

A PRESENÇA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AÇÃO PENAL PRIVADA

SERGIO DEMORO HAMILTON

1. Assumindo o Ministério Público, na ação penal privada, posição nitidamente secundária em relação ao papel de relevo que desempenha na ação penal pública, sua participação, nos casos em que somente se procede mediante queixa, nem sempre tem merecido exame acurado no objetivo de fixar-se a exata dimensão da sua atuação em tais circunstâncias. Como se verá, larga é a sua atividade nos diversos momentos em que, chamado a officiar, deve trazer seu parecer a respeito de delicadas questões processuais, que, não raro, surgem e que nem sempre são enfrentadas com o desejado requinte, justamente porque descurado o estudo da sua participação nos casos de ação exclusivamente privada. Não só vasta como complexa é a esfera de atuação que a lei reservou ao Ministério Público em diversos momentos da ação penal privada, traçando uma variegada soma de atribuições, merecedoras, todas, de cuidadoso exame.

2. Demitindo-se da acusação, o Estado, pelo fenômeno da substituição processual, transfere ao particular o direito de acusar, reservando para si, apenas, o direito de punir. Fica, assim, o particular investido da qualidade de parte legítima extraordinária, exercitando o *ius perseguendi in iudicio*, somente nos casos indicados em lei, por razões que escapam ao objetivo do presente trabalho analisar. Porém, o caráter publicístico que envolve toda a ação penal, pública ou privada, justifica e exige ampla participação do Estado no seu desenvolvimento, mesmo quando se cogita de exclusiva ação privada, no objetivo primacial da efetiva realização de justiça.

3. Nessa ordem de idéias, o Ministério Público atua, de comum, como fiscal da lei, tal como o permite o art. 257 do C.P.P., nos casos de ação privada. Ao afirmar que a presença rotineira do Ministério Público naquelas hipóteses é a de mero fiscal da lei, fi-lo de forma propositada pois, como adiante pretendo demonstrar, ocorrendo o aditamento da queixa, o Ministério Público, em face do nosso direito positivo, adquire legitimidade *ad causam* para atuar como órgão promotor da ação penal privada, pelo menos na fase inicial de aditamento.

4. O primeiro momento em que o Ministério Público é chamado a manifestar-se sobre a queixa dá-se quando, oferecida a inicial, os autos lhe vão com vista para o fim a que alude o art. 46, § 2.º, do C.P.P. O referido dispositivo faz referência, apenas, ao prazo para aditamento da queixa, podendo, numa primeira visão, fazer crer que somente para aquele fim é que se justifica a sua intervenção. É certo, não há dúvida, que a lei disse menos que pretendeu, pois bem mais

ampla e variada é a sua esfera de atuação nesta fase do procedimento, mesmo que não encontre razão para promover o aditamento da queixa.

5.^a Examine-se, por primeiro, o problema do aditamento. *Espínola Filho*, se bem entendi seu pensar, manifesta opinião na sentido de que, caso não adite a queixa, o Ministério Público não mais deverá intervir no processo ⁽¹⁾. Com vantagem, obtempera *Tourinho* ⁽²⁾ mostrando que, como defensor do interesse público, sempre presente em qualquer ação penal, cabe ao Ministério Público, como fiscal da lei, intervir em todos os termos subseqüentes do processo, haja ou não aditamento, buscando, com inteiro acerto, apoio na própria lei processual penal, que não fez distinção, nesse ponto, para as hipóteses de haver ou não aditamento (arts. 45, 257, 500 § 2.º e 600 § 2.º C.P.P.).

Ainda em matéria de aditamento, cumpre analisar algumas questões interessantes, que, segundo entendo, estão a exigir cuidadoso exame. Sabe-se que em matéria de ação exclusivamente privada vige o princípio da oportunidade ou da conveniência pelo qual é facultado ao particular exercer a ação penal; fica a seu alvedrio o *jus accusationis*. Pois bem: em homenagem ao princípio da indivisibilidade da ação, a lei autorizou o Ministério Público a promover o aditamento da queixa (arts. 45 e 48 C.P.C.) para nela incluir outros autores do crime excluídos da inicial. Ao exemplo: se Tício e Caio cometeram um crime de ação privada, compete ao particular promover, se quiser, a ação penal contra ambos, não lhe cabendo excluir da demanda um deles. Caso assim proceda, em obediência à lei processual, cabe ao Ministério Público aditar a queixa para fazê-la extensiva ao co-partícipe excluído, formando-se, dessa forma, o inafastável litisconsórcio penal passivo necessário. É que a ação penal há de abranger todos os participantes da infração, visto que a eleição de apenas um tistaria a conduta do querelante com a marca de vinda privada à qual, evidentemente, a justiça não pode dar guarida.

Não deixa, neste passo, de ser curiosa e até paradoxal a solução dada por nossa lei processual ao problema, procurando conciliar o inconciliável, quando, para resguardar a indivisibilidade, sacrifica o princípio da oportunidade. Com efeito, na chamada queixa-crime, como já salientado, dá-se o fenômeno que, na doutrina, recebeu o nome de substituição processual, pois o ofendido, que não é titular do *ius puniendi*, fica autorizado, por razões que, aqui, não teria sentido discutir, a deduzir a pretensão punitiva. Portanto, caso típico de legitimação extraordinária. Porém, quando do aditamento da queixa, o legitimado ordinário para o exercício do direito de ação (M.P.) volta a assumir a posição de órgão promotor, somando à inicial o nome do co-partícipe que, de forma indevida, fora excluído do processo pelo querelante. Ora, tal tomada de posição importa na propositura da ação penal contra o có-réu não chamado ao processo pelo legitimado extraordinário. Daqui não há fugir.

