

ACÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA DA ACÇÃO PENAL PÚBLICA

ROMILDO BUENO DE SOUZA*
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Palavras de abertura

O Sr. Tenente Brigadeiro do ar Cherubih Rosa Filho (Presidente do Superior Tribunal Militar):

Proseguindo-se o ciclo de palestras neste ano, hoje teremos a satisfação da conferência ministrada pelo Dr. Romildo Bueno de Souza do Superior Tribunal de Justiça, cujo tema é assaz interessante para nós – Ação Penal Privada Subsidiária da Ação Penal Pública. Queria assinalar, também, que embora estejamos na Casa do Superior Tribunal de Justiça, é uma satisfação muito grande a presença do Sr. Ministro-Presidente William Patterson, que está aqui conosco prestigiando a nossa conferência.

O Sr. Coronel Cléber Guimarães: (Coordenador): lê Curriculum vitae.

Curriculum Vitae

Resumido

I – Identificação

Nome: ROMILDO BUENO DE SOUZA

Naturalidade: Aguaí, Estado de São Paulo

Nascimento: 23 de maio de 1929

Estado Civil: casado

Filiação: João Cintra de Souza e Albertina Bueno de Souza

Cônjuge: Zoé Gonçalves de Souza

Filhos: Zoé Beatriz Gonçalves de Souza e Paulo Eduardo Gonçalves de Souza

Profissão: Magistrado e professor

II – Formação intelectual

– Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo 1949/53.

– Especialização em Direito Processual Civil – curso regido pelo professor, Ministro **MOACYR AMARAL SANTOS**, Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, realizado na Universidade de Brasília, 1968/72.

III – Habilitações profissionais

1. Para a advocacia:

– Inscrição 8.016 na Ordem dos Advogados do Brasil, Secção de São Paulo, 1954.

2. Para o magistério secundário:

– Exame de Suficiência (abrangendo disciplinas de conteúdo, Pedagogia e Didática, Geral e Especial, em provas teóricas e práticas) para PROFESSOR DE HISTÓRIA, perante a Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras da Universidade Federal de Goiás, em Goiânia, novembro de 1965 (Registro n. D-42.610, do Ministério da Educação e Cultura)

3. Para o Magistério Superior:

– Parecer 766/68, do Conselho Federal de Educação aprovado em 03.12.68, para lecionar DIREITO JUDICIÁRIO CIVIL.

– Parecer 900/72, do Conselho Federal de Educação aprovado em 08.08.72, para lecionar TEORIA GERAL DO PROCESSO.

IV – Concursos públicos de provas e títulos

1. Para Advogado do Estado de São Paulo (Departamento Jurídico do Estado, Secretaria de Justiça e Negócios do Interior), em 1960.

2. Para Defensor Público (Ministério Público do Distrito Federal e Territórios Federais), em 1963.

3. Para Professor de História Geral e do Brasil (Ensino Médio da prefeitura do Distrito Federal), em 1965.

4. Para Juiz Substituto (Justiça do Distrito Federal e Territórios), em 1966.

Observação: aprovado, classificado e nomeado para o exercício dos cargos referidos, únicos aos quais concorreu, tendo exercido todos.

V – Atividades profissionais

1. Advogado em São Paulo, Capital, de 1953 a 1964.

2. Advogado do Estado de São Paulo, servindo na Consultoria Jurídica da Secretaria de Segurança Pública, de 1961 a 1964.

3. Defensor Público do Ministério Público do Distrito Federal, de 1964 a 1966.

4. Juiz Substituto, da Justiça do Distrito Federal, de 1966 a 1967.

5. Professor Assistente, da Universidade de Brasília, de Direito Judiciário Civil e Teoria Geral do Processo, desde 24.03.66.

6. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível do Distrito Federal, desde 07.04.67.

7. Juiz Eleitoral do Distrito Federal, de 16.06.71 a 20.02.75.

8. Juiz do Tribunal Regional Eleitoral do Distrito Federal, de 25.02.75 a 25.02.79.

9. Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal, de 18.06.76 a 08.04.80.

10. Substituto de Desembargador, convocado por diversos períodos, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

11. Professor Adjunto, do Centro de Ensino Unificado de Brasília – CEUB, de 01.03.70 a 18.04.77, das disciplinas Teoria Geral do Processo e Direito Processual Civil.

12. Ministro do Tribunal Federal de Recursos, de 08.04.80 a 07.04.89.

13. Corregedor-Geral da Justiça Federal, de 23.06.85 a 23.06.87.

14. Ministro do Tribunal Superior Eleitoral, de 29.09.88 a 29.09.90.

15. Corregedor Geral da Justiça Eleitoral, de 15.12.88 a 29.09.90.

16. Ministro do Superior Tribunal de Justiça, desde 07.04.89.

17. Presidente da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no biênio jun/89 a jun/91.

18. Presidente da 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça no biênio jun/90 a jun/92.

19. Vice-Presidente do Superior Tribunal de Justiça a partir de 23.06.93.

VI – Trabalhos publicados

1. Ação consignatória e locação predial, *in* Rev. do Trib. de Justiça do D.F., Brasília, 2(4):183-5, 1º Sem., 1968.

2. Promessa de cessão de direitos, *in* Idem, 3(5): 185-64, 2º Sem., 1968.

3. Compra e venda mercantil e compra e venda civil: traços distintos, *in* Idem. 3(5):165-72, 2º Sem., 1968.

4. A oposição de embargos de declaração e prazo para a interposição dos demais recursos, *in* Revista Jurídica da Procuradoria Geral do D.F., Brasília, 9:13-20, março 1970.

5. Indeferimento da inicial: a questão da oportunidade, *in* Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do DF, Brasília, 4(6):127-8, 1º Sem., 1970.

6. Ausência do advogado do autor e suas conseqüências, na audiência de instrução e julgamento, *in* Revista Jurídica da Procuradoria Geral, Brasília, 10:13-21, outubro, 1970.

7. Arras; Restituição do Sinal; Impossibilidade de cumulação com perdas e danos, *in* Revista da Ordem dos Advogados do Brasil Secção do D.F., Brasília, 1(3):58-66, 1970.

Brasília-DF, agosto de 1993.

MINISTRO ROMILDO BUENO DE SOUZA

O Sr. Ministro Bueno de Souza (conferencista):

Eminente Brigadeiro Cherubim Rosa Filho, Ilustre Presidente do Superior Tribunal Militar; Eminente Ministro William Patterson, Presidente desta Casa; demais Ilustres Ministros do Superior Tribunal Militar, que tanto nos honram hoje, como em sessões anteriores, com suas presenças; Ilustres Magistrados; Senhoras e Senhores; devo, desde logo,

agradecer a honra que novamente me é concedida pelo Superior Tribunal Militar de participar destes encontros de estudos de aspectos atuais do Direito Brasileiro, iniciativa que já se vai tornando tradicional – e uma verdadeira marca da tendência do Superior Tribunal Militar de aprofundar o debate sobre os temas que dizem respeito mais de perto à sua vocação constitucional.

O tema que me foi proposto, que é o da ação penal privada subsidiária da ação penal militar, portanto pública, é um tema, além de provocante, sumamente delicado, rico de implicações de ordem não-somente técnico-jurídica, como também constitucional e institucional.

Na despreziosa exposição em que pretendo resumir algumas linhas de reflexão em torno deste tema, proponho-me, depois de uma breve introdução, fazer algumas alusões, alguma referência, o quanto possível resumida, aos princípios que orientam a ação judiciária no plano das instituições brasileiras; princípios estes que dizem respeito, no resumo que faremos, de modo precípua, ao processo penal e ao processo penal militar.

No segundo passo proponho-me verificar os problemas que surgem para este tema em virtude do advento da Constituição de 1988.

No terceiro passo proponho-me verificar qual tem sido a atitude da jurisprudência brasileira em face das inovações introduzidas pela atual Constituição.

No último Item proponho-me abordar algumas conclusões que, entretanto, não têm caráter, e nem poderiam ter, de conclusões finais, senão de conclusões condizentes às grandes linhas da preocupação que este tema suscita, linhas estas que aguardam o desdobramento da doutrina brasileira e os seus reflexos na jurisprudência, bem como no plano legislativo.

