

**LEI COMPLEMENTAR N.º 40/81. INSTITUIÇÃO DO MONOPÓLIO DA
AÇÃO PENAL PÚBLICA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. ADOÇÃO DO
SISTEMA ACUSATÓRIO PURO. CONSEQÜÊNCIAS.**

PROTOCOLO N.º E-15/3.532/82

**Lei Complementar n.º 40/81. Instituição do monopólio da
ação penal pública pelo Ministério Público. Adoção do
sistema acusatório puro. Conseqüências. Abolição: do
procedimento **ex-officio**; da chamada ação penal privada
subsidiária; da capacidade recursal do ofendido; da capa-
cidade recursal de qualquer do povo no caso do parágrafo
único do art. 6.º da Lei 1.508/51; do recurso **ex-officio**
e da legitimação extraordinária prevista no art. 33 do Có-
digo Florestal.**

PARECER

I — A Ação Penal Pública e o Processo Acusatório

O art. 102 do Código Penal brasileiro⁽¹⁾ estabelece:

*“A ação penal é pública, salvo quando a lei expres-
samente a declare privativa do ofendido.*

**§ 1.º — A ação penal pública é promovida pelo Minis-
tério Público, dependendo, quando a lei o exige, de repre-
sentação do ofendido ou de requisição do Ministro da Jus-
tiça”.**

Essa norma foi complementada pelo Código de Processo Penal,
que, no art. 24, dispõe:

*“Nos crimes de ação pública, esta será promovida por
denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a
lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça ou de re-
presentação do ofendido ou de quem tiver qualidade para
representá-lo”.*

Partindo desses textos básicos, entendemos que a ação penal
pública é um atributo do Estado, que, atendendo ao relevante interes-
se social, de que se reveste a apuração dos ilícitos penais, cumpre
o dever de exercê-la.

Seu caráter público decorre de um interesse político-estatal de
defesa da ordem e dos bens indisponíveis da sociedade.

(1) Atual artigo 100.

O exercício da ação penal pública é um *dever* do Estado, que se expressa como um direito público subjetivo, determinado, autônomo, específico e abstrato, possuindo características de oficialidade, indisponibilidade, legalidade, indivisibilidade e intranscendência.

Por ser o Estado o encarregado de realizar o bem comum, não pode permanecer inerte diante de comportamentos que ameacem ou violem bens ou interesses jurídicos fundamentais, que são de seu dever preservar. Cabe-lhe, pelo poder de autotutela que lhe é próprio, reagir às violações da ordem pública e da paz social.

Destaque-se, entretanto, que assim como é dever do Estado exercer o seu direito de punir, é sua incumbência, também, fazê-lo com o mínimo possível de violação da liberdade individual.

O binômio: interesse social e liberdade individual deve, quanto possível, se manter em equilíbrio, embora entendamos que "hoje, o interesse individual só seja relevante na proporção em que se ajusta, em que se confunde, com o interesse social. No choque entre eles, nenhuma relevância terá o interesse individual" (*Delitos de Trânsito*, Forense, Rio, 1981, p. 110).

O direito de punir não deve ser totalitário, massacrante, asfixiante do direito de liberdade do indivíduo. Ele precisa ser exercido de forma justa, imparcial, cercando o indivíduo das garantias indispensáveis ao seu *jus libertatis*.

Daí porque, a atuação do Estado-Administração deve sofrer o controle imparcial do Estado-Juiz a ser exercido, segundo normas legais, em *processo regular*, no qual o equilíbrio entre os termos daquele binômio seja respeitado. Isto é obtido através da *processualização* do exercício do direito de punir.

O legislador brasileiro foi sensível a essa realidade e, por isso, a nossa Carta Constitucional, em seu artigo 153, estabeleceu:

"§ 16 — A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior, no relativo ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu".

Esse comando da nossa Lei Maior, que não é novo dentre nós, obriga o legislador ordinário a adotar uma forma de processo adequada à realização dessa garantia.

Daí a adoção, pelo Código de Processo Penal, da forma acusatória de processo, devendo ser repudiado o velho processo inquisitivo, pois neste, poucas são as garantias de imparcialidade e objetividade "por serem psicologicamente incompatíveis a função de julgamento objetivo com a função da perseguição penal" (*Frederico Marques, Elementos de Direito Processual Penal*, vol. 1, p. 63, Forense, 1961).

Ocorre que, a despeito disso, no direito processual penal brasileiro, ainda existem violações ao processo acusatório e ao monopólio da ação penal pública por parte do Ministério Público, que são consectários lógicos do processo acusatório. Trata-se daquilo que a Exposição de Motivos do Código de Processo Penal chamou de "procedimento *ex-officio*", próprio das contravenções penais (arts. 531 a 538 do C.P.P.) e ampliado pela lei 4.611, de 02-04-65.

A doutrina brasileira é unânime em recriminar aquele resquício do processo inquisitivo, que dá ao Juiz e à Polícia Judiciária o poder do impulso inicial dessa ação penal pública.

Seria enfadonho, porque conhecidas, repetir, aqui, todas as opiniões dos nossos doutrinadores. Suficiente será que nos limitemos a transcrever uma conclusão supranacional, qual seja, a Conclusão n.º II-a, a que chegou o IV Congresso Interamericano do Ministério Público, que se reuniu em Brasília de 22 a 25 de maio de 1972, *in* "Arquivos do Ministério da Justiça", vol. 123, p. 237:

"O Ministério Público deve ter o monopólio da ação penal pública, abolindo-se todo e qualquer procedimento "ex-officio".

Face ao disposto no artigo 153, § 16, da Constituição, vejamos a posição do Ministério Público na ação penal pública.

II — O Ministério Público e a Ação Penal Pública

A garantia constitucional da instrução criminal contraditória e imparcial exige que o Estado disponha de uma Instituição que detenha o poder de promover a ação penal. Essa instituição é o Ministério Público e sua missão é a mais bela que existe (*De Molènes, apud Michèle-Laure Rassat, Le Ministère Public entre son passé et son avenir, Paris, 1975, p. 1*).

Tão bela, que inspirou a *Montesquieu* estas palavras:

"Nous avons aujourd'hui une loi admirable, c'est celle que veut que le Prince établi pour faire exécuter les lois prépose un officier dans chaque tribunal pour poursuivre en son nom tous les crimes de telle sorte que la fonction des délateurs est inconnue parmi nous" (*O Espírito das Leis, 1974, L. VI, Cap. VIII*).

A missão do Ministério Público, hoje, é bem mais ampla, que aquela antevista pelo grande publicista, pois vai muito além da simples capacidade de iniciar a ação penal.

O Ministério Público não se identifica mais como um órgão só acusador, já que assume pessoalmente, através de seus membros, a carga e a responsabilidade do processo penal.

A ação penal pública fica sob a guarda e proteção dessa Instituição, que a faz nascer, lhe dá impulso, celeridade e clareza; a sustenta; dirige e lhe imprime um caráter. A impregna com seu espírito, a anima com seu pensamento e a conduz a um julgamento definitivo, com imparcialidade, sinceridade e eficiência.

Por isso, o monopólio da ação penal pública nas mãos do Ministério Público é um dever do Estado, conseqüente da garantia de imparcialidade a que tem direito o acusado.

A figura do Promotor Público, detendo o poder de propor e vivificar a ação penal, nada tem de fortalecimento do Ministério Público, ao contrário, é a expressão de uma garantia do réu.

Por outro lado, esse monopólio é, também, uma segurança para a sociedade, pois no plenário do crime, o que se vê é a sociedade mesma se pondo em causa, expandindo-se nos gestos, vibrando na voz do Promotor Público, que é a encarnação tangível da lei, para repetirmos *Roberto Lyra*.

Como se sabe, a Instituição do Ministério Público é universal, como universal é, também, a preocupação com o aperfeiçoamento de suas funções, sempre tomadas como uma garantia do direito de liberdade do indivíduo.

É por isso que Estados existem, como a Holanda, em que o domínio da ação penal pelo Ministério Público chegou a tal ponto de evolução que a ação penal privada foi abolida. Nos Países Baixos, como informa o Procurador-Geral *M.H. Van't Veer*, por força do artigo 42, de sua organização judiciária, "O Ministério Público detém o monopólio da ação penal, que é sempre pública".

Nos países socialistas, a ação penal é exclusiva do Estado. Na Polônia, "a acusação pública pertence a um órgão independente do Estado, que é encarregado pela lei, da perseguição penal", como se vê da lição do Professor da Universidade de Lodz, *Mieczylaw Siewiecki*.

Antonin Ruzek, da Universidade *Charles*, de Praga, ensina que segundo a norma contida no artigo 2.º, n.º 8, do Código de Processo Penal da República Socialista da Tchecoslováquia, a ação penal só é possível com base em um ato acusatório apresentado por um Procurador e este "é um funcionário do Ministério Público, que é um órgão do Estado, uno, estritamente centralizado e que toma suas decisões monocraticamente".

O mesmo acontece na Iugoslávia, onde a "função principal do Ministério Público é exercer a ação penal em todos os ilícitos penais, já que estes são perseguíveis mediante ação penal pública" (*Vladimir Bayer*, Professor de Zagreb).

