

PARECER

1. A Associação dos Magistrados Brasileiros submete à apreciação do Conselho Seccional do Rio de Janeiro, da Ordem dos Advogados do Brasil, dois anteprojetos de lei: o primeiro visa a instituir a chamada "ação penal popular"; o segundo, dando nova redação ao art. 29 do Código de Processo Penal, objetiva ampliar a *ação penal privada subsidiária da pública*, que também poderia ser utilizada quando o inquérito policial fosse arquivado, pelo juiz, a requerimento do Ministério Público.

2. A idéia básica de ambos os Projetos é retirar do Ministério Público o chamado *monopólio da ação penal*, deferindo-a a qualquer do povo, no caso da ação penal popular, e ao ofendido ou seu sucessor, quando, em crimes comuns, o inquérito for arquivado por iniciativa do membro do M.P..

3. Os anteprojetos são acompanhados de minuta de "Exposição de Motivos", na qual foram inseridos conceitos extremamente sedutores, capazes, sem análise mais aprofundada, de impressionar os espíritos liberais. Sem embargo disso, as propostas de lei submetidas à apreciação deste Conselho encerram, na verdade, *idéias reacionárias, antidemocráticas e indisputavelmente atentatórias dos mais comezinhos princípios de justiça*. Senão vejamos.

4. Lê-se, logo nas primeiras linhas, da referida minuta de Exposição de Motivos que

*"Impedir o acesso do particular à Justiça Criminal é tônica imanente aos regimes políticos autoritários."
(Os gritos não são do original)*

Data venia, a afirmativa não é verdadeira. Tanto não é que o "Código de Processamento Penal" do *Chile*, imposto ao povo daquele país irmão pelo Decreto 335, de 10-03-1977, assinado pelo Gen. *Augusto Pinochet Ugarte*, estabelece no seu art. 15 que

"La acción penal pública puede ser ejercida por toda persona capaz de parecer en juicio, siempre que no tenga especial prohibición de la ley y que se trate de delitos que deban ser perseguidos de oficio."

Ora, os autores dos anteprojetos em exame — acredito — não ousarão negar que o regime político chileno é dos mais cruentos e

autoritários de toda a história da América Latina. Nada obstante, lá a ação penal pública, tal como se pretende seja aqui, defere-se a qualquer do povo!

5. A consulta às legislações dos países civilizados e notoriamente não-autoritários é suficiente para revelar que, observadas algumas nuances, a *regra geral* é a de atribuir-se ao Ministério Público o monopólio da ação penal. Assim, por exemplo, o § 152 da StPO da Alemanha estabelece: “*A promoção da ação penal concerne ao Ministério Público*”. Admite-se, é certo, exatamente como ocorre entre nós, casos de ação penal privada, estatuídos no § 374 da mesma ordenação. De seu turno, o art. 1.º do *Codice di Procedura Penale* da Itália proclama que *l'azione penale è pubblica*. Na mesma linha, o art. 5.º do Código de Processo Penal de Portugal estampa, em seu art. 5.º, a regra geral segundo a qual “*compete ao Ministério Público exercer a ação penal*”. Tônica idêntica é seguida pela legislação processual penal francesa, consoante se vê da alínea 1 do art. 1.º do *Code de procédure pénale*. Na América Latina também se identifica, nas legislações mais avançadas, a mesma tendência de deferir-se apenas ao M.P. o exercício da ação penal. Confira-se, apenas a título de exemplo, a regra do art. 141 do *Código Federal de Procedimientos Penales* do México: “*La persona ofendida por un delito no es parte en el procedimiento penal; pero podrá proporcionar al Ministerio Publico, por si o por apoderado todos los datos que tenga y que conduzam a comprobar la existencia del delito, la responsabilidad del inculpado y la procedencia y monto de la reparación del dano, para que, si lo estima pertinente, en el ejercicio de la acción penal los ministre a los tribunales*”.

