

PETIÇÃO 4.361-8 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. CELSO DE MELLO**
REQUERENTE(S) : **FEBRACTA - FEDERAÇÃO BRASILEIRA DAS ASSOCIAÇÕES DE CONTROLADORES DE TRÁFEGO AÉREO**
ADVOGADO(A/S) : **ROBERTO CATARINO DA SILVA SOBRAL**
REQUERIDO(A/S) : **JUNITI SAITO**
REQUERIDO(A/S) : **LUÍS CARLOS BUENO**

EMENTA: AÇÃO PENAL PRIVADA **SUBSIDIÁRIA** DA PÚBLICA (**CF**, ART. 5º, LIX). **HIPÓTESE EXCEPCIONAL** DE DERROGAÇÃO DO MONOPÓLIO QUE A CONSTITUIÇÃO **OUTORGOU** AO MINISTÉRIO PÚBLICO **QUANTO** À TITULARIDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA (**CF**, ART. 129, I). **CRIMES MILITARES: POSSIBILIDADE**, EM TESE, **QUANTO A ELES**, DE AJUIZAMENTO DE **QUEIXA SUBSIDIÁRIA**. **AUSÊNCIA**, NO CASO, **DOS PRESSUPOSTOS AUTORIZADORES** DA UTILIZAÇÃO DA AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA. **OPÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELO ARQUIVAMENTO** DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE INVESTIGAÇÃO PENAL. **MEDIDA QUE SE CONTÉM** NA ESFERA DE PODERES DO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA (**RTJ** 57/155 - **RTJ** 69/6 - **RTJ** 73/1 - **RTJ** 116/7 - **RTJ** 190/894 - **RTJ** 192/873-874, v.g.). **FORMAÇÃO DA "OPINIO DELICTI" NAS AÇÕES PENAIS PÚBLICAS** (INCONDICIONADAS **OU** CONDICIONADAS): JUÍZO **PRIVATIVO** DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **INEXISTÊNCIA**, POR PARTE DE QUEM APRESENTA "NOTITIA CRIMINIS" AO MINISTÉRIO PÚBLICO, **DE DIREITO SUBJETIVO** AO OFERECIMENTO, PELO **PARQUET**, DA DENÚNCIA PENAL. **CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA ALEGADA SITUAÇÃO DE INÉRCIA**, **EM DECORRÊNCIA** DE REFERIDO ARQUIVAMENTO, **DETERMINADO** PELO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, **QUE RATIFICOU**, COM ESSE ATO, **ANTERIOR PROMOÇÃO**, EM **IGUAL** SENTIDO, **ADOTADA**, EM PRIMEIRA INSTÂNCIA, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL NO DISTRITO FEDERAL. **AUSÊNCIA**, NO CASO, **DE LEGITIMAÇÃO ATIVA**

"AD CAUSAM" DA ASSOCIAÇÃO CIVIL DE DIREITO PRIVADO QUE AJUIZOU A QUEIXA SUBSIDIÁRIA. ENTIDADE CIVIL QUE NÃO SE QUALIFICA, NO CONTEXTO EM EXAME, COMO SUJEITO PASSIVO DAS CONDUTAS DELITUOSAS QUE IMPUTOU AOS QUERELADOS, ACHANDO-SE EXCLUÍDA, POR ISSO MESMO, DO ROL (QUE É TAXATIVO) DAQUELES ATIVAMENTE LEGITIMADOS AO EXERCÍCIO DA QUEIXA SUBSIDIÁRIA (CPP, ART. 29, c/c OS ARTS. 30 E 31, c/c O ART. 3º, "a", DO CPPM). A QUESTÃO DO SUJEITO PASSIVO NOS CRIMES MILITARES E O TEMA DOS DELITOS CASTRENSES DE DUPLA SUBJETIVIDADE PASSIVA. INAPLICABILIDADE, À ESPÉCIE, DE REGRAS INSCRITAS NA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA E NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, PARA EFEITO DE RECONHECER-SE, QUANTO À FEBRACTA, A SUA QUALIDADE PARA AGIR EM SEDE DE QUEIXA SUBSIDIÁRIA. INEXISTÊNCIA, NO ORDENAMENTO POSITIVO BRASILEIRO, DA AÇÃO PENAL POPULAR SUBSIDIÁRIA. MAGISTÉRIO DA DOUTRINA. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS EM GERAL. CONTROLE PRÉVIO DE ADMISSIBILIDADE DAS AÇÕES NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. COMPETÊNCIA MONOCRÁTICA DO RELATOR. LEGITIMIDADE (RTJ 139/53 - RTJ 168/174-175). INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE (RTJ 181/1133-1134). AÇÃO PENAL SUBSIDIÁRIA NÃO CONHECIDA.

DECISÃO: Trata-se de "ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública" que a Federação Brasileira das Associações de Controladores de Tráfego Aéreo - FEBRACTA, entidade de direito privado constituída sob a forma de associação civil, ajuizou contra o "Tenente Brigadeiro do Ar Juniti Saito, Comandante da Aeronáutica (...)" e o "seu antecessor funcional, o Tenente Brigadeiro do AR R/1 Luís Carlos Bueno" (fls. 02).

