

A DESNECESSIDADE DA INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AÇÃO PENAL PRIVADA

FREDERICO RANGEL DE ALBERNAZ *

SUMÁRIO: 1. Apresentação do tema. 2. Alguns aspectos do sistema processual penal brasileiro. 3. A ação processual penal privada. 4. O Ministério Público e a ação processual penal privada. 5. A desnecessidade da intervenção do Ministério Público na ação processual penal privada. 6. A exceção: ação processual penal privada subsidiária da pública. 7. Racionalização da intervenção do *Parquet* na seara criminal? 8. Conclusão. 9. Referências Bibliográficas.

1. APRESENTAÇÃO DO TEMA

A ação processual penal privada tem sido objeto de abordagem frequente em diversos estudos no campo do direito processual penal, notadamente após o advento da Constituição da República de 1988, não só em razão da importância do tema mas também em função das questões práticas enfrentadas no cotidiano forense.

Nesse contexto, a própria existência e aplicabilidade de tal instituto vêm sendo debatidas por doutrinadores que contra ele se insurgem, diante de sua essência e da prevalência de interesses preponderantemente privatísticos em um processo penal cuja diretriz democrática exige ser observada.

Todavia, não obstante as críticas à existência da ação processual penal privada, certo é que enquanto não houver inovação legislativa que tenha por escopo modificá-la ou mesmo extingui-la, a sua aplicabilidade deve se sujeitar a algumas modificações decorrentes da ótica do sistema acusatório consagrado em nossa Constituição.

* O autor é Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

O célebre Juiz norte-americano OLIVER WENDELL HOLMES JR., integrante da Suprema Corte dos Estados Unidos da América no início do século passado, asseverou, com muita propriedade, que o direito não pode ser interpretado “como se contivesse unicamente os axiomas e corolários de um livro de matemática. Para saber o que é, devemos saber aquilo que foi e aquilo que ele deve ser”¹.

E exatamente tentando descobrir o rumo que tal instituto tomará é que, após breve enfoque sobre algumas questões ligadas à matéria, abordar-se-á a conveniência e a constitucionalidade da intervenção do Ministério Público na ação penal privada.

2. ALGUNS ASPECTOS DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

O sistema processual penal, como conjunto de regras e princípios norteadores da aplicação do direito penal ao caso concreto, pode ser encontrado sob três formas distintas: o sistema inquisitivo (ou inquisitorial), o sistema acusatório e o sistema misto.

Nos sistemas inquisitivo e misto a função do Juiz fica dividida entre a acusação e o próprio julgamento da causa, sendo que enquanto no primeiro a figura do magistrado e do acusador se confundem, neste último o Juiz age de forma ativa durante a investigação, existindo, contudo, órgão distinto encarregado da acusação na fase processual.

Diferente, todavia, afigura-se o sistema acusatório. De início, em sua remota história no processo penal, a imputação de um crime a outro indivíduo era formulada por qualquer pessoa do povo, sistema este denominado pela doutrina de “acusatório privado”.

Atualmente, entretanto, o sistema acusatório moderno, adotado por grande parte dos países democráticos, tem como protagonista uma instituição pública. Em nosso caso, a função de acusar foi entregue, através de diretriz consagrada no inciso I do artigo 129 da Constituição da República, a um órgão do Estado: o Ministério Público. Cabe a este, portanto, o encargo de formular a acusação em um cenário onde as funções de acusar, defender e julgar são conferidas a sujeitos processuais distintos.

Não podemos desprezar, todavia, a necessária menção à existência em nosso ordenamento processual penal de resquícios do sistema inquisitivo como, por exemplo, a requisição de instauração de inquérito policial pela

1. HOLMES JR., Oliver Wendell. *“The Common Law”*. New York, Dover, 1991, pág. 1.

autoridade judiciária, a requisição direta de diligências à Autoridade Policial pelo Juiz ou mesmo a decretação de ofício da prisão preventiva (art. 5º, inciso II, art. 13, inciso II e art. 311, respectivamente, todos do Código de Processo Penal), dentre outros, dispositivos estes não recepcionados neste particular pela Constituição Federal de 1988.

Inobstante os resíduos inquisitoriais existentes na lei de ritos, resta evidente que o legislador brasileiro optou no processo penal pelo sistema acusatório, conforme se vislumbra, por exemplo, através da simples leitura do artigo 28 do Código de Processo Penal que, ao disciplinar o arquivamento do inquérito policial e das peças de informação, confere à instituição do Ministério Público a decisão, em última análise, sobre o arquivamento ou o oferecimento de denúncia.

O sistema acusatório eleito pelo Código de Processo Penal foi, assim, purificado pela Constituição da República quando esta, em seu artigo 129, inciso I, conferiu ao Ministério Público, privativamente, sob a forma de verdadeiro monopólio, a função de promover a ação penal pública de natureza condenatória.

O Ministério Público não atua, na ação penal pública, como órgão exclusivamente acusador ou como perseguidor da vingança pública. Conforme ensina ALEXANDRE VIANA SCHOTT “é inadequado afirmar que o Ministério Público postule *pretensão punitiva* quando da propositura da ação penal, em nome do Estado.” A sua pretensão na ação penal, para referido autor, é *acusatória*. E prossegue, afirmando que o intuito do Ministério Público é valer-se “do processo como instrumento seguro e adequado para a aplicação do Direito Penal, não podendo servir de instrumento para a satisfação de pretensão punitiva do Estado, mas para a de concretizar a missão do Direito Penal”².

Neste sentido, inclusive, há quem entenda que o Ministério Público, ao elaborar e oferecer a denúncia, não deve fazer dela constar pedido expresso de condenação, o que somente poderia o *Parquet* postular na apresentação de suas alegações finais, quando houvesse prova para tanto. Para quem assim entende, deve o Promotor de Justiça na inicial acusatória, requerer a submissão do denunciado ao devido processo legal³.

Diferentemente da ação processual penal pública, onde a função de acusar é atribuída ao Ministério Público, vislumbra-se a existência da ação processual penal de iniciativa privada, onde o exercício de tal função foi conferido ao particular, mais especificamente ao ofendido.

2. SCHOTT, Alexandre Viana. “*Ação Penal (Privada) em Face da Institucionalização do Conflito*”. Juruá Editora, 2008, p. 95.

3. Neste sentido, MAIA NETO, Cândido Furtado, “*O Ministério Público e o princípio da presunção de inocência – Justiça penal democrática e respeito às garantias fundamentais da cidadania*” In: Revista de Estudos Criminais, 2004, n. 15, pág. 90.

3. A AÇÃO PROCESSUAL PENAL PRIVADA

Embora possamos considerar o caráter público da relação processual decorrente do exercício da pretensão penal, em razão de encontrar-se seu titular diante do Estado-Juiz, nem sempre será o Ministério Público o titular da ação processual penal. Há determinados casos, assim, em que o legislador brasileiro entendeu por bem atribuir ao particular o exercício dessa ação.

Neste sentido, não obstante a existência de sua previsão expressa em nossa lei de ritos, afigura-se oportuno destacar que a ação processual penal privada não está prevista na Constituição Federal de 1988, onde somente são encontradas duas espécies de ação penal condenatória: a ação penal pública (artigo 129, inciso I) e a ação penal *privada* subsidiária da pública (artigo 5º, inciso LIX), que tem inegável natureza de ação penal pública.