Tornaghi, examinando o fenômeno processual em tela, salienta que a modalidade de intervenção do Ministério Público na ação privada, por meio do aditamento, faz dele *parte adjunta*, que irá atuar ao lado do querelante, parte principal, estabelecendo, do mesmo passo, nítida distinção entre a posição de parte adjunta, assessora da atividade do querelante, e a de fiscal da lei ⁽³⁾, ambas exercidas pelo Ministério Público naquelas circunstâncias.

Se a distinção que se faz entre ação pública e ação privada reside, única e exclusivamente, na legitimidade para agir, certamente o fenômeno processual ora em exame não recebeu, por parte do legislador, o devido tratamento científico. Diria, mesmo, que a solução encontrada pelo nosso Código é, ontologicamente, absurda, pois, diante da lei, a ação, embora efetivado o aditamento, continua sendo privada, daí advindo uma série de conseqüências práticas.

De fato, ocorrendo o aditamento, passam a figurar como parte autora dois sujeitos, o ofendido (parte principal) e o Ministério Público (parte adjunta), formando um esdrúxulo litisconsórcio penal ativo. Esdrúxulo porque a sorte da lide ficará sempre à mercê da iniciativa do querelante, não podendo o Ministério Público substituir-se à parte principal. Exercendo atividade secundária, não pode evitar que o querelante deixe ocorrer a perempção ou que conceda o perdão ao querelado, mesmo que se trate de réu incluído no processo por força do aditamento.

Talvez, por tratar-se de providência rara de ocorrer na prática, o aditamento não mereceu da doutrina adequado estudo especulativo, nem se costuma ver, nos repositórios de jurisprudência, julgados que espelhem o tema em exame.

5b. Mas não basta criticar o tratamento adotado pelo nosso direito positivo em relação ao aditamento; impõe-se buscar solução adequada para a matéria. A pergunta que, então, se impõe pode ser assim resumida: como conciliar os dois princípios, oportunidade e indivisibilidade, sem assumir defeituosa posição adotada pela nossa lei processual?

Penso, em resposta, que a solução, doutrinária e cientificamente correta, importará em profunda revisão no tratamento legislativo do tema, já que, no meu entender, nos casos de exclusiva ação privada, a não-inclusão na queixa do nome de um dos autores da infração penal deverá importar na renúncia tácita em relação ao partícipe excluído, renúncia que se estenderá a todos os autores da infração penal, com a conseqüente extinção da punibilidade.

Desapareceria, assim, a figura anômala do aditamento por parte do Ministério Público em casos de exclusiva ação privada, cabendo ao juiz, desde que violada a indivisibilidade, julgar extinta a punibilidade pela renúncia, rejeitando a queixa (art. 43, II c/c 49 do C.P.P.).

A queixa haveria de abranger a todos os autores da infração penal ou, desobedecida a indivisibilidade, mereceria rejeição, que,

em última análise, traduziria, para o particular, um castigo pelo sentimento de vingança ou pelo interesse pecuniário demonstrado, incompatíveis com os superiores objetivos da função punitiva do Estado.

Aqui fica a sugestão.

5c. Outra questão interessante, no que tange ao aditamento da queixa, relaciona-se com os limites da providência, pois, a meu ver, a iniciativa só encontra amparo na lei na medida em que protege a observância do princípio da indivisibilidade da ação penal privada em relação a todos os autores do crime, não admitindo qualquer outra iniciativa do Ministério Público no objetivo de ampliar o pedido formulado pelo querelante. É como deixam claro os arts. 45 e 48 do Código de Processo Penal, que não podem ser vistos insuladamente mas, ao contrário, exigem exame conjunto e sistemático. Dessa forma, se o suporte fático da queixa evidenciar a ocorrência de outro crime de ação privada não excogitado na queixa, nem por isso estará o Ministério Público autorizado a promover o aditamento da inicial para, nela, incluir o delito omitido. Tal direito só é conferido ao Ministério Público quando em jogo crime de ação penal pública (art. 384 § Único C.P.P.). Aliás, nem mesmo o juiz poderá pretender que o querelante promova o aditamento da queixa, pena de violar o princípio da oportunidade, norteador da ação privada. Se o fato apurado no sumário é idêntico ao descrito na queixa mas esta o classificou de forma equivocada, o juiz poderá alterar a classificação, ainda que para aplicar pena mais grave, sem que tal importe na violação dos princípios básicos da ação privada, pois, ao deslocar a classificação, age o magistrado em estrita observância ao disposto no art. 383 da lei processual penal básica. Não há falar de punição *in pejus*, pois o querelado tomou a si defender-se da acusação narrada na queixa e não do delito aí capitulado. Não cabe aqui abordar a discutível constitucionalidade do aludido art. 383, atingindo o princípio da ampla defesa protegida pela Lei Maior, defesa que, na realidade, se exercita não somente em relação ao fato narrado mas também e, talvez, principalmente para definição jurídica que o fato mereceu. Seria assumir posição farisaica, não reconhecer tamanha verdade. Porém, o Pretório Maior, ao ferir de passagem a questão, já decidiu que a faculdade a que alude o art. 383 "deve ser causada com cautela" (*).