6. Essa ligeira amostra revela-se suficiente para desmentir a afirmação da minuta da Exposição de Motivos que antes se pôs em realce. Tal, todavia, não significa dizer que inexistam debates doutrinários acerca do assunto. Pode-se, todavia, afirmar que a quase unanimidade dos doutrinadores do processo penal não hesitam em proclamar a correção do sistema atributivo da exclusividade do exercício da ação penal ao Ministério Público. Raríssimas são as opiniões em contrário. É possível mesmo que existam apenas aquelas pouquíssimas pinçadas pelos autores da minuta de Exposição de Motivos.

7. *Eugenio Florian*, notável professor de Processo Penal da Universidade de Turim, no início do século, já apontava que

“*El incremento de la civilización del proceso se manifiesta en la ingerencia cada vez mayor del Estado en el ejercicio de la acción penal, en contraste con entes colectivos o ciudadanos que hay intentado atribuirse (especialmente para ciertos delitos) la facultad de ejercitar el derecho de castigar.*”

(*Elementos de Derecho Procesal Penal*, Trad. de L. Prieto Castro, Bosch, Casa Editoria, Barcelona, 1931, pág. 180.)

Precisa e esclarecedora é, também, a lição de Ernst Beling:

“Un proceso, en que cualquier persona puede ser acusador, no es imposible. El proceso romano conocía, por ej., la acción popular: quivis ex populo, podía encargarse de la acusación. La misma reglamentación tiene hoy día el proceso penal inglés y el processo penal español.”

En contra de ella milita el hecho de que una persona particular no asume el molesto papel de acusador, sino por motivos personales, existiendo, por lotando, lo mismo el peligro de que no se acuse, aunque el interés del Estado lo requiera, que el peligro contrario de que el odio, la venganza y otros motivos bastardos originen procesos sin fundamento.”

(*Derecho Procesal Penal*, Editorial Sabor, Barcelona, .. 1943, pág. 65. Os grifos não são do original.)

Dessa linha de raciocínio não discrepa o excelente processualista mexicano Sergio Garcia Ramirez:

“A nuestro modo de ver, el monopolio debe sostenerse por fuerza de los siguientes argumentos: la intervención del particular ofendido obstruirá o aun haria imposible alcanzar los fines específicos del procedimiento penal, esto es, la investigación de la verdad histórica y la individualización de la personalidad del justiciable; puesto que el Estado es el titular único del jus puniendi, y consecuentemente de la pretensión penal o de justicia penal, es lógico que aquél sea, asimismo, por conducto de un órgano inmediato suyo, el M.P., quien ejercite la acción penal; y la privatización en este terreno no sólo acarrea el riesgo de inspiración vengativa en el ejercicio de la acción, riesgo que frustra los desiderata del proceso penal moderno, sino igualmente plantea la posibilidad de fenômenos compositivos al margen del proceso, que impedirian el castigo cierto de los delitos y abririan camino al comercio sobre la pretensión penal.”

(*Derecho Procesal Penale*, Editorial Porrúa, México, 1974, pág. 168.)

8. É curioso observar que a retirada do monopólio da ação penal do Ministério Público tem sentido *exatamente nos países totalitários, ao contrário* do sustentado na minuta de Exposição de Motivos. É que nas democracias se pressupõe que os órgãos estatais sejam legítimos, representando, destarte, os verdadeiros anseios da sociedade. Nesse particular, importantíssima é a referência à lição de *Alfredo Vélez-Mariconde*, cuja leitura certamente escapou aos autores dos anteprojotos em exame. Dê-se a palavra ao acatado Mestre:

"El concurso de los ciudadanos"

La participación de los ciudadanos en el ejercicio de la acción penal se hace reposar en una razón política aparentemente admisible: si aquéllos son células del organismo social, miembros de la colectividad en la cual reside la soberanía, todos son damnificados por el hecho que ataca el orden social, de suerte que deben tener el derecho de demandar justicia en nombre y representación de la sociedad, retomando la parte de poder político que les corresponde.

