

*Crime contra a honra de funcionário público.
Legitimidade concorrente. Inadmissibilidade.*

ASSESSORIA DE RECURSOS CONSTITUCIONAIS
Recurso Extraordinário nº 10/2000 na Apelação Criminal nº 1.980/98

Recorrente: *Ary de Carvalho ou Antonio Ary de Carvalho (Querelado).*
Recorrido: *Marcello Nunes de Alencar (Querelante).*

PARECER

Exmo. Sr. Desembargador 3º Vice-Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, por seu Procurador-Geral de Justiça, nos autos da Queixa-Crime movida por Marcello Nunes de Alencar, então Governador do Estado do Rio de Janeiro, contra Ruth de Aquino e Ary de Carvalho ou Antonio Ary de Carvalho, vem, a bom tempo, pelo fundamento do artigo 27 da Lei nº 8.038/90, oferecer seu Parecer ao Recurso Extraordinário interposto pelo querelado, Ary de Carvalho, vazado nos termos seguintes:

1. A Egrégia 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça deste Estado, orientada pelo voto condutor da eminente JDS. Desembargadora Relatora Maria Helena Salcedo Magalhães, concluiu, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares e, no mérito, dar provimento ao recurso de apelação interposto pelo querelante, Marcello Nunes de Alencar, ora recorrido, para, cassando a r. decisão de fls. 64/66, determinar o prosseguimento do feito, com abertura de prazo aos apelados, para o oferecimento de defesas prévias, na forma do disposto no art. 43, §1º, da Lei nº 5.250/67.
2. O v. acórdão da Egrégia 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça deste Estado, com relatório de fls. 151/152, foi formalizado às fls. 157/161, com a seguinte ementa:

“EMENTA: Crimes contra a honra de Governador de Estado. Lei de Imprensa. Ação penal privada. Rejeição da queixa por ilegitimidade de parte. Inconformismo. Sustentada legitimidade concorrente do Ministério Pú-

blico ou do ofendido propter officium. Preliminares suscitadas. Rejeição. No mérito, adoção do entendimento do Pretório Excelso: legitimação alternativa entre o ofendido – mediante queixa – e o Ministério Público – mediante representação daquele. Provimento do recurso.

Pagas as custas iniciais, deve o apelante ser intimado para efetuar o pagamento daquelas referentes a diligências requeridas. Sem intimação, não se cogita de renúncia à diligência requerida ou deserção do recurso interposto. Do mesmo modo, pedidos de adiamento deferidos pelo Relator não configuram perempção. Preliminares que se rejeitam.

No mérito, se Governador de Estado – ou qualquer autoridade, ou funcionário público – sente-se ofendido em razão de suas funções, através da imprensa, há legitimidade ativa concorrente entre o mesmo e o *Parquet*, podendo aquele oferecer queixa ou representar contra os supostos ofensores.

Recurso a que se dá provimento para determinar o prosseguimento do feito, na forma da lei específica.”

3. Inconformado, o querelado, *Ary de Carvalho*, interpõe, tempestivamente, RECURSO EXTRAORDINÁRIO, fincado nas alíneas “a” e “b”, do inciso III, do artigo 102 da Constituição Federal, nos termos da petição e razões de fls. 232/246.

3.1 A tempestividade deflui do cotejo da data mencionada na certidão de fl. 162 com a constante do carimbo apostado na petição de fl. 232 – *ab initio*.

3.2 O querelante, ora recorrido, ofereceu contra-razões ao Recurso Extraordinário às fls. 272/280.

4. Entende o Ministério Público que o recurso *merece admissão*.

5. Argúi o querelado, ora recorrente, que a decisão atacada violou o preceito inscrito no artigo 129, inciso I, da Constituição Federal e de alegada inconstitucionalidade do artigo 40, inciso I, alínea *b*, da Lei nº 5.250/67 (Lei de Imprensa).

6. Insta enfatizar, desde logo, o norte do raciocínio que há de inspirar a admissão da súplica derradeira!

6.1 A Constituição da República, ao estabelecer a competência recursal do Egrégio Supremo Tribunal Federal, para as causas decididas em única ou última instância, que contrariarem dispositivo seu – cfr. art. 102, III, “a” – fixou a do Egrégio Superior Tribunal de Justiça para julgar, mediante recurso especial, àqueloutras que violarem tratado ou lei federal (cfr. art. 105, III, “a”).

6.2 No que diz respeito aos dispositivos da Carta da República, na preservação de sua própria competência, tem o Egrégio Supremo Tribunal Federal admitido recurso extraordinário quando a ofensa, a princípio seu, é *direta*.

6.3 É de se colocar em relevo as irrepreensíveis *contra-razões de apelação* do ilustre Promotor de Justiça, Dr. *Ricardo Ribeiro Martins*, de fls. 91/98, e o parecer do digno Procurador de Justiça, Dr. *Ferdinando do Nascimento*, de fls. 99/101, que foram rejeitados pelo acórdão guerreado, *que passam a integrar este parecer da Procuradoria de Justiça ao recurso extraordinário interposto*, e que refutam corretamente as anteriores razões de recurso do querelante, ora recorrido.

6.4 É importante colocar em relevo trechos (fls. 91/98) das *contra-razões de apelação* do ilustre Promotor de Justiça, Dr. *Ricardo Ribeiro Martins*, nos termos seguintes:

“Das imputações pretensamente criminosas depreende-se, sem sombra de dúvida, que as mesmas foram dirigidas não ao cidadão Marcello Nunes de Alencar, mas ao Governador do Estado do Rio de Janeiro, condição esta que se enquadra no conceito de funcionário público para os efeitos penais. Assim, a hipótese é regulada pelo art. 40, I, “b”, da Lei nº 5250/67, cujo teor é o seguinte:

‘Art. 40. A ação penal será promovida:

I - nos crimes de que tratam os arts. 20 e 22:

a)

b) - pelo Ministério Público, mediante representação do ofendido, nos casos dos nºs II e III do art. 23;’

Por sua vez, o mencionado art. 23, II, contempla uma causa de aumento se qualquer dos crimes contra a honra é cometido contra funcionário público, em razão de suas funções.

Como se vê, de forma clara e indubitosa, a ação penal, in casu, é pública condicionada à representação do ofendido, sendo o Ministério Público o seu exclusivo titular, por força de mandamento constitucional, insculpido no art. 129, I, da Carta Magna.

Argumenta o ilustre e culto patrono do querelante que a ação penal privada é cabível na hipótese vertente porque o “*exercente de cargo público, pode optar entre ação penal pública condicionada ou oferecimento de queixa, como se procede na espécie, com a propositura da presente querela.*”

Fê-lo apoiado em entendimento do não menos ilustre Min. **Sepúlveda Pertence** que, em síntese, argumenta que a razão de ser da natureza pública condicionada da ação penal é poupar o funcionário público ofendido dos

custos de um processo e que o Estado, em razão da condição do funcionário, deve assumir a persecução em face da ofensa por ele sofrida. Entende o douto Ministro que, por isso, o funcionário público pode abrir mão de tal prerrogativa e promover ele mesmo a ação penal, uma vez que sua honorabilidade é que foi ofendida.