A associação civil ora querelante imputa, a ambos os querelados, a suposta prática de crimes militares, tipificados no art. 196 (descumprimento de missão), no art. 198 (omissão de

eficiência da força) e no art. 199 (omissão de providências para evitar danos), todos do Código Penal Militar e, ao primeiro querelado, que é Comandante da Aeronáutica, os delitos definidos no art. 174 (rigor excessivo) e no art. 319 (prevaricação), também do Código Penal Militar.

Cabe verificar, preliminarmente, se se revela viável, ou não, no sistema jurídico brasileiro, a utilização da ação penal privada subsidiária da pública, considerada a cláusula de exclusividade inscrita no art. 129, inciso I, da Constituição da República.

Não se desconhece que o monopólio da titularidade da ação penal pública pertence ao Ministério Público, que a exerce, com exclusividade, em nome do Estado. Trata-se, hoje, de atribuição de índole constitucional deferida, em situação de monopólio jurídico, à instituição do Ministério Público. A nova ordem normativa instaurada no Brasil, formalmente plasmada na Constituição da República, outorgou ao *Parquet*, dentre as múltiplas e relevantes funções institucionais que lhe são inerentes, a de "*promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei*" (art. 129, I).

Essa cláusula de reserva, pertinente à titularidade da ação penal pública, apenas acentuou - desta vez no plano constitucional - a condição de "*dominus litis*" do Ministério Público, por ele sempre ostentada no regime anterior, não obstante as exceções legais então existentes.

Essa regra constitucional - consoante adverte a doutrina (DAMÁSIO E. DE JESUS, "*Código de Processo Penal Anotado*", p. 383, 14ª ed., 1998, Saraiva; CELSO RIBEIRO BASTOS/IVES GANDRA MARTINS, "*Comentários à Constituição do Brasil*", vol. 2/302, 2001, Saraiva; HUGO NIGRO MAZZILLI, "*Introdução ao Ministério Público*", p. 124, item n. 24, 7ª ed., 2008, Saraiva, v.g.) - provocou, considerada a absoluta supremacia de que se revestem as normas da Constituição, a imediata derrogação de diplomas legislativos editados sob a égide do regime anterior (RTJ 134/369, Rel. Min. CELSO DE MELLO), que deferiam a titularidade do poder de agir, mediante ação penal pública, dentre outros, a magistrados e a autoridades policiais.

O monopólio constitucional da ação penal pública deferido ao *Parquet* - que comportava várias exceções no regime anterior - sofre, presentemente, uma só derrogação, prevista no art. 5º, inciso LIX, do texto constitucional, que assim dispõe: "*será*

admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal" (grifei).

Vê-se, desse modo, que, não obstante o monopólio constitucional em questão, a própria Constituição da República permite, embora em caráter excepcional, a utilização da ação penal subsidiária, se o representante do *Parquet*, no prazo legal, não fizer instaurar, em juízo, a concernente "*persecutio criminis*" ou, então, se não requisitar as diligências necessárias à obtenção de dados informativos que aperfeiçoem o acervo que contém a "*informatio delicti*" ou, ainda, se não propuser ou determinar o arquivamento das peças de informação ou do inquérito policial.

Os Tribunais em geral (RT 376/202 – RT 449/449 – RT 482/396 – RT 485/253 – RT 536/337 – RT 542/328 – RT 706/303, v.g.), inclusive esta Suprema Corte (RTJ 130/1084 – RTJ 136/651 – RTJ 192/542, v.g.), têm advertido, a propósito das situações legitimadoras do ajuizamento, pelo ofendido, da ação penal subsidiária, que tal só se justifica quando ocorrentes as situações que venho de referir:

"Ação penal privada subsidiária (CPP, art. 29). Não é cabível, se não houve inércia do Ministério Público. (...). Recurso extraordinário não conhecido."
(RTJ 99/452, Rel. Min. LEITÃO DE ABREU - grifei)

"Se, tempestivamente, houve manifestação do órgão do Ministério Público, que opinou pelo arquivamento do inquérito ou excluiu algum indiciado da denúncia, não cabe a queixa supletiva."
(RT 369/215, Rel. Juiz MANOEL PEDRO PIMENTEL - grifei)

Essa mesma visão é compartilhada por eminentes autores (GUILHERME DE SOUZA NUCCI, "Código de Processo Penal Comentado", p. 138/140, itens ns. 33/37, 8ª ed., 2008, RT; AURY LOPES JR., "Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional", vol. I/372-374, item n. 6.3, 3ª ed., 2008, Lumen Juris; FERNANDO CAPEZ, "Curso de Processo Penal", p. 137/138, item n. 11.8.3, 13ª ed., 2006, Saraiva; PAULO RANGEL, "Direito Processual Penal", p. 286/290, item n. 4.13, 16ª ed., 2009, Lumen Juris; JULIO FABBRINI MIRABETE, "Código de Processo Penal Interpretado", p. 140/141, item n. 29.2, 7ª ed., 2000, Atlas, v.g.), de que destaque, por relevante, o seguinte fragmento da obra de EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA ("Curso de Processo Penal", p. 149, item n. 5.8, 10ª ed., 2008, Lumen Juris):