Após este necessário esclarecimento, que deve servir de premissa para a conclusão que se pretende com estas linhas alcançar, faz-se conveniente tecer algumas breves considerações acerca do instituto ora comentado.

A nossa legislação de Direito Penal e Processual Penal, elaborada à época da ditadura de GETÚLIO VARGAS, seguindo tendência anterior, prevê expressamente a modalidade de ação processual penal privada, orientada, dentre outros, pelos princípios da oportunidade ou conveniência, disponibilidade, indivisibilidade e intranscendência.

FERNANDO CAPEZ conceitua a ação penal privada como “aquela em que o Estado, titular exclusivo do direito de punir, transfere a legitimidade para a propositura da ação penal à vítima ou a seu representante legal”⁴.

A legitimidade que o ofendido possui, portanto, é extraordinária, eis que ao exercer o direito de queixa atua como substituto processual, defendendo um interesse alheio (pretensão do Estado de punir) em nome próprio.

As justificativas ou fundamentos para a existência da ação processual penal privada, na visão de FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, constituem-se na “tenuidade da lesão à sociedade”, no eminente “caráter privado do bem jurídico tutelado”, assim como no *strepitus iudicii* ou *fori*, ou seja, o escândalo do processo, “que pode ser muito mais prejudicial ao interesse da vítima que a própria impunidade do culpado”⁵. Neste particular, a simples possibilidade da existência de um rumoroso processo criminal pode fazer com que o ofendido prefira manter-se inerte porque, em alguns casos, o mal do processo pode vir a se transformar em um mal maior do que o próprio crime.

4. CAPEZ, Fernando. “Curso de Processo Penal”. Editora Saraiva, 2003, pág. 118.

5. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. “Processo Penal”. Vol. 1, Ed. Saraiva, 27ª edição, 2005, pág. 439.

A doutrina pátria divide a ação processual penal privada em propriamente dita ou exclusivamente privada (maioria dos casos previstos no código, em que o ofendido, seu representante legal ou seus sucessores podem ajuizá-la), personalíssima (hipótese em que a única legitimada é a própria vítima) e subsidiária da pública (decorrente da inércia da acusação pública no prazo legal).

Cumprе observar, no entanto, que não obstante esteja previsto no direito brasileiro, a maioria dos países onde a legislação processual penal se revela, em sua essência, mais moderna, não contempla a existência de tal instituto, como é o caso, por exemplo, dos Códigos de Processo Penal da França, Bélgica e Itália, eis que, conforme ensina JOÃO JOSÉ LEAL, a "tendência moderna é no sentido de se estatizar completamente esta função"⁶.

Neste particular, cumpre observar que parte da doutrina vem se insurgindo, já há bastante tempo, contra a iniciativa do ofendido na ação penal. JOÃO JOSÉ LEAL, ao mesmo tempo em que sugere a extinção da ação processual penal privada, destaca os diversos inconvenientes deste tipo de ação como, por exemplo, a "versão moderna da vingança privada, o que se constitui numa incoerência perante a ciência jurídica atual; a inaptidão do ofendido para promovê-la de forma adequada; impunidade de crimes graves, em virtude de o ofendido, em certos casos, não se interessar em processar o autor do fato delituoso; ausência total de imparcialidade do ofendido, que poderá visar mais os efeitos civis da ação penal do que a efetiva e justa aplicação da sanção criminal"⁷.

E prossegue o autor, asseverando que "por estas irregularidades e nulidades ou pelos incidentes que enseja durante o processo, torna-se totalmente inconveniente a ação penal privada, que não mais se coaduna com os princípios modernos do processo penal"⁸.

E é exatamente em razão das incoerências trazidas por este instituto que ALEXANDRE VIANA SCHOTT, em sua recente e primorosa obra sobre o assunto, afirma que "a ação penal exclusivamente privada é inconstitucional, porque em face da institucionalização do conflito no Estado Democrático de Direito, não se tem este poder discricionário de, ao mesmo tempo, tipificar uma conduta como sendo crime e disponibilizar da ação penal, tornando-a facultativa e subordinada aos motivos da vítima"⁹.

6. LEAL, João José. "A extinção da ação penal privada." In: Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, 1994, vol. 23, pág. 197.

7. LEAL, João José. A extinção da ação penal privada, cit..., pág. 191.

8. LEAL, João José. A extinção da ação penal privada, cit..., pág. 196.

9. SCHOTT, Alexandre Viana. Ação Penal (Privada) em Face da Institucionalização do Conflito, cit..., pág. 199.

4. O MINISTÉRIO PÚBLICO E A AÇÃO PROCESSUAL PENAL PRIVADA

O Ministério Público atua na ação processual penal privada como fiscal da lei, tal como o permite o artigo 257 do Código de Processo Penal. A intervenção do Ministério Público apresenta-se, assim, como *custos legis*, tendo a função precípua de velar pelo regular evolver processual existente entre os particulares em litígio. Esta é, inclusive, a regra inscrita no artigo 45 da Lei de Ritos, de onde exsurge que “a queixa, ainda quando a ação penal for privativa do ofendido, poderá ser aditada pelo Ministério Público, a quem caberá intervir em todos os termos subseqüentes do processo”.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, o artigo 48 do Código de Processo Penal estabelece que a “queixa contra qualquer dos autores do crime obrigará ao processo de todos, e o Ministério Público velará pela sua indivisibilidade”.

A regra, portanto, da observância ao princípio da indivisibilidade da ação processual penal justifica, para o legislador de 1940, a intervenção do Ministério Público nos processos originados de queixa-crime. Neste sentido e de acordo com o eminente e saudoso EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, “porque haja, sempre, essa possibilidade de aditamento pelo MP, deve ser-lhe dada imediata vista de toda queixa-crime apresentada”¹⁰.

Assim, pode-se dizer que a *mens legis* que se extrai dos supramencionados artigos 45 e 48 do CPP é a de que o particular, ao valer-se do exercício do direito de ação penal, não pode, ao seu íntimo e exclusivo alvedrio, determinar os critérios de utilização do *jus accusationis*. Deve a acusação, portanto, seja ela privada ou não, abranger todos os participantes de determinada infração penal, até porque, nos termos da precisa lição de SÉRGIO DEMORO HAMILTON, “a eleição de apenas um tismaria a conduta do querelante com a marca de vindita privada à qual, evidentemente, a justiça não pode dar guarida”¹¹.

Neste sentido, relevante se faz mencionar que há quem discuta os efeitos da não inclusão de todos os autores da infração penal na queixa-crime. Não obstante esta seja matéria bastante debatida e palpitante, deixa-se de tecer comentários mais detidos sobre o tema, por razões que escapam ao objetivo do presente trabalho analisar, somente destacando que a doutrina se divide entre aqueles que reputam obrigatório o aditamento pelo *Parquet* para incluir o co-autor ou partícipe, como ensina EUGÊNIO PACELLI OLIVEIRA¹² e aqueles que, a exemplo de FAUZI HASSAN CHOUKR, entendem que se afigura “contrária à estru-

10. ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. “Código de Processo Penal Anotado”, vol. 1, 3ª edição, pág. 438.

11. HAMILTON, Sérgio Demoro. “A Presença do Ministério Público na Ação Penal Privada.” In Revista de Direito da Procuradoria Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 1977, nº 6, pág. 80.

12. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. “Curso de Processo Penal”, 2007, págs. 132 e 133.

tura constitucional a possibilidade do Ministério Público intervir na ação penal privada com atos postulatórios, como o aditamento da inicial para incluir nova pessoa no pólo passivo"¹³. Os doutrinadores que perfilham esta última orientação seguem a linha de raciocínio de SERGIO DEMORO HAMILTON, para quem "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 consequente extinção da punibilidade"¹⁴.

Assim, ressalvado o entendimento daqueles que atribuem, em alguns casos, capacidade postulatória ao Ministério Público na ação processual penal privada, certo é que sua atuação se dá de forma quase exclusiva como *custos legis*, entendimento este que se pode entender oriundo da doutrina de LIEBMAN, para quem a atuação do Ministério Público como órgão interveniente apresenta "*una posizione molto vicina a quella di una parte*"¹⁵.

Certo é, todavia, que conforme será visto com maiores detalhes no tópico seguinte, a intervenção do *Parquet* na ação penal privada marginaliza o órgão do Ministério Público de sua função precípua estabelecida na Constituição Federal de 1988, que é a de titular do monopólio da ação processual penal pública.

Outra questão que também se apresenta relevante, notadamente com vistas ao tema que será abordado no próximo tópico, como verdadeiro "elo de ligação" entre este e aquele, é saber qual a consequência da ausência da intervenção do Ministério Público na ação processual penal privada.

Neste sentido, não obstante haja na doutrina quem entenda que se trata de hipótese de nulidade relativa, como ensina FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, para quem, muito embora sanável, "poder-se-á dizer que a nulidade estaria prevista no inciso IV do artigo 564 do CPP"¹⁶, entende-se, nesta pesquisa, que acertada e precisa é, mais uma vez, a posição de SÉRGIO DEMORO HAMILTON, para quem a falta de intervenção do *Parquet* nos feitos em que somente se procede mediante queixa "poderia ser vista, **quando muito, como mera irritualidade**"¹⁷ (grifo nosso), em razão de não se encontrar no elenco do inciso III do artigo 564 da Lei de Ritos.

13. CHOUKZ, Fauzi Hassan. "Código de Processo Penal - Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial", 2007, 2ª edição, pág. 151.

14. HAMILTON, Sérgio Demoro. "A Presença do Ministério Público na Ação Penal Privada", cit., pág. 81.

15. Apud HAMILTON, Sérgio Demoro, "A Presença do Ministério Público na Ação Penal Privada", cit., pág. 92.

16. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. "Processo Penal", cit., pág. 507.

17. HAMILTON, Sérgio Demoro, "A Presença do Ministério Público na Ação Penal Privada", cit., pág. 91.

5. A DESNECESSIDADE DA INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AÇÃO PROCESSUAL PENAL PRIVADA

Após o advento da nova ordem constitucional, indiscutíveis foram os avanços obtidos pela sociedade com a nova estrutura organizacional do Ministério Público. Neste particular e antes de tratarmos do âmago deste escrito, afigura-se imprescindível tecer alguns comentários, ainda que breves e concisos, sobre a localização do *Parquet* nas Constituições brasileiras anteriores.

De acordo com os artigos 99 e seguintes da Carta de 1937, o Ministério Público se encontrava dentro da estrutura do Poder Judiciário, sendo parte integrante deste.

A Constituição de 1946, por seu turno, alterada pela Emenda Constitucional nº 16 de 26/11/1965, criou um Título próprio para a instituição, retirando-lhe da estrutura do Poder Judiciário, mas mantendo forte “elo de ligação” com este e também com o Poder Executivo, na medida em que a própria Constituição estabelecia que a lei iria organizar o Ministério Público da União junto aos órgãos judiciários federais (artigo 125), também dispondo que o *Parquet* tinha como uma de suas atribuições representar a União em juízo (artigo 126, parágrafo único).

A Constituição de 1967 levou, mais uma vez, a instituição para os quadros do Poder Judiciário, criando, dentro do Capítulo VIII (“Do Poder Judiciário”) a seção IX (“Do Ministério Público”), permanecendo, todavia, com o *Parquet* a representação da União em juízo. Já as Emendas Constitucionais nº 1 de 1969 e nº 7 de 1977 alteraram novamente a organização da instituição, incluindo-a no Capítulo atinente ao Poder Executivo.

Vê-se, assim, que na fase republicana brasileira e até o advento da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público se encontrava situado e pertencia, de forma alternada, dentro dos quadros dos Poderes Executivo ou Judiciário, com verdadeiro revezamento entre ambos.

Importante mencionar, neste particular, que o Código de Processo Penal é da década de 1940, tendo levado em consideração, portanto, a ordem constitucional vigente à época que, conforme acima mencionado, datava de 1937, oportunidade em que o órgão do Ministério Público se encontrava situado na estrutura organizacional do Poder Judiciário.

E nesta linha de raciocínio, pode-se dizer que em razão disso, ou seja, pela ausência de autonomia e independência do Ministério Público nos ordenamentos constitucionais anteriores, nunca se discutiu acerca de sua intervenção na ação processual penal privada, até mesmo porque a persecução penal sempre foi uma atividade desenvolvida pelo Estado.

Sem autonomia e independência, permanecia reservada ao Ministério Público a função de representar o Estado em juízo, devendo atuar em toda a

forma de pretensão acusatória, porque esta se apresentava como atividade estatal.

Assim, enquanto pertencia aos quadros do Judiciário, como fiel escudeiro e verdadeiro braço direito do Juiz, ou na oportunidade em que se encontrava na estrutura do Executivo, responsável pela defesa e representação em juízo deste Poder, justificável poder-se-ia considerar a intervenção do Ministério Público nos processos instaurados a partir de queixa. Confundia-se, portanto, à época, a figura da própria instituição com a do Estado, este sim verdadeiro responsável pela persecução, criminal ou não, como atividade estatal.

Hoje, notadamente após a Constituição Federal de 1988, o Ministério Público se encontra, de forma autônoma e independente, fora da estrutura dos demais poderes, com uma Seção própria dentro do Título que trata da Organização dos Poderes, no Capítulo "Das Funções Essenciais à Justiça", não tendo qualquer subordinação perante aqueles, tendo o inciso I do artigo 129 a ele concedido, na forma de verdadeiro monopólio e como função institucional, o exercício privativo da ação processual penal pública.

A ação processual penal privada trata, em regra, de um meio de solução de conflitos entre particulares, que muitas vezes utilizam o Juízo criminal para verem satisfeitas suas pretensões patrimoniais, não havendo interesse que justifique a intervenção ministerial, sob a óptica constitucional.

A ação processual penal privada, desde a sua gênese e até a sua essência, relaciona-se com uma pretensão acusatória de caráter e interesse predominantemente particulares, com inegável anseio de busca de uma solução para desavença entre os envolvidos.

Na maioria das vezes o exercício deste tipo de ação penal se apresenta como uma manifestação atualizada da vingança privada, onde os valores individuais "são mais profunda e diretamente atingidos do que os valores sociais"¹⁸.

E nesta linha de raciocínio, conforme sustenta JORGE ALBERTO ROMEIRO, trazendo perfeita definição do instituto, a "ação criminal particular é o direito que a lei concede ao ofendido, ou a seu legítimo representante, de demandar, **além da ação civil que lhe compete**, a imposição da pena sobre o delinquente, em consequência da ofensa que lhe fez"¹⁹ (**grifo nosso**).