Não são, apenas, os países de estrutura política diversa da nossa, que se preocupam com a Instituição do Ministério Público e sua

participação no domínio criminal. Salvo na República Parlamentar de Malta, como ficou demonstrado no IX Congresso Internacional do Direito Penal, reunido em Haia, e cujos trabalhos foram publicados na "*Revue Internationale de Droit Pénal*" n.ºs 3 e 4 de 1964, todos os países europeus, com maior ou menor intensidade, concentram nas mãos limpas do Ministério Público a titularidade da ação penal pública, em contemplação do sistema acusatório.

Na Espanha, chegava-se a afirmar que o Ministério Público tinha fundamento divino, como emanção do poder do rei, como se pode ver do informe de *Antonio Reol Suarez* e *Adolfo de Miguel Garcilopez*, no mencionado conclave.

Na Alemanha, "a promoção da ação penal pública incumbe ao Ministério Público (art. 152 C.P.P.) que pode promover a perseguição penal em todos os crimes" (Cf. *Karl Peters*, Prof. da Universidade de *Tubinge*).

O Ministério Público belga "deve conhecer de todas as infrações", é ele quem "dá movimento à ação penal pública, seja reque-rendo a instrução, seja propondo-a diretamente ao Tribunal Correcional ou ao Tribunal de Polícia" (Cf. *Raymund Screvens* e *Lucien Van Beirs*, Professores de Bruxelas).

Na Grécia, o "*Issanghélia*" (Ministério Público), pelo procurador junto ao tribunal de primeira instância, "é obrigado, de acordo com o princípio da legalidade, a exercer de ofício a ação pública para todos os crimes ou delitos, que lhe sejam denunciados ou que cheguem ao seu conhecimento (arts. 31 e 43 do C.P.P.), conforme lição de *Christo Yotis*, Juiz do Tribunal de Atenas.

Como ensina *Michèle-Laure Rassat*, na obra já citada, página 45, na França, o entendimento mais moderno é no sentido de que os membros do Ministério Público são funcionários-magistrados e são os depositários principais da ação penal pública.

Na linguagem, sempre dinâmica, dos italianos, "o Ministério Público é o motor da ação penal pública, dela tendo o monopólio" (Cf. *Spartaco Majani*, nos Anais do Congresso citado).

Até mesmo países remotos e de culturas exóticas buscam aprimorar a posição do Ministério Público em relação à ação penal pública.

O Professor *Yasuji Hiraba*, da Universidade de *Kioto*, ensina que no Japão "o órgão da ação penal pública é o Ministério Público" e, os Professores *Raouf Tbeid* e *Mahmoud Mostafa*, do Cairo, informam que no Egipto "o Ministério Público é o único senhor da acusação. Ele exerce seu poder nesse domínio, em nome da sociedade, que se presume seja, a autora da ação penal".

Como se viu da resenha que acabamos de fazer, há, em todo o mundo, uma preocupação extraordinária em concentrar-se no Ministério Público a titularidade da ação penal pública.

Esse é um movimento de idéias e, também, de instituições, ao qual a sensibilidade brasileira não poderia ficar alheia.

Dai, a preocupação permanente em todas as áreas da cultura jurídico-penal brasileira em fazer desaparecer de nossos textos legais todas as normas que, excepcionalmente, atribuem a outros órgãos, ou mesmo a particulares, a titularidade ou o simples movimento inicial da ação penal pública. De há muito, os nossos juristas vêm se batendo contra o "procedimento *ex-officio*" e contra a impropriamente chamada "ação penal privada subsidiária" sem que nossos legisladores se decidissem pelas soluções preconizadas.

Foi somente com a Emenda Constitucional n.º 7, de 13 de abril de 1977, que, no Brasil, se começou a vislumbrar, no nosso panorama legislativo, a possibilidade de atendimento a tão velho anseio. É bem verdade que projetos, que não se converteram em lei, ou se convertidos não entraram em vigor, acenaram com a possibilidade, porém, não passaram de uma esperança.

Com essa emenda constitucional, o art. 96 da Carta passou a ter a seguinte redação:

"Art. 96 — O Ministério Público dos Estados será organizado em carreira, por lei estadual.

"Parágrafo único — Lei Complementar, de iniciativa do Presidente da República estabelecerá normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual, observado o disposto no § 1.º do artigo anterior."

A Lei Complementar referida no texto suso transcrito trazia novas esperanças. Esperança de uma regulamentação estrutural do Ministério Público, com as especificações de suas funções e sua sistematização processual, seja no crime, seja na sede extrapenal.

Era a expectativa de uma lei processual que viesse uniformizar a atuação do Ministério Público, que é, como já se viu, uma Instituição do Estado, que, face à nossa organização federativa, acabou ficando diluída pelos Estados-Membros. Ocorre que o processo penal é federal e, sendo assim, o seu órgão motor, embora vinculado administrativamente à estrutura estadual, precisava ser regulado por lei federal, face à sua manifesta natureza processual.

Finalmente, o anseio se transformou em realidade, com a publicação, em 15 de dezembro de 1981, da Lei Complementar n.º 40, de 14-12-81.

Essa lei, em seu art. 3.º, estabeleceu:

"São funções institucionais do Ministério Público:

" I — Velar pela observância da Constituição e das leis, e promover-lhes a execução;

" II — promover a ação penal pública;

"III — promover a ação civil pública, nos termos da lei".

Além disso, o legislador federal, no art. 55, do mesmo diploma legal, estatuiu:

"É vedado o exercício das funções do Ministério Público a pessoas a ele estranhas."

Estava, assim, concluído um processo de construção legislativa, nascido com o Código Penal de 1940, que sofreu um retrocesso com o Código de Processo Penal vigente, mas renasceu com o projeto Hungria e com o Código de 1969, coadjuvado pelo projeto Frederico Marques.

A Lei Complementar n.º 40 deu ao Ministério Público o monopólio da ação penal pública, retomando, assim, o Brasil sua vocação pioneira, já que foi o nosso país o primeiro no mundo a incluir o Ministério Público no texto constitucional.

Com a Lei Complementar n.º 40, o Brasil assume uma posição de vanguarda, ao impor no seu processo penal o sistema acusatório puro.

Dito isso, façamos a análise da Lei Complementar n.º 40, de 14-12-81, para, depois, examinarmos suas conseqüências.

III — A Lei Complementar n.º 40, de 14-12-81 — sua natureza

Antes de examinarmos as conseqüências das disposições mencionadas, necessário se torna tecer algumas considerações sobre a própria natureza de tal diploma legal.

No expediente que está dando causa ao presente parecer, noticia o Excelentíssimo Senhor Doutor Procurador-Geral da Justiça do Estado de São Paulo a interposição de Recurso Extraordinário, contra decisão do Colendo Tribunal de Alçada Criminal daquele Estado que, julgando Reclamação manifestada pelo Excelentíssimo Senhor Doutor Promotor de Justiça de Sorocaba, assim se manifestou:

"Segundo bem salientado na decisão impugnada, a Lei Complementar n.º 40, de 14 de dezembro de 1981, teve por específica finalidade o estabelecimento de normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público dos Estados e não a revogação, ou ab-rogação de normas processuais penais, que estão ordenadas e sistematizadas em um todo, a partir do Código de Processo Penal.

"Tivesse havido semelhante intenção por parte do legislador e as modificações nem teriam sido restritas ao Ministé-

rio Público dos Estados e nem teriam vindo em forma implícita, a partir de interferências, sem prévio e amplo debate legislativo e extralegislativo, com direta chamada sobre ponto de tamanha repercussão no todo do ordenamento processual vigente no País, consoante tem sido praxe.

"Mesmo porque, dito ordenamento processual penal para efeito de sua ampla reformulação, constitui preocupação legislativa à parte, através do Anteprojeto Frederico Marques, onde a questão da iniciativa da ação penal encontra direto e cuidado enfoque".

"Outrossim, já na própria consideração da Lei Complementar n.º 40, de 14 de dezembro de 1981, verifica-se que o mencionado art. 3.º integra o Capítulo I, "Das Disposições Preliminares", e diz das funções institucionais do Ministério Público, ou seja, daquelas que, em um lineamento amplo das funções do Estado, lhe cabem como "instituição permanente e essencial à função jurisdicional".

Em suma, verifica-se que o ponto nodal da questão se constitui na fixação da natureza das normas que regem o Ministério Público como instituição permanente e essencial à função jurisdicional.

Entendem os magistrados paulistas que firmaram o V. Acórdão transcrito, que as normas invocadas da Lei Complementar n.º 40, dizem respeito, somente, à função administrativa do Ministério Público.

Nada menos verdadeiro e incongruente.

Como ensina Sergio de Andréa Ferreira em seu recente *Princípios Institucionais do Ministério Público*, Rio, 1982, p. 7, citando Afonso Arinos de Mello Franco:

"Sociologicamente, instituição é um sistema de conceitos, costumes, tradições, crenças, normas, associações e órgãos reguladores da vida social, para satisfação das necessidades humanas"; juridicamente, "é a organização da função social capaz de elaborar a norma reguladora dos interesses individuais ou coletivos nela representados, e dotada de um poder de império, ou direito de dominação, suficiente para dar eficácia à norma elaborada com aqueles fins".

Esse grande Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro acrescenta:

"É o que ocorre com o Ministério Público, organização social, com uma determinada estrutura e várias funções relacionadas com o atendimento das necessidades da comunidade".

Assim sendo, é o *Parquet* uma Instituição. Uma organização social dotada de poderes suficientes para dar execução às suas finalidades e uma dessas finalidades institucionais é: promover a ação penal pública. Sendo a ação penal a razão de ser das normas processuais, a conclusão silogística a que se chega, outra não poderia ser, senão, a de que as normas reguladoras desse poder de atuação do Ministério Público são *normas processuais*.

