

DA LEGITIMAÇÃO CONCORRENTE OU ALTERNATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DO FUNCIONÁRIO, NOS CRIMES CONTRA A HONRA PREVISTOS NO CÓDIGO PENAL E NA LEI DE IMPRENSA

Autor: Luiz Vidal da Fonseca
Procurador de Justiça Criminal de MT
Professor da Escola Superior do Ministério Público

Conforme ensinava-nos o mestre JOSÉ FREDERICO MARQUES, "embora como direito abstrato a ação seja um único instituto jurídico, é ela um direito instrumental conexo e uma pretensão" e esta varia segundo a "razão da tutela jurisdicional invocada, o seu conteúdo e o titular do direito de agir" (in Elementos de Dr.Proc.Penal - ed.1961-pág.43).

Atualmente, para o Prof.JÚLIO FABBRINI MIRABETE, "sendo o crime um fato que lesa direito do indivíduo e da sociedade, cabe ao Estado reprimi-lo com o exercício do "jus puniendi"; "o direito subjetivo de punir, que é mais o dever de punir, não é ilimitado, vinculando-se o Estado ao direito objetivo, tanto na imputação, circunscrita aos fatos típicos, como nas penas a serem aplicadas"; "além disso, para exercer o direito de punir é necessário que haja processo e julgamento, já que não pode o Estado impor, arbitrariamente, a sanção" (in Processo Penal- 4ª ed.-1995 - págs.105/106).

Segundo o Prof.ERALDO BATISTA DE SIQUEIRA, "a ação penal, direito público, subjetivo, abstrato e autônomo, mas, instrumento de realização do direito material, obedece as regras da prevalência da regra da ação penal pública, ainda que, excepcionalmente, condicionada à representação ou à requisição, conforme o previsto nos arts.100, CP e 24, CPP" (Livro de teses - 13º Congresso Nacional do MP - Curitiba-PR-outubro/1999-vol.1 - tomo 2 - pag.778).

Efetivamente, é a dicotomia da ação penal, em pública ou privada"; onde "a representação ou requisição erigem-se, apenas, em condições de procedibilidade, condição especial da ação"; "a ação penal, nos crimes contra a honra, ofendido funcionário público, em razão de desempenho de suas funções, é publica" "e a titularidade da mesma, é atribuída ao Ministério Público por expressa determinação legal (art.145, § único, CP)".

Assim, "a ação penal é a regra (art.100, CP e 24, CPP"; "a ação penal pública é originária ou secundária"; "a ação é publica originária", "nos crimes contra a honra, cuja materialidade consistir em ofensa, ligada ao exercício de função pública pelo ofendido"; é "secundária", "na hipótese do art.225, §§ 1º, I e 2º, CP" e "a titularidade da ação penal, conferida ao ofendido", "só na omissão do acusador natural" (págs.779/780).

Entretanto, para o Prof.JÚLIO MIRABETE, "a representação da vítima não tem força obrigatória quanto ao oferecimento de denúncia pelo Ministério Público, podendo este concluir pela não-instauração da ação"(ob.cit.,pág.118).

Daí a alteração introduzida no Código Penal, a partir da Reforma de 1984, segundo a qual, "a ação de iniciativa privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo (art.100, § 2º - cfr.Lei nº7.209/84).

Como esclarece o festejado processualista, "em princípio toda a ação penal é pública, pois, é ela um direito subjetivo perante o Estado-Juiz"; "a distinção que se faz de ação pública e privada se estabelece em razão da legitimidade para agir"(pág.112).

No mesmo rumo, sempre foi a jurisprudência do Excelso Pretório (RTJ 85/367; RT 610/431 e 616/381), inclusive em outros Tribunais (TJRS - Revista Jurídica 72/268 e RJTJRS 4/58).

Entretanto, para alguns operadores do Direito, deve ocorrer a "legitimação ativa exclusiva do funcionário público, nas ações penais dos crimes contra a honra funcional", como "forma de garantir a efetiva defesa da ética" e "a participação democrática do cidadão na Justiça" (in Jornal da Assoc.dos Magistrados/MT - out.-1999 - pag.7).

Segundo essa corrente, "sujeitar à apreciação do Ministério Público, "ab initio", a existência ou não de ofensa à honra profissional do funcionário público", "antes da propositura da ação penal", significa "ignorar" os princípios da "igualdade" e do "juiz natural", estabelecidos na Constituição Federal.

Para tanto, lembra-se que, "a honra funcional não se confunde com a honra do Estado"; ao Ministério Público incumbe a defesa dos "interesses sociais e individuais indisponíveis" e o "trancamento" de "ações penais", de "iniciativa privada", importa em "violação" ao "direito subjetivo" de "ação" dos funcionários públicos, "para proteger direito inviolável, mas disponível".

Daí, em suma, a idéia de que, os funcionários têm "legitimação ativa exclusiva" para a ação penal, nos crimes contra a honra, "cabendo ao Ministério Público, nesses casos, a função de fiscal da lei, tão somente".