Inobstante o brilhantismo de seu patrono, a tese jurídica sustentada pelo querelante é totalmente distanciada da lei ordinária e, principalmente, de texto expresso da Constituição da República, qual seja, o art. 129, I.

A ação penal no caso em tela é pública condicionada à representação do ofendido e o único e exclusivo titular para promovê-la é o Ministério Público.

Em estrita obediência ao texto expresso da lei, a doura magistrada singular, em consonância com a promoção ministerial de fls. 44/49, **rejeitou**, às fls. 64/66, a presente **queixa-crime**, com fulcro no art. 43, III, do CPP, decisão esta objeto do presente recurso.

Agiu acertadamente a digna Juíza a quo. A determinação da espécie de ação penal adequada a cada infração penal é *princípio de ordem pública*, inafastável por equivocada interpretação de texto legal claro, límpido e cristalino, insuscetível, pois, de entendimento outro senão aquele advindo de interpretação gramatical do texto do art. 40, I, b, c/c art. 23, II, ambos da Lei n. 5250, de 1967." (fls. 92/93)

(...)

"Outro não é o entendimento jurisprudencial dos Tribunais Superiores, inclusive o próprio STF. Vejamos:

"Ofensa irrogada a funcionário público em razão de suas funções – Ação penal pública e não queixa-crime - "Tratando-se de ofensa irrogada a funcionário público, em razão de suas funções, a ação penal é pública condicionada e seu titular o MP, não sendo parte legítima, o próprio ofendido para agir mediante queixa (Lei n. 5250, de 1967, art. 40, I, b, c.c., art. 23, II)" (STF - Inq. - rel. Otávio Gallotti - JUTACRIM 91/434).

"Em se tratando de ofensa irrogada a funcionário público no exercício de sua função (juiz do trabalho), a ação penal é pública condicionada e o seu titular, o Ministério Público, não

tendo, o ofendido, legitimidade para agir, na persecução punitiva, mediante queixa" (STJ - QC - Rel. Demócrito Reinaldo - RSTJ 45/364)

"Crime de imprensa cometido por funcionário público, em razão de suas funções. "Procede-se mediante ação pública condicionada e não mediante ação privada – Dessume-se dos artigos 40, inciso I, letra "b", combinado com o art. 23, II, todos da Lei n. 5250/67, que os eventuais crimes a serem apurados são de ação penal pública condicionada. Em vista disso, por ser do gênero ação penal pública, por imposição constitucional, devem ter início por denúncia de seu titular nato, ou seja, o Ministério Público – inciso I, do art. 129 da Constituição, salvo no caso de inércia do *Parquet* – inciso LIX do art. 5º da Constituição. Portanto, *in casu*, a exigência constitucional foi preterida, haja vista que o promovente da presente ação penal pública não é o seu *dominus litis*, mas o particular. Em assim sendo, por carecer o particular de *legitimatío ad causam* para promover a ação penal pública, quer incondicionada, quer condicionada, salvo o caso de inércia do Ministério Público, concede-se o *writ* ." (STJ - HC 1905-I - Rel. Pedro Acioli - DJU, de 13.9.93, p. 18.578).

"Delito de difamação – Lei de Imprensa – Queixa-crime formulada por Desembargador contra jornal local – "Improcede a propositura de ação privada contra o autor de delito de difamação sem que a vítima promova previamente representação que legitime o Ministério Público à propositura da ação. Inteligência do art. 40, inc. I, alínea "b", da Lei de Imprensa." (STJ - RHC 3022-4 - Rel. Anselmo Santiago - DJU, de 7.3.94, p. 3679).

"Ademais, ante a dupla legitimação ativa que se quer implantar ao arrepio da própria Constituição, como fica a situação do querelado na hipótese? Como ficam os princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade nor-

teadores da ação penal pública?

In casu, em razão de interpretação que vem de encontro ao sistema de nosso ordenamento jurídico-penal, como ficam os interesses do Estado, consubstanciados na natureza pública da ação penal nos crimes em questão? Pode o funcionário público, então, lançar mão de institutos, tais como o perdão e a renúncia, ficando o Ministério Público, órgão estatal, legítimo e único encarregado da persecução penal na hipótese, inerte, por força de canhestro entendimento jurisprudencial assistemático, vendo o querelado, que feriu a honra de um funcionário público no exercício de suas funções, sair ileso, mesmo quando o Estado tem, por força de lei, interesse na tutela penal em questão.

Outrossim, é certo que a Constituição tutela a honra do cidadão, mas também é certo que o devido processo legal é uma das mais importantes garantias constitucionais do réu. O status libertatis do cidadão não pode ser sobrepujado pelo interesse privado da defesa da honra.

Na hipótese, em total dissonância com a tendência democrática e salutar de se restringir ao mínimo necessário a vingança privada em sede processual penal, o STF, passando por cima do salutar interesse estatal na tutela da honra do funcionário público e da não menos salutar proteção ao direito de crítica do cidadão àqueles que exercem função pública, consagra a ação penal privada ao arrepio da lei, ferindo verdadeiro dogma constitucional que é o devido processo legal, do qual se infere inalienável direito do réu de, no caso, ser acusado pelo órgão estatal, isento e distante do calor dos fatos e com equilíbrio para uma atuação serena e livre de paixões.

Até porque, como já dito, o funcionário público, no exercício de suas funções não está livre de críticas e o cidadão que as faz não pode virar refém do furor acusatório que acompanham, infalivelmente, os acusadores privados. Daí porque, por mais este motivo, a ação penal privada é totalmente desaconselhável, além de notoriamente ilegal.

Como se vê, em nome da tutela penal privada da honra do funcionário, a Constituição foi ignorada em dispositivos basilares, ou seja, os arts. 5º, incisos LIII e LIV e 129, I.

Isto posto, postula o Ministério Público a manutenção *in totum* da r. decisão ora atacada, em face da patente ilegitimidade ativa do apelante." (fls. 95/98)

6.5 Torna-se imprescindível registrar trechos (fls. 99/101) do parecer do ilustre Procurador de Justiça, Dr. *Ferdinando do Nascimento*, nos termos seguintes:

"O artigo 40, inciso I, alínea "b" da Lei nº 5.250/67 é expreso e claro no sentido de que a ação penal deve ser promovida pelo Ministério Público, quando os crimes contra honra, tipificados nos artigos 20 e 22, forem cometidos contra funcionário público, em razão do seu *munus*, vez que no artigo 23, inciso II, do mesmo diploma legal, há uma causa de aumento de pena em tais casos.

Como se pode vislumbrar a ação é pública condicionada à representação do ofendido e ante a inteligência do artigo 129, inciso I da Constituição Federal é o Ministério Público o titular, exclusivo, da ação penal de iniciativa pública.