Penso que com estes quatro tópicos teremos efetuado uma digressão que possa, de alguma forma, animar outras reflexões sobre este assunto.

Frederico Marques, há pouco afastado do nosso convívio, escrevendo no volume III do seu verdadeiro tratado de Direito Penal no ano de 1.956, versando o tema da ação penal, porquanto já da tradição do direito brasileiro que o Direito Penal cuide, também, da ação penal, concorrentemente com o Código de Processo Penal, Frederico Marques refere-se à Sabattini, ilustre processualista penal italiano, que, aludindo às grandes dificuldades e controvérsias que lavram neste tema concernente à ação penal, adota as palavras de Sabattini, para dizer que este tema é verdadeiramente escaboso. Isto na opinião de Sabattini, endossado por Frederico Marques.

Vejam, meus eminentes colegas, a dificuldade do desafio que me foi proposto para tratar aqui, e neste momento da vida nacional, sobre este tema da ação penal privada no processo penal Militar. E Frederico Marques vai adiante para encarecer o quanto existe de controvérsia e polêmica nesta matéria. Nesta senda, ele se refere ao grande João Mendes de Almeida Júnior no seu grande Tratado de Processo Criminal, para, fazendo coro - Frederico Marques - ao grande processualista americano que foi Edward Cultur dizer que é tal a dificuldade da doutrina processual penal da ação que o nosso João Mendes teve que recorrer à metafísica e à escolástica para buscar supedâneos teóricos adequados para desenvolver o APPSAP/BS cont. II seu pensamento sobre este tema; foi quando João Mendes propôs que a ação é o movimento do ente, o ente em movimento na busca do pronunciamento da Justiça.

Mas não bastassem estas alusões de Frederico Marquês à Sabattini, à Cultur e ao nosso João Mendes, eu me deparo com um texto, que vou pedir respeitosa *vênia* para traduzir aqui em uma leitura breve, do grande Calamandrei. O grande processualista peninsular, como sabemos,

foi um jurista exímio, inequivocamente comprometido com as idéias da filosofia política liberal, que o levaram a abandonar por um certo tempo a advocacia e a cátedra, para cerrar fileiras com aqueles que, com as armas, resistiram à ditadura do Eixo. E somente depois de concluída a guerra pôde Calamandrei voltar aos seus estudos e aos seus escritos.

Escrevendo, no ano de 56, um dos seus mais belos ensaios sobre a relatividade sobre o conceito de ação, Calamandrei anotou estes tópicos, que vou, com a devida licença dos meus pares, trazer à baila da nossa meditação desta tarde.

Diz Calamandrei:

A polêmica em torno às
..... o seu
instrumento comum de realização.

Este núcleo central da polêmica – diz Calamandrei – reflete, portanto, como fica claro deste texto, opções previamente efetuadas no plano da filosofia política, isto é, no plano da precedência que se deva conferir ou aos interesses do Estado ou das pessoas em geral, aos direitos subjetivos das pessoas ou aos poderes do Estado como ente político.

Liebman, também, na aula de dez anos depois deste ensaio de Calamandrei, escrevendo em 1959/1960, volta a tratar das conotações políticas que influem sobre a conceituação da ação.

Trata-se, portanto, de um debate que se tornou agudo nos últimos 50 anos sobre o predomínio da tendência do Estado a assegurar os direitos das pessoas ou da tendência do Estado a expandir a sua própria presença e a sua ação política e jurídica.

No entanto, a despeito da intensidade e da repercussão, em todo mundo do ocidente, desta polêmica é espantoso que a Ciência do Direito no Brasil – e não só no Brasil – se tenha debruçado tão pouco sobre esta matéria, apenas nos compêndios, nos comentários, breves alusões aos

poderes do Ministério Público na iniciativa da ação penal, alusões ao aforismo sobre ser o Ministério Público dono da ação penal, **dominus litis**, e nenhuma maior aproximação em relação aos princípios que a própria Constituição da República, como no Brasil, assegura no tocante à tutela jurisdicional.

Trata-se portanto – para empregar a linguagem militar – de um terreno minado, sobre o qual vamos agora discorrer, não somente porque a doutrina, a ciência do direito processual focaliza antagonismos que refletem opções políticas, como também porque a Constituição vigente no Brasil tomou partido neste tema e, ao fazê-lo, entrou em colisão com textos normativos de inferior hierarquia. A questão é também polêmica, porque a doutrina brasileira não teve ainda, ao que parece, o tempo necessário para buscar a forma de integração do nosso ordenamento jurídico neste capítulo, enquanto que a jurisprudência ainda ensaia os primeiros passos no sentido de conciliar essas disposições.

Eis aí, em rápidas pinceladas, o que me parece demonstrar suficientemente o quanto a matéria oferece de discutível, polêmico e de vinculações com opções prévias efetuadas no plano da filosofia política.

Então, posso passar, nesse segundo tópico, deste resumo, a uma breve alusão a princípios que orientam a ação, em especial a ação penal, no Direito Brasileiro, refletindo, neste ponto, aliás, conquistas que evidenciam o estágio atual da ciência do Direito processual. A ciência do Direito Processual no Brasil, na verdade, reflete com autenticidade própria, mas também com muita atualidade, muito de perto, a doutrina estrangeira, sem prejuízo de sua originalidade.

Vou me referir apenas a alguns princípios, porquanto são muitos aqueles que podemos considerar de grande importância nesta matéria, que, entretanto, não teriam relação direta com o nosso tema. Falarei do princípio publicístico da ação, antes disso, ainda, salientando que já constitui patrimônio da ciência jurídica no Brasil que não devemos

procurar distinções ontológicas ou essenciais entre a ação penal e aquela que Frederico Marques chamou ação não penal. Frederico expõe, com sua habitual clareza, que uma distinção radical não se justifica, não pode sequer ser admitida, porquanto a função do Estado, a jurisdição, mediante a qual ele responde à ação, não depende necessariamente do teor do litígio. O litígio pode ter as suas bases, as suas raízes, no Direito Civil, no Direito Previdenciário, no Direito administrativo, enfim, ou no Direito Privado, ou no Direito Público, ou no Direito Social. Isto pouco importa. A função jurisdicional, em resposta à ação exercida pelo autor ao propor a demanda, esta resposta reflete o poder jurisdicional do Estado que não guarda relação essencial com o tema do litígio. Da mesma forma que o Congresso Nacional exerce função legislativa, ao promulgar um código civil ou ao promulgar um código tributário, a sua função não sofre mudança essencial, porque, neste momento, incide sobre uma lei a respeito de serviço público e, noutro momento, sobre títulos de crédito. A função é sempre legislativa. Assim, também, a função jurisdicional não sofre mudança essencial por incidir agora sobre um litígio, cujas raízes remetem para o Direito do Trabalho e, ali, sobre um litígio que tem a sua sede no Direito Eleitoral. Sempre se trata da jurisdição como função do Estado em resposta à ação, como direito de acesso à jurisdição e, no processo, seu instrumento comum, a ação o encontra-se com a jurisdição; a ação se exerce, e a jurisdição se realiza.

O caráter público da ação penal é tão acentuado, tanto se opõe ao nosso reconhecimento, quanto o caráter da ação não penal. A doutrina predominante e acolhida pela legislação brasileira é a de que a ação é um direito subjetivo público. Isto é, um direito que cabe a cada um de nós de obter do Estado, mediante a jurisdição, um pronunciamento sobre uma lide.

A lide existindo antes da ação. A lide sendo uma experiência da vida social, uma experiência conflitiva que a lei não quer ver resolvida pela

imposição da vontade do mais forte sobre a vontade do mais fraco, nem pela desistência de direitos indisponíveis.

Então, a resolução da lide como um dado da experiência social faz-se objeto da ação, objeto da jurisdição. Tanto a ação é sempre pública, porque é direito de obter do Estado a garantia da lei e do direito subjetivo por via reflexa, quanto à jurisdição também o é, porquanto o Estado de direito, que se apresenta na cena histórica nestes últimos duzentos anos, não se compatibiliza com a justiça privada. Ele assume, não somente a tarefa, a prerrogativa, o poder e o dever de revelar o direito na lei, como responde pela efetiva atuação da lei mesmo em face dos conflitos.