A esta altura tem pertinência a indagação: e o querelante poderá pretender o aditamento?

A lei não prevê a providência mas nada impedirá que, por interpretação extensiva ao art. 384 § Único do C.P.P., se permita à parte autora aditar a queixa, desde que, em contrapartida, se assegure à defesa o direito de resposta ao aditamento com o consecutivo lógico, daí decorrente, caracterizado pela faculdade da produção de provas.

5d. *Quid iuris* se, embora oferecida queixa, restou evidenciado que o fato narrado constitui crime de ação pública?

Parece-me que, nesse passo, caberá ao Ministério Público manifestar repúdio à queixa, postulando no objetivo da sua rejeição, por carência de ação do particular (art. 43, III C.P.P.). Rejeitada a inicial e decorrido o prazo legal do recurso cabível (art. 581, I C.P.P.) ou improvido o interposto pelo querelante, os autos voltariam com vista ao Ministério Público para apreciar a peça de informação, oferecendo, desde logo, a denúncia ou requisitando a abertura de inquérito policial (art. 5, II C.P.P.). De qualquer forma, não será possível ao Ministério Público substituir, desde logo, a queixa pela denúncia ou por outra qualquer providência, já que, bem ou mal, há um pedido formulado a exigir a devida prestação jurisdicional.

5e. Qual o *modus faciendi* do aditamento?

O Código não traçou normas regulando a forma do aditamento nos diversos momentos em que, dele, se ocupou (arts. 45 e 384 § Único), quer se trate de aditamento em caso de ação pública quer se cogite de aditamento em hipótese de ação exclusivamente privada. Não resta dúvida, porém, que, na sua essência, o ato processual de aditamento deve apresentar-se como uma peça formal, contendo todos os requisitos de uma petição inicial e, pois, revestindo-se das exigências contempladas no art. 41 do Código de Processo Penal. Assim, na petição de aditamento, o Ministério Público deverá indicar o nome do imputado (ou imputados), a qualificação completa ou os esclarecimentos pelos quais possa ele ser identificado, bem como indicar as provas que pretende produzir em prol do que afirma, tudo por força das regras contidas nos arts. 41, 45 e 48 do diploma processual. Desprezível a tomada por termo do aditamento, formalismo, à *outrance*, muito em voga no foro, mas destituído de qualquer sentido técnico e prático. Essencial, sim, será o recebimento do complemento da inicial por parte do juiz, juntamente com a queixa originária, promovendo-se, ao empós, a citação de todos os réus para o fim da formação da relação processual válida.

5f. Pode surgir delicada questão, caso o aditamento venha a ser rejeitado. Cabe recurso contra aquela decisão? Penso que sim, pois aquela providência jurisdicional não se reveste da natureza de mero despacho de expediente, apresentando, o caráter de verdadeira decisão interlocutória terminativa. Resta saber qual o recurso cabível, questão que, *a vol d'oiseau*, pode parecer despida de maior dificuldade mas que, ao contrário, exige algumas considerações. A resposta intuitiva para a indagação indicaria que o recurso adequado vem gizado no art. 581, I do Código de Processo Penal. Mas cumpre ponderar que os casos de recurso inominado são, todos eles, de direito estrito, não admitindo, em consequência, a possibilidade de invocação à analogia. *Eliezer Rosa* (²), percorrendo *ex professo* sobre o tema, refuta a possibilidade de haver aplicação analógica,

"estendendo-se a hipótese legal à hipótese concreta não prevista literalmente". E acrescenta: "a vantagem ou desvantagem de um recurso casuista, de número fechado, está exatamente em não permitir aplicação analógica. Aliás, deixaria de ser recurso típico, estrito. O elenco legal é taxativo e obrigatório. E por ser obrigatório e taxativo é que não deve o juiz indeferir nenhum recurso que realize a tipicidade legal. Não deve e não pode legalmente indeferir. A matéria de cabimento de recurso de casuismo legal não admite interpretação. Ou está na lei ou não está. Não há ampliação possível a outros casos". A lição é perfeita. Na verdade, de duas uma: ou o recurso está na lei ou não está; *tertius non datur*. Sem embargo daquelas considerações, *Espínola Filho* ⁽⁵⁾ sustenta a possibilidade de ampliação, por analogia, dos casos de recurso em sentido estrito, fazendo, inclusive, referência à observação de *Borges da Rosa* no sentido de que a enumeração é taxativa quanto ao espírito do texto legal mas não quanto às suas expressões literais, de sorte que embora o novo caso não se subsuma, de forma exata, aos enumerados na lei, deve ser admitido desde que se identifique com a finalidade de qualquer uma das hipóteses indicadas no texto legal. Assim sendo, embora não prevista a rejeição o aditamento da queixa no elenco do art. 581 da lei processual, teria cabimento, por auto-integração analógica da norma, a interposição do recurso com base no inciso I. A lacuna da lei ficaria preenchida por meio de norma homogênea, isto é, advinda do mesmo estatuto processual. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por sua Primeira Câmara Criminal ⁽⁷⁾, seguindo tal orientação, em hipótese semelhante, firmou o cabimento do recurso em sentido estrito contra o indeferimento da modificação (*sic*) da queixa, visando a tornar mais grave a acusação por meio de nova definição jurídica. Portanto, para os que admitem como não pros-crita a ampliação por analogia dos casos de recurso em sentido estrito, a dificuldade estaria superada.

Porém, como ficam os que, em relação ao tema, se contrapõem àquele entendimento?