Na lição de AURY LOPES JÚNIOR, "não podemos é pactuar com o desvirtuamento do processo penal, transformando-o numa via mais cômoda, econômi-

18. LEAL, João José. "A extinção da ação penal privada", *cit.*, pág. 191.

19. ROMEIRO, Jorge Alberto. "Da Ação Penal". 2ª edição, Ed. Forense, 1978, pág. 104.

ca e eficiente (pelo caráter coativo), para obtenção de um ressarcimento financeiro. Ora, para isso existe o processo civil"²⁰.

Nos processos cuja deflagração depende de queixa, o interesse de agir do querelante se confunde, de forma indevida, com o interesse de fato exercido pela vítima, o que afasta a necessidade da intervenção do Ministério Público no feito, eis que sua atuação no processo criminal deve se pautar sempre em prol dos interesses da sociedade como um todo, em detrimento da fiscalização dos interesses exclusivos do ofendido.

Nesse contexto, basta a simples leitura dos crimes objeto de queixa expressos em nosso Código Penal, a fim de que o leitor possa cotejar a atuação ministerial com o instituto da ação processual penal privada, estabelecendo um confronto entre ambos. A totalidade dos delitos cuja iniciativa do processo criminal depende do ofendido tem como pano de fundo, em regra, uma ofensa geradora de um direito de reparação patrimonial.

Deste modo, todos os crimes de ação penal privada previstos no Código Penal seguem esta mesma diretriz. São eles: crimes contra a honra (art. 138, 139 e 140), alteração de limites, usurpação de águas e esbulho possessório (art. 161, § 1º, I e II), dano (art. 163, *caput* e parágrafo único, IV), introdução ou abandono de animais em propriedade alheia (art. 164), fraude à execução (art. 179), crimes contra a propriedade intelectual (art. 184), induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento para fins matrimoniais (art. 236) e exercício arbitrário das próprias razões, quando praticado sem violência (art. 345).

Os antigos "crimes contra os costumes", agora renomeados para "crimes contra a dignidade sexual", não mais se sujeitam à iniciativa do ofendido através de ação penal privada, estando agora sujeitos à mera representação do ofendido, eis que o legislador, através da redação dada pela Lei 12.015/2009, entendeu por bem, em iniciativa digna de elogio, transformá-los em delitos a serem processados mediante ação penal pública condicionada à representação, conforme se depreende da leitura da nova redação do art. 225 do Código Penal.

Fora do Código Penal brasileiro, os únicos casos de delitos de ação processual penal privada em nosso ordenamento são os crimes contra a honra previstos na Lei de Imprensa (Lei 5.250 de 09/02/1967), na qual o legislador considerou obrigatória, de maneira expressa, a intervenção do Ministério Público em todos os processos por abuso de liberdade de imprensa, ainda que privados (artigo 40, § 2º). Neste contexto, releva mencionar que o Pleno do

20. LOPES JÚNIOR, Aury Lopes. "Justiça Negociada: Utilitarismo Processual e Eficiência Antiguarantista", *apud* SCHOTT, Alexandre Viana, "Ação Penal (Privada) em Face da Institucionalização do Conflito", *cit...*, pág. 65.

Supremo Tribunal Federal julgou precedente, por maioria, em 30/04/2009, a ADPF nº 130-7 por entender não recepcionados os dispositivos da Lei de Imprensa, incompatíveis com os tempos democráticos instituídos pela ordem constitucional vigente.

Assim, pode-se dizer que os crimes sujeitos à persecução através de iniciativa privada demonstram evidente ausência de interesse que justifique a intervenção ministerial, eis que a singela (porém atenta) leitura dos tipos penais acima mencionados, sujeitos à ação criminal privada, revela o caráter essencialmente pessoal ou patrimonial dos referidos delitos, na medida em que se fundamentam em uma pretensão repressiva que terá sempre como lastro o ódio, a vingança ou os interesses financeiros do querelante.

Neste particular, depreende-se que a maioria dos delitos de ação processual penal de iniciativa privada admite a composição civil dos danos sofridos como forma de solução consensual alternativa para a própria extinção da punibilidade no caso concreto, na forma dos artigos 74 da Lei 9.099 de 1995 e 107, inciso V do Código Penal. Como ensina ALEXANDRE VIANA SCHOTT, "sendo admissível o consenso através da composição civil, é porque viável a solução menos gravosa para o conflito na esfera cível"²¹, o que evidencia, mais uma vez e às escâncaras, a ausência de interesse que justifique a intervenção ministerial.

E para ser mais específico no tocante ao interesse ora aludido, assaz pertinente tecer-se alguns comentários acerca do interesse público na apuração desses delitos.

Não há que se discutir a natureza pública do interesse no trâmite e julgamento de ações penais dessa natureza. O interesse na apuração dos delitos em comento é, sem a menor sombra de dúvida, público. Todavia, interesse público que deve acarretar a entrega da prestação jurisdicional sem a participação do Ministério Público.

Cabe aqui, por conseguinte, fazer breve menção à diferenciação, oriunda do direito público italiano, "entre interesses públicos primários, que dizem respeito à sociedade, e os interesses públicos secundários, que se referem ao próprio Estado, enquanto pessoa moral à qual se imputam direitos e deveres"²².

Assim, e fazendo uma analogia que os administrativistas puros provavelmente não aprovariam, pode-se dizer que não só na ação processual penal pública, mas também naquela de natureza privada, o interesse público na

21. SCHOTT, Alexandre Viana. *"Ação Penal (Privada) em Face da Institucionalização do Conflito"*, cit..., pág. 65.

22. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *"Curso de Direito Administrativo"*, 14ª edição, Ed. Forense, pág. 9.

entrega da prestação jurisdicional também tem, à evidência, caráter primário, eis que cabe ao Estado promover, através de um de seus Poderes, a Justiça. Todavia, inobstante tenha inegável caráter primário, conforme ensina PETER HÄBERLE, “na definição de interesse público estão também contidos elementos privados”²³.

Emerson Garcia leciona com propriedade que “qualquer que seja a ordem jurídica, abstraindo as zonas intermediárias, podem ser divisadas claramente duas espécies de interesses a serem tutelados: aqueles que atingem diretamente o interesse individual, sendo destituídos de maior relevância para os interesses do grupamento, e o interesse social, divisado a partir de uma dimensão coletiva dos interesses envolvidos ou mesmo com a sua origem vinculada a um interesse aparentemente individual. Neste último caso, a dimensão social do interesse será vista sempre que os valores que nela estejam ínsitos encontrem correlação em interesses maiores do grupamento, daí se falar em interesses tutelados por normas de ordem pública. Os interesses tutelados por normas dessa natureza, como veremos, costumam ser indisponíveis (de forma absoluta ou relativa), enquanto os interesses meramente individuais são marcados pelo traço da disponibilidade”²⁴.

E é exatamente a exclusiva existência de interesses de natureza privada, em regra patrimoniais, pessoais ou oriundos de conflitos decorrentes de ódio ou vingança, que justifica a desnecessidade da intervenção, como *custos legis*, do Ministério Público na ação penal privada, notadamente diante de sua missão constitucional na área criminal.