O caráter público, portanto, da ação é um dado, hoje, inquestionável na ciência do Direito Processual seja no Brasil, seja naqueles países da Europa em que a ciência do Direito inspira-se na tradição romana.

A ação, sendo um direito subjetivo público, tanto no tocante a um litígio penal quanto a um não penal, determina conseqüências que o Direito Processual e o Direito Constitucional deduzem também de forma inequívoca. Assim, a Constituição assegura a quem quer que necessite da tutela jurisdicional o acesso aos tribunais, ou pela lesão, ou pela ameaça a algum direito. O Estado está sempre pronto a acolher as alegações de lesões de direito.

Este princípio publicístico da ação e da jurisdição que se expande para a ação penal ou a não penal, etc., é, desde logo, inconciliável com a idéia de que uma ação possa ser um direito privado. Este princípio também suscita o da instrumentalidade do processo em face da ação e da jurisdição. O processo deve ser, portanto, disponível, estar ao alcance daqueles que se achem em conflito ou cujos direitos sejam ignorados, postos em dúvida, cujos direitos necessitem da certeza jurídica.

Outro princípio que decorre dessa mesma sistemática é o da iniciativa de parte mediante o qual a jurisdição aguarda que o litígio lhe seja submetido por aqueles a quem diz respeito e na forma do devido processo legal, e, assim, também, a jurisdição deverá proceder na forma do devido processo legal.

Dizer, portanto, que este ou aquele órgão do Ministério Público, no tocante à ação penal, ou o cidadão, a pessoa de Direito Privado seja dono da ação penal é uma impropriedade terminológica que reflete uma vacilação doutrinária. É verdade que a literatura processual, literatura jurídica brasileira divulga essas expressões, mas a doutrina brasileira, como Frederico Marques, também acentua que a ação penal pertence ao Estado enquanto tal. O Ministério Público é órgão do Estado. Ele não é o titular no sentido de que possa livremente dela dispor. Poderia o órgão do Ministério Público deixar de propor a demanda penal quando estivessem diante dele todos os elementos de prova necessários e suficientes para evidenciar a prática de delito que se situa na sua competência funcional e sobre a sua autoria?

Seria esta atividade reconhecidamente administrativa de persecutio criminis uma atividade disponível que se sujeitasse a critérios de discricionariedade, por tanto, de oportunidade e de conveniência? O fato de a atividade de persecutio criminis ser por natureza administrativa, não lhe retira o caráter de uma atividade vinculada como muitas outras atividades administrativas também são vinculadas. Pode a administração pública deixar de nomear o candidato que obteve o primeiro lugar e nomear o que obteve o décimo lugar? É ato administrativo, mas é ato administrativo vinculado. Assim, dizer que o Ministério Público seja o dono da Ação Penal é algo que não se compatibiliza com esta compreensão que recebemos, com a aquisição da ciência constitucional e processual mais recente – mais recente, quero dizer, dos últimos cem anos – e, segundo a qual, a outorga da prestação jurisdicional, a tutela dos direitos das pessoas pelo Estado já não traduz um favor, um benefício, uma clemência, uma mercê de um

soberano unipessoal, um monarca, ou de um senhor feudal, ou de príncipe, senão que esta realização do Direito pela produção de uma norma concreta e individual na sentença, ou pela realização dos atos de execução, ou dos autos cautelares; essa providência consiste no cumprimento pelo Estado de um dever que é seu, este, sim, um monopólio do estado constitucional, do estado de direito, que não pode admitir no seu âmbito nenhuma outra forma de revelação do Direito que não se lhe submeta. Claro que o Estado pode admitir, admite, deve admitir, deve mesmo encorajar muitas formas de revelação do Direito, porém, todas elas, precisam, finalmente, achar-se submetidas aos critérios da Constituição que o Estado incorpora com a orientação da sua conduta. Claro que o acordo, a transigência, a justiça esportiva, a justiça dos sindicatos, das universidades têm o seu lugar, têm importante contribuição a dar e, principalmente, em face da eclosão de tantos litígios, bem-vindas são estas formas de cooperação, no âmbito da atividade privada, que auxiliam o Estado a promover, a paz no meio social. Mas nenhuma dessas formas de revelação do Direito se reveste do que os ingleses chamam de "final enforcement" e que nós chamamos de coisa julgada. Aquele que não se satisfaz com a justiça da Repartição Pública, com a justiça, portanto, do Serviço Público, do Serviço de Trânsito, da Junta de Recursos Fiscais, do Conselho de Universidade, pois que recorra à justiça do Poder Judiciário, no exercício daquela garantia que está no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição e, segundo o qual, a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça de direito individual. A ação, portanto, é direito subjetivo público, segundo uma doutrina que entre nós é lei. O Código de Processo Civil incorporou esta doutrina, quando dividiu os temas que são objeto de pronunciamento do Juiz, em qualquer processo, em três partes: os pressupostos do processo, as condições da ação e o mérito. Quando o Código de Processo Civil, em numerosas disposições, adota esta orientação, ele consagra, no plano legislativo, uma doutrina, uma ciência processual, que não é única neste tema, mas que tem obtido o maior número de adesões entre os cientistas nos últimos 80 anos. Direito Público, portanto, porque direito subjetivo de

exigir do Estado uma prestação, algo que somente o Estado pode fazer, um pronunciamento, uma sentença, ou então os atos necessários para fazer com que esta sentença encontre resposta na vida social, ou os atos destinados a sua futura eficácia. Se, portanto, a ação é direito público o que se dizer da ação penal?

Ora, neste ponto também a doutrina não tem chegado a uma compreensão unívoca dos interesses que se exprimem nos conflitos. Hoje se fala, a todo momento, em pretensões ou direitos difusos, aqueles que correspondem a coletividades e que vão tornando mais familiares no nosso tempo em virtude da explosão populacional, da intensificação do processo industrial e de tudo o que isso significa em comprometimento das riquezas naturais e do ambiente. Mas, na verdade, os processualistas do começo do século ao empreenderem a revisão, de que hoje tanto se beneficia o processo contemporâneo já haviam identificado classes diferentes de interesses: interesses individuais que podem tocar a uma ou mais pessoas, desde que perfeitamente individuadas; cinco ou seis pessoas podem ser legitimadas ativas para propor a demanda ou legitimadas passivas para responder por ela ou, ainda, interesses coletivos que tocam a grupos de pessoas indeterminadas, embora determináveis, tais como os filiados a um sindicato e este poderá obter uma sentença normativa que favoreça sindicalizados futuros. Como também a demanda pode refletir interesse público de uma pessoa jurídica em Direito Público como nas desapropriações, na execução fiscal enfim, como nas ações em que o Estado é parte. Mas a demanda pode refletir também interesses sociais e, no tocante ao processo penal, é comum se dizer, ou melhor, é unânime no Brasil o pronunciamento dos juristas de que a Ação Penal, reflete o interesse público ou o direito público a persecutio criminis, somente o Estado é titular do jus puniendi. Apenas o Estado, em princípio, pode, portanto, empreender a persecutio criminis. Ocorre, porém, que a própria ciência penal reconhece que a configuração legal do delito, do crime, tem a ver com um interesse muito mais amplo que o do Estado. Tem a ver com o

interesse de toda a sociedade. E é por causa do interesse social que preside a definição legal dos crimes e que orienta toda a atividade administrativa pública de persecutio criminis, que essa função é assumida pelo Estado como intérprete da sociedade. Muitas vezes se torna quase imperceptível o interesse do Estado na perseguição da prática delituosa, pois, se a vítima sofreu lesões corporais ou graves lesões patrimoniais, como anteceder ao interesse da vítima de ver atuar a lei penal ou o interesse do Estado em fazê-lo? Ocorre que o Estado é o ponto de encontro da sociedade, segundo a com preensão mais recente da filosofia política liberal que ainda inspira a nossa Constituição no tocante à declaração de garantia dos direitos.

