

AMITUDO

## DA EXTINÇÃO DO PROCESSO JUDICIALIFORME, SUMÁRIO OU "EX OFFICIO"

FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO  
Promotor de Justiça e Prof. de Direito — SP

As expressões processo judicialiforme, *ex officio* ou sumário encerram sinonímia, designando a persecução penal instaurada, na fase cognoscitiva, mediante portaria da autoridade policial ou judiciária ou através de auto de prisão em flagrante.

A esse rito procedimental sujeitavam-se os crimes culposos aludidos em a Lei n. 4.611, de 1965 e a grande maioria das contravenções penais.

Até há pouco tempo, portanto, ressumbrava inconcussa a falta de *legitimatio ad causam* ativa do Ministério Público para a promoção da ação penal concernente ao processo judicialiforme. Essa falta de legitimidade decorria *ex vi legis*, e somente com o total desconhecimento das leis processuais penais poder-se-ia estabelecer afirmação contrária.

Contudo, antolha-se-nos tenha essa ótica legal sofrido recente e profunda alteração.

De feito.

O cenário jurídico nacional assume perspectivas de agitação, *ex vi* das substanciais alterações que os artigos 3.º, n. II e 55, da Lei Complementar n. 40, de 1981 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) introduziram, indiretamente, no procedimento judicialiforme ou *ex officio*, disciplinado pela codificação penal adjetiva.

Afigura-se-nos que o tema se presta a erigir-se em *vexata quaestio*, transformando em escabrosa a acirrada e recente polémica que se desenvolve em torno da ab-rogação ou não do procedimento em tela.

Não obstante as controvérsias que já se fazem sentir, parecem-nos resurta inarredável a seguinte conclusão: o panorama jurídico-processual da *persecutio criminis* de ofício sofreu, efetivamente, profunda alteração, sobejando revogado o procedimento *ex officio* das contravenções e dos crimes culposos explicitados na Lei n. 4.611, de 1965.

Senão, vejamos.

Da observação empírica dos fatos, emerge juízo de valor que proclama a necessidade de regulamentação desses fatos através de regras gerais a todos endereçadas. Assenta-se nessa assertiva, pois, a tricotomia em que encontram supedâneo a origem e criação das leis: fato, valor e norma.

O fato, de interesse social, enseja o subsequente juízo axiológico, que o regulamenta, posteriormente, através de uma norma geral, oponível erga omnes.

A lei, conseqüentemente, está atada e atrelada ao fato social que lhe outorgou berço. Resplandece com vida, enquanto seu fato social gerador contiver também o brilho vital. Perece e se esboroa quando esse mesmo fato, que antes lhe conferira o nascedouro, se desvanece e dilui em significação no contexto coletivo.

A vida em sociedade é dinâmica. Dinâmicos também são os fatos e atos que a constituem. Dessarte, os fatos sociais não são estáticos. Antes, acompanham a evolução da vida social, seguindo-lhe os passos, consoante o impulso que lhe imprimam as normas de cultura, os costumes e idéias vigentes na sociedade em um dado momento.

Assim, também a lei há de acompanhar, *pari passu*, a transformação dos fatos, amalgamando-se e adaptando-se a estes conforme requestem os interesses sociais imperantes.

Nessa conjuntura, a norma, como toda obra humana, e como tudo que visa acompanhá-la, é também contingente: nasce, vive e morre. Nasce, quando, elaborada, sancionada, promulgada e publicada, passa a vigor. Existe e tem vida no interstício compreendido entre a data de sua vigência e a da sua revogação. Morre, quando, não mais atendendo aos reclamos sociais, é revogada por outra lei, que a substitui.

De tal arte, quando uma lei se distancia no tempo, em sua finalidade ontológica, do fato social que lhe dera origem, urge seja substituída por outra norma, mais atual, que se coadune com a nova realidade social. A lei substituída deixa conseqüentemente de existir, revogada e suplantada que é pela posterior.

A revogação de uma lei, portanto, somente se verifica por outra lei. Esta, substitutiva da anterior, retira e extingue *ex nunc* sua eficácia, parcial (derrogação) ou totalmente (ab-rogação), sempre que, cuidando da mesma situação jurídica, assim explicitamente dispuser (revogação expressa), ou quando seu texto e disposições contrapuserem-se aos antes em vigor (revogação implícita).