Ora, se a pretensão envolvida naquele feito diz respeito não à segurança pública de uma sociedade, mas sim à solução de um conflito entre duas ou mais pessoas isoladas, em razão de questões privadas ou patrimoniais, inadequada se afigura a intervenção ministerial, notadamente diante da possibilidade de plenitude da defesa dos direitos dos envolvidos, querelante(s) e querelado(s), através de seus patronos particulares ou mesmo sob arrimo da Defensoria Pública.

O advogado e o Defensor Público, com o relevante destaque que obtiveram da Constituição de 1988 (artigos 133 e 134), são, à evidência, os mais indicados para defenderem os direitos pessoais e exclusivos de seus patrocinados. A indispensabilidade a que foi erigida a função do advogado, bem como a essencialidade da instituição da Defensoria Pública à função jurisdicional do Estado, são suficientes para que não se lhes subtraia o importante ofício de patrocinar os interesses pessoais de seus assistidos.

23. HÄBERLE, Peter. “Interesse Público Enquanto Problema Jurídico” (“Öffentliches Interesse als Juristisches Problem”, Bad Homburg, Athenäum, 1970, pág. 526).

24. GARCIA, Emerson. “Ministério Público: Organização, Atribuições e Regime Jurídico”, 2ª edição, Ed. Lumen Juris, 2005, pág. 51.

Ainda que se trate de hipótese de ofendido incapaz, sem representante legal ou quando os interesses deste colidirem com os daquele, não se afigura justificável a intervenção do Ministério Público, eis que o curador especial nomeado pelo Juiz será o responsável pela exclusividade da tutela dos direitos do ofendido, inclusive com a titularidade para exercer o direito de queixa, na forma do que dispõe o artigo 33 do Código de Processo Penal, sob o patrocínio e defesa de seu patrono ou Defensor Público, nos moldes do que acima restou asseverado. Deve-se afastar, desta forma, eventual argumento que possa demandar a atuação ministerial com fundamento no inciso I do artigo 82 do Código de Processo Civil, na forma do artigo 3º do Código de Processo Penal.

Ao Ministério Público, por outro turno, deve ficar reservada a função institucional que lhe foi atribuída pela Constituição da República, exercendo, de forma privativa, a ação processual penal pública, em defesa dos interesses da sociedade, afastando-se o *Parquet*, por conseguinte, dos interesses pessoais e patrimoniais disponíveis das partes.

Não deve o Ministério Público, portanto, figurar como “papagaio de pirata” nos processos iniciados por queixa, com a ultrapassada função de “auxiliar” o Magistrado, encargo este que já que lhe foi atribuído em Constituições anteriores. Quem deve fazer o controle da justa causa para o início da ação, bem como da observância dos princípios e das regras a ela atinentes, é o próprio Magistrado, sob a fiscalização dos patronos das partes e/ou da Defensoria Pública.

Providência que se afigura necessária, todavia, é a remessa dos autos ao Ministério Público, logo após o oferecimento da peça de origem da ação criminal particular, a fim de que o órgão de acusação pública se pronuncie acerca da natureza da relação processual.

Ajuizada a queixa, portanto, logo deve ser aberta vista dos autos ao Ministério Público para os fins retro precisados e, só após seu pronunciamento, acaso permaneça privada a natureza da relação processual penal, é que, então, observar-se-á o trâmite regular daquela ação criminal, agora sem a intervenção do *Parquet* no curso da marcha processual.

Assim, entende-se não terem sido recepcionados pela atual ordem constitucional os dispositivos existentes no Código de Processo Penal que determinam a intervenção do Ministério Público na ação processual penal de iniciativa privada, tais como os artigos 45 e 48 da Lei de Ritos.

Este não é, todavia, o entendimento institucional do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro que, através de sua Assessoria de Assuntos Institucionais, editou o enunciado nº 8, publicado no *Diário Oficial* de 17/02/2009, com o seguinte teor: “Intervenção do Ministério Público. Processo Penal. O Ministério Público deve intervir em todos os atos do processo deflagrado

pelo exercício da ação penal de iniciativa privada, inclusive na fase conciliatória ínsita aos crimes contra a honra, sob pena de nulidade processual, a teor dos artigos 45 e 520, ambos do Código de Processo Penal". A só existência de um ato normativo dessa espécie já justifica a necessidade da discussão sobre o tema em relevo.

Aliadas às demais razões constantes deste escrito, duas outras breves observações merecem ser feitas ao conteúdo do referido enunciado. A primeira delas diz respeito à nulidade processual mencionada. Remeta-se o leitor, quanto a este particular, ao item 4 acima onde se asseverou que não há previsão expressa na Lei de Ritos para tal hipótese e que a razão parece estar com SÉRGIO DEMORO HAMILTON, para quem trata-se, quando muito, de mera irritualidade (veja nota de rodapé nº 17). Quanto à segunda, importante destacar que tal enunciado originou-se de parecer exarado em procedimento administrativo²⁵ no qual membro do Ministério Público estadual foi impedido de participar de audiência de conciliação em processo de delito contra a honra, razão pela qual oficiou à Chefia Institucional para ver resguardada sua prerrogativa funcional. Trata-se, assim, de parecer que teve como escopo proteger e garantir sua atuação, que no caso concreto era pretendida. Como é defendida neste trabalho a desnecessidade da intervenção do *Parquet* nestes processos, nada impede que Promotor de Justiça, na estrita observância de sua independência funcional, entenda de forma distinta, atuando em tais casos, como exatamente aconteceu, por exemplo, na hipótese ora apresentada.

Inobstante a posição contrária de alguns, entende-se aqui que o comando inserido no artigo 129, I da Constituição da República deve ser aplicado integralmente, sem qualquer mitigação ou evasivas, eis que, como destacam LENIO LUIZ STRECK e JOSÉ LUIS BOLZAN DE MORAIS, "o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito adota a posição de que a Constituição é dirigente e vinculativa, de onde exsurge que todas as normas possuem eficácia, não tendo mais sentido falar em 'normas programáticas', em sua acepção negativa"²⁶.

Ora, se o constituinte de 1988 tivesse a intenção de determinar a intervenção do Ministério Público na ação processual penal de iniciativa privada, teria ele inserido tal atribuição no artigo que define as funções institucionais do Ministério Público, como uma exceção à regra contida no artigo 129, inciso I da Constituição Federal, dispositivo que confere ao órgão o monopólio da ação processual penal pública.

25. Procedimento Administrativo nº 2007.00126967 da Assessoria de Assuntos Institucionais do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

26. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. "Ciência Política e Teoria Geral do Estado", 3ª edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003, pág. 68.

Deve-se, assim, interpretar as regras da Lei de Ritos através de uma filtragem, que terá como parâmetro a Constituição da República, que se apresentará como verdadeiro obstáculo e que somente será transposto por regras cuja interpretação se possa fazer em conformidade com a ordem constitucional em vigor. A Carta Magna funcionaria, assim, como verdadeira peneira, através de um processo de filtragem constitucional, onde as normas de direito processual penal, na específica hipótese por nós analisada, sofreriam verdadeira purificação, de modo a se harmonizarem com o espírito da Constituição.

Neste particular, inclusive, imperioso se faz observar que o norte intangível da supremacia das regras e princípios constitucionais demonstra a inegável prevalência destes vetores, em detrimento das regras estabelecidas no Código de Processo Penal, elaboradas à época de regime ditatorial e autoritário, que hoje devem à Constituição prestar obediência, em caráter vinculativo.