De modo que, no contexto da nossa Constituição e das Constituições Políticas do Estados de Direito do nosso tempo, a ênfase é concedida aos direitos subjetivos individuais, coletivos, sociais como está na nossa Constituição, como está na Constituição Portuguesa, como está na Constituição da Espanha. As Constituições anteriores do Brasil postergavam as declarações de direito e davam prioridades, concediam os seus primeiros capítulos à organização do estado, à organização dos seus poderes, e às definições do direito do estado. O que não ocorre mais. Refletindo a ênfase que se verifica em todo o mundo do Ocidente, a nossa Constituição também conferiu primazia à declaração dos direitos das pessoas. Na Constituição anterior esta declaração vinha no art. 153, na anterior ainda no art. 141, mas agora ela está no art. 5º. E não se trata, aqui, de mera topografia. O contexto da Constituição denuncia o seu definitivo comprometimento com a prioridade à declaração e garantias dos direitos e não somente individuais, mas também sociais e políticos. Nesse contexto de um estado de direito que confere primazia aos direitos subjetivos é de difícil compreensão que a Ciência do Direito, no nosso tempo, questione a existência do Direito Subjetivo, tal como noticiou há 50 anos o grande juriconsulto peninsular, que no começo dessa exposição nós estivemos a ler.

Ora, se, portanto, a ação é um Direito público, que dizer-se da ação penal, que exercida pelo Estado como o delegado da Nação e que o Estado por sua vez delega ao Ministério Público? E nesse contexto, como falar então em Ação Penal Privada ou Ação Penal Privada Subsidiária de Ação Penal Pública? Pois bem: a nomenclatura brasileira – e aqui passo para o terceiro tópico, quanto ao direito de ação, que contempla a Ação Pública, a Ação Pública condicionada, a Ação Privada Subsidiária da Ação Pública, a ação exclusivamente Privada entre outras figuras, muitas outras: como o habeas corpus e muitas outras figuras, de demanda penal – adota um vocabulário, ao qual não se pode negar certa incoerência científica ou sistemática, por falar em ação penal pública, numa verdadeira redundância, ou em ação penal privada numa verdadeira contradição. É uma herança com a qual convivemos, e que a constituição poderia, perfeitamente, ter removido do nosso vocabulário. Há uma Constituição que reflete, em tantos pontos, aspectos dos mais recentes da teoria do Estado Constitucional, uma Constituição rica de fundamentos teóricos e também políticos. Por que é que não acentuou o caráter exclusivamente publicístico da ação e principalmente da ação penal? No entanto, o que é que vemos a este propósito na Constituição? Vemos, primeiramente, que o art. 5º, em dois incisos, toma uma orientação sobre este prisma, poder-se-ia dizer, surpreendente. No inciso 35 diz o art. 5º: "A Lei excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a Direito." E no art. 59 a Constituição estabelece: "Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal."

Então é a própria Constituição que agora ergue ao patamar da Lei Fundamental a existência de uma Ação Penal Privada. Será admitida ação privada nos crimes de ação pública. E o faz quando tudo indica seria desnecessário fazê-lo, porque está repetindo o que estava no Código Penal. Como então devemos encarar esta atitude do Legislador Brasileiro que bem poderia ter contribuído para elevar o discurso do Direito Objetivo Brasileiro

para um nível de congruência, de coerência científica, que não é um bem desprezível.

Por que é que a Constituição regrida, neste capítulo, a uma nomenclatura que não se compatibiliza com os dados da ciência? Então que deixasse esse texto no Código Penal. A doutrina e a jurisprudência cuidariam de ver se esse artigo do Código Penal subsiste ou não em face de uma Constituição, que passou ao largo desse assunto e que acentuou, isto sim, o caráter publicístico da jurisdição, acentuou as garantias de acesso à jurisdição como uma função que o Estado não pode recusar em face sequer de uma ameaça ao direito.

No tocante à nomenclatura, continuamos com o aval do texto constitucional a falar de uma ação penal privada, subsidiária de ação penal pública. Os juristas, especialmente os processualistas, costumam ser pessoas muito equilibradas, isso pertence à tradição europeia do Direito Processual, muito raramente desmentida aqui ou ali; um ou outro processo a lista se apresenta com ares de novidadeiro. O grande criador do Processo Moderno, Oskar Von Bulow, reconhecendo a necessidade de conceituar o Processo, primeiramente procurou, no acervo dos institutos do saber jurídico, algum que pudesse servir, encontrou a Teoria da Relação Jurídica e a adaptou, num aproveitamento de materiais. Von Bulow diz: "E mostrou o caminho que tem presidido o labor dos processualistas, não ignorar o passado, não desmontara herança do saber por mero prazer ou mera pretensão". No tocante a esse tema, teria sido um passo adiante apagarmos de vez qualquer referência a uma ação penal privada.

Qual o lugar de uma ação penal privada na ciência do Direito de hoje? Pois bem, os processualistas não são intransigentes em matéria de vocabulário. Como é difícil também achar uma outra denominação para um instituto já tão enraizado na nossa tradição, continuando a falar, e a Constituição também, em ação penal, privada ou subsidiária. O que se quer dizer com isso é que, muito embora o direito de punir pertença ao Estado

para exercê-lo no interesse da sociedade e, uma vez que o Estado, para exercer o direito de punir, precisa primeiramente contrastar esse direito perante o Poder Judiciário, para obter o reconhecimento da legitimidade da ação de perseguição do crime, reconhece, no entanto, na sua ordem jurídica, que nem sempre o bem jurídico penalmente tutelado esgota a sua inserção no plano da sociedade ou no plano dos Órgãos do Estado.

Nos crimes contra a honra isso fica muito claro: o estrépito da propositura da ação penal por crime contra a honra pode ser ainda mais danoso para a vítima do crime contra a honra do que a ofensa de que ele se queixaria perante o Juiz. Em respeito, portanto, ao direito da pessoa, o Estado limita a sua legitimidade para exercer a tutela do interesse social. É esta a observação comum nos processualistas penais, que mostra, mais um vez, como a ordem jurídica, afinal, tutela os direitos subjetivos. O Estado não se impõe para corresponder a sua própria vocação, senão que a ação do Estado se legitima à medida em que ela presta serviços à sociedade, realizando os fins desta, como um ente maior, mais amplo, mais diversificado do que o Estado.

Daí que, na falta de uma melhor denominação, os processualistas estão de acordo em usar uma nomenclatura evidentemente inadequada, porque a ação penal chamada privada é tão pública como qualquer ação penal, da mesma forma como uma ação penal é tão pública como uma ação não penal.

Quando se quer falar, portanto, de ação penal privada, não se está ofendendo os princípios, mas se está aludindo a uma obra de construção legislativa que lida com proposições científicas e postulados de ciência que mutuamente se completam.

Ora, o fato de a Constituição erguer: uma garantia constitucional na ação penal privada com os mesmos dizeres com que já o fazia o Código Penal, parece que significa apontar para um rumo diferente,

não somente para a doutrina como para a legislação e a jurisprudência brasileira.

Então, passo a considerar como a doutrina e a jurisprudência têm encarado este tema. Sabemos todos que no processo penal militar, o Ministério Público, é o órgão da ação. O processo penal militar brasileiro não conhece a figura da ação penal privada substitutiva da ação penal pública e muito menos a ação penal exclusivamente privada. Os dispositivos são conhecidos e posso apenas aludir no tocante aos crimes militares definidos no art. 9º. A ação penal militar é sempre pública, consoante o art. 121, ou dependente de requisição, mas continua sendo pública e tem no Ministério Público o seu órgão promotor (arts. 122 e 136 a 141 do Código Penal Militar).

Nem mesmo em relação aos crimes contra a honra, que se acham previstos no Código Penal Militar, nos arts. 214 e seguintes, se abre exceção.

O Código de Processo Penal reitera esta compreensão do tema, isto fica claro por consulta aos arts. 9º e seguintes, e quanto a ação penal militar, no art. 29. Admite-se, entretanto, que no tocante aos crimes contra a honra, o Ministério Público possa ser provocado pela vítima mediante representação, é o que está nos arts. 33 e 34 do Código de Processo Penal Militar. Para maior clareza da nossa reflexão, alguns talvez não sejam familiarizados com a legislação penal militar, leio:

Art. 33 – Qualquer pessoa, no exercício do direito de representação, poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, dando informações sobre fato que constitua crime militar e sua autoria, indicando-lhe os elementos de convicção.