Toda argumentação do querelante baseia-se em entendimento do ilustre Ministro **Sepúlveda Pertence** no sentido de que pode o funcionário público promover a ação penal, vez que foi ofendido em sua honra, abrindo mão da prerrogativa de o Estado assumir a persecução, que visa poupar ao funcionário os custos de uma ação penal privada.

Contudo, toda a tese apresentada afasta-se tanto da lei ordinária quanto do texto constitucional.

Ora, não se pode facultar ao ofendido aquilo que a lei não faculta.

A norma contida na alínea "b", inciso I do artigo 40 da Lei nº 5.250/67 é imperativa e não foi declarada inconstitucional.

Ademais, a espécie de ação penal adequada a cada infração penal é princípio de ordem pública, só admitindo, assim, interpretação gramatical e não construtiva, como quer o apelante.

Desta forma, falta ao apelante a *legitimatío ad causam* pois é o Ministério Público o *dominus litis* da ação penal de iniciativa pública, por força da norma constitucional – artigo 129, I.

Assim, não merece reparos a decisão da douta Magistrada, Dra. **Fátima Clemente Ferreira de Souza**, em con-

sonância com a promoção do "Parquet", ao rejeitar a queixa-crime, com fulcro no artigo 43, III do Código de Processo Penal e recebendo a peça inicial como representação do ofendido.

Coerente com o exposto, no mais ratificando as contra-razões ofertadas em fls. 96/103, pelo culto Promotor de Justiça, Dr. *Ricardo Ribeiro Martins*, que pedimos vênia, para adotar e fazer parte integrante deste, opina esta Procuradoria de Justiça, em seu parecer, pelo conhecimento e improvimento do recurso, mantendo-se in totum o *decisum a quo*." (fls. 100/101)

6.6 É de se registrar, na matéria sobre o caso vertente deste processo, o entendimento de nossos Tribunais, conforme jurisprudência extraída do festejado livro *Código Penal Interpretado*, do ilustre Professor JÚLIO FABBRINI MIRABETE, São Paulo, Editora Atlas S.A., 1999, p. 822, nos termos seguintes:

"Exclusividade de ação penal pública - STJ: 'No sistema penal brasileiro, o monopólio da ação penal pública, condicionada ou não, pertence ao Ministério Público, como decorrência da função institucional que lhe foi deferida, com exclusividade, pela Constituição Federal. Em se tratando, no caso de ofensa irrogada a funcionário público no exercício de sua função (juiz do trabalho), a ação penal é pública condicionada e o seu titular, o Ministério Público, não tendo, o ofendido, legitimidade para agir, na persecução punitiva, mediante queixa' (JSTJ 45/364). TACRSP: 'Havendo ofensas à honra do funcionário público irrogadas em razão do exercício de suas funções, a ação penal é pública condicionada à representação do ofendido, como dispõe expressamente o art. 145, parágrafo único, última figura do CP. A representação de que trata esse dispositivo legal não está posta como mera faculdade à disposição da vítima, mas de condição de procedibilidade prevista expressamente em lei tornando o Ministério Público *dominus litis*, no caso, sendo impossível falar-se em legitimidade alternativa: ação penal pública condicionada à representação do ofendido ou ação penal privada, proposta pelo próprio ofendido' (RT 724/498). TACRSP: 'Nos casos de crime contra a honra em que funcionário público figure como sujeito passivo, a ação penal é pública e condicionada, como dispõe, com clareza, o art. 145, parágrafo único, do CP de 1940, c/c o art. 24, *in fine*, do CPP' (RT 613/345). No mesmo sentido, STF: RT 650/334;

STJ: RT 697/362-3; TJSC: JCAT 66/443; TACRSP: RJDTA-CRIM 30/394, RT 672/325; TAMG: RT 504/432." In JÚLIO FABBRINI MIRABETE, ob. cit., p. 822.

7. Aduz o recorrente que o acórdão atacado de fls. 157/161, por unanimidade de votos, rejeitou as preliminares e, no mérito, **deu provimento** ao recurso de apelação interposto pelo querelante, Marcello Nunes de Alencar, ora recorrido, para, cassando a r. decisão de fls. 64/66, determinar o prosseguimento do feito, com abertura de prazo aos apelados, para o oferecimento de defesas prévias, na forma do disposto no art. 43, §1º, da Lei nº 5.250/67.

7.1 Insiste o recorrente na tese de que o acórdão não fez a correta aplicação da lei, uma vez que, quando o crime contra a honra for praticado contra funcionário público, em razão de suas funções, a lei estabelece que a ação penal seja pública condicionada.

7.2 Verifica o Ministério Público que assiste razão ao querelado, ora recorrente, uma vez que, em seu recurso (fls. 232/246), trouxe argumentos ponderáveis e suscetíveis de restabelecer a decisão de primeira instância.

7.3 Por outro lado, o voto proferido pelo ilustre Senhor Ministro **Paulo Brossard** (Inq (AgRg) nº. 726-0-RJ - Relator: Min. **Celso de Mello**. Relator para o acórdão: Min. **Sepúlveda Pertence**. Agte.: *Francisco Roberto André Gros*. Adv.: *Manoel Lucivio de Loiola*, Agdo.: *Paulo Sérgio Ramos Barbosa*) que, em seus fundamentos, não coincidem, na sua inteireza, *data venia*, com os fundamentos do voto do digno Relator designado para o acórdão, Min. **Sepúlveda Pertence**, pois, ali, apesar da contemporaneidade entre a prática do crime e o exercício do cargo público, *a iniciativa do ofendido na propositura da ação penal privada ocorreu quando não mais exercia o mencionado cargo*.

7.4 *No caso vertente deste processo a ser julgado, tendo em vista que, neste feito, as matérias publicadas pelo jornal "O DIA" ocorreram quando o querelante, ora recorrido, ocupava o cargo de Governador do Estado do Rio de Janeiro, e em razão dele, e a queixa foi oferecida enquanto o mesmo exercia o cargo público, votariam, ao nosso ver, admitindo a ilegitimidade ativa ad causam do querelante, ora recorrido, tanto o eminente Ministro Paulo Brossard quanto o insigne Ministro Sydney Sanches, que acompanhou a solução proposta pelo Ministro Paulo Brossard, face à necessária instauração da persecução penal por iniciativa do Ministério Público, a partir de representação formalizada pelo ofendido (Lei nº 5.250/67, art. 40, I, b, c/c art. 23, II).*

7.5 E assim afirmamos, tendo em linha de conta as razões jurídicas dos votos dos eminentes Ministros **Paulo Brossard** e **Sydney Sanches**, que, conseqüentemente, estariam, no caso vertente deste processo a ser julgado, também na mesma linha dos fundamentos jurídicos do voto do emin. Ministro **Moreira Alves**, votos esses que abaixo transcrevemos:

"VOTO

VISTA

O Senhor Ministro **Paulo Brossard**: – Trago à mesa meu voto-vista no Agravo Regimental e Inquérito nº 726-RJ. O Ministro-Relator **Celso de Mello**, por decisão monocrática, entendeu que ex-funcionário público não dispõe de legitimidade ativa para apresentar queixa contra deputado federal por crime contra a honra, e em razão do ofício, em face da ofensa veiculada pela imprensa à época em que ainda exercia o cargo público, por subsistir a **ação pública**, de iniciativa do Ministério Público, **condicionada** à representação do ofendido. O agravante insiste que a ação penal deve ser a **privada**, ainda que o fato tenha ocorrido durante o exercício do cargo público, porque ela foi proposta quando o ofendido não mais o exercia, posição que obteve o referendo do Procurador-Geral da República. Votaram os Ministros **Sepúlveda Pertence**, **Marco Aurélio** e **Carlos Velloso**, entendendo que a legitimidade ativa, no caso, é concorrente, tanto do ofendido para promover a ação privada, como do Ministério Público, para a ação pública condicionada. Não votou o Ministro **Ilmar Galvão**.

