

SEÇÃO CRIMINAL

Ação civil “ex-delicto”: Legitimidade ativa do Ministério Público

WELLINGTON CABRAL SARAIVA (*)
Procurador da República - DF

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O interesse público na prevenção e repressão criminal. 3. A ação civil “ex delicto” como instrumento de combate à criminalidade e defesa do interesse social. 4. Aspectos processuais da legitimidade ativa do Ministério Público para a ação civil “ex delicto”. O interesse público em sua promoção. 5. A legitimidade ativa do Ministério Público como imposição do princípio da máxima efetividade das normas. 6. A posição dos tribunais. 7. Conclusões.

1- Introdução

Este ensaio visa a traçar algumas considerações sobre a legitimidade ativa do Ministério Público para ajuizar a ação civil de indenização decorrente da prática de crime, a chamada ação civil *ex delicto* (ou *actio civilis ex delicto*), prevista no art. 68 do Código de Processo Penal.

A matéria mostra-se polêmica ante a incerteza que acomete a jurisprudência, notadamente do Superior Tribunal de Justiça. A perplexidade dos juristas decorre, sobretudo, do novo disciplinamento constitucional do Ministério Público e da Defensoria Pública, que, para alguns, impediria o exercício dessa atribuição pelo **Parquet**.

Essa posição é aqui combatida, defendendo-se a compatibilidade desse mister (o de promover a ação) com o perfil constitucional do Ministério Público, tanto por razões jurídicas, tais como o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, quanto pragmáticas. Pretender que só a Defensoria Pública possa manejar essa ação, hoje, equivaleria a deixar ao desamparo milhares de vítimas de crime em localidades, Brasil afora, onde aquela instituição, infelizmente, ainda não está implantada ou em condições de atender a essa demanda social. Para coadjuvar na argumentação, trazem-se recortes de numerosos juristas que cuidam de aspectos pertinentes ao tema, procurando-se traçar panorama razoavelmente amplo do tratamento teórico e jurisprudencial do assunto.

(*) - Ex-Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Mestrando em Direito da Universidade de Brasília.

2 – O interesse público na prevenção e repressão criminal

Ao promover a ação civil *ex delicto*, com amparo no art. 68 do Código de Processo Penal, age o Ministério Público em decorrência da ocorrência de fato que se subsume – ou parece subsumir-se – ao tipo legal de um crime. Sabe-se que a definição legal dos crimes corresponde ao repúdio do direito a determinados eventos causados pelo homem que agridem de maneira mais intensa e indesejável o equilíbrio social e os bens jurídicos tutelados pelo direito, que, para melhor protegê-los, criou um ramo específico: o direito penal. Toda a sistematização penalista constrói-se à vista de duas finalidades: a prevenção e a repressão do crime.

Pela prevenção, busca o direito penal evitar, em especial através da chamada prevenção indireta, a prática de atos que correspondam à definição legal de infrações penais, para tanto incutindo temor nos homens em geral mediante a cominação de sanções aplicáveis àqueles que, não obstante, perpetrarem ditos atos. A repressão criminal, por seu turno, aplica a sanção abstratamente estipulada na lei aos que houverem praticado esses atos, funcionando também como mecanismo de retroalimentação no processo social de prevenção, mostrando ao corpo social as conseqüências concretas da desobediência à norma tipológica.

Sebastián Soler, respeitado penalista, como, de resto, os estudiosos em geral do direito penal, afirmam unisonantemente a extrema relevância, como fato social negativo, do ato criminoso para a coletividade, ressaltando o intenso desejo social de que ele seja evitado e reprimido. Diz o primeiro:

“Las condiciones de vida de una sociedad son, sin duda alguna, tuteladas generalmente mediante la amenaza de penas para los que contra ellas atentan, pero esas condiciones de vida no pueden ser consideradas como mecánicas y directamente determinantes de la serie de prohibiciones, sino que sólo determinan la prohibición cuando son sentidas como condiciones vitales por la misma sociedad, es decir, cuando el bien amenazado se encuentra jerarquizado entre los bienes fundamentales por una determinada cultura. En síntesis, cuando a su respecto se formula socialmente un juicio de valor, que afirma, y en grade superlativo, la existencia y la necesidad de su perduración.”

() sea cual sea el juicio que ese problema suscite, es evidente que el atentado a determinadas condiciones de vida de una sociedad no puede ser tenido, ni aun por la sociología, como un delito, sino cuando el bien atacado ha sido valorado por esa sociedad como necesario para su existencia o desenvolvimiento”⁽¹⁾

3 – A ação civil “ex delicto” como instrumento de combate à criminalidade e defesa do interesse social

Sendo o crime o fato jurídico (em sentido amplo) que mais repugna ao direito, pela maior lesão que encerra contra a ordem jurídica e social, almeja ele (o direito), essencialmente, evitá-lo e, quando isso não se consegue, procura restabelecer da maneira mais intensa possível o *statu quo ante*. Nessa trilha, um dos meios do ordenamento jurídico é a ação civil de reparação do dano decorrente de crime. Esse remédio jurídico tem por escopo eliminar, no plano civil, a lesão jurídica causada à vítima pelo crime. Na verdade, como ressaltam os autores, em que pese alguma divergência, não há diferença ontológica entre a sanção civil (a obrigação de reparar o dano) e a criminal (a imposição da pena ou

(1) – Sebastián Soler “Derecho penal argentino”, 4ª ed., atualizada por Guillermo J. Fierro, Buenos Aires, TEA 1987, págs. 288-289. No mesmo sentido entre muitos outros: Giuseppe Bettiol, “Diritto penale”, 6ª ed., Padova, CEDAM 1966 trad. Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco “Direito penal” São Paulo Revista dos Tribunais 1966 vol 1 págs. 209 e seg e especialmente pág. 213.

equivalente), ambas oriundas de fato delituoso. Diferem, apenas, no modo por que se manifestam e como atingem o causador do delito.

Aliás, tanto a sanção civil quanto a criminal são aplicadas em razão do exercício de um mesmo poder/função estatal: a jurisdição. Isso mais explicita a ausência de diferença essencial entre a conseqüência civil e a penal da prática de um crime. Nesse sentido, Egas Moniz de Aragão ressalta que, no direito antigo, por sinal, a sanção civil e a penal eram requeridas no mesmo processo, donde a interpenetração, até nossos dias, das jurisdições civil e penal em muitos casos:

“2 O tema de que o Anteprojeto trata nesse livro {a reparação do dano decorrente de crime} é parte do relevante problema da interdependência existente entre as diversas manifestações do poder jurisdicional, pois estas ultrapassam, de muito, a reparação do dano causado pelo crime. Há diversos outros casos em que a sentença proferida pelo juiz penal atua sobre relações de natureza civil (CC, arts. 1.183 ou 1.595, *verbi gratia*, assim como vários em que sucede o inverso, isto é, a sentença pronunciada em sede civil interfere no setor criminal (declaração de nulidade do casamento de delito de bigamia, por exemplo). ()

()

A reparação do dano causado pelo crime, portanto é um dos capítulos do complexo estudo da influência que causam e sofrem as jurisdições entre si, não esgotando toda a gama de efeitos que a sentença penal pode produzir em matéria civil, por via reta ou oblíqua.