Trata-se de uma delação singela que freqüentemente nem é necessária, porque por outros meios o Ministério Público toma conhecimento da infração penal. Mas se não tomou conhecimento por outros meios, esta representação não encaminha a conduta do Ministério

Público, senão para a ação penal pública, de que ele é o titular, como está no art. 29:

A ação penal é pública e somente pode ser promovida por denúncia do Ministério Público Militar.

E o art. 34 prossegue, dizendo:

O direito de ação é exercido pelo Ministério Público, como representante da Lei e fiscal de sua execução, e o de defesa pelo acusado, cabendo ao juiz exercer o poder de jurisdição em nome do Estado.

De modo que o processo penal militar, brasileiro ignora a figura da ação penal supletiva ou subsidiária da ação penal pública, procedendo, portanto, diversamente da orientação que preside nesta matéria o Código de Processo Penal, ou seja, o processo penal brasileiro comum.

Mais ainda: o Código de Processo Penal Militar estabelece o princípio segundo o qual, se provocado ou não, sendo ou não sendo necessária uma representação, se o Ministério Público, tendo conhecimento dos fatos pelo inquérito ou pelas peças documentais que lhe são oferecidas, entende que não se configura delito, que não é caso de ter a iniciativa da ação, ele mesmo resolve o arquivamento dos autos da representação, do inquérito, e, assim, se encerra no âmbito do próprio Ministério Público qualquer cogitação quanto ao exercício da persecutio criminis. É o art. 396 e são os artigos seguintes: (lê)

O processo ordinário inicia-se com o recebimento
..... mandará arquivar o processo.

Portanto, neste caso, o Procurador-Geral não se limita a oferecer um parecer ao Tribunal competente propondo o arquivamento; por ato próprio do Procurador-Geral, o processo, assim aqui chamado, é arquivado.

É bem verdade que o art. 516 assim dispõe, tratando dos recursos:

Caberá recurso em sentido estrito da decisão ou sentença que: b) indeferir o pedido de arquivamento, ou a devolução de inquérito à autoridade administrativa.

Como vimos, esse indeferimento do pedido de arquivamento em Primeira Instância não assegura a instauração da ação penal, a não ser no caso em que o Procurador-Geral a autorize.

Então, temos dois modelos diferentes: o do Processo Penal Comum Brasileiro, em que o Ministério Público oficia em parecer pelo arquivamento e em que, segundo a jurisprudência predominante no Supremo Tribunal Federal, esse parecer é conclusivo, final, e o modelo do Processo Penal Militar Brasileiro, em que o pronunciamento final pode ser o do próprio Procurador-Geral, ou, então, a proposta de arquivamento já terá sido aceita desde o Primeiro Grau, e a questão não terá sido proposta aos escalões superiores do Poder Judiciário.

Qualquer que seja a alternativa, é claro que estamos diante deste tema conspícuo do nosso tempo: o do acesso à Justiça. A literatura constitucional e processual de nosso tempo está referta de preocupações com o acesso do povo à Justiça. A própria Constituição Brasileira aponta nesse sentido para os Juizados Especiais, que nela são previstos, para atuarem de uma forma mais simples, de uma maneira informal. Há como que um reconhecimento, pela própria Constituição, da insuficiência da atuação do Estado para responder às solicitações das partes que se sentem lesadas ou ameaçadas em seus direitos.

O Estado conclama formas outras de realização da jurisdição para virem em seu socorro em resposta que a Constituição Brasileira propõe a uma convocação universal contemporânea de ampliação das formas de acesso à Justiça.

Como, então, compatibilizar esta tendência insopitável que está na Constituição, nas leis processuais, na Doutrina, no clamor público, de ampliar o acesso à Justiça com as restrições que a interpretação

jurisprudencial vem propondo a esse texto sobre a ação penal privada subsidiária da ação penal pública, seja na Justiça Comum, seja na Justiça Especial Militar? Isso nos leva para o último tópico das nossas observações.

Dispondo sobre o Ministério Público, a Constituição conferiu-lhe um lugar de destaque que antes ele não desfrutava nas Constituições anteriores. Ao fazê-lo, a Constituição dispôs no art. 129:

São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

Esse dispositivo, como se vê, solicita conciliação com o que consta do art. 5º, LIX:

Será admitida a ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal.

Sustenta-se que o Ministério Público tem o monopólio da ação penal. Sobre isso, já adiantamos a nossa compreensão de que não se trata de o Ministério Público ser o dono da ação penal; portanto, não pode tratar-se de ter o monopólio da ação penal. Além de que Frederico Marques – de novo cito este grande jurista foi entre nós o primeiro a demonstrar que a ação penal não é só a ação penal condenatória, que começa por denúncia. O habeas corpus também é ação penal. Se assim não o for, o que é o habeas corpus? Desta forma, Frederico Marques situou, na Doutrina Brasileira, o debate sobre a classificação das demandas penais, sobre a adequação, para o processo penal, da teoria das condições da ação – legitimidade, interesse, possibilidade e da classificação das ações. Há ações penais condenatórias, mas há ações penais constitutivas e há ação penal de execução. Então, como dizer que o Ministério Público seja o dono da ação penal? Na verdade, ação não é direito suscetível de apropriação porque, em se tratando de Direito Subjetivo Público, não se submete aos quadrantes e às categorias do Direito Privado, onde se pode falar em propriedade, em domínio, em posse. É preciso entender, em termos, o que a Constituição propõe.

Não preciso acentuar aqui que, evidentemente, essas reflexões são reflexões de quem está enfrentando as dificuldades que o tema oferece no Direito Brasileiro de hoje, sem qualquer pretensão de dizer palavra final.

Estamos estimulando a reflexão dos demais Colegas sobre um tema ao mesmo tempo conspícuo e árduo. Parece-me que a leitura que mais se aconselha é aquela que se inspiraria no conceito romano de prerrogativa. No Direito Público Romano, a prerrogativa consistia na precedência de certas tribos para se pronunciar nos comícios. Então, por sua importância, por diversas razões, determinadas tribos precediam a outras no seu pronunciamento – por exemplo – sobre a guerra, sobre o armistício, sobre tributos... Prefiro ver aqui – é uma forma que tenho encontrado de lidar com esses textos – uma alusão à prerrogativa. É função do Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública. Aliás, esta segue princípios próprios especiais seus: quer dizer, a ação penal pública, a par dos princípios comuns de toda ação penal, tem princípios próprios, que não correspondem à ação penal privada. Esta, embora se baseie, em parte, nos mesmos princípios próprios da ação penal simpliciter, tem os seus princípios especiais. A ação penal pública também tem os seus princípios especiais. Faz sentido, portanto, dizer que o Ministério Público tem a prerrogativa da ação penal pública porque, primeiramente, nesta compreensão se acentua o poder-dever do Ministério Público de atuar e a exclusividade da sua atuação, quando se trata de ação penal pública. Se o Ministério Público não atua – sendo, entretanto, o caso segundo quem se considera lesado – ou se o Ministério Público oficia no sentido de que não cabe atuar, o que temos aqui? Temos que o Ministério Público encarou, deste modo, a sua prerrogativa no tocante à ação penal pública. Mas a Constituição não está falando da ação penal pública somente. Ela está falando da ação penal pública que não foi proposta no prazo legal e da ação penal privada que a sucede, que lhe toma o lugar: são duas realidades. A esta, quanto à iniciativa, o Ministério Público é

estranho. Ele não tem prerrogativa quanto à sua proposição. Mas terá, depois, as prerrogativas e os poderes-deveres de atuar.

Penso que o dispositivo comporta, portanto, uma leitura coerente, sistemática, porque, a não ser assim, o art. 5º, inciso LIX, ficaria incoerente. Ficaria sem qualquer sentido: "será admitida ação privada nos crimes de ação pública..."

