

Ação penal nos crimes de imprensa e o Projeto de Lei nº 3.232-A de 1992

ANTONIO CEZAR LIMA DA FONSECA

SUMÁRIO

1. Ação penal: generalidades. 1.1. Ação penal nos crimes de imprensa. 1.2. A ação penal no Projeto de Lei nº 2.232-A/92. 2. Conclusão.

1. Ação penal: generalidades

Como sabemos, pelas lições de José Frederico Marques¹, ação penal *é o direito de agir exercido perante os juízes e tribunais da justiça criminal*; é o instrumento de aplicação do direito penal objetivo, no tocante a uma situação concreta consubstanciada na pretensão punitiva.

A rigor, a ação penal é sempre pública, porque só o Estado pode dela dispor. Todavia, levando-se em conta a titularidade da ação penal, a doutrina costuma vê-la como *pública* ou *privada* (ou de iniciativa privada).

Na *ação penal pública*, o *dominus litis* é o Ministério Público, por meio do Promotor de Justiça, do Procurador de Justiça (nos Estados), ou do Procurador da República (na União); é ele o autor da peça de acusação chamada denúncia. Na *ação penal privada*, o titular da ação é o próprio ofendido, a vítima (o querelante); é ele o autor da peça de acusação, que se chama queixa-crime.

A *ação penal pública* pode ser *incondicionada* ou *condicionada*, ambas a cargo do agente ministerial. Na ação penal pública incondicionada, é bastante a existência de *informatio delicti* para que o Ministério Público ofereça a denúncia; na segunda, a ação penal depende da *representação ou requisição* do ofendido ou do Ministro da Justiça, respectivamente. Note-se: representação não se con-

Antonio Cezar Lima da Fonseca é Professor de Direito Penal do Consumidor da ESMPRS e Procurador de Justiça no RS.

¹ *Elementos de Direito Processual Penal*, p. 284.

fundamente com requisição, embora ambas sejam vistas ora como condições de procedibilidade, ora como possibilidade jurídica do pedido, para algumas ações penais. A representação é uma peça que se origina da vontade do ofendido; a requisição se origina de uma autoridade, que, no caso, é do Ministro da Justiça.

A *ação penal privada* pode ser: ação penal privada propriamente dita (ou de iniciativa privada); ação penal privada personalíssima e ação penal privada subsidiária da pública. Todas são exercidas mediante a *queixa-crime*. A primeira, também chamada *ação privada principal*, ocorre quando a própria lei dispõe que, no caso, só se procede mediante queixa (CP, art. 145); na segunda (personalíssima), quando só o ofendido pode exercitá-la, não incidindo a regra do art. 31 do CPP (CP, art. 236; art. 240, § 2º, CP)²; a ação penal subsidiária ocorre quando o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal (arts. 5º, LIX, CF; 29, CPP; 100, §3º, CP).

1.1. Ação penal nos crimes de imprensa

Na Lei de Imprensa (Lei nº 5.250, de 9-2-67), a ação penal pode ser pública ou privada; pública condicionada ou incondicionada; pode ser de iniciativa privada ou subsidiária da pública, nos casos em que a própria lei prevê e que veremos a seguir.

O prazo de prescrição da ação penal de imprensa é de dois anos, contados após a data da publicação ou transmissão incriminada, nos casos de ação penal pública. Em se tratando de ação penal privada, o direito de queixa ou de representação decairá se não for exercido dentro de três meses contados da data da publicação ou transmissão. Como se trata de prazo material (decadencial), inclui-se no seu cômputo o dia do começo, contando-se os meses pelo calendário comum (*JTARS*, n. 78, p. 21). Trata-se de prazo preclusivo e improrrogável, que não se submete à incidência de quaisquer causas de interrupção ou de suspensão, pelo que o pedido de explicações em juízo não tem qualquer eficácia interruptiva ou suspensiva desse lapso de ordem temporal (*RTJ*, n. 150, p. 474).