3 Assim nos Princípios como nas Instituições, Chiovenda historia a unidade jurisdicional, vigente no Direito antigo, quanto aos efeitos penais e civis de um ato ilícito. Explica que a perseguição em juízo dos efeitos decorrentes do delito se fazia unicamente perante o magistrado penal, a quem cabia apreciar nem só a pretensão punitiva como a de ressarcimento do dano, pois ao ofendido cumpria pedir ‘num só libelo a pena e a reparação’. Esse modo de compreender o problema gerado pela infração assentava no raciocínio, ainda válido, de o delito, sendo um fato uno, lesar simultaneamente normas e interesses diversos, informado, ademais, pela preocupação de regulamentar o exercício da jurisdição e evitar recíprocas usurpações no desempenho, por juízos distintos, do direito de julgar.

Em sua “História de Portugal” – que até certo ponto é a nossa própria história – Alexandre Herculano indica e examina múltiplos forais cujo teor confirma a doutrina e as conclusões de Chiovenda.

()

Aí se vêem os aspectos referidos por Chiovenda: procedimento perante um mesmo juiz, reparação civil de envolta com a sanção criminal, preocupação judicial de ressaltar a própria jurisdição, através de disciplina capaz de evitar intromissões ou usurpações.

()⁽²⁾

Por outro lado, como conseqüência, no plano jurídico (civil), da prática de um fato criminoso –, que é necessário manter sempre em mente, consiste na mais grave lesão à ordem jurídica e social –, a obrigação de reparar o dano transcende o interesse meramente privado da vítima ou de seus sucessores, para dizer respeito a toda a coletividade. Primeiramente, a reparação do dano funciona não só como indenização pelo dano civil causado à vítima, senão também como instrumento de prevenção e repressão ao crime, a exemplo da própria sanção penal. Com efeito, quanto mais eficientes os meios do Estado para impor, sempre, ao agente criminoso, ao lado da sanção penal, a simultânea sanção civil de indenização, maior será, por certo, a eficácia da prevenção criminal geral, pela

(2) – Egas Dirceu Moniz de Aragão “Da reparação do dano causado pelo crime” Revista dos Tribunais, volume 424, páginas 11-20 – sic.

mais profunda inibição dos criminosos em potencial, ante a probabilidade da dupla aplicação da lei. Aliás, cresce a cada dia a tendência de substituir, para os crimes praticados sem violência, por exemplo, a pena corporal (como é a privativa de liberdade) pela sanção pecuniária, que tem estreita ligação com a indenização destinada à reparação do dano sofrido pela vítima – donde se vê a importância dos efeitos econômicos do crime no processo de prevenção/repressão

Frise-se, outrossim, que esse aspecto não passou despercebido ao legislador penal e processual penal, que a ele faz referência aqui e acolá, muito embora ainda de forma tímida. O Procurador de Justiça Paulo Augusto Costa Alves trata do tema em linha assemelhada à acima exposta, sobretudo quando enfatiza a deficiência dos mecanismos legais para impor ao agente a reparação do dano sofrido pela vítima (ressaltando, ademais, a já sustentada identidade ontológica entre o ilícito civil e o penal):

“Toda a evolução até aqui descrita sobre o direito de punir se tem resumido na equação constituída pelo ato anti-social (o crime) e pela responsabilidade de quem o praticou (o criminoso), do que resulta a necessidade da pena, a carga do poder público.

Deliberadamente foi deixada à margem desse esforço a figura da vítima.

No exato instante em que o recluso atravessa as portas do presídio, depois de cumprida a pena, pode ele dizer, como amiúde acontece:

‘Já não devo nada pelo crime que pratiquei.’

Sua estranha concepção de que a pena, por ele cumprida com sofrimento e dor, constitui a satisfação de um débito social, que é pago ao Estado, não passa de uma irrisão em desfavor da vítima, a quem ele devia, realmente, a justa reparação.

(...)

Ainda que historicamente seja discutível a origem da obrigatória reparação do dano em razão do delito, coube à Escola Positiva a adoção desse postulado de Política Criminal como sendo o mais eficaz dos ‘substitutivos penais’, por ela preconizados na luta contra o crime.

()

Mas, ainda assim, reconheceu [o Código Penal de 1940] o alcance do instituto [da reparação do dano], tendo, para isto, adotado um elenco de dispositivos tendentes a efetivá-lo.

Do rol desses dispositivos, constantes do Código Penal e complementados pelo estatuto processual que se lhe seguiu, devem ser destacados:

a) o que torna certa a reparação do dano quando a sentença é condenatória (artigo 74, do Código Penal);

b) o que faculta ao juiz revogar a suspensão condicional da pena se, sendo solvente, o réu frustra a reparação do dano (inciso II, artigo 59 do Código Penal);

c) o que faz depender a concessão do livramento condicional da satisfação das obrigações civis resultantes do crime, salvo quando provada a insolvência (inciso III, artigo 60, do Código Penal);

d) o que torna a reabilitação dependente da reparação do dano (artigo 119, § 1º, letra “c” do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 5 467, de 05 de julho de 1968);

e) os que previnem a segurança da reparação por seqüestro e hipoteca legal de bens do delinqüente, requeridas no Juízo Cível (artigos 125 a 144 do Código de Processo Penal);

f) o que atribui ao Ministério Público a iniciativa de promover a reparação do dano quando o ofendido for pobre (artigos 125 a 144 do Código de Processo Penal);

g) o que admite a extinção da punibilidade ou a redução da pena, se o peculatório culposo repara o dano antes ou depois da sentença (§ 3º, artigo 312 do Código Penal);

o que considera atenuante haver o agente, antes do julgamento, reparado o dano (letra l, inciso IV, artigo 48 do Código Penal).

(...)

Até mesmo os autores que preconizam a separação entre as vias cível e criminal não hesitam em afirmar que, intrinsecamente, não há diferença entre o ilícito civil e o ilícito penal. Nelson Hungria, co-autor e comentador do Código Penal de 40, admite que, fundamentalmente, coincidem o delito civil e o penal, com a única diferença de ser este último revestido de maior gravidade:

‘Se o fato antijurídico não é de molde a provocar um intenso ou difuso alarma social, contenta-se o legislador com aplicar a mera sanção civil.’

Como simples oportunista, no dizer de Hungria, o legislador só faz incluir no Código Penal os delitos civis que têm maior poder de violentar ou ofender a ordem social.

(.)

Por seu turno, a Comissão encarregada do novo Código [Penal] não deixou de sentir o malogro dos dispositivos ainda vigentes, conforme se vê da respectiva Exposição de Motivos:

‘O ressarcimento do dano constitui eficaz instrumento de luta contra o crime, **praticamente esquecido no arsenal das medidas repressivas**’ (Grifos nossos).