Parece-me que a lei processual penal dá recurso adequado para a espécie, ao conceder apelação contra as decisões definitivas ou com força de definitivas proferidas por juiz singular, nos exatos termos do art. 593, II.

Dada a natural dúvida que a matéria suscita, o uso de um ou de outro remédio processual não deverá acarretar prejuízo para o sucumbente, amparado, de qualquer modo, pela regra do art. 579, cabendo ao juiz, desde que reconheça a impropriedade do recurso interposto, mandar processá-lo de acordo com o rito do recurso cabível, por meio da conversão do recurso impróprio no próprio, como o permite o princípio da fungibilidade.

5g. Cumpre, agora, perguntar: o Ministério Público fica obrigado a aditar a queixa desde que em jogo o resguardo do princípio da indivisibilidade?

Tornaghi (*), com a segurança do seu saber, ensina que “a lei dá ao Ministério Público a *faculdade*, não o dever de aditar”, daí dizer o art. 45 da lei dos ritos que a queixa *poderá* ser aditada. Em que pese o respeito que me merece a opinião do precursor da sistematização científica do processo penal brasileiro, penso que o art. 45 padece de dicção imprópria, não podendo ser visto insuladamente mas sim em cotejo com o art. 48 do Código de Processo Penal que *obriga* o Ministério Público a velar pela indivisibilidade da ação penal. Ora, se a queixa contra qualquer dos autores do crime *obrigará* ao processo de todos e o Ministério Público *velará* pela sua indivisibilidade, é evidente que o caráter imperativo da norma não dá opção àquele órgão do Estado, que, sempre que violado o princípio da indivisibilidade, deverá aditar a queixa.

5h. O prazo para o aditamento da queixa, conforme soa o art. 46 § 2.º, será de três dias, contado da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos com vista (art. 800 § 2.º C.P.P.), não se computando o dia do começo mas incluindo-se o do vencimento (art. 798, § 1.º C.P.P.). Tratando-se de prazo de natureza processual, não se pode incluir, no cômputo do prazo, o dia do começo, tal como se dá quando da aplicação da lei penal material. (Art. 8 C.P.). Nada impede, evidentemente, que leis extravagantes estabeleçam outros prazos para aditamento, como ocorre, por exemplo, com a Lei de Imprensa (Lei n.º 5.250 de 09-2-67), em que a providência pode ser tomada dentro em 10 dias. (Art. 40 § 3.º).

É interessante observar que a lei penal instrumental, na fase procedimental referida no art. 46 § 2.º, contenta-se com o silêncio do Ministério Público que, a rigor, pode deixar escoar o prazo sem emitir qualquer parecer, limitando-se a devolver os autos ao escrivão, desde que entenda desnecessário qualquer pronunciamento a respeito da queixa, quer em relação ao aditamento quer em relação a outras questões processuais.

O prazo para aditamento, segundo penso, é de preclusão forte; vale dizer: decorrido o tríduo estabelecido na lei processual (art. 46 § 2.º), fica o Ministério Público impedido de aditar a queixa.

Pode ocorrer, no entanto, que *novos* fatos apurados na instrução indiquem a necessidade do aditamento. Agora, em face da revelação de novos dados, fica o Ministério Público autorizado a aditar a queixa, já que resta de pé o preceito contido na norma do art. 48 da lei processual penal. O aditamento, nestas circunstâncias, importará no refazimento dos atos de instrução já praticados, sem prejuízo da realização de outros atos de instrução probatória decorrentes do acréscimo.

Torna-se evidente que a medida será impossível caso o processo já tenha sido objeto de sentença final, embora não definitiva. Nessa emergência só restará, como único remédio capaz de resguardar a indivisibilidade, a instauração de novo processo pelo querelante caso não tenha ocorrido a extinção da punibilidade.

Agora, segundo entendo, somente o querelante pode, como parte principal, propor nova ação perante o mesmo juiz, já que a lei só dá ao Ministério Público o direito de aditar a queixa já proposta, atuando como parte adjunta, mas não lhe concede qualidade para propor ação penal privada, como parte principal, por falta de legitimidade *ad causam* ativa. Caso o querelante não promova a ação contra o co-partícipe excluído da primeira demanda, restará violado o princípio da indivisibilidade da ação penal, que a lei, com tanto cuidado, buscou resguardar.

5i. No Projeto de Lei n.º 633/75, relativo ao Código de Processo Penal, ora em fase final de exame pelo Congresso Nacional, o aditamento apresenta algumas novidades. Assim, é permitido o acréscimo da queixa quando aplicável medida de segurança ou pena indeterminada (art. 268 § 1.º), indicando, ainda, o art. 271 que o aditamento deverá revestir-se dos mesmos requisitos de uma inicial (art. 265), no que for aplicável. Merece elogio a redação do art. 268 do Projeto quando salienta que nos crimes de ação privada, o juiz, depois de ser-lhe apresentada a queixa, mandará ouvir o Ministério Público para aditá-la *ou requerer o que entender conveniente*. Como já assinalado (Cf. n.º 4), não constitui única finalidade da vista ao Ministério Público, nesta fase, o aditamento ou não da queixa, tal como consta da defeituosa redação do Código em vigor (art. 46 § 2.º). Corrige-se, dessa maneira, a fórmula incompleta da atual lei processual penal. Outra singularidade do Projeto consiste em ampliar o prazo de que disporá o Ministério Público para requerer providências (aditamento ou qualquer outra cabível), fixado, em 5 (cinco) dias (art. 268).