Nesse prisma é que a questão se insinua e se propõe para enfoque, reclamando deslinde.

Crível é que, com o advento da Lei Complementar n. 40, de 1981, nenhum de seus dispositivos dispôs sobre a revogação expressa do procedimento *ex officio*.

No entanto, editando esse mesmo diploma, em seus artigos 3.º, n. II e 55, que, entre outras, é função institucional do Ministério Público promover a ação penal pública, ficando vedado o exercício das funções do Ministério Público a pessoas a ele estranhas, teria ab-rogado, implicitamente as disposições processuais atinentes ao processo judicialiforme?

É indagação para a qual insta confluência uma resposta. E esta, segundo nos parece, propende pela afirmativa.

Efetivamente.

Embora dispusesse o artigo 24, do Código de Processo Penal, como regra geral, ser do Ministério Público a titularidade do exercício da ação penal pública, as normas procedimentais estampadas em os artigos 531 usque 539, desse mesmo Estatuto, e no artigo 1.º da Lei n. 4.611, de 1965 excepcionaram esse princípio geral, ao conferirem legitimidade para o mister, nos casos de contravenções e crimes culposos de homicídio e lesão corporal, às autoridades policial ou judiciária, através de portaria ou do auto de prisão em flagrante.

Lei nova sobreveio, dessarte, atribuindo ao Ministério Público, como função institucional, a promoção da ação penal pública. E pública sendo a *persecutio criminis* no processo judicialiforme, é nosso pensar que a lei complementar, como norma posterior, extinguiu o procedimento sumário, retirando do Juiz e da autoridade policial a *legitimatío ad causam* ativa para o exercício da ação penal, agora, em qualquer caso, sempre privativa e exclusiva do Ministério Público.

Com efeito.

Aludindo a lei complementar em epígrafe a função institucional do Ministério Público, ao acenar para a titularidade da ação penal (artigo 3.º, n. II), e coibindo o exercício das funções ministeriais a pessoas estranhas à Instituição (artigo 55), insofismável é que insculpiu e inscreveu, não mais como regra geral, mas como princípio absoluto, sem ensanchas a exceções, que a promoção da ação penal pública, em qualquer caso e espécie, constituiu atribuição exclusiva do Ministério Público. Não há falar-se, pois, que o artigo 3.º, n. II, da Lei Complementar n. 40, de 1981 só fez repetir, *ex abundantia*, o enunciado do artigo 24, do Código de Processo Penal, eis que, hodiernamente, a atribuição referida exsurge adjetivada de institucional, sendo, dessa forma, privativa daquele a quem a lei a acometeu, *id est*, do Ministério Público.

De outra parte, tendo a norma em apreço natureza complementar, assume a mesma natureza da lei que complementa. E, no

caso, complementando disposição constitucional (artigo 96, da Constituição Federal), a LONMP aflora como lei de conotação constitucional, subordinando a si, na hierarquia legal, as demais leis ordinárias, entre as quais se incluem as constitutivas do Código de Processo Penal.

A lei ordinária — ressaltou Pinto Ferreira — não pode revogar a lei complementar, sendo evidentemente nula toda lei ordinária ou parte dela que contraste com a lei complementar. O campo específico desta não pode ser invadido por outras normas jurídicas, exceto uma emenda à Constituição. Ao contrário, a lei complementar, por força de sua posição hierárquica, revoga as leis ordinárias, impondo-lhes homogeneidade e integração à sua letra e ao seu espírito (apud Valdir Sznick, "Processos Contravencionais e a Titularidade do Ministério Público" — tese apresentada, pelo Grupo de Estudos "Carlos Siqueira Netto", no X Seminário Jurídico dos Grupos de Estudo do Ministério Público do Estado de São Paulo, em Poços de Caldas, 1982).

Todavia, e ainda se assim não fosse, o nivelamento de ambas as leis no âmbito federal (Código de Processo Penal e Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) faria com que a posterior (Lei Complementar n. 40, de 1981), justamente por isso e por introduzir disposição conflitante e colidente com a sistemática anterior (Código de Processo Penal, artigos 531 a 539 e Lei n. 40.611, de 1965), operasse, implícita e tacitamente, à sua extinção.