(...)³

Na esteira de tudo o que acima se expôs, Ada Pellegrini Grinover sustentou a legitimação concorrente do Ministério Público para a ação civil *ex delicto*, na busca mediata do interesse social de amparo às vítimas de crime. Sustenta a culta professora a inaplicabilidade da tese de derrogação por lei do artigo 68 do Código de Processo Penal e, mais, que a Constituição da República de 1988, antes de esgarçar a legitimidade do Ministério Público na hipótese, reforçou-a. Defende, igualmente, como se fez linhas atrás, que a reparação do dano à vítima do crime constitui verdadeiro interesse social, na linha de movimento mundial de proteção às vítimas de delitos. Vale transcrever:

“1 - Em trabalho elaborado em 1984, tive a oportunidade de afirmar que o Ministério Público, na hipótese da ação civil reparatória do dano provocado pelo crime, foi investido de legitimação para o processo, na representação do autor, pelo art. 68 do CPP, que teria sido tacitamente revogado pela lei posterior – o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. É que a atribuição de funções inerentes à assistência judiciária ao Ministério Público, então prevista na lei federal apenas como dever de índole social, e não como função institucional, somente poderia ser supletivamente exercida, onde não houvesse órgãos próprios da assistência judiciária.

Mas a superveniência da Constituição de 1988 me leva a uma outra ordem de considerações, que podem dar novo enfoque à questão.

É certo que a Lei Maior atribuiu às Defensorias Públicas a função estatal de prestação de assistência jurídica aos necessitados. Mas é igualmente certo que conferiu ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

2 - É com relação à atribuição constitucional da defesa dos interesses sociais ao Ministério Público que o assunto se abre a novas perspectivas.

Com efeito, após um período de declínio e de esquecimento do papel da vítima na sociedade em geral, e no processo em particular, sua proteção vem assumindo nova dimensão, que transcende à satisfação pessoal, para inserir-se no quadro dos interesses que afetam a comunidade como um todo e o próprio Estado. E a reflexão universal sobre o papel da vítima no âmbito criminal tem levado os documentos supranacionais, como a

3 - Paulo Augusto Costa Alves ‘Indenização à vítima do delito’ *Justitia* 85/287-306 - sic, à exceção do primeiro grifo. inexistente no original.

Declaração Universal dos Direitos da Vítima do Crime e de Abuso de Poder, de 1985 e, no âmbito interno de diversos Estados, à implementação de diversas medidas, como a assistência social às vítimas de crimes e, sobretudo, a constituição de fundos sociais para a reparação dos danos sofridos

Não ficou infensa a essa tendência a Constituição brasileira de 1988 que, no art. 5º, LXV, cuidou de maneira especial da obrigação de reparar o dano, aproximando-a da pena e revelando, com isso, constituir ela, além de satisfação individual à vítima, medida de relevância social.

3 - Nesse enfoque, o art. 68 da CPP está em harmonia com o art. 129, IX, CF que, além das funções institucionais do Ministério Público, especificadas nos incisos I a VIII, ainda admitiu outras 'que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade'; qual seja, a defesa de interesses sociais (art. 127, caput).

4 - Não se trata, à evidência, de repristinação de um dispositivo legal, que afirmou estar tacitamente revogado pelo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Cuida-se, isso sim, de dar nova interpretação a uma norma recepcionada pela nova ordem constitucional, numa ótica diversa, dentro dos princípios maiores traçados pela Lei Maior.

Esse enfoque constitucional também leva à revisitação da natureza jurídica da intervenção do Ministério Público nas ações reparatórias do dano *ex delicto*.

Não atuaria ele como legitimado *ad processum*, na representação do ofendido, a título de assistência jurídica aos necessitados; mas, sim, como legitimado *ad causam* pelo estatuto processual, interpretado à luz da nova Constituição, e movido, portanto, pelo interesse social que permeia a proteção às vítimas do crime, a qual interessa diretamente à sociedade e ao Estado.

E mais: nada impede que o Ministério Público, ao invés de ajuizar ações reparatórias individuais, como legitimado pelo art. 68 do CPP, proponha ação civil pública em defesa dos interesses individuais homogêneos de várias vítimas do mesmo crime, devendo reconhecer-se nesta hipótese o interesse social que o legitima à causa, nos termos da Lei da Ação Civil Pública (art. 21) combinado com o caput do art. 127 e com o art. 129, IX, CF.

5 - Em suma, as Defensorias Públicas têm, sem sombra de dúvida, a atribuição de representar em juízo os interesses pessoais das vítimas de crimes, para sua satisfação individual; mas sem prejuízo da legitimação à causa do Ministério Público que, com o mesmo objetivo imediato, estará perseguindo o interesse social e o do próprio Estado, podendo agir tanto a título individual como a título coletivo, pela via da ação civil pública.⁽⁴⁾

4 - Aspectos processuais da legitimidade ativa do Ministério Público para a ação civil "ex delicto". O interesse público em sua promoção

Pelas razões já expostas, pode-se reafirmar, destarte, que a reparação do dano *ex delicto* não configura objetivo de caráter apenas privado. É, igualmente, resposta do ordenamento jurídico àquele fato que lhe causa severa lesão, funcionando não apenas como decorrência do ilícito mas ainda como fator de prevenção da prática de outros. É válido daí asseverar, portanto, que a lei a impor a reparação do dano ao agente delitivo é verdadeira norma de ordem pública.

Pode conceituar-se norma de ordem pública como aquela que cuida dos valores mais relevantes da sociedade, relacionados com sua própria sobrevivência. Em todos esses

(4) - Ada Pelgrini Grimover. 'O Ministério Público na reparação do dano às vítimas do crime'. Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, ano 2, nº 4, jul/set 1994, págs. 42-43.

casos, tratando-se de lei de ordem pública, há legitimidade de agir do Ministério Público. Aludidas normas envolvem o que se costuma denominar como interesse público, razão essencial da existência e atuação ministerial.