A leitura que, portanto, tenho adotado até esse momento é esta: é o Ministério Público o dono da ação penal pública? Entendo que não! Ninguém é dono de ação alguma. A ação não é um bem apropriável. É um direito oponível ao Estado, concernente a uma prestação que somente ele pode efetuar. Quem pode exercer a ação penal pública? O Ministério Público. Mas se este entende que não cabe exercê-la ou se não a exercer? A Constituição acena para a ação penal privada subsidiária.

Mas a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal insiste em privilegiar, no art. 5º, inciso LIX, o prazo.

Se a ação penal pública não for movida no prazo, "será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal", ou seja, a Constituição está preocupada com o prazo. E se o Ministério Público propuser depois do prazo? Porque ainda há prazo. Se se admite a Ação Penal Subsidiária Privada é porque está no prazo, não houve ainda prescrição. E se o Ministério Público refletir melhor e quiser propor a Ação Penal Pública? Estará impedido. A Constituição está ocupada com o prazo? Ou a Constituição está ocupada com o acesso à Justiça?

Agora, saindo do texto Constitucional, vamos abrir os jornais. O que é que está nos jornais? Com ou sem razão? Com ou sem fundamento? O que está nos jornais é que em alguns lugares do Brasil polícias militares têm se excedido, e o excesso de setores do Poder Público não é um fato extraordinário. Lamentavelmente, isto acontece nos mais diferentes

quadrantes. Mas, especialmente, em São Paulo e no Rio de Janeiro, alega-se publicamente pela imprensa e pela televisão que não é possível mais deixar certos crimes na competência da Jurisdição Especial Militar, porque as polícias militares muitas vezes se desmandam e, no entanto, a **persecutio criminis** não se realiza, quer se dizer, com ou sem fundamento, imagino que muitas vezes, na maioria delas, que por uma **esprit de corps**, por uma solidariedade da instituição com as suas fileiras que enfrentam o combate do dia a dia, a **persecutio criminis** não se realiza. Então, pessoas morrem, vítimas aqui ou ali de excesso de arbitrariedade, de prepotência, de turbulência, e isto fica **indene**. Tenho notícias, especialmente da Polícia Militar de São Paulo, de que no caso do Carandiru – a imprensa agora mesmo comemorou um ano deste acontecimento – ninguém foi responsabilizado. Veja-se, o Secretário da Segurança do Estado de São Paulo, naquela época, estava indicado pelo Ministério Público para integrar o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, em um lugar reservado ao quinto do Ministério Público. Houve um clamor de vários setores da sociedade paulista, e o Tribunal de Justiça de São Paulo recusou a indicação daquele membro do Ministério Público. Diga-se, a bem da verdade, que as impugnações que a imprensa transmitiu não foram preconcebidas em relação ao Procurador. Não li na imprensa nenhuma incriminação da pessoa dele; o que se disse até em editoriais é que não era razoável o Tribunal de Justiça de São Paulo indicar para uma alçada criminal, como Juiz, um Promotor que, como Secretário de Segurança, teve atuação no caso, quando essa atuação ainda não foi suficientemente esclarecida. Ora, quando, então, temos diante de nós estes fatos mais recentes, e fatos mais recuados no tempo, que questionam a conduta do Ministério Público, quero deixar bem claro que quando falo em Ministério Público ou em Magistratura, não estou citando pessoas. É claro que em todas as instituições há os grandes vultos, as figuras ímpares. Também, excepcionalmente, cito um exemplo com a Legislação Eleitoral Brasileira, que por Lei Complementar estabelecia a inelegibilidade de quem tivesse sido denunciado pelo Ministério Público; bastava a denúncia, e o

cidadão ficava inelegível. E esta Lei prestou serviços por vários anos, até que o Tribunal Superior Eleitoral convenceu-se de que em lugares distantes do País havia membros do Ministério Público que estavam conspurcando a lei, denunciando, irresponsavelmente, desafetos políticos dos poderosos do momento. E, assim, impondo inelegibilidades absurdas, indevidas. Nesta altura, o Tribunal Eleitoral repudiou a Lei, e outra lei foi feita pelo Congresso de acordo com a Jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral.

Semelhante ocorrência é hoje atribuída a Polícias Militares em diferentes setores do País. Ora, a leitura que estou sugerindo do texto Constitucional, parece-me, que não somente responde àquilo que advém da própria Constituição, como também àquilo a que a realidade do momento está a indicar.

Se o Ministério Público dá parecer por arquivamento, tendo em vista o inquérito, uma representação ou os respectivos documentos, está bem que o Tribunal acolha o parecer, desde que este o convença. Se o parecer propõe o arquivamento e convence o Tribunal, poderá, entretanto, acontecer que quem se considere lesado ainda queira forçar a porta da Ação Penal Privada Subsidiária.

Mas o Poder Judiciário poderá repelir essa pretensão por falta de fundamento, tendo em vista aquilo que já se verificou. De modo que se vê que, por este modelo, as coisas se entrosam. O Ministério Público opinando por arquivamento, o Tribunal arquivando, porque se convenceu de que deve arquivar. Mas se o Tribunal e o Juiz-Auditor verifica que não é caso de arquivar, o modelo que resta, na interpretação que está prevalecendo é, a meu ver, incompatível com as propostas da ciência processual, do texto Constitucional e da realidade social em que nos achamos.

Um Tribunal de 33 Ministros atua como mero recipiendário de um parecer por arquivamento. É a jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal que nasceu com outros textos constitucionais. Não é um

parecer, é uma decisão. Não há diferença entre o quadro que resumimos para o Direito Processual Penal Comum e o quadro que existe no Processo Penal Militar. Vejamos: se no Processo Penal Militar a proposta de arquivamento pode subir ao Procurador-Geral e este insistir no arquivamento ele se dá na própria Procuradoria. No Processo Penal Comum o Tribunal acolhe o arquivamento e este se dá no Tribunal, muda apenas o local. O Procurador-Geral Militar arquiva no seu gabinete, o Procurador-Geral da República arquiva no Plenário do Supremo. Qual o inconveniente da leitura que sai desse padrão? Em que ela atrita com a Constituição? A Constituição não quer o acesso à Justiça? Porventura se banaliza o acesso? Não, porque a teoria que temos, a ciência que nossa Lei Processual agasalha é a teoria da ação como direito subjetivo público abstrato, há uma prestação jurisdicional. Mas esta, sob litígio, somente será efetuada se estiverem presentes os pressupostos processuais e as condições da ação. Se falta um pressuposto ou uma condição de ação o Tribunal repele. Se estão presentes os pressupostos e as condições de ação o Tribunal vai ao mérito e dará razão ou não.

Então vejo – que o que a Constituição propõe – e que respeitosa e sustento – em desmerecida divergência com a jurisprudência predominante, é um entendimento que não atrita com os textos constitucionais, com a lei ou com a ciência do Direito Processual do nosso tempo; e é aquela que está hoje solicitada publicamente em nosso País.

Consideremos o Superior Tribunal de Justiça: somos 33 Ministros para testemunhar o arquivamento de um inquérito. É claro que haverá um ou outro caso excepcional, talvez, em que o Tribunal não se convença do parecer, mas, normalmente, os pareceres são bem fundamentados, consistentes, razão por que o Tribunal os acolhe. A Justiça se faz mais pronta. Tranquilizam-se as partes envolvidas no conflito. A ordem jurídica é restabelecida. Mas quem garante que um erro de apreciação não possa levar o Procurador-Geral ou o Subprocurador-Geral a

um parecer equivocado? Então, o parecer é levado à presença de 33 Ministros para simples constância: "passou por aqui um parecer, mas já seguiu destino." Tudo se passa como no Gabinete do Procurador-Geral Militar. A diferença é de local. No Gabinete, se for este o caso, os autos ficam lá. Enquanto na Procuradoria-Geral da República eles transitam pelo Plenário ou pela Corte Especial e vão para o arquivo. Há uma demanda de alguns dias. A decisão é unipessoal. Este é o ponto, a meu ver, principal, quer dizer, uma só pessoa decide se o Poder Judiciário vai ou não pronunciar-se sobre matéria tida, provisoriamente embora, como configuradora de um crime. Parece-me que nada disto se entrosa com o sistema da Constituição, que é o de estar sendo interpretada nos mesmos termos em que foi interpretada a Constituição anterior. Quer-se entender que nada mudou, embora um preceito do Código de Processo Penal tenha passado para a Constituição, como se ela estivesse preocupada com a observância dos prazos pelo Ministério Público.