De outro turno, não se há de objetar e redarguir que, tendo sido escopo da Lei Complementar n. 40, de 1981 estabelecer normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público Estadual, não poderia, em boa técnica legislativa, ultrapassar os limites de sua atuação e revogar, mesmo implicitamente, dispositivos próprios de um sistema, qual seja, o Código de Processo Penal, almejando-se apenas, portanto, com sua edição no que pertine com os tópicos em epígrafe, obstar a nomeação de promotores *ad hoc* para a promoção da ação penal pública, como vinha ocorrendo em diversos Estados-Membros.

Entretanto, a LONMP alcança dimensão e abrangência maiores do que as atinentes apenas ao nível estadual.

Como ponderou o Procurador Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina, Dr. João Carlos Kurtz, a lei complementar em apreço, quando trata das questões fundamentais atinentes ao Ministério Público, comuns a ele como instituição nacional, "o faz indiscriminadamente, isto é, sem se referir ao Ministério Público dos Estados ou estadual. Já quando edita normas de alcance contido, vale dizer, peculiares ao Ministério Público dos Estados, alerta invariavelmente o destinatário da regra, usando as expressões do Estado ou estadual. Veja-se, a título de exemplo, os artigos 4.º, 5.º, 6.º, 9.º, 11, 12, 14, 16, 17, 19, 20, 22, 24, 25, 32, 38

e 42 e tantos outros" ("A Instituição do Ministério Público Perante a Ação Penal Pública", in "O Estado de S. Paulo", edição de 25/7/82, pág. 56).

Não bastasse, cumpre obtemperar-se que a própria lei em pauta, no seu artigo 60, reza: "Aplicam-se à organização do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios, no que couber (sic), as normas constantes desta lei".

Fica assim afastado e combalido o alcance restrito que à norma se pretende emprestar.

Outrossim, e concessa venia, não procede a ponderação segundo a qual colimou a LONMP, tão-somente obliterar a nomeação de promotores *ad hoc*.

A esse respeito, remarcou José Frederico Marques: "Afirmar-se que o vocábulo estranho, colocado no citado artigo 55, está mostrando que se quis impedir, apenas, que o leigo exerça funções de promotor *ad hoc*, é argumento, por si só, fragilíssimo. Como promotor *ad hoc*, de um modo geral, são nomeados bacharéis em Direito, ou militantes, e não leigos. E se o juiz e a autoridade policial não seriam estranhos ao Ministério Público, também não o será o advogado. Portanto, a adotar-se a referida interpretação, a nomeação de promotor *ad hoc* só estaria vedada em se tratando de leigos. Os advogados, por não serem leigos, não estariam abrangidos pela proibição contida no mencionado artigo 55" (in "O Estado de S. Paulo", edição de 16/7/82, pág. 27).

Desta sorte, sufragar-se tal exegese implicaria em concluir-se que o artigo 55 da LONMP também não teria logrado entrar a nomeação de promotores *ad hoc*, senão para os jejunos nas letras jurídicas.

Por conseguinte, outra interpretação não há de defluir senão a de que a lei complementar em tela, vedando o exercício das funções do Ministério Público a pessoas a ele estranhas, endereçou a restrição a toda e qualquer pessoa alheia à Instituição, ainda que seja a autoridade judiciária ou policial.

De tal arte, e como assinalou o Procurador de Justiça José Henrique Pierangeli, ao interpor, pela Procuradoria Geral de Justiça de São Paulo, recurso extraordinário ao Pretório Excelso, nos autos da Correição Parcial n. 308.851, da comarca de Sorocaba, "a proibição (do artigo 55), indubitavelmente saneadora, atinge a totalidade das atividades institucionais do Ministério Público, como órgão essencial do Estado", ressalvada apenas a exceção estabelecida no parágrafo único, do artigo 55 e concernente ao adjunto de curador de casamentos.

Nem cabe asseverar, sob outro prisma, que a LONMP, tendo destinação específica (organização do Ministério Público), não

teria azo para revogar dispositivos codificados integrantes de um sistema harmônico, como o é o Código de Processo Penal.