Antônio Cláudio Costa Machado, em extensa e detalhada obra sobre o funcionamento do Ministério Público, embora não se haja detido especificamente sobre o tema objeto destes autos, fornece alentada explicação sobre as situações que legitimam a ação ministerial, que vale transcrever:

"Já no começo do século, Chiovenda fazia expressa referência ao elemento nuclear das funções institucionais do Ministério Público ao escrever:

'O Ministério Público vela pela observância das leis, pela pronta e regular administração da justiça, pela tutela dos direitos do Estado, dos corpos morais e das pessoas destituídas de plena capacidade jurídica... tem, da mesma forma, ação direta para fazer executar e observar as leis de ordem pública e que interessem aos direitos do Estado, sempre que tal ação não se atribui a outros agentes públicos.' Eis aí a *ratio*, o porquê de o Ministério Público moderno: a necessidade de serem observadas as leis de ordem pública. Dentre os muitos outros autores que, depois de Chiovenda, trataram do tema, não podemos nos esquecer de Liebman, talvez seu maior seguidor, o qual introduziu no Brasil suas idéias, permitindo o avanço institucional do Ministério Público. São suas estas palavras: 'O Ministério Público é, ele próprio, um órgão do Estado, ao qual cabe tutelar um específico interesse público (administrativo *lato sensu*), que tem por objeto da atuação da lei por parte dos órgãos jurisdicionais nas áreas e nos casos em que as normas jurídicas são ditadas por razões de utilidade geral ou social; trata-se de casos em que a concreta observância da lei é necessária à segurança e ao bem-estar da sociedade, não podendo a tarefa de provocar a sua aplicação pelos juizes ser deixada à iniciativa dos particulares'. E prossegue: 'O Ministério Público pode ser definido, então, como o órgão instituído para promover a atuação jurisdicional das normas de ordem pública'. Aqui está, portanto, numa idéia simples, o fundamento de toda a atuação do *parquet* no mundo jurídico, tanto na Itália como, hoje, no Brasil: a necessidade de fiel observância das leis de ordem pública ou, como preferimos nós, a defesa dos direitos indisponíveis em juízo."⁽⁵⁾

A seguir, o autor esclarece em que consistem as normas de ordem pública, identificando-as com as que versam os chamados direitos indisponíveis. Em que pese o acerto da maioria das ponderações do escritor, falha ele apenas nesse último pormenor, na medida em que o direito, mesmo cuidando de certas questões de ordem pública, defere ao particular, em alguns casos, o poder soberano de deliberar pela conveniência do exercício ou não do direito de que é titular, ou da provocação aos órgãos jurisdicionais para daí extrair as consequências de certos fatos ou atos. Exemplo é o que ocorre no crime de adultério. Só por se tratar de fato definido como crime (à parte a discussão sobre a possível inadequação social, na atualidade, do tipo penal do adultério em relação à moral coletiva), já se pode afirmar sem mácula de dúvida que se tem aí norma de ordem pública. Nada obstante, por razões de política criminal, o legislador deixou ao livre talante da vítima fazer mover-se ou não o aparato judiciário estatal para a futura aplicação da grave sanção penal.

O mesmo ocorre no estupro, como em outros crimes vários. Nesse caso, mesmo se tratando de crime gravíssimo (considerado *hediondo* pela Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, alterada pela Lei nº 8.930, de 6 de setembro de 1994, em cumprimento ao artigo 5º, XLIII, da Constituição da República), a vítima tem o poder de elidir a ação estatal, se não ajuizar queixa (desde que não ocorra a hipótese do artigo 225, § 1º, do Código

(5) - Antônio Cláudio da Costa Machado. 'A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro'. São Paulo, Sarvier, 1989, págs. 44-45.

Penal, aplicável quando a vítima ou seus pais não puderem prover as despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família, ou quando o crime for cometido com abuso do pátrio poder ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador)

Nesses dois exemplos, a despeito de se tratar de fatos relevantíssimos para o ordenamento jurídico - tanto que basearam a criação de tipos penais, alguns deles tidos por hediondos -, o direito de ação é disponível pelo particular (na verdade, aqui, com mais intensidade para o argumento, é o próprio **jus puniendi** estatal que se curva à conveniência e à disponibilidade concedida ao particular)

Infere-se, portanto, que nem todas as leis de ordem pública disciplinam direitos indisponíveis. Feita a ressalva, vale trazer à colação o ensinamento do citado autor, ao retratar as circunstâncias que justificam a ação do Ministério Público:

“Como é de todos sabido, não só os interesses particulares se tornam indispensáveis por leis de ordem pública (o que, na verdade, é excepcional no direito privado), como também os interesses públicos adquirem tal qualidade se forem regidos por leis de ordem pública (o que é regra no mundo do direito público). Esta constatação nos leva a discordar do conceito restrito formulado por José Fernando da Silva Lopes; lei de ordem pública é, na realidade - acompanhando, mas modificando, a proposição deste autor - aquela que, dispondo a respeito de interesses privados ou públicos que, pela essencialidade e generalidade destes, sobrepõem-se àquelas outras leis que dispõem a respeito de interesses nem essenciais nem gerais da comunidade. Corolário disto é a conclusão que já vimos sustentando, a **contrario sensu**, de que também no direito público existem interesses disponíveis. Logo, a natureza pública do direito (porque nascido de relação em que o Estado é um dos titulares) não justifica, por si só, a atuação do Ministério Público; é necessário um **plus**, que é a indisponibilidade dada pela exacerbada relevância social do interesse, ou seja, dada por norma de ordem pública ()”⁽⁶⁾

Mais adiante, complementa, já demonstrando que o fato de haver órgãos estatais encarregados do velamento da aplicação de certas normas não basta a eliminar a legitimação ministerial:

“O posicionamento que aqui defendemos nos leva a discordar também da lição de Liebman, que, após mencionar como normas de ordem pública as penais e várias de direito privado, assevera: ‘Por outro lado, muitas leis pertencentes ao direito público, cuja natureza de norma cogente está fora de discussão, não têm necessidade da vigilância do Ministério Público, porque da sua aplicação cuidam vários órgãos do Estado, que nisso têm interesse’

Inicialmente, temos que discordar do mestre porque a função institucional hoje prevista no art. 127 da Constituição da República, como já o era antes na Lei Complementar nº 40, de 1981, não discrimina, posto que [**rectius**: visto que] outorga ao Ministério Público genericamente a ‘defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis’. Ora, se o Ministério Público defende por ação tantos interesses públicos indisponíveis, como se dessas funções estabelecidas no art. 129 da Carta Magna, haverá certamente de defendê-los de igual sorte através de intervenção com fundamento no inc. III do art. 82 do Código de Processo Civil. Ampara-nos neste entendimento, também, a prescrição do § 2º do próprio art. 129, que legitima extraordinariamente terceiros à propositura das ações civis entregues ao **parquet**. Ou será que pelo fato da União ou de um Estado (que não deixa de ser terceiro nos termos constitucionais) promover uma ação para proteção do patrimônio público, fica excluída a intervenção ministerial? Parece-nos evidente que não”⁽⁷⁾

Deste modo, parece correto afirmar que a reparação do dano **ex delicto** está prevista

(6) - Idem pág. 55

(7) - Idem pág. 56

em normas de ordem pública, na medida em que tratam de interesses de “exacerbada relevância social”, como salientou o autor, muito embora o direito à indenização possa ser objeto de disposição pelo particular lesado, que tem a opção de valer-se ou não da **facultas agendi** que lhe outorgou a lei. Exatamente por isso, tem o Ministério Público legitimidade de atuar para que o Estado obrigue o autor do delito a indenizar sua vítima, e nisso tem por escopo não tanto o interesse patrimonial privado da vítima, mas, antes, os objetivos ligados à prevenção e à repressão criminal (de que a reparação do dano é um dos aspectos, como se viu), por ser o fato definido como crime o que mais aflige o corpo social, ameaçando-lhe, em tese, a própria existência.