6. Ficou dito, no início do presente estudo, que a atuação do Ministério Público, ao estudar a inicial, não se restringe ao eventual aditamento da queixa (Cf. n.º 4), mas que, ao contrário, muito diversificada poderá ser sua atividade nesta fase do procedimento em que uma série de outros temas estão a exigir seu pronunciamento. De fato, compete-lhe, como fiscal da lei, examinar, nessa ocasião, os pressupostos processuais, as condições da ação, o suporte fático da queixa, o aspecto formal da inicial (art. 41 C.P.P.) e a instrução do pedido, manifestando seu parecer, conforme o caso, a respeito de cada uma dessas questões. É certo que se nada tiver a argüir bastará apor o seu *nihil obstat*, sem necessidade de analisar, em promoção fundamentada, cada um dos temas que foram objeto de seu estudo. É comum, na praxe forense, afirmar a Promotoria, naquela oportunidade, que “nada tem a aditar à queixa”, fala que, mais uma

vez insisto, não me ressabe adequada, pois incompleta, retratando uma atuação atrofiada do Ministério Público nesta fase do procedimento, tendo em vista o número infindável de assuntos da maior relevância, para o desenvolvimento regular da instância, que foram objeto de estudo.

7. Incumbe, em primeiro lugar, ao Ministério Público, examinar os pressupostos processuais cuja falta pode comprometer a relação processual, impedindo-a de nascer, quando ausente um pressuposto de existência, ou viciando-a, se faltar um pressuposto de validade da instância, apontando, desde logo, ao magistrado, a nulidade e indicando, conforme o caso, o caminho a seguir e a solução cabível.

Ausente uma das condições da ação, só restará ao Ministério Público opinar pela rejeição da queixa, em face da carência de ação do autor (Art. 43 C.P.P.).

Se a falta guardar relação com o aspecto formal da petição inicial (art. 41 C.P.P.), caberá ao Ministério Público, apontando as omissões, requerer sejam elas supridas, muito embora tais omissões não se apresentem como impeditivas do recebimento da queixa, pois, a todo o tempo, antes da sentença final, poderão ser supridas (art. 569 C.P.P.). Averbe-se que o dispositivo em questão não trata da queixa inepta mas da inicial omissa em ponto secundário, pois, no primeiro caso, não há falar em sanatória, impondo-se rejeição liminar da inicial.

Em jogo o suporte fático da queixa, deverá o Ministério Público observar, sem grande profundidade, se a inicial guarda compasso com a instrução probatória que lhe serve de base, salvo, é evidente, quanto a diligências que devam ser realizadas no juízo criminal. Aqui, não haverá necessidade de maior rigor, pois a instrução criminal que se produzirá em juízo colherá todos os esclarecimentos necessários para a realização de um julgamento justo, complementando-se ou não as eventuais deficiências de prova até a prolação da sentença.

No que respeita à instrução do pedido, a exigência mais comum, nesta fase, consiste na necessidade da regularização formal do mandato, que, em se tratando de queixa, deve obedecer às regras do art. 44 da lei processual penal. No mandato, além dos poderes especiais conferidos ao procurador, que deve possuir habilitação técnica, torna-se imprescindível a menção do fato havido como criminoso (não a classificação do crime), providência que visa a acautelar o mandatário dos riscos da prática do crime de denúncia caluniosa (art. 339 C.P.), sem falar na eventual responsabilidade civil a que estaria obrigado, caso não estivesse acobertado pelos termos da procuração. O querelante, caso não seja advogado legalmente habilitado, deverá constituir patrono para promover a ação penal. Ser-lhe-á lícito postular em causa própria desde que tenha habilitação legal ou, se for o caso, quando, no lugar, não houver advogado

ou, ainda, no caso de recusa ou de impedimento dos que existirem. Aplica-se, por hetero-integração analógica, o disposto no art. 36 do Código de Processo Civil. É preciso ter em conta que são nulos os atos privativos de advogado praticados por pessoas não inscritas na Ordem ou por inscritos impedidos ou suspensos, sem prejuízo das sanções civis ou penais em que incorrerem tais pessoas (art. 76 da Lei 4.215 de 27-4-63).

Caso a parte, por sua pobreza, não disponha de recursos indispensáveis para promover a ação penal ou, mesmo, para constituir advogado, caberá ao juiz providenciar na forma do art. 32 do Código de Processo Penal, gozando o querelante, do mesmo passo, da isenção do depósito de custas (art. 806 C.P.P.), desde que, evidentemente, comprove a sua pobreza. Em nosso Estado, cabe à Defensoria Pública, órgão de atuação da Assistência Judiciária, propor a ação penal privada nos casos em que a parte for juridicamente necessitada (art. 22, VII da Lei Complementar n.º 06 de 12-5-77).

8. Pode ocorrer que a peça de informação chegada ao conhecimento do Ministério Público demonstre a ocorrência de duas infrações penais conexas, uma perseguível por ação pública e outra com sua persecução criminal dependente de ação privada. Sabemos, outrossim, que a conexão importa em unidade de processo e de julgamento (art. 79 C.P.P.). Porém, na hipótese, as duas infrações só seriam reunidas em um mesmo processo e encontrariam deslinde em única sentença, caso o titular da ação privada resolvesse vir a juízo promover a persecução criminal, ocorrendo, então, cumulação de ações.