O fato de estarem tais normas contidas em Lei, que disciplina, também, outros aspectos da Instituição, em nada desnatura o seu conteúdo.

Foi por se tratar de matéria processual que a competência para legislar sobre ela coube à União Federal (Constituição Federal, art. 8.º, XVII, b). Fossem tais normas puramente funcionais, não se legitimaria a ingerência federal.

As normas institucionais do Ministério Público, especialmente no que se refere à sua atuação no domínio criminal, são, inquestionavelmente, de natureza processual e isso não é novidade.

Para demonstrá-lo, basta que se leia o próprio Código de Processo Penal.

Antes da Lei Complementar n.º 40, qual era, entre nós, a norma escrita que definia institucionalmente o Ministério Público? Era, exatamente, o art. 257 do C.P.P., que estatui:

“O Ministério Público promoverá e fiscalizará a execução da lei.”

Creemos que nunca se tenha duvidado do caráter processual dessa norma.

O comando emergente da norma contida no art. 257 do C.P.P. em nada difere, em sua ontologia, daquele que emana do art. 3.º da Lei Complementar n.º 40.

A natureza processual da norma do art. 3.º da LOMP é manifesta, como o é, também, a constante do art. 55 da mesma Lei. Neste dispositivo está fixada a *capacidade postulatória* dos órgão de atuação do Ministério Público, conseqüente da capacidade de agir da Instituição.

Assim, ao contrário do entendimento do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, absurdo será negar-se caráter processual às normas institucionais do Ministério Público, especialmente na sede penal.

Sendo, como são, tais comandos legislativos de natureza processual, nada impede que ab-roguem outras normas processuais.

Aliás, esta forma de atuação do legislador não é nova entre nós.

Inúmeras são as leis que, versando assuntos diversos, disciplinam matéria penal e processual.

Exemplo maior e imediato está na Lei Orgânica da Magistratura Nacional, aliás, muito próxima, na sua forma e no seu conteúdo, da Lei Complementar n.º 40.

Basta lembrar que a LOMAN, ao mesmo tempo em que regulou questões administrativas da magistratura, estabeleceu normas processuais, algumas, até, ligadas a simples questões de competência de órgãos funcionais de tribunais.

Esta Procuradoria-Geral, mesma, recentemente, manifestou Recurso Extraordinário contra decisão do Egrégio Tribunal de Justiça, por entender que a competência para o julgamento de Revisão Criminal seria da Seção Criminal e não de outro órgão inferior do Tribunal e, o fez, com fulcro em norma expressa da LOMAN.

Não bastassem esses argumentos para demonstrar a natureza processual das normas relativas às funções institucionais do Ministério Público, suficiente seria buscar a experiência de outros povos, onde tais regras estão inseridas em leis nitidamente processuais, embora não seja a titulação da lei que dê a essência da norma, mas, sim, o conteúdo desta. Vejamos alguns exemplos.

Na Suíça, como ensina *Jean Graven*, em artigo publicado na revista "Criminalia", do México (n.º 9, pág. 252), o Ministério Público foi regulado, pela primeira vez, na Lei de Organização Judiciária de 1874. Nesse país culto, as normas institucionais do Ministério Público constam da Lei sobre procedimentos penais de 1934 e da Lei de Organização Judiciária Federal de 1943.

Na Argentina, trataram das funções institucionais de seus "Fiscais" o art. 116 do Código de Processo Penal e os arts. 87, 88 e 89 do *Reglamento para la Justicia Federal y Letrados de los Territorios Nacionales*.

A Lei de Organização Judiciária da Bolívia, em seu art. 123, estabelece a seguinte regra institucional:

"O Ministério Público é uma Magistratura composta dos agentes do Poder Executivo nos tribunais e juízos para representar a sociedade em todas as causas que lhe interesse e requerer a aplicação e a execução da lei".

No Chile, a questão da institucionalidade do Ministério Público está contida no art. 352 do Código Orgânico dos Tribunais; na República Dominicana, no art. 60 da Lei de Organização Judiciária e no Peru, no art. 334 da Lei Orgânica do Poder Judiciário.

Isso não ocorre só na América Latina.

Na África, o Egito cuidou do seu Ministério Público na Lei n.º 56, de 1959, que trata da organização do Poder Judiciário. Além disso, seu Código de Processo Penal, que entrou em vigor em 15-11-51, em seu art. 2.º, n.º I, estabeleceu que:

“O Procurador-Geral exerce a ação penal por ele mesmo, ou por seus substitutos, de acordo com as prescrições da lei”.

Na França, onde o Ministério Público faz parte da magistratura além das normas constantes do atual Código de Processo Penal, que substituiu o velho Código de Instrução Criminal, a Ordenação n.º 58-1.270, de 22-12-58, estabeleceu a unidade institucional do corpo judiciário, estatuidando:

“Le corps judiciaire comprend les magistrats siège et du parquet de la Court de Cassation, des Cours d’appel et des Tribunaux de première instance...”

Todos esses argumentos nos levam à convicção de que as normas que regem o poder e a forma de atuação do Ministério Público são normas processuais e, por isso, possuem o condão de ab-rogar outras da mesma natureza.

No Brasil, hoje, o art. 3.º, II, da Lei Complementar n.º 40, ao lado do art. 102, § 1.º do Código Penal e do art. 24 do Código de Processo Penal, compõem o conjunto de normas que dão ao Ministério Público a legitimidade ativa no processo penal, ou seja, investem-no da titularidade da pretensão punitiva no que concerne à ação pública e o art. 55 da Lei Complementar n.º 40, como consequência disso, dá aos seus órgãos de execução, com exclusividade, a capacidade postulatória.

Tudo isso se ajusta ao conceito doutrinário de norma processual penal, pois, como ensina *Frederico Marques* (ob. cit., pág. 23),

“Como espécie de um conceito mais amplo, que é a norma jurídica, a norma processual penal é autárquica e inviolável e contém uma regra de conduta, uma ordem e a necessária garantia para se fazer cumprida. A regra contida na norma processual penal consiste nas disposições estatuidas sobre as atividades que se desenvolvem no processo com seus consectários lógicos, consistentes na regulamentação da atuação do juiz, das partes e terceiros, quer fixando-lhes a respectiva posição, quer dispondo a respeito de suas recíprocas relações.”

Fixado esse ponto que responde à objeção maior firmada pelo Egrégio Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo e que reflete o

pensamento de alguns setores da doutrina pátria, parece-nos indubitoso que, a partir da Lei Complementar n.º 40, o sistema processual penal brasileiro, outorgando ao Ministério Público o monopólio da ação penal pública, instituiu o sistema acusatório puro e, daí, as diversas conseqüências que passaremos a examinar.

Finalmente, não se diga que o estabelecimento do monopólio da ação penal pública, faça parte de um movimento legislativo maior. Com a Lei Complementar n.º 40, o legislador brasileiro fixou sua posição, que servirá de orientação para os debates que se virão a travar, quando da elaboração do futuro Código de Processo Penal.

A instituição do monopólio da ação penal pública, por parte do Ministério Público, gerou as seguintes conseqüências:

a) o desaparecimento do chamado procedimento penal *ex-officio*; inclusive a hipótese do art. 754 do C.P.P.;

b) o fim da chamada ação penal privada subsidiária;

c) a cessação da capacidade recursal do ofendido quando não habilitado como assistente;

d) o término da capacidade recursal de qualquer do povo, prevista no parágrafo único do art. 6.º, da Lei n.º 1.508, de 19-12-51;

e) o impedimento do recurso de ofício, seja nos termos do Código de Processo Penal, seja consoante o disposto no art. 7.º, da Lei n.º 1.521, de 26-12-51.

f) o fim da capacidade concedida pelo Código Florestal (Lei 4.771, de 15-9-65) aos funcionários da repartição florestal e de autarquias, com atribuições correlatas, designados para a atividade de fiscalização de "intentar a ação penal, nos casos de crimes ou contravenções previstas nesta Lei, ou em outras leis, e que tenham por objeto florestas e demais formas de vegetação, instrumentos de trabalho, documentos e produtos procedentes das mesmas" (art. 33).

Vejamos cada uma delas.

IV — O fim do chamado procedimento **Ex-officio**

A matéria já foi objeto de exaustivo exame no recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público de São Paulo e nada, ou quase nada, há a ser acrescentado, a tão brilhante trabalho, que nos honra a todos.

Gostaríamos de trazer, apenas, um argumento histórico. Embora, seja antiga essa forma de "procedimento" em nosso direito, a história legislativa nos revela a existência de uma luta constante em prol do seu desaparecimento.

Com ensina o brilhante *Sergio Demoro Hamilton*, em seu artigo "A Forma Acusatória Pura, uma conquista do Anteprojeto", publicado, na "Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara", vol. 20, p. 63,

"Pelo que nos foi dado observar, a primeira restrição séria feita àquela forma procedimental deveu-se à Lei 2.033, de 20 de setembro de 1871, regulamentada pelo Decreto n.º 4.824, de 22 de novembro do mesmo ano, que aboliu o procedimento ex-officio dos juizes formadores da culpa, salvante nos casos de flagrante delito, nos delitos policiais, bem como nas espécies contempladas nos parágrafos 5.º e 7.º do art. 15 da referida lei.