A função de promover a ação civil de reparação do dano decorrente de delito, portanto, encaixa-se com perfeição dentre as funções do Ministério Público, mesmo e também à luz de seu novo disciplinamento constitucional. Não há negar que nesse mister está a defender a ordem jurídica e interesse social indisponível (o que não é contraditado pelo interesse particular disponível relativo à expressão econômica da indenização), nos termos do artigo 127, **caput**, da Constituição da República.

Mesmo que se a considere como “função atípica”, na dicção de alguns autores respeitáveis, remanescem as razões que emprestam legitimidade ao Parquet. O interesse protegido pelo Ministério Público, nessas funções como nas ditas típicas, é o mesmo: o interesse público. É o que bem sustenta Hugo Nigro Mazzilli, certamente um dos maiores estudiosos do Ministério Público no país. Diz ele:

“23. Objetivo comum nas funções típicas e atípicas

À vista do que já foi exposto, quer atue em função típica, quer em função atípica, em suas atividades institucionais o Ministério Público sempre age em busca de um interesse público, que ora está ligado a pessoas determinadas (v.g., o zelo pelos interesses dos índios - CR, art. 232; de incapazes - CPC, art. 82, I; do alimentando - Lei nº 5.478/68, art. 9º; do acidentado do trabalho - CPC, art. 82, III; da fundação - CC, art. 26; da massa falida - Lei de Quebras, art. 210; de pessoas portadoras de deficiência - Lei nº 7.853/89; de investidores no mercado de valores mobiliários - Lei nº 7.913/89), ora ligado a grupos de pessoas determinadas ou determináveis (v.g., a defesa judicial dos interesses das populações indígenas - CR, art. 129, V; a defesa do consumidor, do investidor em matéria atinente a ‘interesses coletivos’ - CR, art. 129, III; Lei nº 7.347/85; Lei nº 7.913/89), ou, enfim, ora se relaciona de modo indeterminado com toda a coletividade (v.g., nas ações penais - CR, art. 129, I, e CPP, arts. 24 e 257; nas questões de Estado - CPC, art. 82, II; no mandado de segurança - Lei nº 1.533/51, art. 10; na ação popular - Lei nº 4.717/65, art. 6º, § 4º; na ação em defesa do meio ambiente e outros interesses difusos - CR, art. 129, III; Lei nº 7.347/85).

Não se pode negar que a intervenção do Ministério Público, como visto, pressupõe sempre o zelo de um interesse público (v., neste Capítulo, nº 4, “b”).

Contudo, quando verificamos o escopo da jurisdição, os princípios norteadores do devido processo legal, a preservação do equilíbrio do contraditório e a defesa da ordem jurídica, somos levados a concluir que em todos os processos sempre há um interesse público subjacente ()

A razão dessa ausência de intervenção em diversos feitos parece-nos clara: na verdade, o Ministério Público sempre intervém no zelo de interesses sociais ou individuais indisponíveis (CR, arts. 127 e 129, I e IV), ou no zelo de interesses difusos ou coletivos (CR, arts. 129, II, III e V) ()

Em doutrina, tem-se procurado sistematizar em três as causas interventivas da instituição ministerial em juízo: a) defesa de hipossuficientes, quando visa a compensar o desequilíbrio das partes (acidentados do trabalho, favelados); b) defesa de interesses indisponíveis (ligados, de forma absoluta ou relativa, a uma pessoa ou a uma relação jurídica); c) defesa do interesse público ou de interesses difusos ou coletivos (ação penal, ações ambientais ou grande parcela de consumidores)

()

Em suma, já deixamos claro que, desde que haja alguma característica de indisponibilidade parcial ou absoluta de um interesse, ou desde que a defesa de qualquer interesse, disponível ou não, convenha à coletividade como um todo, aí será exigível a iniciativa ou a intervenção do Ministério Público junto ao Poder Judiciário.”⁽⁸⁾

É desnecessário reforçar a argumentação de que na reparação do dano decorrente de crime-consulta, inegavelmente, o interesse da coletividade como um todo, reflete verdadeiro interesse público, pelo que se justifica aí, por completo, a atuação do Ministério Público

Humberto Theodoro Júnior segue trilha similar, quando descreve o interesse que enseja a atuação do Ministério Público:

“Mas, mesmo em se tratando de direitos privados, há casos em que o processo contencioso ou procedimento de jurisdição voluntária versa sobre determinados bens que se acham colocados sob tutela especial do Estado, de modo que o litígio passa a atingir também, e por isso, um interesse público

()
() Como destaca José Frederico Marques, ‘atua em nome próprio, para defesa de interesse que o Estado deve tutelar nos conflitos litigiosos, ou na administração judicial de direitos subjetivos, a fim de que não fiquem à mercê da vontade privada. Ou, ainda, sujeito especial que participa do processo, como *viva vox* de interesses da ordem jurídica a serem salvaguardados na composição da lide’ ”⁽⁹⁾

Doutra parte, a circunstância de haver outros entes ou sujeitos habilitados a agir em perseguição aos mesmos objetivos não basta, só por si, a excluir a possibilidade de ação ministerial. Já foi isto dito com exatidão por Antônio Cláudio da Costa Machado, citado acima. Hugo Nigro Mazzili perfilha o mesmo entender, lembrando, outrossim, que, em verdade, a legitimação concorrente é a regra do **Parquet**:

“i) Legitimação concorrente

Já lembramos anteriormente que apenas a legitimidade ativa para a ação penal pública lhe é exclusiva; na área cível, sua iniciativa é necessariamente concorrente com outros legitimados ativos a serem definidos na legislação ordinária (art 129, § 1º); isso recomenda que se amplie beneficentemente o leque de legitimados ativos nas ações civis públicas que já são de iniciativa ministerial ”⁽¹⁰⁾

O fato, pois, de a Defensoria Pública, os advogados ou outra entidade poderem também provocar o Estado-juiz com vistas à reparação do dano *ex delicto* não serve, em absoluto, como argumento para assolar a legitimação do Ministério Público, que, como visto, só é exclusiva na ação penal pública (e, mesmo aí, vale lembrar a existência da ação penal privada subsidiária, em caso de inércia do membro do Ministério Público com atribuição para oferecer denúncia - Constituição Federal, artigo 5º, LIX)

5 – A legitimidade ativa do Ministério Público como imposição do princípio da máxima efetividade das normas

De qualquer sorte, mesmo que se adote posição mais radical, no sentido de que tal função é infensa à destinação precípua do Ministério Público, não cabe advogar sua ausência pura e simples de legitimação, porquanto isto significaria fazer ruir a garantia da vítima – sobretudo a da vítima pobre – à reparação do dano que sofreu.