Porém, a lei previu hipóteses de interrupção do prazo prescricional da ação penal privada, quando houver requerimento judicial de publicação de resposta ou pedido de retificação,

e até que este seja indeferido ou efetivamente atendido. Também, é causa de interrupção o pedido de declaração de inidoneidade do responsável, até seu julgamento (art. 41, §2º, da LI).

A matéria relativa à ação penal nos crimes de imprensa abre a Seção II do Capítulo V, nos arts. 40 e 41.

Na Lei nº 5.250/67, temos:

“Art. 40. A ação penal será promovida:

I. nos crimes de que tratam os arts. 20 a 22:

a) pelo Ministério Público, mediante requisição do Ministro da Justiça, no caso do n. 1 do art. 20, bem como nos casos em que o ofendido for Ministro de Estado; (1)

b) pelo Ministério Público, mediante representação do ofendido, ou de quem tenha qualidade para representá-lo; (1)

c) por queixa do ofendido, ou de quem tenha qualidade para representá-lo; (2)

d) pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, indistintamente, quando se tratar de crime contra a memória de alguém ou contra pessoa que tenha falecido antes da queixa. (2)

§1º Nos casos do inciso I, alínea “c”, se o Ministério Público não apresentar denúncia dentro de 10 (dez) dias, o ofendido poderá apresentar queixa. (2)

§2º Sob pena de nulidade, é obrigatória a intervenção do Ministério Público, em todos os processos por abuso de liberdade de imprensa, ainda que privados. (1).

§3º A queixa pode ser aditada pelo Ministério Público, no prazo de 10 (dez) dias. (3)

(1) Houve evidentes erros de impressão e de técnica legislativa no referido artigo, eis que, o que a Lei nomina de n. 1, na verdade, é o inciso I; e não está no art. 20 (como quer a lei), mas sim no art. 23 da Lei de Imprensa. Isso pode ser constatado na alínea seguinte (b), quando se expressa os ns. II e III do art. 23 (leia-se: incisos II e III). Destarte, onde está art. 20, deve ser lido art. 23; onde está *número*, deve ser lido *inciso*.

Via de regra, é o Ministério Público o titular da ação penal na maioria dos crimes de imprensa, porque assim dispõe o art. 40, inc. II, da LI. Por outro lado, a ação penal nos crimes contra a honra (calúnia, difamação e injúria), da lei de imprensa, é a privada ou a pública condicionada à representação, ou à requisição (art. 40, *caput* e inc. I).

Destarte, é pública e incondicionada nos crimes dos arts. 3º e §§ 5º e 6º; 14; 15, letras ‘a’

² BOSCHI, José A. Paganella. Ação Penal, p. 164.

e 'b'; 16, incisos I a IV e parágrafo único; 17 e parágrafo único; 18 e §§; 19 e §§.

O Ministério Público, como dissemos, é a instituição encarregada de promover a ação penal pública. *Excepcionalmente*, pela Lei nº 5250/67, promove a ação penal privada, em casos expressamente previstos na lei.

Nos crimes de imprensa, quando o Ministério Público não for o autor da acusação, a sua presença é necessária em todos os atos do processo (art.40, §2º). Deve ser intimado de todos os atos processuais, sob pena de nulidade, e não pode desistir da ação penal. Incumbe ao magistrado oportunizar a intervenção ministerial na ação privada do crime de imprensa, que ali oficiará como *custos legis*. Isso se faz necessário a fim de assegurar-se a aplicação da lei penal e de outros princípios do processo penal (indivisibilidade da ação penal, p. ex.).

O Ministério Público é o legitimado nos crimes contra a honra, pela imprensa, desde que cometidos contra algumas autoridades ali descritas expressamente. Nesse caso, repetimos, a ação penal é pública, mas condicionada ora à *representação* do ofendido, ora à *requisição* do Ministro da Justiça.

A lei excepcionou a ação penal para os crimes contra a honra, nos casos dos arts. 20 a 22 (calúnia, difamação e injúria), na lei de imprensa, dispondo que a ação penal será promovida pelo Ministério Público mediante *requisição* do Ministro da Justiça, nos casos do inc. I do art. 23, bem como se o ofendido for Ministro de Estado.