"O Código Penal de 1890 restringiu, ainda mais, o aludido procedimento, mantendo-o, somente, nos casos de crime inatiançável, quando a denúncia não fosse apresentada no prazo legal (art. 407, § 3.º).

"O Código de Processo Penal em vigor consagrou o princípio ne procedat iudex ex-officio como norteador da jurisdição penal, abrindo, porém, exceção em relação ao processo das contravenções sob a alegação de que "dado ao caráter essencialmente preventivo que assume, na espécie, a sanção penal", as contravenções "devem ser sujeitas a um processo particularmente célere, sob pena de frustrar-se a finalidade legal" ("Exposição de Motivos", V).

Essa tendência restritiva somente foi violentada, em 1965, com o advento da tristemente famosa Lei 4.611, que ampliou o âmbito do "procedimento ex-officio" para nele abranger os delitos culposos de lesões corporais e homicídio.

A despeito dessa lei, que teve caráter emergencial e, supostamente utilitário, a tendência restritiva continuou a se fazer sentir em nosso direito.

Tanto isso é verdade, que diversas são as leis, posteriores ao Código de Processo Penal, que romperam com essa forma de processo para as contravenções penais.

Como ensina o já citado *Sergio Demoro Hamilton*, na nota n.º 3, de seu trabalho referido:

"Há contravenções em que o processo pode ter início através de denúncia: a) — contravenção eleitoral; b) — contravenções previstas nos arts. 58 e § 1.º e 60 do Decreto-lei 6.259, tendo em vista o disposto no art. 1.º da Lei 1.508, de 19-12-51; c) — contravenções florestais (art. 65 da Lei 4771, de 15-9-65); d) — contravenções pertinentes à caça (art. 34 da Lei 5.197, de 3-1-67); e) nos casos de competência originária dos tribunais".

Além disso, essa foi a posição originária do Anteprojeto *Frederico Marques*.

Esse anteprojeto, que, após diversas revisões, se transformou no Projeto de Lei n.º 633, de 1975, originário do Poder Executivo, Mensagem n.º 159/75, dispunha:

“Art. 5.º — A ação penal será pública nos crimes, contra-venções e aplicação da medida de segurança, salvo quando a lei a fizer depender de acusação do ofendido.

§ 1.º — A ação penal pública será promovida pelo Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça.

“Art. 6.º — Não se admite processo 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”.

Na Exposição de Motivos que acompanhou a mensagem presidencial, o Sr. Ministro da Justiça assim se expressou:

“Três são os pontos essenciais da estrutura do Processo:

- 1) a supressão do inquisitorialismo judiciário;*
- 2) o fortalecimento do Ministério Público;*
- 3) a ampla tutela ao direito de defesa do réu, com o máximo possível de preservação de seu jus libertatis, no curso do processo.*

*“Se o procedimento ex-officio e a participação contínua do juiz em atos e práticas que refogem às funções jurisdicionais não são condizentes com a processualização da Justiça Criminal e com a configuração do processo penal como **actus trium personarum** (autor, réu e juiz), com maior razão devem ser repudiados esses resquícios de inquisitorialismo penal em sistemas judiciários como o nosso, em que nas instâncias inferiores, atua juiz singular. Note-se que, nas diversas legislações processuais penais, poderes inquisitivos se concedem ao juiz de instrução, nunca, porém, ao juiz da sentença.”*

“Todavia, para que o interesse público de tutela penal aos bens essenciais à sociedade não fique debilitado, reforçou-se a posição do Ministério Público. O Estado não

pode ter atrofiada sua função repressiva na luta contra a criminalidade. O Ministério Público é o órgão estatal da ação penal e, por conseguinte, meios lhe devem ser conferidos para que possa atuar com eficiência no processo, a fim de que sejam punidos os infratores da lei penal, e resguardada, dessa forma, a sociedade de todas as modalidades de delinquência”.

É bem verdade que este projeto de lei ainda não se converteu em norma, porém, serve para expressar a tendência existente.

Este é, pelo menos, o pensamento do Poder Executivo, autor da mensagem e, por força do disposto na Constituição Federal, a Lei Complementar n.º 40, foi, também, de iniciativa do Presidente da República.

Por isso, nada há de extraordinário em que, numa lei específica do Ministério Público, aquela tendência evidenciada no projeto de C.P.P. fosse corporificada na mensagem do Presidente da República e acolhida pelo Congresso Nacional.

Com essa atitude, o Congresso Nacional abriu caminho para a futura legislação processual penal, quando esta voltar a ser debatida.

A lei fixou uma posição que, certamente, servirá de orientação às normas do futuro Código de Processo Penal, pois, sem dúvida, o que sempre se pretendeu, no Brasil, foi a abolição desse resíduo da legislação imperial, que é o procedimento *ex-officio*. Aliás, expressão imprópria, pois em verdade, atuação de ofício é a do Ministério Público.

O Prof. José Frederico Marques, discursando na sessão de encerramento do II Congresso do Ministério Público do antigo Estado do Rio de Janeiro, realizado em Teresópolis, de 8 a 11 de dezembro de 1970, já ensinava o seguinte:

“O Ministério Público é, na Justiça penal, o órgão destinado à defesa desses bens jurídicos que o Estado zela através da lei penal. Ele é o órgão da ação penal, órgão da pretensão punitiva e, por isso mesmo, é o órgão a quem o Estado encarrega da tutela desses bens jurídicos que são protegidos através da lei penal. Não é o juiz quem deve exercer essa função. O Juiz, como disse inicialmente, tem a função de dizer qual é a vontade da lei. Por isso mesmo é que, no anteprojeto, suprimiu-se o procedimento de ofício e deu-se ao Ministério Público o monopólio da ação penal; não só o monopólio da ação penal como, ainda, os poderes necessários e eficientes para que seja ele esse órgão da tutela do bens jurídicos indisponíveis que o Estado ampara através da lei penal.

“Isso não é tipo de função de Juiz e estou repisando essa afirmativa porque ainda há entre nós esta confusão entre a função do Juiz de fazer concreta a vontade da lei, e essa função de ir defender os bens jurídicos penalmente tutelados através da ação penal. É claro que o Juiz é órgão também do interesse público, mas é o interesse público de fazer justiça, de aplicar a lei, dando a cada um o que é seu, enquanto que o defensor específico dos bens jurídicos a que a lei garante tutela é o Ministério Público. Assim sendo, não se pode transferir ao Juiz a realização de juízos de valor para saber se deve ou não ser proposta ação penal, para saber se diante do que foi apurado nas informações preliminares do inquérito policial, ou diante da verdade real dos fatos, se aquele réu, aquele acusado, aquele suspeito, deve ou não ser perseguido. Dava-se essa função ao Juiz antigamente, porque não havia o Ministério Público organizado e institucionalizado, e com prejuízo do direito de defesa, com prejuízo do direito de liberdade do réu, porque o Juiz era órgão da autotutela do Estado” (“Revista do Ministério Público Fluminense”, vol. n.º 2, jan/jun, 1971, p. 42).

Nesse mesmo discurso, *Frederico Marques* concluiu:

“Se a ordem jurídica foi violada pelo crime, não sei porque deva o Juiz, só por ser Juiz, inspirar maior confiança no tocante à apreciação dos fatos que devem ser levados a julgamento. Desde que o Ministério Público fique institucionalizado, desde que haja o Ministério Público hierarquicamente organizado, não há razão para se lhe tirar essa função permanente que recebeu do Estado, como órgão da tutela dos bens jurídicos que a lei penal garante. Não há razão plausível para dar ao Juiz posição de dominância numa função que não é dele, que é de um órgão específico do Estado” (ob. cit., p. 43).

Pois bem, hoje, por força da Lei Complementar n.º 40, temos um Ministério Público institucionalizado, hierarquicamente organizado, sujeito às mesmas formas de responsabilidade que os Juízes, por que, então, não se dar às normas contidas nessa Lei a dimensão que elas efetivamente tem?

Não devemos esquecer, nunca, como aliás, já o dissemos em outro ponto deste parecer, que a ocupação desse espaço pelo Ministério Público não representa um fortalecimento autoritário do Estado. Ao contrário, representa uma garantia para o réu, pois o Promotor Público consegue realizar o milagre de ser parte imparcial já que está sujeito aos mesmos impedimentos e incompatibilidade dos juízes.

O Ministério Público, tal qual a magistratura, é órgão altamente confiável pois sua função institucional é a de órgão da lei e fiscal da sua execução. "Patrocinando a causa dos indivíduos em geral, como cidadãos e como homens, o Ministério Público surgirá com Ministério Social" (Roberto Lyra, "Ministério Público e Ministério Social", in *MP — Órgão Oficial do Ministério Público do Estado do Paraná*, n.º 2, p. 17).

Completando a evolução histórica do nosso direito, não podemos deixar de fazer referência ao recente anteprojeto de Código Penal, mandado elaborar pelo atual Ministro da Justiça através de uma comissão da qual fez parte o Prof. Rogério Lauria Tucci, que, no vol. n.º 1, de 1981, p. 141, da "Revista Ciência Penal", assim se expressou:

*"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 art. 7.º 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**."*

Assim, de um ponto de vista puramente histórico, parece infismável que a tendência do nosso direito legislado é no sentido do perecimento dessa forma anômala de processo.