(8) - Hugo Nigro Mazzili ‘Regime jurídico do Ministério Público: análise da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público’ aprovada pela Lei nº 8 625, de 12 de fevereiro de 1993, São Paulo. Saraiva 1993 pags 149-151

(9) - Humberto Theodoro Júnior, ‘Curso de direito processual civil,’ 11ª ed Rio de Janeiro Forense 1993 vol I (Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento), pags. 150-151.

(10) - Hugo Nigro Mazzili, ‘Funções institucionais do Ministério Público’ São Paulo Associação Paulista do Ministério Público 1991 série ‘Cadernos Informativos APMP’ pag 174

Ora, como se sabe, a Defensoria Pública, infelizmente, ainda está muito longe de se estruturar de modo condizente com as elevadas funções que a Constituição lhe cometeu. Em milhares de municípios, distritos e localidades, Brasil afora, não existem órgãos da Defensoria Pública nem, em muitos deles, sequer advogados que possam ou estejam dispostos a patrocinar vítimas pobres em busca da reparação a que fazem jus. Um membro da magistratura e outro do Ministério Público, porém, sempre terão, respectivamente, a competência e a atribuição de atuar em prol daquela comunidade desassistida, por mais deficiente que possa ser essa atuação, dadas as peculiaridades locais e a carência das instituições de que fazem parte

Impedir o Ministério Público de agitar a *actio civilis ex delicto* representará, muita vez, suprimir o direito da vítima pobre à reparação do dano, por falta de quem a defenda. A interpretação aqui combatida, portanto, em última análise implicará esvaziar a garantia legal da vítima à indenização pela lesão que experimentou. Como se sabe, é princípio palmar em hermenêutica que não se deve adotar a interpretação que milite contra a eficácia da norma, mas, antes, a que mais efetividade lhe transmita. Esse aspecto, por sinal, foi tomado em linha de consideração pelo Tribunal de Justiça de São Paulo no julgamento de recurso de agravo de instrumento, cujo teor vem a seguir estampado.

Hugo Nigro Mazzili partilha desse pensamento, defendendo a absoluta inconveniência de tolher a legitimação ministerial para a ação em causa, pelo menos até que a Defensoria Pública possa, de forma plena, desincumbir-se desse *munus*, e fundamenta seu pensamento no preceito do artigo 129, IX, da Carta Política:

VI. NORMA RESIDUAL OU DE EXTENSÃO

Agora, o inc IX do art 129 da Constituição confere ao Ministério Público a possibilidade de lhe serem cometidas outras funções, desde que compatíveis com sua finalidade.

Trata-se de norma que deve ser decomposta em duas partes: a) temos, de um lado, a norma de encerramento, pela qual poderá o Ministério Público exercer outras funções, desde que compatíveis com suas finalidades institucionais; b) de outra parte, temos a já aludida vedação para a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas - matéria sobre a qual nos reportamos aos comentários já anteriormente formulados

À vista da destinação institucional do Ministério Público, podemos apontar uma consequência mais imediata dessa norma, ora examinada: a vedação da defesa de interesses exclusivamente individuais indisponíveis (CR, arts. 129, IX, e art 127, *caput*)

Diante disto, seria de perguntar-se se se torna possível desde já recusar algumas funções atípicas que o Ministério Público vem atualmente exercendo (como a representação ou a substituição processual para defesa de interesses privados e disponíveis, tal qual ocorre na Curadoria de Ausentes ou nas ações *ex delicto*, cf. art 9º, II, do CPC; art 68 do CPP). Acreditamos que a resposta ainda seja negativa, ao menos diante da forma absoluta com que colocada a proposição. Realmente, o que justifica a intervenção ministerial na defesa do ausente, por hipótese, na verdade é o efetivo direito do réu ao contraditório, surgido à vista de sua revelia ficta (cf. nosso estudo Curadoria especial, em RT, 584/288). Para zelar por esse direito, que é indisponível, está capacitado o Ministério Público, podendo exercer tal defesa, ao menos enquanto não seja ela cometida, por exemplo, à defensoria pública ”⁽¹¹⁾

Deve-se, entretanto, avançar em relação à proposição de Hugo Nigro Mazzili: não basta que a atribuição de promover a ação civil de reparação do dano decorrente de crime esteja apenas formalmente cometida à Defensoria Pública; impende que essa instituição esteja apta a exercer esse dever em prol da comunidade, de sorte a não descurar desse aspecto da prevenção/repressão criminal e a não deixar desamparadas largas parcelas da população. Interpretar os dispositivos constitucionais sobre a destinação do Ministério Público de modo a afastar sua legitimidade ativa para a ação implicaria, como se disse,

(11) - Hugo Nigro Mazzili ‘Funções institucionais do Ministério Público’; obra citada pag 15

praticamente negar vigência ao art. 68 do Código do Processo Penal em numerosos casos e, pelas razões já expostas, abandonar ao relento o direito das vítimas de serem indenizadas, que sob todos os ângulos consulta o interesse de todo o corpo social.

Ferir-se-ia, destarte, o princípio da máxima efetividade. José Joaquim Gomes Canotilho explica que esse princípio, também nomeado princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, consiste em que a norma constitucional (e, claro, a todas as demais) deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê.⁽¹²⁾ Deste modo, parece mais acertado interpretar a norma do art. 127 da Constituição como plenamente consentânea com a do art. 68 do CPP, utilizando-se o método da interpretação conforme à Constituição. Esse mecanismo interpretativo privilegia, em caso de dúvida, a presunção de constitucionalidade das normas (argumento *favor legis*) e busca dar-lhes interpretação que se coadune com o espírito constitucional, sem a pronúncia de inconstitucionalidade.⁽¹³⁾

Quer-se com isso afirmar que, na pior das hipóteses, cabe admitir legitimidade ativa para o Ministério Público promover a ação civil *ex delicto* ao menos enquanto a Defensoria Pública não o possa fazer em todos os recantos do território nacional. Até lá, o MP terá legitimidade concorrente para a ação, juntamente com a Defensoria e com os advogados, sempre que possível.

6 – A posição dos tribunais

Em minucioso aresto, o Tribunal de Justiça de São Paulo, no agravo de instrumento nº 128 375-1, detalhadamente tratou do tema:

“Ministério Público – Ação civil de reparação de danos ‘ex delicto’ – Legitimidade ‘ad processum’ – Permissivo legal da promoção ministerial que não foi revogado pela nova Constituição Federal – Inteligência e aplicação dos arts. 68 do CPP e 129, IX, da CF.”

A Constituição Federal não privilegiou apenas o advogado para o deferimento só a ele da capacidade postulatória da ação civil dos necessitados.

Tanto a Constituição como as leis ordinárias procuram ampliar a proteção, nunca restringi-la, quanto aos necessitados, na busca da efetivação dos meios à prestação jurisdicional, sobre seus legítimos interesses.

O Ministério Público é parte legítima para propor ação civil em favor de pessoa necessitada à reparação de dano, na conformidade do art. 68 do CPP.

AI 128 375-1 - 7ªC - j 7 3 90 - rel Des. Benini Cabral

(...)