"Pressuposto, então, do exercício de tal direito, é precisamente a 'desídia' do Ministério Público, isto é, a ausência de manifestação tempestiva de ato de ofício, no prazo previsto em lei. Não a caracterizam, portanto, o só não-oferecimento da denúncia, no prazo legal, desde que tenha ele, tempestivamente, pugnado pela necessidade de novas diligências a serem realizadas pela autoridade policial ou tenha se manifestado pelo arquivamento dos autos. O que efetivamente caracteriza a desídia é a ausência de qualquer manifestação dentro do prazo previsto na lei para o oferecimento da denúncia." (grifei)

Também CARLOS FREDERICO COELHO NOGUEIRA ("Comentários ao Código de Processo Penal", vol. 1/509-510, item n. 146, 2002, EDIPRO) adota igual entendimento, como resulta claro da seguinte passagem de sua obra:

"Nesses prazos, pode o Ministério Público oferecer a denúncia, ou pedir o retorno dos autos à Polícia para novas diligências (art. 16), ou pedir o arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação ou da representação, ou, ainda, argüir a incompetência do juízo, solicitando a remessa dos autos ao juízo supostamente competente.

Se, todavia, quedar-se 'absolutamente inerte' o MP, nos prazos em questão, deixando-os transcorrer 'in albis' - não importando o motivo que o levou à inação -, surge, para o ofendido, ou quem lhe fizer as vezes, o direito de 'substituir-se ao Ministério Público' (daí o nome ação 'subsidiária', isto é: substitutiva), movendo ação penal privada em crime de ação pública. A vítima do crime de ação pública 'supre' a inércia ministerial, daí a denominação 'ação privada supletiva'." (grifei)

Cabe verificar, de outro lado, se se revelaria viável - tratando-se de crimes militares (como na espécie) - a possibilidade jurídica de ajuizar-se ação penal privada subsidiária da pública, em ocorrendo qualquer das hipóteses precedentemente referidas.

A regra inscrita no art. 5º, inciso LIX, da Constituição não deixa margem a qualquer dúvida, pois torna admissível - considerada a estrita literalidade de seu conteúdo normativo, que não faz nem estabelece distinção alguma quanto à natureza dos delitos suscetíveis de perseguibilidade mediante ação pública - a utilização (sempre excepcional) da queixa subsidiária.

Esse entendimento - que sustenta ser ajuizável a ação penal privada subsidiária da pública em crimes militares - tem o beneplácito de autorizado magistério doutrinário (CARLOS FREDERICO COELHO NOGUEIRA, "Comentários ao Código de Processo Penal", vol. I/511, item n. 146, 2002, EDIPRO; JORGE CÉSAR DE ASSIS, "Código de Processo Penal Militar Anotado", vol. 1/69, 2004, Juruá; CLAUDIO AMIN MIGUEL e NELSON COLDIBELLI, "Elementos de Direito Processual Penal Militar", p. 43, 3ª ed., 2008, Lumen Juris; WALDIR SOARES, "A Parte Geral do Código Penal Comum e a do Código Penal Militar", "in" Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais - AMAJME, Número 58 - Março/Abril 2006, p. 31, item n. 23.1.0, v.g.), valendo reproduzir a lição de RONALDO JOÃO ROTH ("A Ação Penal Privada Subsidiária da Pública e o Poder de o Ofendido Atuar no Processo Penal Militar", "in" Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais - AMAJME, Número 72 - Julho/Agosto 2008, p. 27/28):

"A 'ação penal privada subsidiária' alçou 'status' constitucional na Carta Política de 1988 (art. 5º, LIX) e anteriormente já estava prevista expressamente no Código Penal Comum (art. 100, § 3º) e no Código de Processo Penal Comum (art. 29).

A despeito da exclusiva 'ação penal pública incondicionada' na legislação penal militar, a Lei Maior permitiu ao ofendido, pela garantia assegurada, intervir no processo penal militar para o 'impulso' daquela quando ocorrer 'inércia' do Ministério Público.

.....
Por força da inovação constitucional da Carta Magna de 1988, a vítima ou ofendido passou, igualmente, a poder 'substituir-se' ao MP por meio da 'ação penal privada subsidiária da pública' quando ocorrer 'inércia do órgão do MP, ou seja, quando ele, no prazo que lhe é concedido para oferecer a denúncia, não a apresenta, não requer diligência, nem pede o arquivamento.

.....
Dessa forma, a vítima ou ofendido, que maior interesse têm na fiscalização da atuação do órgão acusador, substitui o 'Parquet' no 'impulso' da ação penal, se dele decorrer inércia (...).