2. Senhor Presidente, quero marcar a particularidade do caso, pois a publicação das declarações do querelado na revista "Isto É" ocorreu quando o querelante ocupava o cargo de Presidente do Banco Central, e em razão dele, mas a queixa só foi oferecida quando não mais exercia o cargo público.

3. No crime de imprensa, o bem jurídico protegido pelo tipo penal é a honra do ofendido, e a ação cabível é a privada, art. 40, I, c, da Lei nº 5.250/67.

4. Quando o mesmo crime é cometido contra funcionário público, em razão do cargo que ocupa, o bem jurídico protegido é também o prestígio do Órgão Público onde trabalha, eis que atingido por via reflexa, e a ação é a pública condicionada, art 40, I, b, da mesma Lei. Havendo contemporaneidade entre a prática do crime e o exercício do cargo público, o Estado assume a ação, porque além de dispor do aparelho estatal, quer poupar o seu funcionário dos encargos do processo, e a ação se torna pública, desde que haja a iniciativa do ofendido; e não deveria ser diferente porque, de regra, é preci-

so saber se houve ofensa ou simples verificação de um fato, e também se o funcionário se sentiu atingido ou não em sua honra. Já julguei neste sentido ao relatar no Plenário a Queixa-Crime nº 472-RO, RTJ 133/90.

5. Quando o crime é cometido contra a honra de ex-funcionário público, em razão das funções que não mais exerce, ou seja, quando não há contemporaneidade entre o cometimento do crime e o exercício do cargo público, o Estado, ainda que atingido por via reflexa, mas em intensidade esvaecida, não mais tutela a honra de seu ex-funcionário, que desvestido do *plus* funcional, volta à condição de cidadão comum, não funcionário, cabendo-lhe a ação privada. Esta é a jurisprudência da Corte, RE - nº 82.908-RS, DJU de 16.10.78, HC nº 44.228-SP, RTJ 42/806, já lembrados.

6. Outra coisa ocorre quando há contemporaneidade entre a prática do crime e o exercício do cargo público, mas a iniciativa do ofendido surge quando não mais exerce o cargo. Neste caso não tenho como negar que a ação pública que poderia ter sido proposta continua podendo ser proposta, pois a demissão ou exoneração do funcionário não tem o condão de subtrair do Estado a legitimação ativa que teve para a ação que podia ter exercido.

Entretanto, nesta hipótese, que é a do caso, também não tenho como negar que a tutela da honra do funcionário pode ser a ele devolvida, por não subsistirem as razões pelas quais lhe foi subtraída, e neste caso surge a legitimação ativa concorrente.

7. Estou de acordo com o Ministro Celso de Mello quando afirma que a ação é a pública condicionada, eis que a legitimidade ativa do Estado já tinha surgido em face da contemporaneidade da prática do crime com o exercício do cargo público, e seu exercício estava condicionado à representação; entretanto, entendo que a ação pode ser também a ação privada, por não mais subsistirem todas as razões que a tornaram pública, sendo, pois, a hipótese de legitimação ativa concorrente, como expresso no voto do Min. Sepúlveda Pertence e demais que votaram.

8. Se a parte direta e pessoalmente ofendida, podendo incumbir o Ministério Público de promover a ação penal e conduzi-la, se vale da ação privada, com todos os seus ônus, seria uma demasia impedir que o faça. Permitir a concorrência delas é, pelo menos, a interpreta-

ção mais liberal, e não contém agravo a nenhum bem jurídico. De mais a mais, a ação é pública, mas esse caráter não é absoluto, tanto que depende da representação do ofendido; se este não se dispuser a representar, o Ministério Público nada poderá fazer, a despeito do interesse do Estado; já se vê que este, por relevante que seja, não é o único e não exclui o interesse privado, sua manifestação ativa e fecundante. Não me parece um excesso dar-se a interpretação que estou a dar, que há de ser entendida como construção, tendo em vista, inclusive, a norma constitucional que prescreve a inviolabilidade da honra entre os direitos individuais.

9. Com a vênia do eminente Ministro **Celso de Mello**, cujos votos são sempre motivo de encanto e proveito, dou provimento ao agravo regimental.

VOTO

(Agravo Regimental)

O Senhor Ministro **Sydney Sanches**: - Sr. Presidente, parece-me correta a solução proposta pelo Ministro **Paulo Brossard**. O Estado tem interesse em defender a honra funcional de seu servidor, enquanto está a seu serviço. E por isso a ação penal deve ser pública, ou seja, proposta pelo Ministério Público, mediante representação do ofendido.

Pode ainda haver o interesse do Estado, na propositura, se, mesmo desligado do serviço, o funcionário vier a provocar a ação do Ministério Público.

Mas se, desligado não faz essa provocação, nem por isso está impedido de intentar a ação penal privada, ou seja, ele próprio, pois, afinal de contas sua honra pessoal é que terá sido atingida.

Penso que essa solução, sem ferir qualquer princípio, preserva o direito do ofendido à jurisdição penal.

Acompanho, pois, o voto do Ministro **Sepúlveda Perence**, com a devida vênia do Relator e dos que o seguiram.

VOTO
(AGRAVO REGIMENTAL)

VOTO

O Sr. Ministro **Moreira Alves**: – Sr. Presidente, no caso, não houve representação, e, por construção, não posso derrogar a lei. Há norma imperativa que não foi declarada inconstitucional, cabendo-me, pois, cumpri-la.

Por isso, Sr. Presidente, com a devida vênia, acompanho o eminente relator.” (Fls. 61/62)

8. É importante, nesta oportunidade, colocar em relevo o trabalho a ser publicado na *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 10 (dez), pp. 403 e seguintes, de **jurisprudência comentada** sobre: “Crime contra a honra de funcionário público – Legitimação concorrente”, de autoria do ilustre Promotor de Justiça, Dr. *Rogério Pacheco Alves*, integrante da **Assessoria Criminal da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, trabalho esse que nos foi gentilmente cedido pelo Diretor da acima aludida *Revista do Ministério Público*, o insigne Procurador de Justiça e renomado Professor de Processo Penal, Dr. *Sergio Demoro Hamilton*. Assim o culto membro do *Parquet*, Dr. *Rogério Pacheco Alves*, preleciona :

“**JURISPRUDÊNCIA COMENTADA**

Crime contra a honra de funcionário público – Legitimação concorrente

‘**EMENTA:** Ação Penal: legitimação alternativa do Ministério Público e do ofendido propter officium: interpretação do art. 145, parágrafo único, CP e do art. 40, I, b, da Lei de Imprensa, conforme o art. 5º, X, da Constituição.