As conclusões, que proponho, como linhas de reflexão, são, primeiramente, no sentido de que está a doutrina do Processo Penal Brasileiro e do Direito Constitucional Brasileiro solicitada a aprofundar a sua leitura destes textos de olhos postos não somente nos dados da ciência, nos imperativos da Constituição, como também na realidade social em que vivemos, para a qual a Constituição foi feita e da qual ela é produto.

Penso que este assunto se oferece ao legislador, porquanto, a se admitir uma Ação Penal Pública Subsidiária da Ação Penal Privada, no âmbito da Justiça Militar, haveria necessidade de ajustamentos legislativos, como, aliás, ficou excelentemente demonstrado neste esplêndido trabalho da Ilustre Auditora da 8ª Circunscrição Judiciária Militar, a Professora Zilá Maria Callado Fado, onde sustenta várias destas proposições que também e aqui estamos resumindo, mostrando que seria de toda conveniência que a Legislação Processual Penal Militar passasse a refletir aquilo que resulta da Constituição, porquanto, no tocante à Justiça Penal Militar, nunca houve

Ação Penal Privada, e agora a Constituição, expressamente, contempla a Ação Penal Privada Subsidiária da Ação Penal Pública.

Porventura este dispositivo nada tem a ver com a Justiça Penal Militar? Seria uma leitura quando menos discrepante dos padrões usuais. É verdade que temos os dispositivos do Código de Processo Penal Comum, que poderiam prestar-se como normas subsidiárias. Mas, assim como se solicita hoje da doutrina brasileira um estudo mais cuidadoso, mais detido deste tema, solicita-se também da legislação o enfrentamento desta temática, e, claro, na jurisprudência. Penso que esta não pode recusar aquela augusta tradição que recebemos de Roma, de Direito Pretoriano, de um Direito destinado a ajustar a lei escrita às necessidades que se vão apresentando.

Tenho muita dificuldade de entender como é que Constituições de dizeres diferentes, frutos de uma época diferente, voltadas para propósitos diferentes, podem ter a mesma leitura! É muito difícil entender isto! O que será preciso fazer o constituinte? Se, realmente, este quer mudar, não basta dizer? O que mais precisa ele fazer? É a missão do intérprete. Pontes de Miranda escreveu que a lei deve ser lida com boa vontade. Não se aconselha à jurisprudência ler a lei com espírito de teimosia, fazendo de conta que ela não mudou, uma vez que mudou. E não somente a lei muda, como ocorre no Brasil, mas as condições sociais também mudam, embora, infelizmente, nem sempre mudam para melhor. Peço escusas pelo desconchavo dessas observações, pedindo licença apenas para insistir neste resumo final, a fim de que a nossa conversação desta tarde não pareça completamente difusa nas observações esparsas.

Estamos a concluir que há hoje um texto constitucional diverso, que traz para a Constituição dizeres que dormiam o sono dos séculos no Código. No entanto, parece que nada mudou. Mas mudou, porque a Constituição assumiu um compromisso que não precisava ter assumido. Pois bem, tendo a Constituição feito isto, no tocante à Justiça Militar, não

havia Ação Penal Privada Subsidiária. Agora, está diante de nós a questão. Não existe? Pois bem, se existe Ação Penal Privada Militar, não viria ela em socorro deste clamor popular tenha ele ou não razão – de que em certas Polícias Militares são feitas atrocidades que ficam sem resposta da Jurisdição Penal? Seria uma interpretação, além de coerente com a Constituição, condizente com uma possível necessidade do momento. Mas é evidente que a doutrina precisa compor esta interpretação com um estudo refletido, documentado, ampliado nas suas referências bibliográficas, que possa apontar, caminhos para a legislação. A legislação ordinária também precisa corresponder ao que a Constituição quer. Penso que por este caminho é que estaremos atendendo àquilo que a Constituição propõe na definição dos seus grandes princípios: uma sociedade democrática, a garantia de acesso à Justiça, o predomínio da ordem jurídica, sem nenhum risco maior, porque, se a Ação Penal Privada Subsidiária que se quer propor não cabe, será recusada liminarmente.

Se cabe, mas não é procedente, será rechaçada pelo mérito. Quando, então, a razão pela qual uma só pessoa em um estado-membro é Juiz da **persecutio criminis**, os Tribunais se reúnem ou não para uma suposta prática de crime, quem decide? O Procurador-Geral da Justiça.

Num Estado como São Paulo, quase 30 milhões de habitantes – estamos aqui fazendo ciência, discutindo o Direito brasileiro, não podemos voltar as costas para a realidade discute-se na imprensa sobre um projeto de lei complementar, de lei orgânica do Ministério Público, em que, segundo correntes respeitabilíssimas de opinião, acumulam-se poderes na pessoa do Procurador-Geral, estabelece um contencioso no âmbito do Ministério Público para instaurar ou não um inquérito. O próprio Ministério Público quer ter um contraste mais complexo da iniciativa do inquérito, no entanto os Tribunais se contentam em sacramentar um parecer. É claro que os pareceres que forem convincentes encontrarão todos os sufrágios para o arquivamento, mas, numa ordem jurídica baseada nesses princípios, parece que não corresponde ao modelo que a Constituição quer implantar.

Sem qualquer pretensão de dizer a última palavra, sou reconhecido pela benévola e caridosa atenção dos meus prezados Colegas.

Muito obrigado.

O Sr. Milton Menezes da Costa Filho (procurador-geral da justiça militar):

Eminente Professor Romildo Bueno de Souza, a quem toda a Nação respeita como um dos grandes Juristas de nossa Pátria, gostaria de ressaltar que não estou falando como Procura-dor-Geral e não procuro defender o ponto de vista da minha Instituição, absolutamente, estou falando como o faz um aluno ao seu mestre.

Realmente, V. Exa. disse muito bem que a Constituição vigente colocou o Ministério Público numa elevada posição institucional, –inclusive dando à Instituição aquilo que antes expressamente não tinha, que era a defesa dos direitos sociais e individuais indisponíveis. Ora, como a vontade constituinte deu à Instituição do Ministério Público essas atribuições gigantescas, tenho para mim, Eminente Professor, que também resguardou ainda mais o Ministério Público, como consta do próprio Texto Constitucional, a exclusiva iniciativa da Ação Penal, coque sacramentando, na realidade, o próprio processo acusatório.

Ora – V. Exa. diz muito bem –, a jurisprudência dominante até do Supremo Tribunal Federal – porque a lei ordinária assim entende a existência da Ação Privada Subsidiária – consagrou que se admitia a Ação Privada Subsidiária quando existente apenas a inércia do Ministério Público. A meu ver, quis o constituinte transplantar para a própria Constituição a vontade jurisprudencial, razão por que apenas estabeleceu que a Ação Privada Subsidiária da Ação Pública seria em razão da falta de iniciativa do Ministério Público no decurso do prazo, isto é, estabeleceu como que **latu**

sensu o controle externo do exercício das atribuições do Ministério Público quando o seu representante não mais o exercia.

Pergunto a V. Ex^a, qual seria o melhor processo. V. Ex^a diz muito bem; de certa forma é perigoso o Procurador-Geral, em última análise, guardar para si o próprio exercício da Ação Penal Pública, porque, através de um parecer, ele estaria cerceando prestação jurisdicional do Estado, que é um direito do cidadão. Mas qual seria o melhor: o retorno ao processo inquisitório? Alguém tem que ter a iniciativa, efetivamente, da demanda, pois todos sabemos que os elementos essenciais do processo, da própria sua existência é o Juiz, a demanda e as partes. Alguém tem que ter, evidentemente, o domínio desse exercício.

Ora, como a Constituição Federal deu ao Ministério Público este poder gigantesco da defesa dos direitos sociais, deu também ao Ministério Público essa iniciativa de instauração da ação penal.

São as reflexões que faço a V. Ex^a abusando e pedindo que nos conceda mais dessa sabedoria que V. Ex^a nos transmitiu nesta data e que agradeço.

Muito obrigado.