Ocorre que, como observa o Prof.ERALDO SIQUEIRA, "até bem pouco, não se tinha conhecimento de dificuldade exegética, mais séria, em torno da titularidade na ação penal, em crime contra a honra, quando a vítima fosse funcionário, desde que a ofensa irrogada, guardasse relação de causalidade com o exercício da atividade funcional realizada pelo ofendido" (Livro cit., pag.778).

Todavia, "fundado em interesses subjacentes, a advocacia criminal, veio ou voltou à tona interpretação pela admissibilidade da legitimação alternativa do Ministério Público e do ofendido, "propter officium", a

legitimação concorrente do sujeito passivo da infração penal" (idem).

De fato, não obstante a alínea "b", do art.40, da Lei nº5.250/67, instituir que, nos crimes de que trata os arts.20 a 22, a ação penal será promovida pelo Ministério Público, mediante requisição do ofendido, como a doutrina e a jurisprudência estão a indicar, quando o funcionário for ofendido em razão de suas atribuições nada impede que promova de forma direta a ação penal privada.

Com efeito, é bom ressaltar, que, o entendimento jurisprudencial atual, é no sentido de existir uma legitimação concorrente do Ministério Público e do ofendido, ou legitimação alternativa do ofendido.

De outra forma, como ora adverte-se, o mais qualificado e honrado funcionário público, agravado em sua honra, terá que fazê-lo somente através do Ministério Público.

E, na hipótese de arquivamento, estaria privado do direito de defender a sua honra subjetiva e objetiva, importando fatalmente na "desigualdade" repudiada pelo "caput", do art.5º, da Constituição Federal em vigor.

Desse modo, realmente, o direito de ação do ofendido em sua honra funcional é um direito inalienável, que deve ser garantido pelo Poder Judiciário.

No mesmo rumo, embora a lei preveja que, nos crimes contra a honra, praticados contra funcionário público, a ação penal seja pública, nada impede que o ofendido opte pela propositura da ação privada.

Efetivamente, conforme a lição do Prof.DARCY ARRUDA MIRANDA" de um do geral", "a ação é sempre privativa do ofendido, nos delitos contra a honra", mas, quando ele seja funcionário público e injuriado em razão de suas atribuições nada impede que, ao invés de socorrer-se do Ministério Público, para o exercício de ação contra o ofensor, exercite ele próprio o direito de queixa" (in Coment.à Lei de Imprensa - 3ª ed.pág.645).

E, isso porque, -como complementa, -"a honra do funcionário público atinge diretamente a sua personalidade, ou seja, a honra ofendida não é da função pública e, sim, do indivíduo que a exerce" (idem). Recentemente, a respeito do tema, assim vem proclamando o Excelso Supremo Tribunal Federal:

"Ação penal. Legitimação alternativa do Ministério Público e do ofendido "propter officium". Interpretação do art.40, I, "b", da Lei de Imprensa, conforme o art.5º, X, da CF.

Não se compreende que, só por ser funcionário e ter sido moralmente agredido, em função do exercício do cargo público - o que não ilide o dano à sua honorabilidade pessoal - o ofendido não a possa defender pessoalmente em juízo - como se propicia a qualquer outro cidadão - mas tenha de submeter previamente a sua pretensão de demandar a punição do ofensor ao juízo do Ministério Público.

Por isso, a admissão da ação penal pública há de ser entendida como alternativa à disposição do ofendido, jamais como privação do seu direito de queixa".

E, mais:

" A competência dada ao Ministério Público para promover o processo, quando o ofendido for funcionário público, não exclui o direito deste de promovê-lo diretamente por queixa. Em nosso sistema processual sempre foi reconhecido ao ofendido, mesmo nos crimes que mais interessam à sociedade e ao Estado, o direito de querelar. Não há razão de ordem jurídica, nem de conveniência pública, para suprimi-lo ou alterá-lo, justamente nos casos mais personalíssimos, como são, sem contestação, os em que estão em jogo a honra e a dignidade individual" (STF - ac. 10.11.93 - DJU 29.4.94, pag.9.730).

No mesmo sentido, é o posicionamento do Venerando Superior Tribunal de Justiça: HC nº 1.905-1, DJU 13.9.93.

Inclusive em outros Tribunais:

" A competência dada ao Ministério Público para promover a ação penal, por crime de imprensa, quando o ofendido for funcionário público, não exclui o direito deste de promovê-la diretamente, por queixa" (RT 636/315).

"A querelante exerceu direito privado da parte ofendida, peculiar aos crimes contra a honra, não se configurando a ilegitimidade "ad.causam", com a falta de impulso de ação do Ministério Público. É uma alternativa concedida ao querelante e não uma imposição legal" (RT 682/362).

Dessa forma, em conclusão:

- a) o Ministério Público é o titular da Ação Penal, nos crimes contra a honra, em que o funcionário é vítima, na dependência de representação;
- b) é admissível porém a legitimação alternativa ou concorrente com o ofendido.

Luiz Vidal da Fonseca é Procurador de Justiça Criminal e Professor da Escola Superior do Ministério Público. Professor Titular de Direito Penal da UFMT (aposentado), foi Professor da Escola Superior da Magistratura.