1. Se a regra geral para a tutela penal da honra é a ação privada, compreende, não obstante, que, para desonerar dos seus custos e incômodos, o funcionário ofendido em razão da função, o Estado, por ele provocado, assumam a iniciativa da repressão da ofensa delituosa; o que não se compreende, porém, é que só por ser funcionário e ter sido moralmente agredido em função do exercício do cargo público – o que não ilide o dano à sua honorabilidade pessoal –, o ofendido não possa defender pessoalmente em juízo – como se propicia a qualquer outro cidadão –, mas tenha de submeter previamente a sua pretensão de demandar punição do ofensor ao juízo do Ministério Público.

2. Por isso, a admissão da ação penal pública quando se cuida de ofensa propter officium, para conformar-se à Constituição (art. 5º, X), há de ser entendida como alternativa à disposição do ofendido, jamais como privação do seu direito de queixa.

3. Conseqüente revisão de jurisprudência mais recente do Tribunal, para o restabelecimento de precedentes (v.g., ApCr. 932, 12.4.24 - Caso Epitácio Pessoa - Rel. Geminiano da França; RE 57.729, 2.4.65 - Hahnemann Guimarães, RTJ 32/586), não só por seus fundamentos persistentes, mas também pelo advento do art. 5º, X, da vigente Constituição da República.

4. Conclusão pela legitimação concorrente do Ministério Público ou do ofendido, independentemente de as ofensas, desde que propter officium, ou a propositura da conseqüente ação penal serem, ou não, contemporâneas ou posteriores à investidura do ofendido.

STF - Ag. Reg. Inq. 726-0- Rio de Janeiro - Pleno - j. 10. 11.93 - Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

Acórdão - Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em dar provimento ao agravo regimental, para o processamento da queixa.

Brasília, 10 de novembro de 1993 - Octavio Gallotti, Presidente - Sepúlveda Pertence, relator para o acórdão.

'Breve Relato da Hipótese

O acórdão a seguir comentado, publicado integralmente no volume nº 13, págs. 342/354, da *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, trata da legitimação para a propositura da ação penal por condutas ofensivas à honra de funcionário público, cometidas em razão de suas funções, matéria de que cuidam os artigos 145, parágrafo único, e 141, II, do Código Penal e os artigos 40, I, b, e 23, II, da Lei de Imprensa.

A hipótese apreciada pela Egrégia Corte dizia respeito a supostas ofensas à honra de ex-presidente do Banco Central do Brasil por intermédio de matéria veiculada na revista "Isto É", sendo autor do fato um Deputado Federal e praticada a conduta ao tempo em que o ofendido se encontrava no exercício das funções públicas.

Ofertada a queixa-crime perante o Supremo Tribunal Federal em virtude do comando contido no art. 102, I, b, da C.R.B., rejeitou-a o culto Ministro Celso de Mello ao argumento de que faltaria legitimidade *ad causam* ao ofendido para a propositura da ação penal em se tratando de ofensas *propter officium*, decisão levada ao plenário do S.T.F. por intermédio de agravo regimental interposto pelo querelante.

O pronunciamento do Ministério Público Federal, em parecer da lavra do ilustre Dr. *Aristides Junqueira Alvarenga*, foi no sentido do provimento do agravo regimental, merecendo transcrição o trecho que resume o parecer

'09. No caso, as supostas ofensas foram publicadas na revista 'Isto É' quando o querelante ainda exercia o cargo de presidente do Banco Central do Brasil, existindo, portanto, à época, o interesse mediato de ordem pública a justificar o caráter público da ação penal.

A partir do momento em que o ora agravante deixou a presidência da mencionada Autarquia Federal, não mais havia aquele interesse do Estado em defender o bom nome de seu funcionário, mesmo porque Francisco Gros já não exercia, após 12 de novembro de 1992, o cargo público em razão do qual foi ofendido.

*10. Ora, se em 18 de dezembro de 1992, data do oferecimento da queixa-crime, inexistia o interesse do Estado em proteger o agravante no desempenho de suas funções, tinha Francisco Roberto André Gros, data venia, legitimidade *ad causam*. À época, a ação penal que deveria ter sido oferecida era a privada e não a pública condicionada.' (pág. 343)*

O voto do relator originário, Ministro Celso de Mello, partindo da premissa de que nos crimes contra a honra de funcionário público viola-se não só o interesse pessoal do ofendido, mas, sobretudo, o interesse da Administração em preservar a sua própria honorabilidade, considerou irrelevante o fato de ter o ofendido oferecido a queixa-crime ao tempo em que não mais exercia o cargo público. O que importa para a aferição da qualidade de agir, disse o Ministro, "... é a contemporânea

neidade entre a suposta prática do delito contra a honra de que teria sido vítima *ratione officii* e o exercício do cargo público que então titularizava." (pág. 345). Tal pronunciamento foi seguido pelo Ministro **Moreira Alves**.

Não obstante, acabou por prevalecer a tese em sentido oposto, capitaneada pelo culto Ministro **Sepúlveda Pertence** e acolhida pelos Ministros **Marco Aurélio**, **Paulo Brossard** e **Sidney Sanches**. Além de invocar precedentes do próprio Supremo Tribunal Federal (ApCr. 932, 12.4.24 - Caso Epitácio Pessoa - Rel. **Geminiano da França**; RE 57.729, 2.4.65, Rel. **Hahnemann Guimarães**), parte o referido voto das seguintes considerações:

1) a ação privada é a regra em se tratando dos crimes contra a honra, não tendo o legislador excluído peremptoriamente a possibilidade do oferecimento da queixa-crime mesmo nas hipóteses em que prevê a ação pública (pág. 349);

2) a prioridade absoluta do interesse público nas ofensas em razão do ofício "... é elidida pela exigência legal da representação do ofendido, que acaba sempre por subordinar à sua manifestação de vontade a possibilidade da ação penal" (pág. 350);

3) vedar ao ofendido o uso alternativo da ação de iniciativa privada violaria a regra da isonomia, pois "... não se compreende, porém, é que só por ser funcionário e ter sido moralmente agredido em função do exercício de cargo público - o que não ilide o dano à sua honorabilidade pessoal -, o ofendido não a possa defender pessoalmente em juízo - como se propicia a qualquer outro cidadão -, mas tenha de submeter previamente a sua pretensão de demandar a punição do ofensor ao juízo do Ministério Público." A previsão de ação pública visaria, outrossim, a desonerar o funcionário dos custos e incômodos da ação (pág. 350);

4) a inviolabilidade da honra conta hoje com expressa tutela constitucional (art. 50, X).

