, conseqüentemente, perdendo a sua eficácia social.

Neste cenário, a desinformação é um grande obstáculo social a ser superado. Pessoas mal-informadas podem não entender corretamente as opções legais disponíveis ou os procedimentos necessários para acessar a justiça, resultando em escolhas desfavoráveis, perda de prazos ou mesmo na renúncia à direitos legítimos.

Para combater a desinformação e promover o acesso à justiça é necessário investir na educação jurídica e na conscientização pública. É importante fornecer informações claras e acessíveis sobre direitos legais, processos judiciais e recursos disponíveis. Além disso, esforços para melhorar o acesso à justiça devem considerar as barreiras linguísticas, culturais e compreensivas que entenderam para a desinformação e buscar soluções inclusivas e abrangentes.

Sabe-se que durante o inquérito policial, precisamente no interrogatório do acusado, ele é cientificado de suas garantias constitucionais, sendo elas: o respeito à sua integridade física e moral; o direito de permanecer calado; a assistência familiar e de um advogado, caso não constituído este poderá ser encaminhado a Defensoria Pública; comunicação da prisão a família ou a quem ele indicar; identificação dos responsáveis de sua prisão e por seu interrogatório policial; entre outros direitos previstos na Constituição Federal.

Neste interim, as testemunhas também são orientadas e compromissadas quanto aos seus deveres, como sendo um deles o de dizer a verdade.

Oportuno ressaltar que em alguns Estados em seus modelos de boletins de ocorrências policiais, cientificam as vítimas, automaticamente, quando registram ocorrência de representação, quanto ao prazo decadencial de seis meses para a vítima oferecer tal representação e, assim, como na queixa-crime quando necessária.

Conforme se apurou e seguindo estes exemplos, seria de grande valia que a ação penal privada subsidiária da pública, como sendo uma garantia constitucional da vítima de um delito, tivesse também um método informativo nestes modelos, informando durante o atendimento pela Autoridade Policial, seja no momento de suas declarações ou através de lembretes na sua via da ocorrência registrada, sobre seu direito de subsidiar a denúncia em caso de inércia do titular da ação penal, bem como o prazo e a maneira em que deve ocorrer tal ação.

Perpetrando os fatos acima descritos, a Ordem dos Advogados do Brasil e as Defensorias Públicas do Estado e da União poderiam utilizar-se de campanhas para informar a população, principalmente as mais necessitadas socialmente, sobre tais direitos, desde o primeiro contato com a vítima, para que ela se sinta segura quanto ao seu acesso justo ao judiciário.

A ação penal privada subsidiária da pública, embora seja um mecanismo importante para suprir a omissão do Ministério Público, revela deficiências no sistema de justiça. É fundamental que o Estado garanta a eficiência e a responsabilidade do Ministério Público na persecução penal, de modo a minimizar a necessidade desse tipo de ação privada. Além disso, é preciso ampliar o controle sobre a omissão do Ministério Público, a fim de garantir a plena realização da justiça e proteção dos direitos das vítimas.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Processo Penal: Parte Geral**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. *E-book*.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 jun. 2023.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 03 out. 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 20 jun. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus: 175.141-MT. Relatoria Celso Limongi, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus: 24.079. Relatoria Felix Fischer, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. *E-book*.

CARVALHO, Ivan Lira de. **A Internet e o Acesso à Justiça.** Bauru: Instituição Toledo de Ensino, 2000. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/19782/A%20Internet%20e%20o%20acesso%20c3%a0%20justi%20a7a.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2023.

GARTH, Bryant; CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

GÓES, Maria Amélia Sampaio. **O Ministério Público e o Estado Democrático de Direito.** 2002. Dissertação de Mestrado, Universidade Federal de Pernambuco, Universidade Estadual de Santa Cruz, Ilhéus, 2002. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4864?locale=pt_BR. Acesso em: 23 jun. 2023.

JÚNIOR, Freitas; GONDIM, Laís Mesquita. **Direito Processual Penal.** 3. ed. Brasília: CP IURIS, 2022. *E-book*.

LEITE, George Salomão. **Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais.** Brasília: Senado Federal, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: Volume Único.** 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. *E-book*.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. *E-book*.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. *E-book*.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal.** 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021. *E-book*.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal.** 11. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. *E-book*.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade: Fundamentos da Sociologia Compreensiva.** São Paulo: Editora Universidade de Brasília, 2004.