Aliás, no caso formulado, dada a diversidade de princípios que regem as duas ações, pública e privada, melhor seria que o juiz, usando da faculdade que lhe assegura o art. 80 da lei dos ritos, determinasse a separação dos processos. Julgo ser este o melhor caminho a seguir, visando a não prejudicar o andamento da ação pública.

9. Nas infrações penais perseguíveis por ação privada, pode o interessado requerer a abertura de inquérito (art. 5 § 5.º C.P.P.), formalizando o requerimento de acordo com o disposto no art. 5 § 1.º da lei instrumental penal. Pois bem: concluído o inquérito e remetido ao juiz natural do feito, devem os autos permanecer em cartório, aguardando a iniciativa do interessado (art. 19 C.P.P.). No foro é comum, em tais casos, remeter-se o procedimento com vista ao Ministério Público, providência que, no meu entender, não tem qualquer sentido técnico, já que o Ministério Público nada tem a promover em relação ao feito. Porém, se de um lado a praxe não se apresenta revestida da melhor técnica processual, de outro, apresenta a vantagem de permitir, desde logo, o exame da peça de informação por parte do Ministério Público, ensejando, inclusive, o início de atos de persecução criminal caso se verifique a existência

de infração penal de ação pública conexa. De qualquer forma, se a iniciativa do interessado não se fizer sentir no prazo de decadência (ou ocorrendo outra causa de extinção da punibilidade), caberá ao juiz declarar, de ofício, a extinção da punibilidade (art. 61 C.P.P.), caso, antes, o indiciado ou o próprio Ministério Público não hajam postulado aquela medida.

10. Merece exame especial a posição do Ministério Público em relação à questão de mérito ventilada no processo. Em outras palavras: deve o Ministério Público limitar sua atividade ao exame do aspecto formal da ação penal privada ou opinar, também, a respeito do mérito?

Chamado a atuar na queixa como fiscal da lei, sua participação, como órgão interveniente, deve ser a mais ampla possível, propiciando a ocasião de examinar não apenas os incidentes de forma mas, igualmente, o mérito do pedido.

Aditando ou não a queixa, quando convocado a officiar em alegações finais, preocupado com a correta aplicação da lei e com a restauração da ordem jurídica violada, o Ministério Público deve, igualmente, manifestar seu parecer a respeito do mérito. Aliás, mesmo quando exercita a ação penal pública, o Ministério Público atua como órgão do Estado voltado, exclusivamente, para a correta aplicação da lei, pois o Estado não tem qualquer interesse na condenação ou na absolvição do réu. O único objetivo do Estado é o da realização de justiça. Daí a distância que o Ministério Público guarda em relação às partes da relação jurídica material (imputado e ofendido). Assim também na queixa. Participando da contradição posta em juízo por outros (querelante e querelado), o Ministério Público deve empenhar-se, ao lado do organismo jurisdicional encarregado de entregar a prestação jurisdicional, no escopo comum da correta atuação da lei no caso concreto.

Aliás, no campo do processo civil, outra não é a posição do Ministério Público quando atua, em favor do interesse público, na qualidade de fiscal da lei, sem qualquer vinculação que não a de resguardar a neutralidade do juiz, figura central do processo e sujeito *più eminente* da relação processual, no sábio dizer de *Manzini* (⁹). Intervindo daquela maneira, terá vista dos autos depois das partes (art. 83, I C.P.C.), opinando sobre o mérito da maneira que lhe parecer mais justa.

Por que, nos casos de exclusiva ação privada, onde em jogo a liberdade individual, haveria o Ministério Público de restringir sua atuação ao campo, apenas, das questões processuais?

Assim, segundo penso, em alegações finais o parecer do Ministério Público deve ser abrangente de toda a matéria discutida, incluindo o mérito, questão principal.

Ainda aqui, o Código em vigor não concedeu tratamento adequado ao Ministério Público, mostrando-se distante da real posição que aquele órgão do Estado desempenha na ação penal privada. De fato, ao tratar do processo comum, estabeleceu regra segundo a qual, nos processos por crime de ação privada, o Ministério Público terá vista dos autos depois do querelante (art. 500 § 2.º). Esta, em consonância com o que ficou dito, não pode ser a melhor posição, pois, atuando como fiscal da lei, o Ministério Público, tal como dispõe a lei instrumental civil (art. 83, I), deveria, necessariamente, officiar após a fala do querelado.

11. A falta de intervenção do Ministério Público nos casos em que se procede somente mediante queixa acarreta nulidade para o processo?

Haverá nulidade, é fora de dúvida, quando não se der 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* (art. 564, III d C.P.P.). Assim mesmo, em casos que tais, cogita-se de nulidade relativa, sujeita a sanção, caso não argüida em tempo hábil (art. 572 C.P.P.). Aqui, como em tantas outras oportunidades, não seguiu o atual Código o melhor caminho, mostrando visível contraste com a posição tomada no atual Código de Processo Civil, que elevou à categoria das nulidades absolutas a falta de participação do Ministério Público no feito em que deva intervir (arts. 84 e 246 C.P.C.).

Este, no entanto, não é o objeto da indagação e se cogitei do tema foi, tão somente, para demonstrar o tratamento descurado que o Ministério Público mereceu no Código Instrumental Penal em vigor.

Mas, sem delonga, volto a inquirir: os preceitos que regem a atuação do Ministério Público na ação privada apresentam-se como normas perfeitas?