Com efeito, esta foi a diretriz traçada por RONALD DWORKIN²⁷ ao apresentar sua célebre distinção entre regras e princípios, atribuindo-se às regras a forma de incidência pautada pela lógica do “tudo ou nada”, enquanto os princípios, por sua vez, ostentariam uma dimensão de peso diferenciada. Eros Roberto Grau, citado por ALEXANDRE VIANA SCHOTT, ensina com maestria que “embora não se preste esta circunstância a distinguir os princípios das regras jurídicas, é certo que estas últimas operam a concreção daquelas: as regras são aplicações dos princípios. Daí porque a interpretação e aplicação das regras jurídicas, tanto das regras constitucionais quanto das contempladas na legislação ordinária, não podem ser empreendidas sem que tome na devida conta os princípios – em especial quando se trate de princípios positivos do Direito – sobre os quais se apóiam, isto é, aos quais conferem concreção”²⁸.

Nessa linha de raciocínio, as regras do Código de Processo Penal que determinam a intervenção do Ministério Público como *custos legis* na ação processual penal privada devem ser observadas e interpretadas à luz das normas e princípios constitucionais, estes últimos explícitos ou implícitos, notadamente em face do dispositivo que assegura ao *Parquet* o monopólio da ação penal pública, como função institucional na seara criminal (art. 129, inciso I da CF/1988).

Importante destacar, ainda, que tal intervenção também não encontra amparo no artigo 127 da Carta Magna. Ao estabelecer que incumbe ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses

27. DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1978, págs. 21 a 28.

28. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: Interpretação Crítica*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990, pág. 133, apud SCHOTT, Alexandre Viana, *Ação Penal (Privada) em Face da Institucionalização do Conflito*, cit., pág. 41.

sociais e individuais indisponíveis, não teve o constituinte a intenção de imiscuir-se nas funções institucionais do órgão, mas o insofismável intuito de delinear os parâmetros de balizamento de sua atuação.

Se a justificativa da atuação do Ministério Público na ação privada encontrasse espeque no artigo 127 da Constituição da República, não haveria fundamento para a ausência de sua intervenção em todas as outras pretensões levadas a juízo, como por exemplo, nas ações cíveis em geral. Dizer que o *Parquet* deve intervir na ação criminal privada em razão da disposição prevista no supramencionado artigo 127 apresenta-se como argumento simplista para a solução do problema, eis que se esta fosse a intenção do constituinte, deveria o Ministério Público, com o fito de defender a ordem jurídica e o regime democrático, intervir em todo o tipo de processo, administrativo ou judicial, até mesmo porque em todos estes poder-se-ia vislumbrar a discussão de alguma matéria contida na ordem jurídica de nosso país. Esta não foi, às escâncaras e sem sombra de dúvida, o propósito do dispositivo constitucional.

Da mesma sorte, não se pode justificar a atuação ministerial em razão da eventual aplicação de uma pena, ainda que privativa de liberdade, eis que a simples circunstância da possibilidade da restrição da liberdade do querelado não fundamenta a intervenção ora questionada, o que nada impede a realização, em momento posterior, de eventual fiscalização da execução da pena na forma do artigo 67 da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984).

Se a simples possibilidade de existência de uma pena corporal justificasse a intervenção, deveria o *Parquet* sempre ter também atuado nos processos cíveis em que se discute a possibilidade de prisão do depositário infiel, não obstante o entendimento que já vem se sedimentando em nossos tribunais superiores acerca da impossibilidade de tal prisão civil.

Da mesma forma, bastante discutível se afigura a intervenção do Ministério Público em prisão civil decorrente de inadimplemento de pensões alimentícias, quando não houver interesse de incapaz sendo discutido em juízo. Em recente pesquisa realizada pela entidade de classe do Ministério Público fluminense, 72% (setenta e dois por cento) dos Promotores e Procuradores de Justiça que responderam à enquete entenderam desnecessária a atuação ministerial em ações de "alimentos, revisional de alimentos e execução de alimentos entre capazes, qualquer que seja o rito"²⁹.

Assim, também não deve a possibilidade de privação de liberdade servir como fundamento para a intervenção ora combatida, devendo o intérprete se ater às diretrizes constitucionais em detrimento de eventuais argumentos nesse sentido.

29. Enunciado 1, item V, atinente à intervenção do Ministério Público na Área Cível, aprovado em pesquisa de classe e conforme o I e II Encontros sobre o tema, realizados nos dias 29.02.08 e 30.05.08 no auditório da AMPERJ (Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro).

Devem, portanto, os patronos do querelante e do querelado, aí incluída a Defensoria Pública, assim como o Juiz, velar pela escorreita aplicação da lei penal no caso concreto, tendo o próprio Código de Processo Penal mitigado, em diversas passagens, a relevância da atuação ministerial em prol do princípio da oportunidade. Ademais, não se pode olvidar que o juízo de admissibilidade da ação processual penal é do Juiz. Logo, mesmo tendo o Ministério Público repudiado a queixa, poderá o Juiz recebê-la.

Da mesma sorte, outra justificativa para a não intervenção do *Parquet* nesses feitos é a vedação de sua atuação autônoma e independente no processo, em verdadeira rota de colisão com as funções institucionais do órgão delineadas pela nova ordem constitucional.

Se o Ministério Público, em seu parecer final, opina pela condenação do querelado, mas o Juiz o absolve, não havendo recurso do querelante, impedido estará o *Parquet* de recorrer. Ora, se não pode sequer submeter à instância superior a questão, com vistas a sustentar o seu posicionamento fundamentado, encontra-se totalmente prejudicada a sua atuação anterior.

E para se reiterar a desnecessidade da intervenção do órgão na ação penal privada, cabe aqui trazer mais uma vez a preciosa lição de SÉRGIO DEMORO HAMILTON, para quem a falta de intervenção do Ministério Público nos feitos em que somente se procede mediante queixa “poderia ser vista, quando muito, como mera irritualidade”³⁰, em razão de não se encontrar no elenco do inciso III do artigo 564 da Lei de Ritos.

Importante mencionar, ainda, que se entende paradoxal a eleição do princípio da indivisibilidade da ação penal como razão de atuação do *Parquet* na acusação privada, até porque quem deve velar pela sua regular aplicação é o próprio titular da ação, sob o controle do Juiz. Ao Magistrado, inclusive, caberá o dever de rejeitar a queixa na hipótese de nela não terem sido incluídos todos os autores da infração penal.

Na contramão de direção de todas as modernas tendências que visam a abolir a ação processual penal de iniciativa privada, o Supremo Tribunal Federal editou recentemente a Súmula 714 de sua jurisprudência dominante (“É concorrente a legitimidade do ofendido, mediante queixa, e do Ministério Público, condicionada à representação do ofendido, para a ação penal por crime contra a honra de servidor público em razão do exercício de suas funções”), alterando a sua posição anterior sobre o tema (“É de caráter público a ação penal por crime contra a honra praticada contra o funcionário público em razão de suas funções”³¹), que parecia mais acertada diante do inegável interesse público envolvido.