Prestigiando a tese e a conclusão do voto condutor, aduz o Ministro **Marco Aurélio** também os seguintes argumentos:

1) a recusa do Ministério Público em propor a ação deixaria o ofendido sem acesso ao Poder Judiciário para a defesa de sua honra (pág. 351);

2) em última análise "... ao prever a ação pública condicionada, a ordem jurídica coloca à disposição do ofendido o aparelho organizado estatal representado pelo

Ministério Público, ou seja, um profissional da advocacia altamente capacitado, sem, no entanto, manietá-lo com a perda da iniciativa própria de adentrar o judiciário" (pág. 351);

3) partindo da consideração de que o ajuizamento da ação teria ocorrido quando o querelante não mais exercia a função, afirma que descaberia "... potencializar o interesse do Estado na preservação da dignidade do cargo, pois é até mesmo possível que haja um antagonismo entre as posições ocupadas – pelo Estado e por aquele que, por isso ou por aquilo, deixou o cargo ou função." (pág. 351)

Comentário

Não chega a consenso a doutrina a respeito do acerto da vinculação do *ius puniendi* estatal à vontade do ofendido. Conforme nos informa TOURINHO, diversos autores, à consideração de que a torpeza ou o interesse pecuniário são os móveis mais comuns nas ações privadas, consideram o instituto nefasto aos fins do direito e do processo penal, uma verdadeira "*reminiscência da vingança privada*". Neste sentido, dentre outros juristas alienígenas, VÉLEZ MARICONDE, SEBASTIAN SOLER, MAGGIORE, BINDING e RICARDO LEVENE ⁽¹⁾. Entre os nossos, AFRÂNIO SILVA JARDIM, em contundente crítica, sustentando o direito que todos devem ter a uma acusação formulada por órgão estatal imparcial, afirma:

"O processo penal não deve ser concebido dentro de uma ótica privatística, onde dois adversários se digladiam movidos por sentimentos não informados pelo interesse público. O processo penal não deve ser transformado numa luta entre dois inimigos argutos e hábeis, mas sim, em meio seguro e justo para tutela dos bens e valores protegidos pelo ordenamento jurídico." ⁽²⁾

Não obstante, *legem habemus*: a ação penal de iniciativa privada é uma realidade no ordenamento jurídico pátrio, prevista e disciplinada que foi pelo Código de Processo Penal (arts. 30 a 38, 41, 43 etc).

⁽¹⁾ FERNANDO DA COSTA TOURINHO, *Processo Penal*, Saraiva, Vol. 1, 1997, p. 403;

⁽²⁾ AFRÂNIO SILVA JARDIM, "Crítica à Ação Penal Privada Subsidiária e a Ação Penal Popular Subsidiária" in *Direito Processual Penal*, Forense, 1992, p. 429;

Ocorre que, não se pode perder de vista, é excepcional a outorga ao ofendido da possibilidade de provocar a jurisdição criminal, sendo de se ressaltar que na ação privada o Estado não abre mão do seu *ius puniendi* nem tampouco da pretensão punitiva. Há apenas a transferência, sempre fundada em lei expressa, do *ius persequendi in iudicio*. Neste sentido, por todos, a elegante lição de JOSÉ FREDERICO MARQUES, *ad litteram*:

"A ação penal privada é um caso de substituição processual em que o Estado transfere ao particular o direito de agir e de acusar, para que este promova a instauração do processo penal, aduzindo em juízo a pretensão punitiva nascida do fato delituoso.

Como o Estado é o único titular do direito de punir, o ofendido ou querelante, na ação penal privada, não invoca nenhum direito material seu. A pretensão punitiva deduzida em juízo tem no Estado seu titular, pelo que este transfere ao ofendido tão-só o direito de acusar." ⁽³⁾.

- g. n.

Tem-se assim que, sob pena de injustificável retrocesso aos tempos da chamada "justiça privada", a regra é a de que deve a ação penal ser proposta por órgãos imparciais do Estado, vinculados, mais ou menos rigidamente, ao princípio da obrigatoriedade. Extraordinariamente, considerando-se que em algumas hipóteses mais danoso será o *strepitus iudicii* que a impunidade do agente, faculta-se ao ofendido o exercício do direito de ação. Este último objetivo acaba por ser também alcançado, com maiores vantagens, pela adoção da ação penal pública condicionada à representação.

Bem visto, o sistema adotado em matéria de ação penal não deixa dúvida quanto à opção do legislador pela **excepcionalidade da ação privada**, o que, de resto, é estabelecido pelo artigo 100 do Código Penal ("**Art. 100. A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.**").

Aliás, considerando-se que a substituição processual é temática afeta à Teoria Geral do Processo, não é de-

⁽³⁾ JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Elementos de Direito Processual Penal*, ed. Bookseller, 1997, vol. 1, p. 323.

mais lembrar que de acordo com a precisa dicção do artigo 6º do Código de Processo Civil:

“Art. 6º. Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.”

E aqui, a nosso juízo, incorre em grave equívoco o acórdão comentado: admitiu-se hipótese de substituição processual, de legitimação extraordinária, sem que a lei a tivesse previsto.

Certo é que o requisito “autorização legal” pode ser extraído de uma interpretação sistemática do ordenamento. Neste sentido a lição de WALDEMAR MARIZ DE OLIVEIRA JR. ⁽⁴⁾ e NÉLSON NERY JR. ⁽⁵⁾. Ocorre que, a nosso juízo, a assertiva é válida apenas para o processo civil. Na seara criminal, todas as hipóteses de substituição processual (exemplos fornecidos por JOSÉ FREDERICO MARQUES ⁽⁶⁾: ação penal privada; ação civil prevista no art. 92, parágrafo único; seqüestro requerido pelo M.P. com fundamento no art. 127, o mesmo ocorrendo as hipóteses dos artigos 142 e 144; nomeação de curador à lide ao menor ou ao doente mental; fiança prestada por terceiro na hipótese em que o afiançado requer que não seja ela tida por quebrada; *habeas-corpus* impetrado por qualquer do povo; recurso previsto no art. 598; art. 631) estão expressa e especificamente disciplinadas pela lei. Não há, diferentemente do que ocorre no cível, margem para construções. E, em se tratando da substituição processual na hipótese de ação penal condenatória, o art. 100 do Código Penal – repita-se – não deixa a menor dúvida a esse respeito.

Além do mais, de modo a afastar especificamente a tese acolhida pelo Pretório Excelso, é preciso dizer que também as hipótese de legitimação concorrente foram expressamente disciplinadas pelo Código de Processo Penal, citando-se como exemplos o previsto nos arts. 29, 31, 34 e 50.

Nessa linha, não se pode admitir, data venia, a argumentação eleita pelo voto condutor e pelo voto do Mi-

⁽⁴⁾ WALDEMAR MARIZ DE OLIVEIRA JÚNIOR, *Substituição Processual*, RT, 1971, p. 135.

⁽⁵⁾ NÉLSON NERY JR. *et alii*, *Código de Processo Civil Comentado*, RT, 1998, p. 259.