Dáí nossa estranheza, quando lemos no V. Acórdão do Tribunal de Alçada de São Paulo, que ensejou o presente expediente, a seguinte afirmação:

"Tivesse havido semelhante intenção por parte do legislador e as modificações nem teriam sido restritas ao Ministério Público dos Estados e nem teriam vindo de forma implícita, a partir de inferências, sem prévio e amplo debate legislativo e extralegislativo a chamada sobre ponto de tamanha relevância no todo do ordenamento processual penal vigente no País, consoante tem sido praxe".

Consoante acabamos de demonstrar, o legislador brasileiro caminha no sentido da extinção do procedimento *ex-officio*, por isso, nada de anormal em que uma lei processual, versando o Ministério Público, institua o sistema acusatório puro. Aliás, nenhuma outra lei seria mais adequada do que esta.

Os argumentos do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, *data venia*, não têm simetria.

Comparemos o trecho que acabamos de transcrever com o último parágrafo do mencionado aresto e veremos a antinomia em que incorreram os julgadores. Vejamos o último parágrafo do acórdão:

“De todo inaceitável, por conseguinte, a simplista e unilateral correlação tão-só do inciso II, do art. 3.º, da Lei em causa, que fala de uma das funções institucionais do Ministério Público, ou seja, daquela de promover a ação penal pública, com a norma do art. 55, que, com ineludível escopo de resguardo da carreira do Ministério Público dos Estados, veda o exercício de suas funções, em sentido geral, a pessoas a ele estranhas, conforme acontecia até algum tempo atrás, mediante a nomeação de Promotores Públicos interinos pelo Poder Executivo e até pelos Juizes de Direito ou com a nomeação de Promotores Públicos ou Curadores ad hoc, para cumprir as funções do Ministério Público na ausência ocasional ou na falta de Promotor Público de carreira”.

Em resumo, entendeu o Tribunal paulista que a norma do art. 55 se destinou, apenas, a impedir a nomeação de Promotores *ad hoc*. Esqueceram-se os nobres julgadores que esse poder de nomeação de Promotores *ad hoc*, por parte dos Juizes de Direito, decorria da lei, ou seja, do art. 448 do Código de Processo Penal, no qual se lê:

“Se, por motivo de força maior, não comparecer o órgão do Ministério Público, o presidente adiará o julgamento para o primeiro dia desimpedido da mesma sessão periódica. Continuando o órgão do Ministério Público impossibilitado de comparecer, funcionará o substituto legal, se houver, ou promotor ad hoc”.

Em seu parágrafo único, esse mesmo dispositivo estabeleceu:

“Se o órgão do Ministério Público deixar de comparecer sem escusa legítima, será igualmente adiado o julgamento para o primeiro dia desimpedido, nomeando-se, porém, desde logo, promotor ad hoc, caso não haja substituto legal, comunicado o fato ao Procurador-Geral”.

Pois bem, pelo trecho transcrito do acórdão, não temos dúvida em afirmar que os nobres Juízes de Alçada de São Paulo entendem ser hoje, por força do art. 55 da LOMP, impossível a nomeação de Promotores *ad hoc*, por parte dos Juízes de Direito. Em outras palavras, o art. 55 da Lei Complementar n.º 40 derogou o art. 448 e seu parágrafo do Código de Processo Penal.

Vejamos a falta de simetria dos argumentos do acórdão: se a Lei Complementar n.º 40 pode de "forma implícita" (para usarmos a linguagem do aresto) derogar o art. 448 do C.P.P., na parte em que permitia a nomeação de Promotores *ad hoc*, por esta mesma Lei não poderia, da mesma forma, ab-rogar ou derogar outras normas do mesmo Código?

A incongruência do acórdão é manifesta.

Por tudo isso, entendemos que o procedimento *ex-officio* está definitivamente banido do nosso direito positivo, seja no que tange às contravenções penais, seja no que se refere à Lei 4.611/65, seja, ainda, no tocante à aplicação da medida de segurança, independentemente de ação (art. 754 do C.P.P.)

V — O fim da chamada Ação Penal Privada Subsidiária

O Código Penal Brasileiro, em seu art. 102, § 3.º, estabelece que:

"A ação privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal."

Essa norma foi complementada pelo art. 29 do Código de Processo Penal, nos seguintes termos:

"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, oferecer elementos de prova, interpor recurso, e a todo o tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal."

Paralelamente, e com graves erros de técnica e de redação, o art. 40, § 1.º, da Lei n.º 5.250, de 09-02-67 (Lei de Imprensa) estabeleceu:

"Nos casos do inciso I, alínea c, (?) se o Ministério Público não apresentar denúncia dentro de 10 dias, o ofendido poderá oferecer queixa."

Estes comandos legais regulam a chamada ação penal privada subsidiária, que surgiu em nosso direito com o Código Penal de 1940 e, segundo *Helio Tornaghi* (Ação Penal Privada Subsidiária — parecer — in “Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal”, vol 14, pág. 145) e *Jorge Alberto Romeiro* (*Da Ação Penal*, Forense, 2.^a ed., 1978, pág. 270) tiveram como fonte os §§ 48 e 49 da Ordenação Processual Penal austríaca de 1873, além dos Códigos de Processo Penal noruegueses de 1887 e o húngaro de 1896.

Nelson Hungria, um dos responsáveis por sua adoção pelo nosso direito, assim a justificou, em seu livro *Novas Questões Jurídico-Penais* (Rio, Editora Nacional, 1945, pág. 275):

“... a deficiência de organização do Ministério Público, ao tempo do Código de Processo Criminal de 1832, teria justificado a conservação de “denúncia de qualquer pessoa do povo” (ação popular), mas a ação privada ... supletiva da ação pública, teve e tem outras razões de política penal”

e acrescenta:

“... de modo geral, seja qual for o crime, cumpre que não fique sem eficiente corretivo a possível desídia ou relapsia do Ministério Público, e a solução lógica, num regime democrático, é permitir que o ofendido, participando da atividade judiciário-penal, supra a omissão do órgão oficial.”

O fundamento apresentando pelo saudoso Ministro, respeitosa-mente, merece reparos.

Inicialmente, não podemos deixar de lembrar que as linhas suso transcritas foram escritas sob o fogo cruzado de uma polêmica com Joaquim Canuto Mendes de Almeida, e todos sabemos o ardor com que *Hungria* defendia suas posições.

Não negamos a necessidade de existir uma solução para suprir a eventual desídia ou relapsia de órgãos de atuação do Ministério Público, mas, não podemos esquecer, também, que como a experiência nos ensinou, na prática, o instrumento criado pela lei se transformou numa grande arma, usada por criminosos celerados, para cercear a liberdade de atuação dos órgãos do *Parquet*, sempre, e cada vez mais, absorvidos por um volume incalculável de serviço.

Discordamos, apenas, quanto à forma encontrada pelo legislador para resolver tal questão.

A solução de dar ao particular a titularidade do direito de *pedir justiça*, à parte de *poder se tornar inócua*, importa em *quebra do sis-*

tema de controle do princípio da obrigatoriedade criado pela própria lei processual penal, constituindo-se em violação do poder político do Estado, além de absoluta falta de técnica.

Desenvolvamos cada um desses itens.

A) *A pretendida proteção ao particular pode se tornar inócua*

Como vimos da lição de *Hungria*, o surgimento da ação penal privada subsidiária se deveu à necessidade de se garantir um suposto direito individual contra eventuais descasos do órgão natural da ação penal.

Essa pretendida proteção é mais aparente que real. Em verdade, tal garantia a esse suposto direito não passa de um engodo, pois, não perdendo o Promotor de Justiça a titularidade da ação, bastará que este, cumprindo estritamente o que se contém no art. 29 do C.P.P., repudie a queixa oferecida, para que, com isso, a ação penal fique definitivamente trancada.

Convém não esquecer que este tipo de procedimento é meramente supletivo e que, para ter existência válida, depende, necessariamente, da participação daquele litisconsorte *sui generis* ou daquele "interveniente adesivo obrigatório", de que fala *Tourinho* (*ob. cit.*, pág. 354), que é o Promotor de Justiça ou o Procurador-Geral de Justiça (nos processos da competência originária dos Tribunais).

A intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação penal privada subsidiária é indispensável, sob pena de nulidade tanto assim que o art. 564, III, d do C.P.P., estatui:

"A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

"III — por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:

"d) — a intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação por ele intentada e nos da intentada pela parte ofendida, quando se tratar de crime de ação pública."

Logo, bastaria que o Ministério Público repudiasse a queixa, para que a suposta garantia dada ao ofendido não passasse de uma ilusão.

Como muito bem lembra o Professor de Goiás *Geraldo Batista de Siqueira* a chamada ação penal privada subsidiária "não pode ser processada com a oposição do legítimo e originário autor da ação pública."

Nos termos do art. 29, do Código de Processo Penal, oferecida a queixa pelo ofendido, o Ministério Público deverá adotar uma de três atitudes: aditar ou não a queixa; oferecer denúncia substitutiva ou repudiar a queixa oferecida.

Na primeira hipótese, o processo continuará seu curso normal; se oferecer denúncia substitutiva entendemos que retomará a titularidade do processo; mas, se repudiar a queixa, "manifestando-se peremptoriamente contra seus fundamentos, a ação estará irremediavelmente trancada" (*Geraldo Batista de Siqueira*).

A participação do Ministério Público é que dá vida e existência válida ao processo e, por isso, a simples concessão ao ofendido de oferecer a queixa subsidiária não lhe dá as garantias, sob a égide das quais nasceu essa anômala forma de proceder.

Aliás, essas pretendidas garantias supostamente existentes na chamada ação penal privada subsidiária não passam de um mito, de-
veras perigoso, que precisa ser, definitivamente, desmistificado.