Sob esse aspecto, portanto, é indiscutível o 'poder' da vítima ou do ofendido em 'mover' a ação penal privada subsidiária da pública no processo penal 'militar' quando da omissão ministerial." (grifei)

Igual percepção do tema é revelada por CÉLIO LOBÃO ("Direito Processual Penal Militar", p. 76, item n. 4.10, 2009, Método):

"A norma constitucional de conteúdo processual penal (art. 5º, LIX, da CF) estatui que 'será admitida a ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal'. Trata-se, portanto, de ação penal privada subsidiária da ação penal pública, proposta mediante queixa. Como afirmamos (...) a lei processual penal militar ainda não se ajustou à norma constitucional, logo, aplica-se, supletivamente, o disposto no CPP, relativo à ação penal privada subsidiária (art. 29 do CPP, c/c o art. 3º, 'a', do CPPM).

(...) Em nosso entendimento, não há como discutir, diante da norma constitucional expressa. Não se pode pôr em dúvida a admissão da ação penal militar privada subsidiária, diante do enunciado claro, preciso e impositivo da norma constitucional (art. 5º, LIX, da CF) (...)." (grifei)

Em suma: torna-se lícito concluir, considerados o magistério da doutrina e a diretriz jurisprudencial prevalente na matéria, que o ajuizamento da ação penal privada subsidiária da pública, mesmo em sede de crimes militares, pressupõe a completa inércia do Ministério Público, que se abstém, sem justa causa, no prazo legal, (a) de oferecer denúncia, ou (b) de adotar medidas que viabilizem o arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação, ou, ainda, (c) de requisitar novas (e indispensáveis) diligências investigatórias à autoridade policial ou a quaisquer outros órgãos ou agentes do Estado.

Assentadas tais premissas, impende examinar, em face do contexto em causa, se se mostra viável, na espécie, o ajuizamento, por associação civil de direito privado (a FEBRACTA), da presente ação penal privada subsidiária da pública, notadamente porque sustentado, pela ora querelante, que o eminente Procurador-Geral da República, Chefe do Ministério Público da União, incidiu, sem causa legítima, em situação caracterizadora de inércia.

A douta Procuradoria-Geral da República, ao manifestar-se nestes autos, esclareceu que "(...) os fatos ora noticiados são os mesmos apreciados nos Processos Administrativos MPF/PGR nºs 1.00.000.002063/2008-19 e 1.00.000.003326/2008-07, instaurados a partir de 'notitia criminis' apresentada pela querelante contra o Tenente Brigadeiro do Ar JUNITI SAITO,

imputando-lhe o delito do art. 198 do CPM. Em ambos, determinou-se que fossem arquivados os autos por atipicidade das condutas (...) (fls. 1.056 - grifei).

Resulta, desse pronunciamento da Chefia do Ministério Público da União, que o *Parquet*, não só apreciou o conteúdo da "*notitia criminis*" que a FEBRACTA encaminhou àquela Instituição, mas, também, adotou, concretamente, providência que lhe parecia pertinente na espécie, promovendo - por não vislumbrar a existência de práticas delituosas - o próprio arquivamento do procedimento investigatório instaurado na Procuradoria-Geral da República.

É importante assinalar, ainda, que a Procuradoria da República no Distrito Federal, antecipando-se a tal manifestação do Senhor Procurador-Geral da República, também se pronunciou no sentido de reconhecer inviável, por ausência de tipicidade penal, a pretendida instauração da "*persecutio criminis in judicio*" (fls. 1.001/1.007).

Os elementos que venho de referir evidenciam que não se registrou inércia na atuação do Ministério Público, pois este, analisando a *delação postulatória* ("*delatio criminis*") formulada pela FEBRACTA, não identificou comportamentos que lhe parecessem revestidos de tipicidade penal ou que lhe permitissem a formação da "*opinio delicti*".

Cabe fazer, aqui, uma observação: o Ministério Público não está obrigado a promover o ajuizamento de ação penal em decorrência de comunicação formal de delito que lhe haja sido transmitida por qualquer pessoa, entidade ou instituição, mesmo nas hipóteses de ação penal pública condicionada.

Isso significa que o Ministério Público, especialmente tratando-se do Senhor Procurador-Geral da República, tem plena autonomia para - havendo, ou não, "*notitia criminis*" (ou, até mesmo, representação ou requisição) - deixar de oferecer denúncia, eis que a formação da "*opinio delicti*" traduz juízo privativo do membro do *Parquet*, que poderá optar, por isso mesmo, pela fórmula do arquivamento (como sucedeu no caso) ou pela realização de diligências investigatórias.

Vê-se, daí, que não há direito público subjetivo ao oferecimento de denúncia pelo Ministério Público, que não pode ser constrangido, por tal razão, a sempre promover o ajuizamento de ação penal condenatória, não se mostrando juridicamente viável, naqueles

casos em que não se registrou comportamento desidioso do Ministério Público, a formulação, pela vítima ou ofendido, de queixa subsidiária.