30. HAMILTON, Sérgio Demoro. “A Presença do Ministério Público na Ação Penal Privada”, cit., pág. 91.

31. RT, 610/431.

De toda sorte, conforme acima restou delineado, a missão institucional conferida ao Ministério Público pela Carta Magna vigente, na seara criminal, é a defesa da sociedade, na forma delineada nos incisos do seu artigo 129, e não a defesa pessoal de particulares em conflito, que perseguem interesses patrimoniais ou, repita-se, atrelados ao ódio, à ira e à vingança.

Com clareza mais uma vez nos leciona FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, em suas críticas à acusação privada, que a razão que leva o particular a promover a ação penal “ou é um sentimento de vingança ou o interesse pecuniário”³².

A existência da ação processual penal privada representa, assim, uma antiquada visão privatística do processo penal, manifestando-se como um verdadeiro desvirtuamento da diretriz democrática contida no artigo 129, inciso I da Constituição da República, razão pela qual, enquanto não houver inovação legislativa que modifique a sua natureza, não deverá o *Parquet* nela intervir, diante do exposto comando constitucional ali inserido.

Por fim e à guisa de encerramento deste tópico, entende-se que enquanto o legislador não extinguir a ação processual penal de iniciativa privada, transformando todos os crimes sujeitos a esta via em delitos de ação processual penal pública condicionada à representação, o Ministério Público não estará obrigado a intervir em processos criminais sujeitos à persecução de acusador privado. Alterada a configuração legislativa infraconstitucional atual, apresentar-se-á obrigatória a sua atuação, em razão da regra prevista na Carta Magna.

Neste particular, com maestria nos ensina Afrânio Silva Jardim que “o instituto da representação já atenderia aos ponderáveis interesses que se procura tutelar através da ação privada”³³.

Do mesmo modo leciona ALEXANDRE VIANA SCHOTT, para quem “os únicos argumentos que poderiam justificar sujeitar a ação penal à vontade da vítima seriam o receio do escândalo e a revitimização do ofendido. Contudo, uma coisa e outra são integralmente atendidas pelo instituto da representação”³⁴.

Em razão do que acima restou asseverado, entende-se que os dispositivos atinentes à ação processual penal de iniciativa privada devem ser considerados *ainda constitucionais*³⁵, enquanto não houver modificação do quadro legal

32. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. “Processo Penal, cit., pág. 441.

33. JARDIM, Afrânio Silva. “Ação Penal Pública: Princípio da Obrigatoriedade”, 4ª edição, Forense, 2001, pág. 28.

34. SCHOTT, Alexandre Viana. “Ação Penal (Privada) em Face da Institucionalização do Conflito”, cit., pág. 193.

35. Consulte-se, para maiores informações acerca da “Inconstitucionalidade Progressiva”: o teor do acórdão do RE 135.328/SP (STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio de Melo, julgado em 29/06/94); o REsp 107.227/SP (STJ, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 25/11/02); o Informativo nº 272 do STF; e a obra “Controle de Constitucionalidade” (MENDES, Gilmar Ferreira, SP, Saraiva, 1990, pág. 21).

em vigor transformando todas as hipóteses de delitos sujeitos à acusação privada em crimes de ação penal pública condicionada à representação do ofendido. Enquanto tal providência legislativa não for ultimada, deverá o Ministério Público se abster de intervir em tais processos, em razão da ausência de interesse social a ser tutelado, notadamente em razão do comando constitucional contido no artigo 129, inciso I da Constituição da República.

Neste particular, notadamente no que diz respeito ao fenômeno da norma ainda constitucional ou inconstitucionalidade progressiva, com muita propriedade asseverou o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, ex-integrante do Supremo Tribunal Federal, ao rejeitar a inconstitucionalidade do artigo 68 do Código de Processo Penal, entendendo que até a criação e desenvolvimento da Defensoria Pública em todos os estados da federação, deveria o Ministério Público permanecer atuando na ação civil *ex delicto*, eis que "a nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da Constituição subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fática que a viabilizem"³⁶.

6. A EXCEÇÃO: AÇÃO PROCESSUAL PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA DA PÚBLICA

Não obstante as assertivas contidas no item anterior, entende-se obrigatória e necessária a intervenção do Ministério Público nos casos de ação processual penal privada subsidiária da pública.

Na verdade, tal hipótese não se apresenta como exceção à regra em razão de sua própria natureza, eis que a ação processual penal privada subsidiária da pública se afigura, a bem da verdade, como espécie de ação processual penal pública, através da qual o particular, na qualidade de substituto processual e diante da inércia da agência oficial, está autorizado a provocar a prestação jurisdicional em razão da prática de crime cuja persecução se dá, em regra, através de ação penal pública.

A queixa subsidiária está prevista na Constituição da República, no inciso LIX do artigo 5º, que dispõe que "será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal", assim como no § 3º do artigo 100 do Código Penal, que também a prevê. Assim, inobstante tenha-se atribuído à tal hipótese a particularidade de exceção, vislumbra-se que a intervenção do Ministério Público na acusação subsidiária dar-se-á obrigatoriamente, eis que se trata de ação processual penal que é pública em sua essência, devendo o *Parquet*, inclusive, assumir o comando da ação, como parte que é, na hipótese de negligência do querelante, conforme determina o artigo 29 da

36. RE 147.776, STF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

Lei de Ritos, dispositivo que se encontra em perfeita sintonia com a norma constitucional do artigo 5º, LIX, que tem o inegável objetivo de admitir a fiscalização do poder público pelo particular, inerente ao regime democrático abraçado pela ordem constitucional em vigor.

Relevante mencionar, todavia, que o anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal³⁷ corrige a nomenclatura tecnicamente imprecisa do instituto, ao prever em seu artigo 49 a "ação penal subsidiária", afastando o impreciso vocábulo "privada", eis que na verdade se trata de ação penal subsidiária da pública, promovida através de iniciativa da vítima.

7. RACIONALIZAÇÃO DA INTERVENÇÃO DO PARQUET NA SEARA CRIMINAL?

Muito tem se falado na racionalização da intervenção ministerial na área cível. Seria possível também usar tal expressão para a seara criminal?

O assunto é recente, mas já vem sendo sedimentado o entendimento, por ora exclusivo na seara cível, de que a atuação do Ministério Público deve se portar de modo a buscar uma reorientação, com o fito de torná-la mais eficiente, positiva e adequada à evolução institucional e ao perfil traçado pela Constituição Federal de 1988, podendo-se dizer que a racionalização da intervenção do *Parquet* é instrumento hábil e efetivo de contribuição para o eficaz desempenho de suas atribuições.

Há, inclusive, no âmbito dos Ministérios Públicos estaduais, atos normativos disciplinando o tema. No estado do Rio de Janeiro, por exemplo, a Deliberação 20-A do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, publicada no *Diário Oficial* de 14/01/2009, regulamenta a matéria.

Em razão de tudo que acima restou asseverado, notadamente em função dos interesses envolvidos na ação penal privada, ora financeiros, ora ligados à vingança do ofendido, é que se entende deva o Ministério Público concentrar seus esforços na soluções de questões cujo interesse público seja preponderante, em detrimento de sua intervenção na ação criminal particular, eis que a eficiência da atuação institucional deve lhe servir de norte.