O Sr. Ministro Bueno de Souza:

Eu que agradeço ao Eminentíssimo Procurador-Geral Milton Menezes a oportuna intervenção com que S. Ex^a enriquece a nossa reflexão sobre este complexo tema.

A essas ponderações, sempre oportuna de S. Ex^a, proponho este comentário: por que fazer constar da Constituição dizeres que já estavam na lei ordinária e que não eram objeto de divergência? Compreendo a objeção. Se a norma legal, de conformidade com a qual a Ação Penal Privada Subsidiária da Pública, seria viável no silêncio do

Ministério Público – este é o entendimento: só no silêncio –, isto estava na lei ordinária e não havia controvérsia. Se fosse controvertida, se a jurisprudência estivesse dividida, uma parte da jurisprudência entendendo que, em face do parecer, por arquivamento, nada cabia mais fazer ou, entendendo ao contrário, que, contudo, seria possível a Ação Penal Privada Subsidiária, compreende-se que a Constituição tomasse partido. Mas dizer a Constituição, aquilo que já é tranqüilo na jurisprudência e na doutrina brasileira – Frederico Marques subscreve essa doutrina; é uma doutrina conspícua –, a Constituição estaria dizendo coisas inúteis.

Por outro lado, há uma outra, consideração: ao expor meu pensamento, não estou, de modo algum, diminuindo o âmbito da atuação ao Ministério Público. Vou tornar mais claro meu pensamento. A Ação Penal Pública é prerrogativa do Ministério Público. Não usaria nunca o dominus litis, mesmo porque a lide pertence a outras pessoas: quem sofreu o furto e quem praticou o furto; quem praticou o homicídio e, depois, no tocante a efeitos patrimoniais, os que dependiam do defunto, da vítima. O Estado entra neste assunto, na relação jurídico-penal, apenas como representante da sociedade.

Então, a lide tem uma titularidade própria que está fora do processo, está antes da demanda. Está na vida social. Supor que o processo nada tem que ver com a composição subjetiva do litígio, parece-me que é uma doutrina muito artificial.

O processo reflete o teor do litígio. Então, o Ministério Público não pode ser essa tradição do Direito, quer dizer, falar-se em dominus litis, não deve ser mantida. Mas, nem por isso estou, neste pensamento, procurando reduzir a posição do Ministério Público, tirar-lhe a importância, de modo nenhum. Continuo a pensar assim: a ação penal pública, com aqueles princípios que lhe são inerentes, diz respeito ao promotor público, ao procurador-geral, ao Ministério Público. Aquela ação penal pública, tal como está na nossa lei ordinária, que não admite desistência, que pode

abrir mão da oniscidade, que não se submete ao princípio de oportunidade, todos aqueles princípios que são próprios da ação pública continuam, no meu pensamento, incólumes. Trata-se não de domínio de propriedade, mas de prerrogativa. É ele que tem essa ação. Se ele não tomar a iniciativa, não haverá a ação penal pública. O que haverá? Poderá haver, se existir iniciativa e se essa for admitida, a ação penal privada subsidiária, na qual o Ministério Público também está legitimado para participar.

Penso que esse modo de ver o assunto não tem sido considerado nos precedentes jurisprudenciais. Tem-se ficado muito na mera repetição de fórmulas antigas sem maior preocupação com a sua pertinência atual e, se não fosse cansar meus ilustres Pares, leria, a este propósito, um outro tópico do nosso Calamandrei, porque é interessante ver como esse tema, palpitante hoje, era uma das principais preocupações desse grande jurisconsulto. Ele fala, no tópico final deste seu estudo sobre a relatividade do conceito de ação, referindo-se ao que aconteceu na Rússia, na década de trinta, em que a lei instituiu o Ministério Público, deixando de parte alguns exageros, de certo modo, como está na Constituição brasileira hoje. Diz o grande Calamandrei: (Lê)

Mas em outros Estados
.....
.....
.....a ação penal.

Tal foi a prerrogativa conferida pelo Código de Processo Civil Soviético ao Ministério Público, diz Calamandrei, que quase não há mais diferença, lá, entre aquilo que chamamos de Processo Civil e Penal. Ele prossegue dizendo assim: (Lê.)

Com efeito,
.....
..... da vontade individual.

Algo parecido com o que aconteceu na Alemanha, quando Baumbach, no tempo de Hitler, quis mudar o Processo Civil e estabelecer

que assim como Hitler era o führer do Reich o juiz seria o führer do processo, e tomaria a iniciativa da ação mesmo que aquele que estivesse legitimado para ser autor não tomasse essa iniciativa e, no processo, o juiz atuaria como intérprete do Volksgheist do "espírito do povo", não ficando preso à lei.

Felizmente, essa doutrina de Baumbach não prosperou porque o próprio Reich não resistiu aos acontecimentos. Diante desta hipertrofia, – refiro-me à União Soviética – do Ministério Público na Lei Soviética de 1.936, diz o nosso Calamandrei: "Do direito não nasce, pois, sem mais, a ação. Esta pode ser concedida ou denegada, caso a caso, pelo juiz, com base em critérios políticos de oportunidades", o que equivale a dizer não somente que não existe já em substância direito subjetivo privado algum enquanto a tutela do interesse individual não está já preventivamente assegurada pela lei, ficando condicionada, caso a caso, ao humor do juiz, senão que não existe, já nem sequer um direito de ação, porque o juiz pode sempre contestar, discricionariamente, a quem pede justiça: dou ação ou não dou ação acticione non dabo.

As coisas mudaram. O Poder Judiciário no Brasil não existia até o advento da República. A Constituição falava nele, mas ele não existia. A República o implantou mas, entre a República dizer na Constituição que há um Poder Judiciário independente e este apresentar-se como tal no dia-a-dia da vida pública, vai uma grande distância. O Poder Judiciário brasileiro é muito jovem. Tem 103 anos. De 1890 para cá ele foi instituído por um decreto do Governo Provisório, que criou o Supremo Tribunal e os Juízes Federais. É claro que a autonomia do Poder Judiciário se vem fazendo a muito custo. A autonomia financeira, ainda, é precariamente reconhecida. O Ministério Público está caminhando, agora, para a sua autonomia, que é bem-vinda, mas vai levar algum tempo até que se aprofunde nessa autonomia, especialmente se pensarmos nos Ministérios Públicos Estaduais. Não estou falando de São Paulo. Não preciso falar, está nos jornais. Se estamos nessa situação em que o próprio Poder Judiciário ainda não goza

efetivamente de autonomia, que é desejável, se o Ministério Público apenas começa a se firmar, por um lado é preciso que trabalhem dentro dos parâmetros constitucionais e legais pela consolidação dessa autonomia, mas, por outro lado, é preciso que essa autonomia seja buscada no interesse geral da Nação. Não, numa visão dominial do poder, mas numa visão do poder como uma relação de dever, um poder que reflete a predisposição do órgão para um serviço que a sociedade espera receber. Penso que essas observações, que reproduz a reflexão de meus Pares, não trabalham contra a autonomia do Ministério Público, também elas não refletem nenhum juízo questionável ou depreciativo do Ministério Público, tão-somente elas procuram encarar o sistema. Parece-me que a nossa prática jurisprudencial, doutrinária e legal ainda não está refletindo, na sua inteireza, todas as potencialidades positivas que, neste Capítulo, estão na Constituição.

O Sr. Tenente Brigadeiro do ar Cherubim Rosa Filho (Presidente do Superior Tribunal Militar):

Eminente Ministro Romildo Bueno de Souza, mais uma vez V. Exa. vem cooperar com o Superior Tribunal Militar, enriquecendo nossos conhecimentos com essa brilhante conferência, e, mais uma vez, vou passar às mãos de V. Exa. a nossa plaquinha. Como todos os Tribunais, somos pobres. Se fosse gaúcho, passaria às mãos de V. Exa. um mimo, mas como sou caipira de São Paulo, vou passar a plaquinha do Tribunal, agradecendo sinceramente a participação de V. Exa. no nosso ciclo de conferência.

O Sr. Ministro Bueno de Souza:

Agradeço muito esta distinção e, especialmente, a presença de todos que muito me honrou nesta tarde.

Muito obrigado.