2. A atual CF, ao enumerar, exemplificativamente, as funções institucionais do Ministério Público, no art. 129, aponta no nº IX que poderá ‘exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade,’, completando no § 1º, *verbis*: ‘A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei’. No art. 133, sobre traçar o caráter da função do advogado, conclui inviolável em seu exercício, ‘nos limites de lei’. Disciplina no art. 134 que: ‘A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV’. A Constituição deste Estado repetiu no art. 103 os contornos dessa norma.

Admite-se, fora de dúvida, que não privilegiou apenas o advogado, para deferir-lhe e só a ele a capacidade postulatória de ação civil de necessitado. Ora, não se poderia adiantar

(12) - José Joaquim Gomes Canotilho, ‘Direito constitucional’, 5ª ed., Coimbra, Almedina, 1992, pág. 233

(13) - Vide, entre outros Gilmar Ferreira Mendes ‘Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos’ São Paulo Sarinva 1990 págs 284 e seguintes

que o invocado art. 68 do CPP tivesse sido revogado pela Lei nº 4 215/63, a uma porque, ‘se assim fosse, estariam igualmente revogados os arts. 26, 30, parágrafo único, 105, 208, parágrafo único, II, 387, 394, 413, 445, 447, III, 448, 842, 463, 843 e outros do CC; os arts. 477, § 3º, e 856 da CLT, o que, convenha-se, é rematado absurdo’ (do parecer do Dr. Procurador da Justiça, a fls. 78).

A mais, tanto a Carta Magna como as leis ordinárias procuraram ampliar a proteção, nunca restringi-la, quanto aos necessitados, na busca da efetivação dos meios à prestação jurisdicional, sobre seus legítimos direitos. Fizeram coexistir a figura do advogado, em primeiro aquele constituído pela parte interessada e, secundariamente, o integrante da Defensoria Pública, ou, sem se atentar nessa ordem, o Ministério Público, instituição já aparelhada para fazê-lo em numerosos casos acima citados, em que atua, sem restrições.

Diz o art. 68, a conjugar-se com o disposto nos arts. 63 e 64, do CPP: ‘Art. 68. Quando o titular do direito à reparação de dano for pobre (art. 32, §§ 1º e 2º), a execução da sentença condenatória (art. 63) ou a ação civil (art. 64) será promovida, a seu requerimento, pelo Ministério Público’.

Anota, com abrangência e aplicabilidade no caso em epígrafe, Eduardo Espínola Filho, em seu Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, II/47-49, ed. Borsói, 1965, *verbis*:

‘183. A intervenção do Ministério Público para promoção da responsabilidade de reparação do dano causado, a pessoa pobre, por crime - na Exposição de Motivos, o Ministro da Justiça fez sentir: ‘O projeto não descurou de evitar que se torne ilusório o direito à reparação do dano, instituindo ou regulando eficientemente medidas assecuratórias (seqüestro e hipoteca legal do indiciado ou do responsável civil), antes mesmo do início da ação ou do julgamento definitivo, e determinando a intervenção do Ministério Público, quando o titular do direito à indenização não disponha de recursos pecuniários para exercê-lo. Ficará, assim, sem fundamento a crítica segundo a qual, pelo sistema do Direito pátrio, a reparação do dano *ex delicto* não passa de uma promessa vã ou platônica da lei’.

Já foi por nós acentuado como se caracteriza o estado de pobreza para efeitos da interferência dos órgãos do Poder Público em defesa de pessoas vítimas de crime. Remetemos o leitor ao nº 77, supra, nada havendo a aditar às considerações aí feitas. A pobreza deve ser do próprio ofendido e dos seus pais, como estabelece o art. 32, § 1º (v, supra, no v. 1º, nº 77).

Interessante é assinalar, tão-somente, haver uma evidente diferença de tratamento, quanto ao amparo da pessoa pobre vítima do crime, segundo se queira promover a responsabilidade civil ou apurar a responsabilidade criminal do autor, ou autores do crime, de que aquela foi vítima.

De feito, tratando-se de promover ação penal, não se admite tenha o estado de pobreza do ofendido e dos seus pais a virtude de determinar a intervenção do Ministério Público para oferecer denúncia por delitos, que, sem isso, seriam da exclusiva iniciativa da parte privada, por meio de queixa, senão relativamente aos crimes de estupro, atentado ao pudor, mediante violência ou fraude, sedução, corrupção de menores e rapto (CP, art. 225, § 1º, I - V, supra, os ns 74 e 77).

Referentemente a qualquer outro crime, cujo autor só pode ter a punição imposta em ação penal de privativa instauração por queixa da parte ofendida, o Código de Processo Penal não quebrou a unidade do instituto, para autorizar, quando pobres o ofendido e seus pais, que o Ministério Público oferecesse a queixa, ou a substituisse pela denúncia.

O que o art. 32 estatui é seja, pelo juiz, nomeado um advogado, promovendo este a ação penal, mediante queixa (v, no v. 1º, o nº 93).

Entretanto, embora seja, pelo advogado, dado de ofício, levada, assim, a ação a termo, uma vez afirmada a responsabilidade criminal do agente, que, em consequência, é chamado a, no Cível, efetivar a reparação do dano, já não será mais esse advogado quem ingressará, no juízo cível, como patrono, de ofício, dos interesses privados do ofendido; para isso, será o órgão do Ministério Público que terá o dever de movimentar a ação civil. Certo é que, ficando a designação do representante do Poder Público na dependência do requerimento da parte, esta poderá preferir o próprio advogado, que promoveu a ação penal, para continuar a defender-lhe os interesses, perante o juiz cível, não estando, entretanto, o causídico obrigado a prestar-se a isso, pois a sua nomeação foi para aquela ação; ante a recusa do advogado, à parte é permitido pedir a intervenção do representante do Ministério Público, que, em qualquer caso, trate-se de crime perseguível por denúncia ou somente mediante representação, ou, mesmo, deixado à iniciativa exclusiva da queixa privada, é quem deve funcionar, promovendo a reparação civil do dano sofrido por pessoa juridicamente pobre, a requerimento desta, não só após o julgamento da ação penal mas também, seja qual for a fase em que se ache tal ação e, até, antes, da respectiva promoção.

Em acórdão de 20.1.44, referente ao AgPet 1.189, de que foi relator o Des. Fábio Maldonado, a 1ª Câmara do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, sustentando não estar revogado pelo art. 68 do CPP o art. 68, parágrafo, do CPC, assinalou ficar na dependência da vontade da parte, que pretende haver a indenização requerer promova o órgão do Ministério Público a ação no juízo cível; donde a consequência de poder ela optar por advogado, que pode ser o nomeado, de ofício, pelo juiz do Cível, concedendo os benefícios da justiça gratuita (v. RT, de São Paulo, 149/709-711, 1944).