Esta teoría podría ser exacta si la sociedad no estuviese organizada conforme a derecho, y si el constitucional nuestro no reconociera, al lado del principio de soberanía nacional, el que impone el régimen representativo republicano. Erigido el Estado como personalidad jurídica de la sociedad y organizado el gobierno bajo este principio, según el cual el pueblo gobierna por medio de sus representantes, el argumento carece de la eficacia que alguna vez se le ha querido acordar; mira demasiado directamente a la colectividad y a sus componentes, desde un punto de vista sociológico, olvidando su organización jurídica y la necesidad de resolver este problema en un plano dogmático.

Desde el punto de vista político, no cabe duda que la institución del Ministerio Público "pertenece a la naturaleza de los gobiernos representativos", como advierte Ortolán y refirma Aschettino, siendo una consecuencia del principio que caracteriza nuestra forma de gobierno, no bien se admite que la naturaleza del derecho lesionado debe determinar la índole de la lesión y el sistema de enjuiciamiento: Si el derecho penal es esencialmente público, repetimos, porque son públicos los intereses que tutela, el delito reclama la intervención directa e inmediata del Estado, o sea, de la sociedad como entidad jurídica, no sólo para su juzgamiento sino también para preparar, promover y demandar el ejercicio de la jurisdicción en condicio-

nes que aseguren la efectiva y justa aplicación de la ley. Es la colectividad jurídicamente organizada, por órgano de sus representantes, y no los individuos considerados aisladamente como miembros suyos, la que debe cumplir la misión de demandar justicia, asumiendo así todas las facultades necesarias para realizar el derecho violado. La institución del Ministério Público es una consecuencia natural del régimen representativo, lo mismo que la de los jueces y de todos los funcionarios públicos.

Si el argumento de orden político carece de toda eficacia, bajo otros aspectos — social, cultural y práctico — el sistema de la acción popular tampoco resiste una crítica imparcial.

“Si la humanidad pudiese tocar el límite ideal del progreso civil, dice con razón Mortara; si la perfección intelectual y moral fuese dote y carácter ordinario de sus componentes, sería fácil consentir que el fenómeno anormal del delito confiriese a cada individuo normal, es decir, a cada hombre moral e intelectualmente perfecto, la potestad de constituirse en órgano de la defensa social, para promover y aun para actuar las providencias necesarias a la eliminación del fenómeno perturbador. Pero en una sociedad semejante ni siquiera existiría la organización permanente de la jurisdicción, ni las otras funciones por las que el Estado ejercita su poder de coacción sobre los ciudadanos; semejante sociedad encarnaría la edad de oro.”

(Derecho Procesal Penal, Ed. Serner, 2.^a ed., 1.^o vol., Buenos Aires, 1969, pp. 284/285.)

9. Do exposto se infere que se deve levar à conta de mero arroubo estilístico dos autores da minuta de Exposição de Motivos — passe a ironia — a afirmação de que o monopólio da ação penal para o Ministério Público é produto de

“... influxo de embriagadora euforia dogmática totalitária.”

Na Europa, apenas dois países adotam o sistema proposto pelos anteprojetos: a Espanha e a Inglaterra. Na América do Sul, como assinalado antes, apenas o Chile do General Pinochet.

10. Inúmeras são as razões a recomendar que o próprio Estado, através do Ministério Público, assumira, com exclusividade, o papel de acusador, com a óbvia exceção dos crimes de alçada privada. A primeira dessas razões diz respeito à própria titularidade do direito

a ser perseguido em juízo. Se o Estado é o *sujeito passivo primário* da prática do crime; se a ele pertence o *jus puniendi*, nada mais natural que seja ele o titular do *jus perseguendi*. *Chiovenda*, em irrepreensível observação, lembrava que o particular não tem “nenhum direito subjetivo no castigo do culpado”. Além do mais, o interesse do Estado é muito mais amplo do que o da parte ofendida, porquanto aquele busca resguardar o interesse da coletividade, como um todo, ao passo que esta última, na imensa maioria das vezes, se preocupa apenas com a repercussão do delito na esfera de seu *próprio patrimônio*.