Esse entendimento - que prevalece na doutrina (DAMÁSIO DE JESUS, "Código de Processo Penal Anotado", p. 52, 23ª ed., 2009, Saraiva; JOSÉ ROBERTO BARAÚNA, "Lições de processo penal", p. 61, 1978, Bushatsky; JOSÉ FREDERICO MARQUES, "Elementos de Direito Processual Penal", vol. I/384, item n. 188, 2ª ed., atualizada por Eduardo Reale Ferrari, 2000, Millennium; EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA, "Curso de Processo Penal", p. 118, item n. 5.5, 10ª ed., 2008, Lumen Juris; DENÍLSON FEITOZA, "Direito Processual Penal - Teoria, Crítica e Práxis", p. 275, item n. 7.9.5.3 e p. 281, item n. 7.10.5.3, 6ª ed., 2009, Impetus, v.g.) - tem, igualmente, o beneplácito da jurisprudência que o Supremo Tribunal Federal firmou na matéria (RTJ 116/07, Rel. Min. OSCAR CORRÊA - RTJ 192/542, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - AP 493-AgR/PR, Rel. Min. ELLEN GRACIE, v.g.):

"'HABEAS CORPUS' - PACIENTE QUE É GOVERNADOR DE ESTADO - CRIME CONTRA A HONRA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA - REQUISICÃO DO MINISTRO DA JUSTIÇA - NATUREZA JURÍDICA DO ATO REQUISITÓRIO - AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA - INOBSERVÂNCIA DA LEI DE IMPRENSA - DESCARACTERIZAÇÃO TÍPICA DO COMPORTAMENTO DO PACIENTE - PRETENDIDO EXAME ANALÍTICO DA PROVA - INIDONEIDADE DO 'HABEAS CORPUS' - ORDEM DENEGADA.

- O Ministério Público, nas ações penais públicas condicionadas, não está vinculado à qualificação jurídica dos fatos constantes da representação ou da requisição que lhe haja sido dirigida. A vinculação do Ministério Público à definição jurídica que o representante ou requisitante tenha dado aos fatos é nenhuma. A formação da 'opinio delicti' compete, exclusivamente, ao Ministério Público, em cujas funções institucionais se insere, por consciente opção do legislador constituinte, o próprio monopólio da ação penal pública (CF, art. 129, I). Dessa posição de autonomia jurídica do Ministério Público, resulta a possibilidade, plena, de, até mesmo, não oferecer a própria denúncia.

- A requisição e a representação revestem-se, em seus aspectos essenciais, de uma só natureza, pois constituem requisitos de procedibilidade, sem os quais não se legitima a atividade penal-persecutória do Ministério Público. Por isso mesmo, esses atos veiculadores de uma delação postulatória erigem-se em condições de procedibilidade,

cuja função exclusiva consiste **em autorizar** o Ministério Público a instaurar a 'persecutio criminis in judicio'. (...)." *(RTJ 134/784, Rel. Min. CELSO DE MELLO)*

É importante assinalar, de outro lado, que, mesmo tratando-se de arquivamento determinado pelo Senhor Procurador-Geral da República, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em julgamento proferido no Inq 2.054/DF, Rel. Min. ELLEN GRACIE, salientou que tal decisão administrativa, desde que emanada do Chefe do Ministério Público da União, não pode ser substituída pela formulação ulterior de qualquer acusação penal, ainda mais naqueles casos em que o *Parquet* não vislumbra qualquer tipicidade penal na conduta imputada ao suposto autor de fato delituoso:

"ARQUIVAMENTO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PELO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA. DECISÃO ADMINISTRATIVA. ABERTURA DE NOVAS INVESTIGAÇÕES E OFERECIMENTO DE DENÚNCIA POR NOVO PROCURADOR-GERAL. IRRETRATABILIDADE DO ATO DE ARQUIVAMENTO, SEM PROVAS NOVAS.

1. Se o procedimento administrativo encaminhado à Procuradoria vem a ser arquivado, essa decisão administrativa não pode ser substituída por nova denúncia, apresentada pelo novo Procurador-Geral, sem a existência de provas novas. Precedente (Inq 2.028 - Informativo 645, Plenário).

2. Denúncia rejeitada." (grifei)

Não foi por outra razão que esta Suprema Corte, em julgamento plenário, também entendeu incabível a formulação de ação penal privada subsidiária da pública em caso no qual o eminente Procurador-Geral da República, por não vislumbrar prática delituosa alguma, ordenou o arquivamento dos autos de procedimento administrativo, na própria Procuradoria-Geral da República:

"INQUÉRITO. AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA DA PÚBLICA. INCISO LIX DO ARTIGO 5º DA CF. PRESSUPOSTOS DESATENDIDOS. REJEIÇÃO LIMINAR DA QUEIXA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O relator está autorizado a negar seguimento a 'pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou, improcedente ou ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal' (art. 38 da Lei nº 8.038/90 c/c § 1º do RI/STF). Confiram-se os Agravos Regimentais nos Inquéritos 1.775, da

relatoria do ministro Nelson Jobim; 2.430, da relatoria do ministro Joaquim Barbosa; e 2.637, de minha relatoria.