Ad *primum*, porque o sistema não se descortina tão harmônico e homogêneo como *prima facie* pode transparecer, tanto que leis extravagantes, quebrantando e rompendo com o contexto procedimental persecutório das contravenções, haviam conferido ao Ministério Público, em alguns casos particularizados, a legitimidade ativa para a propositura da ação penal de certas contravenções.

De outro lado, a asserção também não colheria procedência porque a lei complementar epigrafada, contendo inúmeros dispositivos que ostentam natureza processual, revogou vários artigos do Código de Processo Penal, como, *verbi gratia*, o fez o artigo 55. Ora, como acertadamente demonstrou Hugo Nigro Mazzilli, "ainda que se admitisse, como quer a corrente restritiva que se formou na sua interpretação, que seu escopo seria apenas o de evitar a nomeação de promotores *ad hoc*, revogou ele (artigo 55) ou não o artigo 448 do Código de Processo Penal, que permitia o contrário?". Ademais, e como pontificou o mesmo articulista, "a própria Lei Orgânica da Magistratura Nacional também contém inúmeros dispositivos de caráter processual, alterando legislação federal codificada sobre competência, processo e julgamento de recursos (artigos 88, 101, etc. . .)" ("A Lei Orgânica do Ministério Público e o Procedimento de Ofício", Revista dos Tribunais, 559/267).

Acresce e é convincente consignar-se, ainda, que se o desiderato do legislador não foi propriamente o de revogar o procedimento *ex officio*, sua vontade não vem denotar, porém, vulto e robustez bastantes para infirmar o alcance legal que se estampou na norma editada.

De feito.

"Na interpretação da lei, depois de promulgada, adquire esta vida própria, separa-se do legislador, a ele se contrapondo como preceito novo: a lei não é o que o legislador quis, nem o que pretendeu exprimir, e sim o que exprimiu de fato" (Ferrara, cit. por Carlos Maximiliano, "Hermenêutica e Aplicação do Direito", n. 35, *apud* Hugo Nigro Mazzilli, *ut*).

De outra parte, outorga desfecho à questão, segundo nos parece, a doutrina do *logos del razonable*, de Recasens Siches, que merece ser trazida à colação. Não se trata, à evidência, de exegese contra *legem*. Como o trabalho de hermenêutica não é matemático, mas flexível dentro do entendimento razoável do preceito, há mister, advertiu Frederico Marques, que, "diante de uma situação concreta em que há conflito entre os métodos de hermenêutica, em virtude das antinomias a que levam na revelação do sentido da norma interpretada, que se indague qual a interpretação

mais razoável", sendo a preferência por uma interpretação ditada pela lógica do razoável, que permite, sem desrespeito à lei, aplicar o Direito mais consentâneo, com sabedoria, justiça e eficiência (*apud* Alípio Silveira, "Hermenêutica no Direito Brasileiro", Ed. Revista dos Tribunais, 1968, I/88-89).

A hermenêutica dos textos legais, observou ainda José Frederico Marques, "deve guiar-se pelo chamado "*logos del razonable*", deles extraíndo-se a interpretação que melhor atenda ao bem comum, ao justo objetivo, aos interesses da coletividade e aos princípios supremos da ordem jurídica. Não cabe indagar qual tenha sido a intenção do legislador, ao promulgar a regra do citado artigo 55 da Lei Complementar n. 40. Desde que pelas *verba legis* pode levar-se a efeito aprimoramento da legislação vigente e dar aplicação mais ampla e correta aos princípios que asseguram, na Justiça criminal, o devido processo legal, o contraditório e a defesa ampla, não seria razoável que se tentasse manter o *status quo* com base numa exegese que, ainda quando fosse defensável, não é a que melhor atende àqueles postulados constitucionais" (*in* artigo citado).

Ora, constituindo o malsinado procedimento judicialiforme, profligado por toda a doutrina nacional, uma excrescência jurídica de institucionalização de resquício do sistema inquisitivo, infringente do postulado *ne procedat iudex ex officio* e divorciado dos mais mezinhos princípios jurídicos, pois nele, como fez notar Pimenta Bueno, o Juiz constitui-se em julgador e parte adversa ao delinqüente, oferecendo denúncia a si próprio, que ele mesmo irá julgar, curial é que a exegese mais consentânea, que melhor se harmoniza e afeiçoa com a evolução e influência do meio e realidade sociais, na Justiça penal, é aquela que terça, propugna e preconiza por sua extinção.