A resposta não se reveste de tranqüilidade, pois dependerá da posição assumida pelo estudioso do problema em relação ao tema das nulidades no processo penal. *Tourinho* ⁽¹⁰⁾ é de parecer que em processos dessa natureza não há falar em nulidade pela omissão caracterizada pela não intervenção do Ministério Público. Mas acrescenta, em demonstração de certa perplexidade, que "poder-se-á dizer que a nulidade estaria prevista no item IV do art. 564, muito embora sanável". Mas, justamente aí, a questão torna-se polêmica, pois grande parte da doutrina espousa entendimento no sentido de que a nulidade ocorrerá somente quando for omitida alguma formalidade substancial relativa a ato essencial do processo e tais atos viriam catalogados no inciso III do art. 564. Na verdade, parece difícil admitir que a omissão de um ato não essencial deixasse de ser erigida à categoria de nulidade para constituí-la a simples omissão de formalidade a ele inerente. Assim sendo, por não se encontrar referida

no elenco do inciso III do art. 564, a falta de intervenção do Ministério Público, nos casos em que somente se procede mediante queixa, poderia ser vista, quando muito, como mera irritualidade, surgindo, assim, como normas imperfeitas os preceitos legais que regulam a atuação do Ministério Público naquelas hipóteses.

Abra-se exceção para os crimes de imprensa onde o tema não suscita dúvidas, pois a lei, expressamente, considerou obrigatória a intervenção do Ministério Público em todos os processos por abuso de liberdade de imprensa, ainda que privados (art. 40 § 2.º da Lei 5.250 de 9-2-67).

12. *Last but not least*, algumas observações pertinentes à legitimidade e ao interesse que o Ministério Público possa ter em recorrer nos casos de exclusiva ação privada. O tema, para melhor análise, precisa merecer enfoque em função do que ficou assinalado (*supra* n.º 3) a respeito da posição que o Ministério Público assume na relação processual em tais hipóteses assim como em face do pronunciamento de mérito que venha a emitir em alegações finais (*supra* n.º 10). Se absolutória a sentença, aditando ou não a queixa, não me parece possível tenha o Ministério Público qualquer interesse na reforma do julgado. Cabe ao querelante, sucumbente, usar do recurso voluntário próprio (art. 593, I.C.P.P.), caso pretenda a reforma da sentença proferida no primeiro grau de jurisdição. Assinale-se que a situação não muda de natureza inda que, em finais, tenha o Ministério Público, secundando o querelante, opinado no sentido da procedência do pedido. É fácil explicar tal posição doutrinária, partindo do princípio segundo o qual o Estado, nos casos de exclusiva ação privada, só exerce o direito de punir se o interessado direto (ofendido) o quiser. Assim como, pelo princípio da oportunidade, o interessado poderia não ter exercido o direito de queixa, fica à mercê do querelante desistir da queixa, por força, agora, do princípio da disponibilidade, perdendo o querelado ou deixando ocorrer a perempção da ação penal. Por via de consequência, fica ao sabor do querelante deixar transitar em julgado a sentença favorável ao réu. A lei, por sinal, vai bem mais longe, ao permitir o perdão mesmo após a sentença condenatória desde que anterior ao trânsito em julgado. (Art. 107 § 3.º C.P.).

Portanto, seria verdadeira aberração admitir-se o apelo do Ministério Público contra a sentença absolutória em caso de ação privada, por falta de interesse do Estado em ver punido o réu. É conclusão lógica, que deflui dos princípios informadores da ação penal privada.

Nada obstará, no entanto, que, havendo recurso do querelante, o Ministério Público junto ao primeiro grau de jurisdição, manifeste livremente seu parecer, quando chamado a oferecer razões (art. 600 § 2.º), podendo, inclusive, opinar em favor do provimento da apelação interposta pelo querelante.

Diversa será a situação quando se tenha que examinar a sentença condenatória. Formule-se a hipótese de o Ministério Público, em sua fala, por ocasião das alegações finais, entender que o querelado merece absolvição; o juiz, discordando, prolata sentença condenatória e o querelado, por fás ou por nefas, deixa de interpor recurso. Em tal caso, com ou sem aditamento da queixa, o Ministério Público, como órgão do Estado fiscal da correta aplicação da lei, tem manifesto interesse na reforma da decisão que lhe parece injusta, coerente, aliás, com o pronunciamento emitido por ocasião das alegações finais. Não colhe o argumento que, não sendo o Ministério Público parte na relação processual que se desenvolveu, careceria de legitimidade para recorrer. A objeção reveste-se de fragilidade pois, como pretendo haver demonstrado, em caso de aditamento, o Ministério Público não se limita a atuar como *custos legis*, mas, pelo impulso processual que dá à queixa, nela incluindo um novo querelado, assume, de forma inequívoca, a posição de parte. Demais disso, a clássica conceituação Chiovendiana ⁽¹¹⁾ de parte ["aquele que demanda em seu próprio nome (ou em cujo nome é demandada) a atuação duma vontade da lei, e aquele em face de quem essa atuação é demandada"], se bem que dominante na doutrina, vem sofrendo ampliação, partindo dos estudos de Liebman ⁽¹²⁾, que, ao examinar a atuação do Ministério Público como órgão interveniente, vislumbra naquela situação *"una posizione molto vicina a quella di una parte"*. Partindo da observação do eminente Professor da Universidade de Milão, José Fernando da Silva Lopes ⁽¹³⁾, ilustre Promotor Paulista, na premiada monografia "O Ministério Público e o Processo Civil", defende opinião que o Ministério Público é sempre parte, embora sujeito processual que intervém num processo formado entre outros, pois quem participa do processo, desfrutando de um complexo de direito e faculdades que vão influir no julgamento do mérito, é parte. E conclui, repetindo Allorio, *"perchè codesto nuovo soggetto che s'immette nel processo è, indubbiamente, parte, dato che fa quel che le parti solamente, non il giudice, possono fare"*. Dessa forma, dentro de uma conceituação ampla, o Ministério Público, muito embora atuando como mero fiscal da lei, poderia ser visto como parte e, pois, teria qualidade para recorrer. Porém, prescindindo da discussão doutrinária a respeito do conceito de parte, merece lembrança o fato de que a própria lei processual confere ao ofendido, terceiro que não foi parte na relação processual, o direito de apelar (art. 598 C4P.P.). É o fenômeno processual que, na doutrina, à falta de melhor designação, recebeu o nome de sucumbência reflexa. Ora, na realidade, o terceiro, por não haver integrado a relação jurídica processual, não sofreu qualquer gravame mas, no entanto, tem interesse em recorrer.