2. A ação penal privada subsidiária da pública, de nítida envergadura constitucional (inciso LIX do art. 5º da CF), configura espécie excepcional de legitimidade do ofendido (ou seu representante legal) para promover ação penal. Na falta de inércia do Ministério Público, não é de se dar trânsito à queixa, ajuizada em substituição à denúncia.

3. Queixa que não descreve, nem sequer minimamente, fatos constitutivos dos invocados tipos penais.

4. Agravo regimental **desprovido.**"

(Inq 2.696-AgR/DF, Rel. Min. CARLOS BRITTO - grifei)

Mesmo que se pudesse superar esse obstáculo, ainda assim esta "ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública" revelar-se-ia insuscetível de conhecimento por esta Suprema Corte.

É que, tal como acentuado pela douta Procuradoria-Geral da República, falece, à entidade civil autora, legitimidade ativa "ad causam" para fazer instaurar, em nome de seus associados, a presente ação penal privada subsidiária da pública, considerado o que dispõe o art. 30 do CPP.

Foi por essa razão que o Ministério Público Federal, em parecer que ofereceu nos presentes autos, assim se manifestou (fls. 1.056/1.057):

"Ademais, destaca-se a ilegitimidade 'ad causam' da FEBRACTA para a propositura da presente ação penal privada subsidiária da pública.

Com efeito, o ordenamento jurídico brasileiro não contempla a possibilidade da ação penal popular, de maneira que a legitimidade extraordinária para o ajuizamento da ação penal privada subsidiária da pública é restrita ao ofendido, ou seja, ao sujeito passivo do crime, nos termos do art. 30, do Código de Processo Penal.

Em todos os delitos imputados apresentam-se como sujeito passivo as instituições militares. (...)." (grifei)

Na realidade, a questão pertinente à legitimação ativa "ad causam" para o ajuizamento da queixa subsidiária traduz matéria de direito estrito, pois, em tal hipótese, como já referido pela douta Procuradoria-Geral da República, a titularidade do poder de agir somente caberá ao próprio ofendido, ou, no caso de sua morte, apenas

ao seu cônjuge, aos seus ascendentes, aos seus descendentes ou aos seus irmãos (CPP, art. 29, c/c o art. 31), eis que taxativo o rol inscrito no mencionado art. 31 do Código de Processo Penal (RT 466/321).

Vê-se, desse modo, que a legislação processual penal tornou inviável o ajuizamento, por qualquer um, de ação penal privada subsidiária da pública, a significar que, em tema de queixa subsidiária, a qualidade para agir não se estende a qualquer pessoa, entidade ou instituição.

Cabe referir, por isso mesmo, no ponto, a observação de MARCELLUS POLASTRI LIMA ("Manual de Processo Penal", p. 224, item n. 7.2, 2007, Lumen Juris):

"Está legitimada a propor tal ação a vítima ou seu representante legal em caso de ser menor ou incapaz e, no caso de morte, aquelas pessoas elencadas no art. 31 do CPP." (grifei)

Daí porque o Supremo Tribunal Federal (Inq 2.696-AgR/DF, Rel. Min. CARLOS BRITTO), pronunciando-se sobre a matéria, deixou assentado que somente o "ofendido ou quem tenha qualidade para representá-lo" (CPP, art. 30) dispõe, ordinariamente, de legitimação ativa para fazer instaurar a pertinente ação penal privada subsidiária da pública:

"- Recurso extraordinário. Ação privada subsidiária. Legitimidade. Art. 5º, LIX, da Constituição.

- Inexiste a alegada ofensa ao artigo 5º, LIX, da Constituição que reza: 'será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal'.

- Com efeito, tendo a Constituição, em seu artigo 129, I, estabelecido como uma das funções institucionais do Ministério Público a de 'promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei', constitucionalizou, nos crimes de ação pública, a ação penal privada subsidiária se a ação penal pública não for intentada no prazo legal. E a legitimidade para intentar a ação penal privada subsidiária, como ocorre na ação penal exclusivamente privada, é do particular ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo, se um ou outro vivo e

presente, como preceitua o Código Penal em seu artigo 100, §§ 2º, 3º e 4º.

Recurso extraordinário não conhecido."

(RE 331.990/CE, Rel. Min. MOREIRA ALVES - grifei)

Em uma palavra: inexiste, em nosso sistema jurídico, a figura da ação penal popular subsidiária da pública (que permitiria fosse ela ajuizada por qualquer pessoa), tal como acentuam, em precisa abordagem do tema, dentre outros ilustres autores, CARLOS FREDERICO COELHO NOGUEIRA ("Comentários ao Código de Processo Penal", vol. 1/537, item n. 149.10, 2002, EDIPRO) e JOSÉ FREDERICO MARQUES ("Elementos de Direito Processual Penal", vol. I/406-408, item n. 198, 2ª ed., atualizada por Eduardo Reale Ferrari, 2000, Millennium).