⁽⁶⁾ JOSÉ FREDERICO MARQUES, “Do Instituto da Substituição Processual” in *Estudos de Direito Processual Penal*, ed. Forense, 1960, pp. 161/163.

nistro **Marco Aurélio** no sentido de que, se por um lado o artigo 145, parágrafo único, do Código Penal e o art. 40, I, b, da Lei de Imprensa não previram a querela privada no caso de ofensas *propter officium*, também não a excluíram. O enfoque foi invertido, pois, como visto, não basta que a lei processual penal não exclua a legitimação privada. Ao contrário, deve prevê-la especificamente.

Também não socorre a conclusão do acórdão o argumento de que a necessidade de representação acaba por subordinar à manifestação do ofendido a possibilidade da ação. *Quid inde?* Da assertiva, a única conclusão a que se pode chegar é a de que, sem prejuízo do interesse da Administração em ver a conduta apurada e punida, concedeu o legislador que o próprio ofendido, num juízo de conveniência, pudesse dar a primeira palavra a respeito da deflagração da *persecutio criminis*. Mas, mesmo aqui, trata-se de campo bastante limitado, visto que a retratação da representação só é possível até o momento imediatamente anterior ao oferecimento da denúncia (art. 25 do Código de Processo Penal); não se admite o perdão nem tampouco a ocorrência de preempção *etc.*

Noutra passagem, afirma o Ministro **Sepúlveda Perence** que a vedação ao uso da ação privada violaria a regra da isonomia pois “... não se compreende, porém, é que só por ser funcionário e ter sido moralmente agredido em função do exercício do cargo público – o que não ilide o dano à sua honorabilidade pessoal –, o ofendido não a possa defender pessoalmente em juízo – como se propicia a qualquer outro cidadão –, mas tenha de submeter previamente a sua pretensão de demandar a punição do ofensor ao juízo do Ministério Público.” Ora, em muito pouco assemelham-se as hipóteses de ofensa à honra de uma pessoa comum e à de um funcionário público. No primeiro caso, o bem jurídico tutelado é unicamente a honorabilidade do ofendido. No segundo, além de tal aspecto, sobleva o interesse de ordem pública, o interesse da Administração em velar pela dignidade e pelo prestígio da função exercida por seu funcionário e, em última análise, pela sua própria boa reputação ⁽⁷⁾. Aplicável às inteiras, neste passo, a belíssima lição de RUI BARBOSA quando afirma

⁽⁷⁾ NÉLSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, ed. Forense, 1958, Vol. VI, p. 111.

que “A regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam.”⁽⁸⁾

Por outro lado, não se pode admitir o argumento invocado pelo culto Ministro **Sepúlveda Pertence** no sentido de que, ao estabelecer a ação pública incondicionada para o caso sob comento, desejou o legislador apenas “...desonerar dos seus custos” o funcionário ofendido. Tal objetivo, se verdadeiro, em nada inviabilizaria a previsão da ação penal privada para a hipótese, até porque, ao teor do art. 32 do Código de Processo Penal, “*Nos crimes de ação privada, o juiz, a requerimento da parte que comprovar a sua pobreza, nomeará advogado para promover a ação penal*”.

Em verdade, bem refletidas as conseqüências da tese majoritariamente acolhida pelo Pretório Excelso, teríamos a seguinte esdrúxula situação: praticado um crime contra a honra de funcionário público, onde ninguém discute a presença do interesse da Administração, se oferecida denúncia pelo Ministério Público, a indisponibilidade seria absoluta (arts. 42 e 576 do Código de Ritos); diversamente, antecipando-se o ofendido e propondo a ação privada, tornar-se-ia possível a concessão de perdão, mesmo após sentença condenatória (art. 106, parágrafo 2º, do Código Penal), além da ocorrência de preempção (art. 60 do CPP). Ademais, diferentes também seriam os ritos adotados, a depender da hipótese: na querela privada, o previsto no art. 519 e segs. do C.P.P.; na ação pública, o previsto no art. 539. Isto é, para o mesmo fato delituoso dois caminhos processuais absolutamente diferentes, regidos, cada um, por princípios antagônicos (princípio da indisponibilidade e princípio da disponibilidade). Do exposto, uma indagação: Não se estaria ferindo, aqui sim, o princípio constitucional da igualdade? A resposta só pode ser afirmativa, uma vez que agentes de uma mesma moldura típica receberiam, *por sorte ou revés*, tratamento absolutamente diversificado, a depender da modalidade de ação proposta.

⁽⁸⁾ RUI BARBOSA, *Oração aos Moços*, ed. Forense, 9ª edição, p. 25.

Uma outra perplexidade: concorrente a legitimação, seria possível o oferecimento de queixa-crime mesmo se arquivado o inquérito policial a requerimento do *Parquet*? A admissão da tese conduziria a resposta afirmativa, pois a hipótese guardaria absoluta similitude com o que hoje acontece com o inquérito civil. A grosso modo, legitimação concorrente é exatamente isso: quando um dos co-legitimados deixa de exercer o direito de ação, o que inegavelmente ocorre por ocasião do arquivamento do inquérito, o outro não estará impedido de fazê-lo. Restaria, então, abolida a justa causa como condição genérica da ação penal, pública ou privada? E a exigência de novas provas (verbete nº 524 da súmula do STF), neste caso, seria afastada?

Há mais a dizer. Tendo em vista que, segundo alguns doutrinadores, “*São normas de direito penal material ou substancial, (...), todas aquelas que virtualmente atribuem ou tolhem ao Estado o poder de punir ou modificam esse poder (normas incriminadoras, descriminadoras, que preceituam sobre circunstâncias agravantes e atenuantes, etc.), ou ainda, conferem aos órgãos do Estado, ou aos cidadãos, o poder de dispor da pretensão punitiva (v.g., faculdade de representação do ofendido, de perdoar, etc.) ou da pena (anistia, indulto, etc.)*.”⁶⁹, concluiremos que o acórdão comentado findou por trilhar o tortuoso caminho da interpretação extensiva in malam partem. Com efeito, ao alargar o calibre da ação penal, não há negar, ampliou-se, em detrimento do réu, a possibilidade de concretização do *ius puniendi* do Estado, prevenindo-se via alternativa e concorrente à deflagração da jurisdição criminal.

Também merecem enfrentamento específico os argumentos invocados pelo brilhante Ministro **Marco Aurélio**. O primeiro deles, partindo de uma perspectiva gramatical, é no sentido de que o advérbio de modo “*somente*” foi utilizado apenas no *caput* do artigo 145, o que, a seu ver, significaria que o parágrafo único do mesmo dispositivo não teria inviabilizado a ação de iniciativa privada. Não obstante, como visto, não basta para a admissibilidade da legitimação privada a não-proibi-

⁶⁹ JORGE ALBERTO ROMERO, *Ação Penal*, 1978, ed. Forense, p. 17, discorrendo longamente sobre o assunto e apontando, no sentido do texto, a lição dos clássicos GALDINO SIQUEIRA, NÉLSON HUNGRIA e HÉLIO TORNAGHI.