Ora, muitas vezes o Ministério Público atua nesses feitos onde, como ensina TOURINHO, "grosso modo, dizem, ou é um sentimento de vingança ou o interesse pecuniário que leva o particular a promover a ação penal"³⁸, versando sobre questões atinentes a interesses exclusivos do ofendido, quando poderia estar o *Parquet* atuando em matéria cuja relevância apresenta-se mais

37. Pesquisa realizada no sítio www.senado.gov.br/novocpp, em setembro de 2009.

38. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. "*Processo Penal*", *cit.*, pág. 441.

condigna com as diretrizes que devem nortear a sua atuação, em estrita observância ao balizamento constitucional que lhe foi dispensado, razão pela qual entendemos poder ser estendida também à seara criminal, em situações excepcionálissimas como a que ora se apresenta, o conceito da racionalização da intervenção ministerial.

Neste particular, imperioso se faz observar que a racionalização da intervenção da atuação do Ministério Público, seja na área cível ou criminal, nada mais é do que corolário lógico e obrigatório do princípio da eficiência, consagrado no *caput* do artigo 37 da Constituição da República.

Ao deixar de atuar em processos onde não haja manifesto interesse público, evidencia-se maior agilidade no cumprimento de outras tarefas de destacada proeminência, com inegável intuito de racionalizar a atuação do Promotor de Justiça, eis que serão subtraídos do agente político empreitadas de some-nos importância em prol de uma maior disponibilidade para o enfrentamento das questões de relevância institucional, que se mostram em crescente número quantitativo.

8. CONCLUSÃO

A lei, como um reflexo da evolução das manifestações da sociedade em dado momento, merece, por vezes, interpretações diferenciadas de acordo com o período e meio social em que seu intérprete se encontra inserido.

Assim, à guisa de encerramento e sem qualquer comparação pretenciosa, mas com o fito de se traçar um paralelo entre os momentos sociais e a interpretação da lei, lembra-se que GUSTAVE FLAUBERT, no século XIX, ao publicar seu clássico romance *Madame Bovary*³⁹, foi levado ao banco dos réus por ofensa à religião e à moral pública da sociedade francesa, tendo causado extrema indignação na burguesia da época, que não estava acostumada a enfrentar, ao menos às escâncaras, assuntos como sexo e adultério.

Hodiernamente, a literatura e a sociedade ocidentais abordam, de um modo geral, livremente tais temas, sem qualquer espanto ou surpresa, sendo certo que no Brasil, por exemplo, adultério nem mais crime é, já estando a sociedade acostumada a discorrer sobre o assunto muito antes dos escritos de NELSON RODRIGUES.

Ora, da mesma forma que a sociedade sofreu profundas alterações com o passar do tempo, o intérprete da lei também deve estar pronto para esse processo. Não se pode, assim, fechar os olhos para a vontade diferenciada e

39. FLAUBERT, Gustave. *Madame Bovary*. Tradução, apresentação e notas de Fúlvia M. L. Moretto, Editora Nova Alexandria, 2007, página 301 a 318.

impura do legislador da década de 40 do século passado, quando se encontrava em vigor uma Constituição autoritária e ditatorial conhecida como “Polaca”, época em que o Ministério Público pertencia ao Poder Judiciário, como fiel escudeiro e verdadeiro braço direito do Juiz.

A visão da atuação como *custos legis* para defesa do princípio da indivisibilidade na ação processual penal privada deve ser considerada ultrapassada, eis que tal papel deve ser exercido pelo Magistrado, sob a atenta vigilância das partes e de seus patronos.

A autonomia e a elevada envergadura de atribuições dispensadas ao *Parquet* pela ordem constitucional em vigor exigem da instituição verdadeiro distanciamento da defesa de exclusivos interesses particulares, eis que a intervenção na ação processual penal privada marginaliza o órgão do Ministério Público de sua função precípua estabelecida na Constituição Federal de 1988, que é a de titular do monopólio da ação processual penal pública.

Constata-se, assim, que nos processos cuja deflagração depende de queixa, o interesse de agir do querelante se confunde, de forma indevida, com o interesse de fato exercido pela vítima, tutelando sempre pretensões atinentes a questões financeiras ou ligadas ao exercício da vingança privada, o que afasta a necessidade da intervenção do Ministério Público no feito, eis que sua atuação no processo criminal deve se pautar sempre em prol dos interesses da sociedade como um todo, em detrimento da fiscalização dos interesses exclusivos do ofendido. Deve ser tomada como única exceção a hipótese de intervenção na ação penal privada subsidiária da pública, em razão da sua natureza e essência de ação penal verdadeiramente pública.

Solução que se admite para o problema, todavia, como bem ensinam AFRÂNIO SILVA JARDIM e ALEXANDRE VIANA SCHOTT, é a alteração da estrutura de tais delitos, condicionando-os à representação, oportunidade em que obrigatória será a intervenção do Ministério Público, agora por expressa determinação constitucional. Não vai mais poder o intérprete, em tal hipótese, perquirir acerca da atuação da instituição nesses casos, eis que tal dúvida já se encontrará devidamente dirimida pelo comando constitucional da ação processual penal pública atinente ao caso.

Deste modo, enquanto não houver modificação legislativa extinguindo a ação penal privada, com a transformação de todos esses delitos em crimes de ação penal pública condicionada à representação, o Ministério Público deve se abster de atuar nessas ações criminais, porque a exclusividade dos interesses pessoais não pode pautar as regras de intervenção do órgão, que deve racionalizar sua intervenção também na seara criminal, para que possa ter maior disponibilidade para o enfrentamento das questões de relevância institucional.

Alterada a natureza da ação, obrigatória será a intervenção diante do mandamento constitucional inscrito no inciso I do artigo 129, mas agora pela

expressa e democrática vontade do legislador. Enquanto tal modificação legislativa não for ultimada, devem ser considerados ainda constitucionais os dispositivos atinentes à ação penal privada existentes na legislação penal e na de ritos.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal – Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, 2ª edição.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*, Cambridge: Harvard University Press, 1978.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Anotado*, vol. 1, 3ª edição.

FLAUBERT, Gustave. *Madame Bovary*. Tradução, apresentação e notas de Fúlvia M. L. Moretto, Editora Nova Alexandria, 2007.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público: Organização, Atribuições e Regime Jurídico*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005.

HÄBERLE, Peter. *Interesse Público Enquanto Problema Jurídico* (“*Öffentliches Interesse als Juristisches Problem*”, Bad Homburg, Athenäum, 1970).

HAMILTON, Sérgio Demoro. A Presença do Ministério Público na Ação Penal Privada. In *Revista de Direito da Procuradoria Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, 1977, nº 6.

HOLMES JR., Oliver Wendell. *The Common Law*. New York: Dover, 1991.

JARDIM, Afrânio Silva. *Ação Penal Pública: Princípio da Obrigatoriedade*, 4ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LEAL, João José. *A extinção da ação penal privada*. In: *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, 1994, vol. 23.

MAIA NETO, Cândido Furtado. O Ministério Público e o princípio da presunção de inocência – Justiça penal democrática e respeito às garantias fundamentais da cidadania. In: *Revista de Estudos Criminais*, 2004, n. 15.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*, 14ª edição, Rio de Janeiro: Ed. Forense.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*, 2007.

ROMEIRO, Jorge Alberto. *Da Ação Penal*. 2ª edição, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1978.

SCHOTT, Alexandre Viana. *Ação Penal (Privada) em Face da Institucionalização do Conflito*. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*, 3ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. Vol. 1, São Paulo: Ed. Saraiva, 27ª edição, 2005.