Embora admissível, em tese, a queixa subsidiária nos delitos militares, impende assinalar, por necessário, que tais infrações penais têm, ordinariamente, como sujeito passivo, o próprio Estado, considerados os bens juridicamente tutelados pelo ordenamento castrense.

Excepcionalmente, haverá crimes militares de dupla subjetividade passiva, nos quais, além do Estado, também figurará, como ofendido, terceira pessoa, como sucede, por exemplo, nos crimes militares de homicídio e de lesões corporais.

Daí a precisa observação de CLAUDIO AMIN MIGUEL e de NELSON COLDIBELLI ("Elementos de Direito Processual Penal Militar", p. 43, 3ª ed., 2008, Lumen Juris):

"Entendeu o legislador que os bens jurídicos tutelados são indisponíveis, pois, antes de atingir o interesse de um particular, o delito afronta a Instituição Militar, que seria o sujeito passivo principal, implícita ou explicitamente. A finalidade maior do Código Penal Militar é a proteção às Instituições Militares, que apresentam, nos seus pilares básicos, a hierarquia e disciplina. Essa é a razão de uma Justiça Especializada e, conseqüentemente, de uma legislação específica." (grifei)

O exame dos crimes militares que a FEBRACTA imputa aos ora querelados revela que, neles, figura, como sujeito passivo, somente o Estado, não se identificando, na peça acusatória, a existência de delitos castrenses qualificados pela nota da dupla subjetividade passiva, exceto no que se refere ao crime de rigor excessivo (CPM,

art. 174), em que também é vítima o subordinado do agente infrator, e ao delito de prevaricação (art. 319), no qual **poderá** figurar como ofendido aquele que for atingido pelo comportamento do autor do ilícito penal em questão.

Não foi por outro motivo que CÉLIO LOBÃO (**"Direito Penal Militar"**, p. 248, 309, 314 e 316, 2ª ed., 2004, Brasília Jurídica), ao identificar os sujeitos passivos **dos crimes militares** de descumprimento de missão (art. 196), de ineficiência da força (art. 198) e de omissão de providências para evitar danos (art. 199), referiu-se, expressamente, às *"instituições militares"*, enquanto que, com relação ao delito de rigor excessivo (art. 174), classificou, como sujeito passivo, *"as instituições militares"*, e, como ofendido, *"o subordinado"*.

Esse mesmo entendimento é aplicável ao crime de prevaricação (CPM, art. 319), **cujo sujeito passivo principal** é o Estado (as *instituições militares*) e, quando for o caso, **a pessoa atingida** pela ação delituosa (**sujeito passivo secundário**), tal como esclarece o magistério da doutrina (GUILHERME DE SOUZA NUCCI, **"Código Penal Comentado"**, p. 1076, item n. 121, 9ª ed., 2009, RT; JULIO FABBRINI MIRABETE, **"Código Penal Interpretado"**, p. 1726, item n. 319.1, 1999, Atlas; ROGÉRIO GRECO, **"Código Penal Comentado"**, p. 764, 2ª ed., 2009, Impetus; CEZAR ROBERTO BITENCOURT, **"Código Penal Comentado"**, p. 1098, item n. 2, 4ª ed., 2007, Saraiva, v.g.).

Isso significa, portanto, que, nos delitos castrenses em que só figuram, como sujeitos passivos, as instituições militares, não assiste legitimação *"ad causam"* a **qualquer** pessoa (ou a entidades de direito privado em geral), para o ajuizamento da *queixa subsidiária*.

Mesmo nos crimes militares tipificados no art. 174 e no art. 319 do CPM – **que se qualificam** como delitos de dupla subjetividade passiva –, a *queixa subsidiária* eventualmente ajuizável só poderia ser proposta pelo militar ofendido, vale dizer, presente o contexto em exame, pelo subordinado daquele que incidiu na conduta abusiva (art. 174) ou pela pessoa atingida pelo comportamento do agente prevaricador (art. 319).

De qualquer maneira, ainda que se pudesse considerar que os associados da querelante **qualificar-se-iam** como vítimas ou ofendidos dos crimes militares ora imputados aos querelados, mesmo assim não se mostraria viável a presente ação penal privada subsidiária da pública, eis que ajuizada por entidade de direito privado que não

figura como sujeito passivo de qualquer dos delitos castrenses narrados em referida *queixa subsidiária*.

De outro lado, também não se pode reconhecer legitimidade ativa, à FEBRACTA, para ajuizar queixa subsidiária em nome de seus associados, ainda que se qualificassem estes como ofendidos, o que sequer resultou demonstrado nestes autos.