Com isso, deixará o Juiz de, a um só tempo, assumir as incompatíveis funções de parte e julgador, tonalizando-se então a relação processual penal como *actum trium personarum*, com a triangularidade que lhe é própria; deixará a autoridade policial de possuir anômala atividade jurisdicional, ao presidir instrução que se pretende contraditória; terá o recebimento da denúncia efeito interruptivo da prescrição, impedindo-se assim que esta seja causa de impunidade freqüente das contravenções e dos crimes culposos aludidos em a Lei n. 4.611, de 1965, com relação aos quais, consoante farta messe de julgados já assentou majoritariamente, a denúncia, como mera peça substitutiva da portaria, não tem o efeito interruptivo.

Assim, e em que pesem respeitáveis pronunciamentos em sentido contrário (RHC, n. 310.287, de Botucatu, j. em 14/7/82, pela Câmara de Férias; Rec. Crim. n. 323.487, de São Bento do Sapucaí, j. em 7/3/83, pela 10.ª Câm., Correições Parciais ns. 302.969 e

306.105, ambas de Sorocaba, j., respectivamente, em 24/5/82 e 21/6/82, pelas 1.ª e 10.ª Câms., todos do TACRimSP., RHC, n. 60.339-4-SC., 2.º T. do STF, in D.J.U., de 11/2/83, pág. 928, e Damásio E. de Jesus, em "Código de Processo Penal Anotado", Ed. Saraiva, 1982, pág. 723), temos para nós encontrado-se ab-rogado o malfadado e natimorto procedimento judicialiforme, que ab initio colocando-se à ilharga da realidade social, sequer pôde atender à sua finalidade, qual seja, a da almejada celeridade processual. Impede pois hoje ao Ministério Público, de maneira exclusiva e privativa, a promoção de toda e qualquer ação penal pública, revogada encontrando-se, inclusive, a ação penal subsidiária (artigo 29, do Código de Processo Penal) e a iniciativa alheia em crimes falimentares.

O Ministério Público, dessarte, no estágio atual, desponta como dominus litis pleno da ação penal pública. Nesta alheta, cf. José Frederico Marques (cit.), João Carlos Kurtz (cit.), Hugo Nigro Mazzilli (cit.), Paulo Édson Marques ("A Ab-rogação do Procedimento Penal Ex Officio", Revista dos Tribunais, 557/275). Ada Pellegrini Grinover ("O Procedimento Sumário e a Lei Orgânica do Ministério Público", "O Estado de São Paulo", edição de 5/9/82, pág. 41), Valdir Sznick (cit. e "O Estado de São Paulo", edição de 17/4/83) e acórdãos ns. 2.801 e 2.807, do TAPR, respectivamente, nos HC ns. 87/82 e 93/82, rels. os Juizes Adolpho Pereira e Ivan Righi.

Entretanto, instaurando a autoridade judiciária ou policial, não obstante, o processo judicialiforme, deixará este de apresentar, pela falta de legitimidade para agir, não apenas elemento essencial à sua validade (caso em que de mera nulidade tratar-se-ia), mas pressuposto indeclinável de sua própria constituição, o que o torna inexistente. De tal arte, e em situação idêntica à que ocorreria, *verbi gratia*, com casamento realizado por quem não possui qualidade legal para a celebração ou de sentença prolatada por quem não estivesse investido da função jurisdicional, a instauração do processo judicialiforme, por quem não cabe fazê-lo, torna-o inexistente, independentemente, pois, da decretação da nulidade e ensejando, conseqüentemente, o pronto oferecimento da denúncia.

Por isso, nada impede que "a autoridade policial expeça portaria, ou lavre auto de prisão em flagrante, pela prática de contravenção penal. Em qualquer hipótese, no entanto, ter-se-á por instaurado simples inquérito, de que se utilizará o Ministério Público para a formação da *opinio delicti*" (acórdão n. 2.807, HC n. 93/82, TAPR., rel. Juiz Ivan Righi).

Ex positis, antolha-se-nos esteja extinto e descartado da legislação processual penal o malsinado e constantemente profligado procedimento *ex officio*, sumário ou judicialiforme.

Esse o nosso pensar.