11. Em linha de princípio, o Estado, desde que atue através de órgão independente, não se deixa intimidar pelo eventual poder do criminoso. O particular, ao contrário, não apenas pode intimidar-se pela força do autor de um crime, como pode *negociar* sua punição — que interessa a toda a sociedade —, recebendo em troca qualquer quantidade de dinheiro ou “dez réis de mel coado”, quando se deparam um cidadão abastado e um humilde proletário.

12. Inegável é, por fim, que as vítimas, movidas pelo rancor e pelo ódio, não terão a serenidade suficiente para conduzir a bom termo o processo que deverá conduzir o criminoso a pagar, nos termos da lei, pelo delito perpetrado.

13. Deixou-se propositadamente para o fim a abordagem, ainda que em rápidas pinceladas, da questão, no Brasil dos nossos dias. No Brasil da “Nova República”.

14. Se honesta a preocupação dos autores dos anteprojetos em exame (e não se tem nenhuma razão para duvidar da lisura de propósitos da *Associação dos Magistrados do Brasil*), e caso seria de este Conselho Seccional fazer uma proposta alternativa à prestigiosa associação que congrega os juizes do país: ao invés de lutarem pela aprovação dos anteprojetos em exame, deveriam unir-se à luta desenvolvida pelo Ministério Público de todo o Brasil, no sentido de, na elaboração da Nova Carta da República, fortalecer essa instituição.

15. Salta aos olhos que os caminhos da Democracia passam — e passam necessariamente — pelo fortalecimento do Ministério Público, o qual, com evidentes vantagens, poderia, no Brasil, desempenhar o papel que inúmeras nações civilizadas outorgam ao *Ombudsman*.

O espaço vazio que existe para a defesa dos interesses difusos, dos direitos do consumidor, da proteção do patrimônio ecológico, do patrimônio artístico e cultural, etc., deveria ser deferido a uma instituição forte, séria e *principalmente* independente. Essa independência — crucial para o pleno exercício do *poder fiscal* do M.P. ou de

seu "*pouvoir social*", para usar-se a feliz expressão de *Gaston Stefani e Georges Levasseur (Procédure Pénale, Dalloz, 1975, Paris, pág. 89)*, essa independência, dizíamos, só pode ser alcançada quando o Chefe do Ministério Público, por força de disposição constitucional, não puder ser demissível *ad nutum* do Poder Executivo! Esta há de ser, segundo penso e espero, uma das grandes conquistas da Assembléia Nacional Constituinte. A luta para conseguir tal intento não há de ser apenas dos Promotores e Procuradores de Justiça do País, senão que é também da *Ordem dos Advogados do Brasil* e — por que não? — da *Associação dos Magistrados do Brasil*. O enfraquecimento do *parquet* (que ocorreria inevitavelmente com a transformação em lei dos projetos que debatemos) traria funestas consequências para o aprimoramento das instituições democráticas, objetivo primeiro de todos os espíritos liberais da Nação.

16. Demais, no sistema de freios e contrapesos, essencial ao perfeito funcionamento do regime democrático, em sua concepção clássica, o fortalecimento do Ministério Público, como organismo destinado a fiscalizar a boa aplicação da lei pelos órgãos jurisdicionais, junto aos quais atua primacialmente na defesa dos interesses indisponíveis da sociedade, deve constituir preocupação básica de todos quantos aspirem ao permanente aperfeiçoamento da ordem jurídica e da Justiça.