É que esta Suprema Corte não tem reconhecido, a entidades civis e sindicais, legitimação ativa "ad causam" para, agindo em sede penal, ajuizarem, em substituição processual ou em representação de seus associados, ação penal, inclusive aquelas de natureza cautelar ou tendentes a uma sentença condenatória (como sucede na espécie):

"(...) LEGITIMIDADE ATIVA PARA O PEDIDO DE EXPLICAÇÕES EM JUÍZO.

- Somente quem se julga ofendido pode pedir explicações em juízo. A utilização dessa medida processual de caráter preparatório constitui providência exclusiva de quem se sente moralmente afetado pelas declarações dúbias, ambíguas ou equívocas feitas por terceiros.

Tratando-se de expressões dúbias, ambíguas ou equívocas, aleadamente ofensivas, que teriam sido dirigidas aos Juízes classistas, é a estes - e não à entidade de classe que os representa - que assiste o direito de utilizar o instrumento formal da interpelação judicial.

O reconhecimento da legitimidade ativa para a medida processual da interpelação judicial exige a concreta identificação daqueles (os Juízes classistas, no caso) que se sentem ofendidos, em seu patrimônio moral (que é personalíssimo), pelas afirmações revestidas de equivocidade ou de sentido dúbio."

(RTJ 170/60-61, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

"Pedido de explicação em juízo como medida preparatória de ação penal relativa a delitos contra a honra.

- Não tem legitimidade ativa para requerê-lo entidade de classe que age em defesa da honra de todos ou de alguns ou de um de seus associados, porquanto a legitimidade ativa para esse pedido pertence, individualmente, a cada associado, por se tratar de ato personalíssimo do que se

sente ofendido. **Precedente** do Plenário da Corte: **AGRPET 1.249**.

Agravo regimental a que se nega provimento."
(**RTJ 172/29**, Rel. Min. MOREIRA ALVES - grifei)

"I. Supremo Tribunal Federal: competência penal originária: ação penal (ou interpelação preparatória dela) **contra o Advogado-Geral da União, que passou a ser Ministro de Estado por força da última edição da MPr 2049-20, de 29.06.2000.**

II. Ação penal privada: ilegitimidade ativa de associação civil para propô-la por ofensa à honra **de seus filiados: precedentes.**"

(**RTJ 186/62**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - grifei)

Cabe observar, neste ponto, que a FEBRACTA não pode invocar, como o fez (fls. 08), para justificar a sua (pretendida) legitimidade ativa "*ad causam*", a Lei da Ação Civil Pública (art. 21) ou o Código de Defesa do Consumidor (arts. 80, 81, 82 e 83), notadamente este último diploma legislativo, que somente faculta o ajuizamento de ação penal subsidiária nas hipóteses atinentes aos delitos previstos no próprio Código de Defesa do Consumidor ou "*a outros crimes e contravenções que envolvam relações de consumo (...)*" (CDC, art. 80).

O caso dos autos, porém, como resulta evidente, não envolve infrações penais concernentes às relações de consumo ou a crimes previstos no Código de Defesa do Consumidor. Ao contrário, a queixa subsidiária ajuizada pela FEBRACTA refere-se, unicamente, a delitos castrenses tipificados no Código Penal Militar.

As razões expostas impõem o não-conhecimento da presente ação penal privada subsidiária da pública, quer em face da inocorrência de inércia por parte do Ministério Público, quer por ausência de legitimação ativa "*ad causam*" da FEBRACTA, que, além de não se qualificar, ela própria, como sujeito passivo dos delitos militares que ora atribui aos querelados, não pode ajuizar queixa subsidiária em nome de seus associados ou na defesa dos interesses da coletividade.

A inviabilidade da presente ação, em decorrência das razões ora mencionadas, impõe uma observação final: no desempenho dos poderes processuais de que dispõe, assiste, ao Ministro-Relator, competência plena para exercer, monocraticamente, o controle das ações, pedidos ou recursos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal,

legitimando-se, em consequência, os atos decisórios que, nessa condição, venha a praticar.

Cumpre acentuar, neste ponto, que o Pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inteira validade constitucional da norma legal que inclui, na esfera de atribuições do Relator, a competência para negar trânsito, em decisão monocrática, a ações, a recursos ou a pedidos, quando incabíveis, estranhos à competência desta Corte, intempestivos, sem objeto ou que veiculem pretensão incompatível com a jurisprudência predominante do Tribunal (RTJ 139/53 - RTJ 168/174-175).

Nem se alegue que esse preceito legal implicaria transgressão ao princípio da colegialidade, eis que o postulado em questão sempre restará preservado ante a possibilidade de submissão da decisão singular ao controle recursal dos órgãos colegiados no âmbito do Supremo Tribunal Federal, consoante esta Corte tem reiteradamente proclamado (RTJ 181/1133-1134, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - AI 159.892-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

Sendo assim, tendo presentes as razões expostas e considerando, ainda, o parecer da douta Procuradoria-Geral da República, não conheço da presente *"ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública"*.

Arquivem-se os presentes autos.

Publique-se.

Brasília, 10 de agosto de 2009.

Ministro CELSO DE MELLO
Relator