O Professor *Helio Tornaghi*, que no Brasil é uma das poucas vozes favoráveis a essa esdrúxula forma de proceder, em parecer emitido no celeberrimo caso *Mannesmann*, publicado no vol. 14, pág. 147, da "Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal", assim, se expressou:

"Levando em conta o titular do direito, a lei distinguui a ação pública (titular o Estado) da ação privada (titular o ofendido). Originariamente toda ação era privativa do ofendido. Só a partir do século XIII é que o Estado foi chamando a si a tarefa de pedir justiça (ius persecuendi). E no século seguinte, em 1.302, pela primeira vez uma lei instituiu um órgão cuja função precípua é mover a ação penal: o Ministério Público. Foi um fenômeno típico de substituição processual. O encargo de fazer justiça (ius puniendi), já havia sido absorvido pelo Estado com um milênio de anterioridade.

"No entanto, a lei não arrancou arbitrariamente ao ofendido o sagrado direito de pedir justiça (que não se confunde, é preciso insistir, com o de fazer justiça).

"O Estado defraudaria os anseios de justiça de quem se reputa atingido se o privasse de reclamar o pronunciamento dos juizes com a promessa, depois não cumprida e não honrada, de substitui-lo nessa reclamação".

O argumento, a despeito da autoridade de seu notável autor, não merece acolhida, tendo, *data venia*, sabor de velharia e odor de vingança privada.

No atual estágio de desenvolvimento do Direito Processual Penal não há como se negar que *toda ação penal é pública na sua ontologia*, por se tratar de um direito subjetivo em face do Estado. A distinção, que ainda se faz, entre ação penal pública, de um lado, e ação penal privada, de outro, tem fundamento, puramente utilitário e se refere, apenas, à *legitimatío ad causam*. Essa qualidade para agir decorre de critérios de conveniência e oportunidade, ditados pelo próprio Estado, em contemplação de um peculiar interesse dos particulares, nos casos de crimes perseguíveis mediante ação penal privada.

Nem se diga, tampouco, que a chamada ação penal privada subsidiária seja uma conseqüência da garantia constitucional, segundo a qual, nenhuma violação de direito individual pode ficar alheia à apreciação judicial.

Tal não acontece, porque o sujeito passivo da relação criminal, é preciso que se diga com todas as letras, não tem, nem pode ter, nenhum direito à pretensão punitiva. O crime não gera para o ofendido nenhum direito de natureza penal contra o criminoso. O direito de punir pertence, sempre, ao Estado.

O crime gera para o ofendido direito de natureza extrapenal. Tanto assim, que o exercício do direito de punir do Estado não importa em restauração do direito individual violado pela conduta criminosa. O direito de punir tem fundamento político, assim como o seu exercício, como já ensinava *Tobias Barreto*.

As violações do direito individual, como leciona *Vicente Greco Filho* ("Das Conquistas do Direito de Defesa do Anteprojeto de Código de Processo Penal", in "*Justitia*", vol. 2, da edição que publicou os Anais do I Congresso do Ministério Público de São Paulo, p. 79) "são reparados pela ação do judiciário segundo o sistema ou forma de compensação prevista em lei, sendo absurdo pretender o prejudicado determinada forma de reparação, quando a lei prevê outra".

A pena criminal não repara a lesão individual sofrida por quem quer que seja.

Por isso, dissemos ser um mito pensar-se que a ação penal privada subsidiária seja para a vítima uma garantia de que seu direito individual não ficará postergado, pois esse direito será reparado na sede extrapenal. Nesta, sim, se executará a garantia constitucional segundo a qual "a lei não poderá excluir da aprecação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual".

Creemos haver demonstrado, ainda que muito rapidamente, que a ação penal privada subsidiária não garante nenhum direito individual e, se o legislador pretendeu garantir um suposto direito, fê-lo de forma ilusória, porque extremamente frágil.

Vejamos, agora, porque a adoção da ação penal privada subsidiária importa em quebra do sistema de controle do princípio da obrigatoriedade da persecução penal.

B) O sistema de controle do princípio da obrigatoriedade

A persecução penal é uma atividade eminentemente pública e, por isso, vigora o princípio da obrigatoriedade. Em razão disso, o Código de Processo Penal estabeleceu um sistema de controle bastante rígido.

Ele se inicia já na fase pré-processual.

Estabelece o art. 5.º do C.P.P. que o inquérito policial, afora outras formas, se iniciará a requerimento do ofendido, ou de quem tenha qualidade para representá-lo.

Pois bem, se nesse momento, a autoridade policial indeferir a abertura do inquérito, ou for desidiosa ou relapsa, a própria lei processual estabelece o remédio, concedendo ao particular recorrer ao Chefe de Polícia (art. 5.º, § 2.º).

O sistema é, portanto, o de permitir ao particular o socorro à via administrativa, em honra ao princípio da hierarquia.

Outra, aiáás, não poderia ser a solução, pois o Estado, destinado a realizar o bem social, dispõe de meios de coerção para suprir a atividade irregular de seus órgãos.

Esse sistema de controle foi levado mais adiante, quando a lei concedeu ao Ministério Público o poder de requisição, por ser ele o órgão natural da ação penal. Além disso, o sistema de controle se firma no Código de Processo Penal, quando no art. 17 se proíbe que a autoridade policial archive autos de inquérito, tudo, ainda, em contemplação de ser o Ministério Público o titular da ação penal pública.

O sistema de controle do princípio da obrigatoriedade, estabelecido pelo Código de Processo Penal, entretanto, encontra simetria e seu momento maior na norma constante do art. 28 que estatui:

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

Com isso, completa-se o sistema de controle do princípio da obrigatoriedade. A lei deu ao órgão superior da hierarquia do Ministério Público o poder de correção, deixando a ele a palavra final.

Evidencia-se, com isso, a existência de uma rígida hierarquia, já que o órgão designado para o oferecimento da denúncia não poderá

deixar de oferecê-la, por estar agindo por designação de seu superior hierárquico. O Procurador-Geral, nesse momento, é o Estado exercendo, em sua plenitude, o poder de império, no que concerne à ação penal pública. Sua decisão é a expressão da vontade social. A essa vontade social até a majestade do Poder Judiciário se curva quando o Procurador-Geral insiste no pedido de arquivamento.

Pois bem, se assim é, se a lei estabeleceu este sistema de controle, qual a razão que justificaria a ação privada subsidiária?

Se o Procurador-Geral tem poder para determinar a propositura da ação penal, mesmo depois do pronunciamento de um órgão de atuação inferior, opinando pelo arquivamento, por que não ter ele esse mesmo poder, quando o órgão de atuação inferior for omissivo?

Por que se tirar do Procurador-Geral esse poder, para entregá-lo ao particular, que, quando muito, defende no processo penal, apenas, um interesse econômico?

A lei processual penal admite interpretação analógica (art. 3.º do C.P.P.), logo, no caso de não oferecimento da denúncia no prazo legal, nada impediria que o particular provocasse a manifestação do chefe do *Parquet*, para suprir a omissão e, ademais, o próprio Código de Processo Penal oferece o remédio disciplinar, para o caso de desídia (art. 801).

A chamada ação penal privada subsidiária importa em flagrante quebra do sistema de controle estabelecido pela lei para garantir o princípio da obrigatoriedade e, além disso, viola o legítimo poder político do Estado.

C) A Afronta ao Poder Político do Estado

A ação penal privada subsidiária importa em afronta ao poder de império do Estado, que, em matéria penal, se exerce através do Ministério Público.

Em verdade, a não invocação do poder correccional do Procurador-Geral, para outorgar-se esse poder ao particular, outra coisa não quer significar, senão, manifesta desconfiança do Estado em relação a si mesmo. Tal atitude é intolerável, porque conduz a um estado de desconfiança maior, relativo a todas as instituições.

O Estado possui um poder político, do qual não pode abrir mão, poder esse que se expressa, com todo o vigor, no que tange ao domínio penal.

A pena, como se sabe, é o instrumento de coação mais poderoso de que dispõe o Estado para a realização do bem social e, sendo assim, o órgão encarregado de pedir a sua imposição — o Ministério Público — precisa estar cercado de toda a confiança necessária ao exercício da sua magistratura.

Assim, se o próprio Estado, através da lei, não confiar no órgão por ele mesmo criado para executar e fiscalizar a execução da lei, sua existência será uma desnecessidade.

O Procurador-Geral, enquanto chefe do Ministério Público, encarna a vontade social em matéria penal e essa vontade se expressa politicamente. Suas decisões, face ao princípio da legalidade, no domínio da ação penal, são soberanas e, tanto isso é verdade, que, nos processos da competência originária dos tribunais, sua decisão de não proceder, não fica sujeita a nenhum controle, pois sua decisão expressa o poder político do Estado. Nesses casos, o Procurador-Geral exerce a suprema magistratura e, por isso, não tem sentido que o particular se substitua a ele para propor a ação penal.

Agir de tal forma será remontar a um tempo de exagerado individualismo, pois, se a manifestação do Procurador-Geral expressa a vontade social, o interesse individual há de se curvar a ela, cumprindo destacar que, assim como os órgãos de execução do Ministério Público são civil e criminalmente responsáveis pelo abuso de denunciar, o são, também, pelo abuso de não proceder.