O órgão do Ministério Público será, evidentemente, o que estiver funcionando ou tiver funcionado na ação penal, ou com função no juízo onde esta tiver curso. No caso, porém de não haver ação penal, a parte pobre deverá requerer ao procurador-geral a designação de promotor, que instaura, no juízo cível, a ação de reparação de dano, caso não haja algum, a que se atribua cuidar da justiça gratuita (isto ocorre, atualmente, no Distrito Federal).'

Assim, desde então, vê-se que a atuação paralela do advogado não foi arredada, convivendo com a do Ministério Público, acatada, porém, a vontade manifesta do interessado e ampliada a sua proteção jurisdicional, até aqui.

Os argumentos jurídicos do recorrente, portanto, devem prevalecer, legitimado o seu representante na atuação, posto armado de capacitação postulatória *in casu*.

Dá-se provimento ao recurso, em consequência ⁽¹⁴⁾

No Superior Tribunal de Justiça, a matéria é controvertida. Podem-se apontar, na curta história do Tribunal, apenas três acórdãos sobre o assunto, um contrário e outro favorável à tese deste ensaio e um terceiro que não define completamente a questão, embora se incline a admitir a legitimidade do Ministério Público. Suas ementas têm a seguinte redação:

"Reparação de Dano – Ato Ilícito – MP – Substituto Processual – Extinção de Processo – Legitimação.

O art. 68 do CPP que conferia ao MP legitimação para propor ação civil de reparação de dano, quando o titular fosse pobre, sofreu revogação pelo CPC, da Lei nº 4.215/63 e foi suplantado pela CF

No caso, o MP não agiu em nome próprio, tal substituto processual e sim de representante, porque foi requerido seu patrocínio

Recurso improvido ⁽¹⁵⁾

(14) - IJSP, ag. inst. nº 128.3751, relator Desembargador Benini Cabral 7ª Câmara Cível unânime julgado em 7 de março de 1990 apud RT 653/113.115 - sic.

(15) - STJ - recurso especial nº 26.807-6/SP - rel. Min. Garcia Vieira 1ª Turma. un. j. 23 de setembro de 1992. 'Diário da Justiça', seção I, de 1º de fevereiro de 1993, pág. 441 - A Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963 citada na ementa, era o antigo Estatuto da Advocacia revogado expressamente pelo art. 87 do novo Estatuto - a Lei nº 8.906 de 4 de julho de 1994

"Ação Civil. Ministério Público. Legitimidade de Parte.

Para a propositura da ação civil pelo Ministério Público, na qualidade de substituto processual, nos termos do art. 68 do CPC [rectius: CPP], basta que haja ato criminoso, isto é, previsto na lei penal como crime, em tese.

Inteligência dos arts. 68 do CPP e 81 do CPC.

Recurso especial conhecido e provido. ⁽¹⁶⁾

"Processual Civil. Ação de Reparação de Dano. Ministério Público em favor de vítima de ilícito penal. Ilegitimidade Ativa. Denúnciação à Lide. Inteligência dos Artigos 68 e 70 do CPP."

I - Ainda que não se tenha como revogada a norma inserida no artigo 68 do CPP, ao Ministério Público só cabe propor a ação civil *ex delicto*, a requerimento do titular do direito, quando pobre, por isso que, nessa hipótese, não age em nome próprio, tal substituto processual, e sim em nome de outrem

II - Recurso provido. Decisão unânime ⁽¹⁷⁾

O aresto que se posicionou contrariamente à tese deste ensaio, por coincidência, é extremamente singelo em sua fundamentação, não trazendo elementos que infirmem os argumentos aqui postos, ao contrário do segundo, mais robusto em suas bases, e daquele do Tribunal de Justiça de São Paulo, acima parcialmente transcrito, muito bem lançado. De qualquer sorte, as vacilações do STJ ao cuidar do tema mostram sua complexidade. O tempo cuidará de mostrar onde se encontra a posição mais correta.

Aguarda-se igualmente posicionamento do Supremo Tribunal Federal, uma vez que a matéria, por envolver a interpretação dos arts. 127, *caput*, e 129, IX, da Constituição da República, é apta a ensejar o conhecimento de recurso extraordinário, se a Corte Suprema não enveredar pelo tortuoso caminho do não conhecimento sob o argumento de violação reflexa à Constituição, ante a ofensa primária ao art. 68 do CPP

Pela relevância da questão e por suas implicações práticas no dia-a-dia dos fóruns, é de todo conveniente que os Tribunais Superiores da nação firmem jurisprudência, num ou noutro sentido

7 - Conclusões

O direito pune atos jurídicos indesejáveis, com várias espécies de sanções, como as civis e as penais. Os atos tipificados como criminosos são os que mais afetam a ordem jurídica e social, razão por que merecem a sanção mais rigorosa do ordenamento jurídico: a perda da liberdade

A sanção ao ato criminoso visa a duas finalidades essenciais: a prevenção e a repressão do crime. A indenização do dano causado pelo crime corresponde, no plano civil, à pena, na órbita criminal. Ambas têm o mesmo fundamento (a prática de ato penalmente típico) e a mesma função jurídica (prevenir e reprimir a atividade criminoso), pouco ou nada diferindo, ontologicamente

A prevenção e a repressão ao crime constituem interesse social dos mais relevantes, donde a legitimidade do Ministério Público para atuar civil e criminalmente na aplicação das normas que as prevêm, sem prejuízo de outros legitimados

A norma que permite a indenização à vítima em decorrência de crime é de ordem pública e tutela interesse público e social, a justificar a legitimidade ativa do Ministério Público, nada obstante subordinar-se ao talante da vítima, que pode ou não desejar valer-se do direito de ação. Há igualmente outros casos, no ordenamento jurídico, de normas ligadas

(16) - STJ Resp nº 5.321/SP rel. Min. Barros Monteiro 4ª Turma un. j. 18 de dezembro de 1990 DJ I de 29 de abril de 1991, pág. 5.273

(17) - STJ Resp nº 57.238/SP rel. Min. Dcmócrito Reinaldo 1ª Turma un. j. 26 de abril de 1995 DJ I de 29 de maio de 1995 pág. 15.479

ao interesse social que, sem embargo, redundam em interesse disponível pelo beneficiário.

A legitimidade ativa do Ministério Público para a ação civil *ex delicto* coaduna-se com o disciplinamento constitucional da instituição, por atender a relevante interesse social, mesmo se tratando de função atípica.

A interpretação que afastasse essa legitimidade implicaria, na prática, impedir, em muitos casos, a promoção da ação de reparação do dano *ex delicto*, pela notória carência de meios por parte da Defensoria Pública e pela inexistência de advogados que possam ou desejem patrocinar tais causas em milhares de localidades do país. Por conseguinte, do ponto de vista jurídico, tal exegese fere o princípio da máxima efetividade das normas jurídicas.

Pelo menos até que a Defensoria Pública esteja plenamente apta a prestar essa assistência, deve-se emprestar interpretação conforme à Constituição ao art. 68 do Código de Processo Penal, considerando-se o Ministério Público parte legítima para promover a ação.