ção da lei. Ao contrário, deve a querela privada vir expressamente autorizada pelo tipo penal (art. 100 do Código Penal). Ademais, a redação utilizada no *caput* do art. 145 (“somente se procede mediante queixa”) em nada difere da redação adotada pelo mesmo Código Penal, por exemplo, nos artigos 167, 179, 186, 191, 195, 225 etc.

Não nos impressiona, igualmente, a assertiva no sentido de que “... *descabe potencializar o interesse do Estado na preservação da dignidade do cargo, pois é até mesmo possível que haja um antagonismo entre as posições ocupadas – pelo Estado e por aquele que, por isso ou aquilo, deixou o cargo ou função*” (pág. 351). *Concessa maxima venia*, não se pode compreender tal antagonismo sob o enfoque jurídico pois, ao prever a ação penal pública para a hipótese, já definiu o legislador o interesse do Estado na persecução criminal. O critério é legislativo e torna a matéria imune às vicissitudes políticas. Além disso, mesmo que admitida a possibilidade de tal “antagonismo” sob o enfoque jurídico, forçoso é reconhecer que o Ministério Público não titulariza nem representa os interesses da Administração Pública, os interesses políticos do Governo. Muito ao contrário, em algumas hipóteses vai de encontro a estes interesses, o que inclusive, atualmente, lhe tem rendido injustas críticas.

Por fim, colide com o texto constitucional, *data venia*, a afirmação de que “... *ao prever a ação pública condicionada, a ordem jurídica coloca à disposição do ofendido o aparelho organizado estatal representado pelo Ministério Público, ou seja, um profissional da advocacia altamente capacitado, sem, no entanto, manietá-lo com a perda da iniciativa própria de adentrar o judiciário*” (pág. 351). Com efeito, se vedada foi ao *Parquet* “... a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas” (art. 129, IX, C.R.B.) concebida a representação da Fazenda Nacional apenas em caráter transitório (art. 29, parágrafo 5º, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias), como admitir-se que na hipótese comentada o Promotor de Justiça atuaria como mero “*profissional da advocacia altamente capacitado*”? A atuação do Ministério Público não pode amesquinhar-se à persecução de interesses privados, descabendo erigi-lo à condição de advogado, senão da sociedade.

Do exposto, tem-se que o acórdão comentado, sob todos os ângulos possíveis de apreciação, findou por ferir todo o sistema concebido pelo legislador em matéria de

ação penal. Cria legitimação alternativa em campo cuja interpretação deve ser restritiva; fere a regra da isonomia ao estabelecer conseqüências processuais diversas para a mesma hipótese legal; amplia possibilidade de satisfação da pretensão punitiva do Estado, em detrimento do réu; amesquinha o papel do Ministério Público na persecução criminal; afasta-se, enfim, do conselho dos exegetas, segundo o qual:

"... o intérprete há-de mover-se no âmbito das possíveis significações lingüísticas do texto legal e tem de respeitar o sistema da lei, não lhe quebrando a harmonia, não lhe alterando ou rompendo a sua coerência interna. (...) só dentre as várias acepções que a letra da lei comporte e o sistema não exclua é que o juiz pode escolher, valorando-as pelos critérios da recta justiça e da utilidade prática." ⁽¹⁰⁾.

ROGÉRIO PACHECO ALVES". (NOTA)

9. Assim sendo, a sentença de primeiro grau deve ser mantida, sendo cabível o presente recurso, merecendo ser acolhido, pois a decisão hostilizada, *data venia*, violou a lei constitucional, nos termos do artigo 102, inciso III, alíneas "a" e "b", da Lei Maior.

10. Conclui-se, por conseguinte, pela existência dos pressupostos a viabilizar o recurso extraordinário, por ter sido demonstrada com razoabilidade a violação da disposição de lei constitucional.

Ante o exposto, aguarda o Ministério Público que Vossa Excelência admita o recurso interposto pelo querelado, propugnando, ao depois, por seu provimento pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, restabelecendo, destarte, a sentença de primeiro grau, com o que se estará fazendo a correta aplicação da lei, no resguardo da inteireza da norma constitucional.

Rio de Janeiro, 31 de maio de 2000.

FRANCISCO ANTONIO SOUTO E FARIA
Procurador de Justiça

⁽¹⁰⁾ MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, *Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis*, ed. Arménio Amado, Coimbra, 1987, p. 64.

NOTA: O trabalho doutrinário do Promotor de Justiça, Dr. ROGÉRIO PACHECO ALVES, referido no parecer, saiu publicado na *Revista do Ministério Público-RJ* de nº 10, nas páginas 403 e seguintes.

Aprovo:

Pelo Dr. JOSÉ MUIÑOS PIÑEIRO FILHO
Procurador-Geral de Justiça

DR. ELIO GITELMAN FISCHBERG
2º Subprocurador-Geral de Justiça

Requerente: João Carlos Vinhas

Assunto: Exarcamento de expedientes

Descrição: Requer seja expedido Mandado de Injunção para regulamentação da Lei Estadual n.º 2.399, de 23/06/94, que dispõe sobre a distribuição de Quadro Permanente da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro, do Plano de Cargos e Vencimentos e de outras providências.

Lei ordinária estadual, criação de direitos para Polícia Civil, com a restrição de que os quadros permanentes e de plano de cargos e vencimentos dependam de decretos regulamentares a ser editado no prazo de 30 (trinta) dias de sua entrada em vigor, regulamentação que o requerente afirma não haver ocorrido, embora passados mais de seis meses da vigência da lei. Nem a criação de Mandado de Injunção sem o Apoio Legal de Inconstitucionalidade por Omissão. Cabe ao interessado dirigir-se à Procuradoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, a qual ainda não pediu custas despesas judiciais, para viáveis do cabimento de eventual medida judicial de natureza individual.

PARCER

João Carlos Vinhas, funcionário público estadual, exercendo o cargo de Detetive-Inspetor, Matrícula 177.074, 4.ª Subseção Delegada de Proteção ao Meio Ambiente, requer sejam tomadas as medidas legais cabíveis contra o Chefe de Poder Executivo do Estado, de acordo com o disposto no art. 23 da Constituição Estadual e do art. 37 da Constituição da República.

Requer seja expedido Mandado de Injunção para regulamentação da Lei Estadual n.º 2.399, de 23/06/94, que "Dispõe sobre a estruturação do Quadro Permanente da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro, do Plano de Cargos e Vencimentos e de outras providências", cujo artigo 23 determina que "O Poder Executivo regulamentará esta Lei no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da publicação, sob pena de declaração desta inerte, porque a lei, segundo seu art. 28, entra em vigor no dia de sua publicação".

Abre-se o espaço de liberdade de que goza, de direito, impetrar Mandado de Injunção, mas, no momento, não tem capacidade postulatória, além de que honorários advocatícios não estão em seu nome, restando que sem litigância, em seu benefício, a importância de R\$ 1.000,00.