Cobre-se do Ministério Público a responsabilidade por seus erros, mas não se retire dele o poder de decidir, pois se assim não for, estaremos esvaziando todo o seu conteúdo social e, como já disse *Michèle-Laure Rassat* na obra citada:

“Dans un pays, un État e un Ministère Public peuvent suffire au bonheur de citoyens”.

Um Ministério Público desacreditado, controlado pelo interesse patrimonial de particulares, certamente seria incapaz de ser o bastante para a felicidade dos cidadãos.

Vejamos, agora, a falta de técnica na denominação: ação penal privada subsidiária.

D) A falha técnica da chamada Ação Penal privada subsidiária

Essa falha evidencia-se pela nomenclatura usada: ação penal privada subsidiária.

Essa forma anômala de se proceder não consubstancia nenhuma ação penal privada.

Como vimos no início deste trabalho, a natureza da ação penal pública decorre da proteção que se pretende dar a bens indisponíveis da sociedade, com nítida superioridade do interesse social sobre o individual. Daí a divisão entre ação penal pública e ação penal privada, embora ontologicamente, como já se viu, toda ação penal seja pública.

No caso da chamada ação penal subsidiária, originariamente, a ação era pública e a sua titularidade cabia ao Ministério Público. A inércia de seu órgão de atuação não a desnatura.

Por isso, seria melhor que se falasse em "ação penal pública exercida subsidiariamente pelo particular", ou "ação penal pública de iniciativa privada", como prefere *Sergio Demoro Hamilton* em suas "Primeiras Notas sobre o Anteprojeto de Código de Processo Penal" ou, ainda, "ação penal de iniciativa privada" como parece inculcar *Rogério Lauria Tucci* em seu artigo "Da ação penal no anteprojeto de reforma da Parte Geral do Código Penal", publicado em "Ciência Penal", 1/1981, pág. 116.

A ação penal, nesses casos, não é privada, tanto assim *que não é regida pelo princípio da oportunidade*, que é próprio da ação privativa do ofendido. O particular não pode dispor da ação penal, seja através do perdão, seja permitindo a extinção da punibilidade pela perempção e, se renunciar ou decair do direito de queixa, nem por isso o Ministério Público estará impedido de, a qualquer tempo, antes da prescrição, exercer seu dever de denunciar ou de requerer o arquivamento.

O Código de Processo Penal deixou clara a natureza pública de tal ação, quando estabeleceu que o Ministério Público terá o direito de aditar a queixa, de repudiá-la, de oferecer denúncia substitutiva, bem como o de retomar a sua titularidade em caso de negligência do querelante.

Como já dissemos, e convém repetir, caso o ofendido renuncie ou decaia do direito de queixa, tais fatos não impedirão que o órgão de execução do Ministério Público, a qualquer tempo, enquanto não estiver extinta a punibilidade, promova a ação penal pública, pois, "quanto à ação pública não há excogitar-se de decadência", para repetirmos a lição de *Tourinho (Processo Penal, vol. I, pág. 353, Jalovi, Bauri, 1975)*.

É evidente que "não se pode confundir a ação penal privada principal com a excepcionalmente admitida pelos artigos supramencionados: na primeira, o Ministério Público funciona como fiscal da lei, sendo o ofendido, ou se representante legal, o titular absoluto da ação: enquanto que na segunda, o Ministério Público não perde a titularidade da ação, devendo exercê-la paralelamente com o particular, como um verdadeiro litisconsorte necessário, já que o Estado, em hipótese alguma, pode abrir mão da titularidade de acionar o réu nos crimes em que prevalece a regra geral da ação penal (Prof. *Geraldo Batista de Siqueira e Vivaldo Jorge de Araujo* — "Do truncamento da ação penal subsidiária", in "*Justitia*", vol. 98, pág. 105).

Trata-se, pois, de uma ação penal pública e daí a falha técnica do Código de Processo Penal ao denominá-la de ação penal privada subsidiária.

Pois bem, sendo como é uma ação penal pública e, tendo a Lei Complementar n.º 40 dado ao Ministério Público o monopólio da ação penal pública, essa forma anômala de se proceder desapareceu do nosso direito processual.

Destaque-se, finalmente, que o próprio *Nelson Hungria*, com o passar do tempo, acabou renunciando à sua posição inicial, tanto assim, que seu anteprojeto de Código Penal não contemplou essa forma de procedimento, que acabou abolida no Código Penal de 1969 e, não fez parte do anteprojeto de Código de Processo Penal, originariamente, apresentado pelo Professor *José Frederico Marques*.

Todos os argumentos aqui apresentados demonstram a aberração que é a chamada ação penal privada subsidiária e, agora, que temos um Ministério Público organizado, protegido por garantias muito próximas daquelas concedidas à magistratura judicante e, além disso, normas expressas instituindo o monopólio da ação penal pública nas mãos do Ministério Público, não alcançamos, como se possa, ainda, entender que a Lei Complementar n.º 40, não tenha abrogado o § 3.º, do art. 102 do Código Penal, o art. 29 do Código de Processo Penal e o § 1.º do art. 40 da Lei n.º 5.250/67. Para nós tais comandos legislativos não mais estão em vigor, razão pela qual são nulas todas as ações penais assim iniciadas, salvo se expressamente ratificadas pelo órgão de execução do Ministério Público.

Vejamos, em seguida, outra consequência do estabelecimento do monopólio da ação penal pública em mãos do Ministério Público.

VI — O perecimento da capacidade recursal do ofendido nos casos de Ação Penal Pública, quando não habilitado como assistente

O estabelecimento do monopólio da ação pública pelo Ministério Público, sistematicamente, possui outras consequências, além daquelas até aqui esboçadas.

Por isso, entendemos que o art. 598 do Código de Processo Penal foi derogado pelas normas, já citadas, da Lei Complementar n.º 40.

A citada norma processual estatui:

“Nos crimes de competência do Tribunal do Júri, ou do juiz singular, se da sentença não foi interposta apelação pelo Ministério Público no prazo legal, o ofendido ou qualquer das pessoas mencionadas no art. 31, ainda que não se tenha habilitado como assistente, poderá interpor apelação que não terá, porém, efeito suspensivo”.

Por outro lado, o art. 584, § 1.º do mesmo Código dispõe:

“Ao recurso interposto de sentença de impronúncia ou no caso de n.º VIII, do art. 581, aplicar-se-á o disposto nos arts. 596 e 598.”

Pelas disposições suso transcritas, verifica-se que o Código de Processo Penal outorgou ao ofendido, mesmo quando não habilitado como assistente, nos casos de ação penal pública, o poder de apelar de todas as sentenças e de recorrer em sentido estrito daquelas que impronunciarem os réus ou julgarem extinta a punibilidade, quando delas o Ministério Público não manifestar recurso. Como consequência natural desse poder de recorrer, entendemos que o ofendido poderá, ainda, exercer a capacidade recursal nas hipóteses dos arts. 581, XV; 619 e 639 do C.P.P.

Como ensina *Frederico Marques (ob. cit., pág. 334)*, tais normas tratam de

“outro princípio de limitação dos poderes processuais do Ministério Público”.

Como já foi dito, a Lei Complementar n.º 40/81, outorgando ao Ministério Público, com exclusividade, a titularidade da ação penal pública, expungiu do nosso direito positivo todas as disposições legais que permitiam ao particular se substituir, total ou parcialmente, ao órgão natural da ação penal pública.

Os motivos que nos levam a essa conclusão são sistemáticos e resultam de tudo quanto até aqui foi exposto.

Relembremos que quando a Lei Complementar n.º 40/81 deu ao Ministério Público o poder de promover a ação penal pública, não lhe outorgou, apenas, o poder de iniciá-la. Promover a ação penal tem um sentido muito mais amplo, qual seja, o de levá-la até final, face ao princípio reitor de que ao Ministério Público não é lícito desistir da ação por ele proposta.

Por força do princípio da indisponibilidade, como lecionava *Donnedieu de Vabres*, os órgãos de execução do Ministério Público não agem, senão, em nome da sociedade que eles representam. Eles têm o exercício, mas não a disposição da ação penal. Por isso, o Ministério Público não pode renunciar, nem desistir ou transigir, além de não poder desistir do recurso interposto.

O poder de recorrer é da essência da capacidade de agir. Doutrinariamente, a ação faz nascer o processo e a ação é sempre uma embora o processo possa ficar sujeito à apreciação decisória de diversos órgãos da jurisdição. Não há uma ação penal de primeiro

grau e uma outra ação penal nascida do recurso. Somos daqueles que entendem que a natureza jurídica do recurso outra não é, senão, a de um desdobramento do direito de ação.

É preciso que não se esqueça que o processo encerra em si uma relação jurídica: a relação processual. Essa relação é uma e se desenvolve desde o primeiro até o último ato do processo, e este tem por finalidade realizar a atividade jurisdicional. Por outro lado, se essa atividade jurisdicional se desdobra, como no nosso sistema, em duplo grau de jurisdição, nem por isso teremos dois processos e, muito menos, duas ações. Quando muito, e, até sem maior rigor técnico, poderíamos dizer que, na atividade recursal, poderia haver duplicidade de procedimentos.

Assim, se hoje, por força da Lei Complementar n.º 40, a titularidade da ação penal pública pertence, com exclusividade, ao Ministério Público, não se justifica que um desdobramento desse direito continue a ser exercido por quem não tem a titularidade da própria ação.