17. Para arrematar, cabe a lembrança de que, pelo Projeto do Novo Código de Processo Penal, já aprovado pela Câmara dos Deputados, pendente de exame pelo Senado Federal, o Ministério Público ganhou força nova, eliminada que foi a ação penal privada subsidiária da pública, consagrada pelo art. 29 do vigente diploma de ritos penais. De fato, o § 1.º do art. 6.º do Projeto, que já era expresso para restringir a ação penal subsidiária da pública, admitindo-a só para casos de efetiva inércia do órgão da acusação, foi substituído pelo § 4.º do art. 5.º do substitutivo aprovado pela Câmara dos Deputados que tem a seguinte redação:

"Se o órgão do M.P. não se manifestar no prazo legal, qualquer pessoa poderá levar tal fato ao conhecimento do Conselho Superior do M.P. que, imediatamente, tomará as medidas cabíveis" ("Diário do Congresso Nacional" de 17-08-84, Suplemento n.º 87).

A redação que vem de ser transcrita resultou da aprovação de duas Emendas, dos Deputados *Darcy Passos e Rosa Flores*, apresentadas com as seguintes justificativas:

(a) Justificativa da Emenda n.º 2/83 (Dep. *Darcy Passos*):

"A regra proposta atinge os objetivos colimados pela chamada ação penal privada subsidiária sem quebra do mo-

...nópólio da titularidade do M.P. sobre a ação penal pública. Na prática, poucas vezes o ofendido utiliza-se dessa legitimação extraordinária que lhe outorgou o legislador, pelos óbvios incômodos que lhe acarreta a propositura da ação penal privada subsidiária da pública. Assim, quebra-se a inércia do membro do M.P. através de uma forma mais expedita e menos onerosa, ampliando-se a qualquer pessoa a legitimação para fiscalizar a atuação do Ministério Público, em se tratando de ação penal pública."

(b) Justificativa da Emenda n.º 3/83 (Dep. Rosa Flores):

"A inércia do representante do M.P. deve ser apurada administrativamente (art. 13 da L. Comp. 40/81, Lei Orgânica Nacional do M.P.). Ademais, o M.P. continua a oficiari o feito como fiscal da lei, devendo assumir a acusação no caso de negligência do querelante, nada de prático existindo, pois, no seu afastamento. O M.P. poderia, inclusive, ficar na esdrúxula posição de ter de assumir a acusação em processo que resultou de inquérito que teria sido arquivado, a pedido da promotoria, na época oportuna. Acresce que a ação penal privada subsidiária, cuja extinção é preconizada pelos doutrinadores, e já se concretizou em inúmeras legislações, é verdadeira avis rara na prática processual penal, de uso limitadíssimo, tornando-se real excrescência no ordenamento jurídico pátrio."

Ao elaborar o seu parecer, o Presidente da Comissão de Constituição e Justiça, Deputado *Sergio Murillo*, assim se manifestou sobre o assunto:

"Com o acolhimento da Emenda n.º 3, de autoria do nobre deputado Rosa Flores, deixou de constar do substitutivo a ação penal de iniciativa privada subsidiária, por muitos doutrinadores considerada inteiramente desnecessária. Além de raríssima na Justiça Criminal, constitui uma inutilidade ante a determinação de atuação ulterior do órgão do M.P., sobretudo com a retomada da posição de titular, inafastável."

18. Nada mais é necessário dizer para provar que os anteprojotos da AMB conflitam com a vontade do povo, expressada através dos seus representantes eleitos para o Congresso Nacional.

19. Pelo exposto, somos de opinião que este Egrégio Conselho não deve *encampar* as propostas encaminhadas pela Associação dos Magistrados do Brasil, levando esta conclusão — se aprovada a modesta opinião deste Relator — ao conhecimento não só da As-

sociação dos Magistrados do Brasil, mas também aos Exmos. Srs. Procurador-Geral da República, Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e Presidência e lideranças partidárias da Câmara dos Deputados e Senado Federal.

É o parecer, *sub censura*.

Rio de Janeiro, 15 de agosto de 1985.

LUIZ FERNANDO DE FREITAS SANTOS

Conselheiro