Mutatis mutandis, aqui também o Ministério Público, mesmo atuando como fiscal da lei, mesmo que lhe seja negada a qualidade de parte na relação jurídica processual, pode e deve recorrer contra a sentença condenatória ilegal ou injusta. Como salienta o Professor Paulo Cezar Pinheiro Carneiro ⁽¹⁴⁾, sem favor um dos novos valores mais expressivos do *Parquet* do Rio de Janeiro, ao examinar a legitimidade e o interesse do Ministério Público em recorrer de sentença condenatória, "se o Ministério Público pode antes da sentença condenatória interpor *habeas corpus*, pedir absolvição em alegações finais e, depois de transitada em julgado a sentença condenatória, requerer revisão criminal, por que no curso do processo, isto é, após a sentença do primeiro grau, não pode recorrer para a exata e correta aplicação da lei, que nada mais é que um dever do órgão?"

A observação, que me parece perfeita, vem mostrar, agora, que não estamos no campo da mera especulação doutrinária; ao contrário, a própria interpretação sistemática da lei só pode levar à conclusão de que o Ministério Público dispõe de interesse para recorrer em favor do réu, desde que a sentença condenatória traduza ilegalidade ou injustiça.

No processo civil, corrigindo-se lamentável omissão do Código de 1939, o Ministério Público dispõe, hoje, de legitimidade para recorrer "assim no processo em que é parte, como naqueles em que oficiou como fiscal da lei" (art. 499 § 2.º).

Por que não cogitou o Projeto de incluir no texto do futuro Código de Processo Penal dispositivo idêntico ao da atual lei instrumental civil, acabando, de uma vez por todas, com a polêmica que a matéria suscita?

É outra sugestão que teria a apresentar em prol do aperfeiçoamento do novo estatuto processual.

O tema comporta amplo estudo, superando os limites do presente trabalho, onde é visto apenas como um dos aspectos do campo de atuação do Ministério Público na ação privada.

13. Perdoe-me o leitor eventual e paciente. Já vão longas estas linhas, prolongando-se, talvez, além do razoável. É que voltadas, antes de tudo e sobretudo, para o estudo de temas processuais relegados ao esquecimento, em parte como decorrência natural do deficiente tratamento legislativo que mereceram, de outra parte fruto da raridade de incidência de algumas das questões aqui ventiladas. Todas elas, não há negar, do maior interesse para o estudioso do processo penal.

BIBLIOGRAFIA

- (1) **Cfr.** "Código de Processo Penal Brasileiro Anotado", Eduardo Espínola Filho, vol. 1, pág. 438, Editor Borsoi, Rio, 1965.
- (2) **Cfr.** "Processo Penal, Fernando da Costa Tourinho Filho, 1º volume, pág. 380, 2ª edição, Editora Jalovi, São Paulo, 1975.
- (3) **Cfr.** "Comentários ao Código de Processo Penal", Helio Tornaghi, vol. I, Tomo II, págs. 91/92, Forense, 1956.
- (4) **Cfr.** "Jurisprudência Criminal", Heleno Cláudio Fragoso, pág. 192, nº 266, Forense, Rio.
- (5) **Cfr.** "Dicionário de Processo Penal", Eliézer Rosa, pág. 179, "Editora Rio", 1975.
- (6) **In op. cit.**, vol. 6, pág. 77.
- (7) **Apud.** "Código de Processo Penal Brasileiro Anotado", Eduardo Espínola Filho, vol. 6, pág. 90, Editor Borsoi, Rio, 1961.
- (8) **In op. cit.**, pág. 91.
- (9) **Apud.** "Manual de Direito Processual Civil", José Frederico Marques, vol. 1, pág. 172, Edição Saraiva, 1974.
- (10) **In op. cit.**, vol. I, pág. 381.
- (11) **Cfr.** "Instituições de Direito Processual Civil", Giuseppe Chiovenda, vol. II, pág. 234, Edição Saraiva, São Paulo, 1969.
- (12) **Apud.** "O Ministério Público e o Processo Civil", José Fernando da Silva Lopes, pág. 78, Edição Saraiva, São Paulo, 1976.
- (13) **In op. cit.**, págs. 78/79.
- (14) "Ministério Público. Legitimidade e Interesse em recorrer de sentença condenatória", Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, In "Revista de Direito Penal", nºs 19/20, pág. 119.