Mesmo que entendêssemos, como o faz *Helio Tornaghi* (*Curso de Processo Penal*, vol. 2, p. 304, Saraiva, 1980), que a natureza jurídica do recurso seja encarada como ação nova dentro do mesmo processo, ainda assim, a outra conclusão não se poderia chegar, pois essa ação nova seria, também, exclusiva do Ministério Público.

Por esses motivos, outorgar-se ao particular, não habilitado como assistente, a capacidade recursal importará em quebra do monopólio da ação penal pública.

Por outro lado, não se diga que o direito de recorrer dado ao ofendido, não habilitado como assistente, deverá sobreviver, mesmo no regime da Lei Complementar n.º 40, porque equivaleria ao recurso do terceiro prejudicado, existente no Processo Civil.

As situações se extremam no Direito Processual Penal e no Direito Processual Civil, pois, como já dissemos, o crime não faz nascer para o sujeito passivo da relação criminal nenhum direito à punição do criminoso e, se assim é, a sentença não o pode prejudicar como terceiro. O interesse do ofendido é sempre de outra natureza e, em contemplação disso, a lei lhe outorga o direito de participar do processo como assistente.

É preciso que afastemos de nós quaisquer ranços de vingança privada, pois, como ensina *Magalhães Noronha*, até na ação penal privada, somente se transferiu ao particular o direito de acusar, e, assim mesmo, por razões utilitárias, a fim de que males maiores fossem evitados, com o estrépito judiciário.

Assim sendo, entendemos que, hoje, impossível se torna o recurso do ofendido nos casos mencionados, por quebrar ele o monopólio da ação penal pública, fixado pela Lei Complementar n.º 40, como função institucional do Ministério Público.

Vejamos, agora, uma outra conseqüência que se liga instrumentalmente a esta. Trata-se do recurso de ofício.

VII — O impedimento do Recurso de Ofício

No sistema processual brasileiro os recursos ou são *voluntários* ou são *ex-officio*. Estes constituem exceção e devem ser interpostos *pelo juiz*, sendo cabíveis nas seguintes hipóteses:

- a) da sentença que conceder **habeas-corpus**;
- b) da sentença que absolver com fundamento no art. 411 do C.P.P.;
- c) da sentença que conceder a reabilitação (art. 746 do C.P.P.);
- d) da sentença absolutória nos crimes contra a economia popular e contra a saúde pública, bem como da decisão que terminar o arquivamento de inquérito policial relativo a esses crimes (art. 7.º da Lei n.º 1.521/51).

Os mesmos fundamentos doutrinários, apresentados no número anterior, podem ser repetidos aqui, para justificar o desaparecimento de tal forma de recorrer.

Qualquer que seja a posição que acolhamos, com relação à natureza jurídica dos recursos, cairemos, sempre, na questão da titularidade da ação, ou seja, só poderá recorrer quem for o titular da ação e, sendo o Ministério Público o titular da ação penal pública somente a este caberá recorrer, pois, como vimos, o recurso é um desdobramento do direito de ação.

Ensina *Hortêncio Catunda de Medeiros* ("Aspectos do Recurso de Ofício", in "Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara", vol. 14, p. 54) que recurso *ex-officio* é o recurso hierárquico interposto (formalmente) pelo próprio órgão da jurisdição que prolatou a sentença recorrida".

Acrescenta o excelente Professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro:

"Trata-se de "idiotice" ou "esquisitice" do direito brasileiro, sem similar nos ordenamentos jurídicos alienígenas (salvo o lusitano, que também conheceu esse estranho recurso)".

Ainda segundo o mesmo autor, dois são os fundamentos do recurso *ex-officio*: "a defesa de certos interesses de ordem pública; e a falta de confiança do Estado nos órgãos encarregados desses interesses".

Esses fundamentos não se justificam mais.

Hoje, com a estruturação orgânica recebida pelo Ministério Público, não há mais lugar para desconfianças. Os interesses de ordem pública são protegidos pelo Ministério Público que, através do tempo, se mostrou um dos mais confiáveis órgãos do Estado.

O recurso *ex-officio* é, na prática, uma desnecessidade e uma aberração. Vejamos:

— nos processos de *habeas-corpus* seu caráter é nitidamente autoritário. Hoje, com a participação obrigatória do Ministério Público nesses processos, tornou-se perfeitamente dispensável. A aberração é, ainda maior, nos casos em que a ordem for impetrada pelo próprio *Parquet* (hipótese típica de ação pública);

— na reabilitação tal recurso é “idiotice” ainda maior, por se tratar de um mero incidente da execução, sem maior relevância. A alegação de alguns, segundo a qual da sentença que concede a reabilitação não cabe recurso voluntário, não é verdadeira. Tratando-se a reabilitação, como se trata, de uma causa de extinção de punibilidade é evidente o cabimento do recurso em sentido estrito, previsto no art. 581, VIII, do C.P.P.;

— finalmente, nos casos da lei de economia popular, o recurso *ex-officio* tem natureza autoritária e demagógica, fruto do momento político do surgimento da Lei n.º 1.521/51, hoje em quase total desuso. Nessa lei, o recurso deve ser interposto pelo juiz quando concorda com o pedido de arquivamento do inquérito. Isso tem deixado os Tribunais perplexos, pois, caso discordem do arquivamento, outro caminho não têm, senão, remeter os autos ao Procurador-Geral, já que os Tribunais não podem compelir os Promotores a denunciar. A situação se agrava, mais ainda, se o Procurador-Geral insistir no pedido de arquivamento. Nesse caso, de nada terá servido o recurso de ofício, bem como o entendimento do Tribunal... Como diria Machado de Assis: “a confusão é geral...”

Para acabarmos com tantos absurdos, basta que façamos um elementar exercício de lógica:

— a Lei Complementar n.º 40 outorgou ao Ministério Público o monopólio da ação penal pública; por isso o juiz não mais pode promover a ação penal. O recurso, seja ele voluntário ou de ofício, é um desdobramento do direito de ação. Logo, se o juiz não tem o direito de ação, não o tem, também, para o seu desdobramento através do recurso *ex-officio*.

O recurso de ofício é coisa tão estranha e sem sentido, que o Anteprojeto do Professor *Helio Tornaghi* o aboliu, o mesmo acontecendo no Anteprojeto do Professor *Frederico Marques*.

Por isso, seguindo uma linha sistemática e coerente no que concerne às conseqüências da adoção, pela Lei Complementar n.º 40, do sistema acusatório puro, entendemos que as normas precitadas não mais estão em vigor, assim como o parágrafo único do art. 6.º da Lei n.º 1.508/51 e o art. 33 do Código Florestal, que examinaremos a seguir.

VIII — As hipóteses do Código Florestal e da Lei n.º 1.508/51

A Lei n.º 1.508/51, que regula o processo das contravenções definidas nos arts. 58 e 60 do Decreto-lei n.º 6.259, de 10-2-44, em seu art. 6.º estabeleceu que:

“Quando qualquer do povo provocar a iniciativa do Ministério Público, nos termos do art. 27 do Código de Processo Penal, para o processo tratado nesta Lei, a representação, depois do registro pelo distribuidor do juízo, será por este enviada, incontinenti, ao Promotor Público, para os fins legais”.

Em seu parágrafo único acrescentou:

“Se a representação for arquivada, poderá o seu autor interpor recurso em sentido estrito”.

A primeira vista, salta aos olhos a falta técnica das regras transcritas.

Esse estranho recurso fere frontalmente o sistema de controle do princípio da obrigatoriedade, ao qual já nos referimos em outro momento deste trabalho e, por isso, se coloca em manifesta oposição aos preceitos fixados na Lei Complementar n.º 40.

Sendo, hoje, a ação penal pública monopólio do Ministério Público, caberá, com exclusividade, aos seus órgãos superiores o controle dos arquivamentos, tudo nos termos do Código de Processo Penal.

A situação aqui é semelhante à do recurso *ex-officio* de que trata a lei de economia popular, com a diferença, apenas, de ser o recurso voluntário.

Vejamos, finalmente, a legitimação extraordinária prevista pelo Código Florestal.

Em seu art. 33 o novo Código Florestal estabeleceu que:

“São autoridades competentes para instaurar, presidir e proceder a inquéritos policiais, lavrar autos de prisão em flagrante e intentar a ação penal, nos casos de crimes ou

contravenções previstos nesta Lei, ou em outras leis que tenham por objeto florestas e demais formas de vegetação, instrumentos de trabalho, documentos e produtos procedentes das mesmas:

- a) as indicadas no Código de Processo Penal;
- b) os funcionários da repartição florestal e de autarquias, com atribuições correlatas, designados para a atividade de fiscalização."

É evidente que esta disposição legal é antinômica relativamente ao estabelecido no art. 55 da Lei Complementar n.º 40.

Nenhuma pessoa estranha aos quadros do Ministério Público pode exercer as funções próprias da Instituição e, se uma dessas funções institucionais é a de promover a ação penal pública, não se justifica que continue vigorando a norma *supra*, que outorga ao "guarda florestal" o poder de intentar a ação penal. Aliás, ao que sabemos, essa norma nunca foi aplicada, tratando-se, como se costuma dizer, "de lei que não pegou".

Estas, Senhor Procurador-Geral, as considerações que, salvo melhor juízo, entendemos cabíveis como conseqüências a serem tiradas das normas estabelecidas pela Lei Complementar n.º 40/81.

É o parecer.

Rio de Janeiro, 13 de outubro de 1982.

JOÃO MARCELLO DE ARAUJO JUNIOR

Assistente do Procurador-Geral