A lei de imprensa em vigor trouxe a exceção ao seu bojo, pois, como se trata de ação penal privada (crimes contra a honra), outorgou ao agente ministerial o exercício da ação penal, quando o ofendido *for o Presidente da República, presidente do Senado Federal, presidente da Câmara dos Deputados, ministro do Supremo Tribunal Federal, Chefe de Estado ou Governo estrangeiro, ou seus representantes diplomáticos*, desde que haja prévia *requisição* (inc. I do art. 23).

Obviamente, a lei deve ser interpretada restritivamente, no caso, eis que se trata de hipóteses expressas, que não se aplica aos Vice-Presidentes, ou a quem não detenha ou exerça aqueles cargos ali previstos. Claro, quem está no exercício transitório da função pública poderá valer-se da *requisição*. Digamos que o Vice-Presidente seja ofendido no exercício da Presidência, poder-se-á valer da prerrogativa em análise.

Legitimado à *requisição* é apenas o Ministro da Justiça. Se ofendido for o Ministro da Saúde, ou do Planejamento, deverão *representar* (ou comunicar) ao Ministro da Justiça, quando este é que deverá oferecer a *requisição*³ ao Ministério Público competente, federal ou estadual. Note-se: o Ministério Público não deve acolher *requisição* de outro Ministro de Estado, que não seja o da Justiça, nos crimes contra a honra, porque a lei é clara nessa questão. A atuação do Ministro da Justiça, em nosso sentir, está subordinada à provocação do ofendido (*contra*: STOCCO, Rui. *Leis penais*, p. 1263), porque se trata de crime que ofende a honra da pessoa, que é direito da personalidade. Nem justifica a intervenção do Estado a eventual proteção ao cargo/função pública, porque estes não afastam bens da personalidade, que o Estado não pode encarnar.

Entendemos, por outro lado, que a legitimação concedida ao agente ministerial não afasta a natural legitimação do ofendido, caso funcionário público e a ofensa for irrogada no exercício de suas funções. Isso chegou a ser discutido em certa época (*JTARS*, n. 71, p. 52); no entanto; a honra não pertence ao Estado, para ficar à mercê da *requisição* e atuação de seus agentes. De outra banda, nos crimes contra a honra pela imprensa, a própria lei oportuniza a que o ofendido ajuíze a competente queixa-crime, se o Ministério Público não apresentar a denúncia no prazo de dez dias (art.40, §1º). Apesar disso, existentes as disparidades da jurisprudência, o mais aconselhável é não correr o risco de ter a queixa-crime jogada fora e representar ao Ministério Público.

Se a ofensa, mesmo que dirigida a funcionário público, não se der em relação à função exercida (*propter officium*), o crime é de ação penal privada. Claro, a ofensa pode ser dirigida ao cidadão, nesta condição. Nesse caso, não está legitimado o 'parquet'. Se o agente for ex-servidor, mas a ofensa ainda é do tempo em que exercia a função pública, a ação penal pode ser condicionada à *representação* (*RT*, n. 579, p. 348), ou privada (*RT*, n. 658, p. 328); para servidor aposentado, é pública condicionada (STJ-RE-25.997-0). Para funcionários de sociedade de economia mista, a ação penal é condicionada

³ *Requisição*, como diz Arruda Miranda, consiste em ofício dirigido pelo Ministro da Justiça ao Chefe do Ministério Público, federal ou estadual, diretamente, solicitando o início da ação penal contra o ofensor, após relatar os fatos que a determinaram (*Comentários*, p. 646).

(JUTACRIM, n. 69, p. 287). Não se aplica a celetistas a exigência de representação, mas apenas àqueles regidos por regime próprio.

Lembramos, ademais, que a representação não tem forma sacramental, podendo vir até verbalmente (STJ. RHC-3.178-6. Relator: Ministro Toledo. DJU, p. 2178, 21 fev. 1994.). Assim, pensamos que, se o servidor ajuíza a ação penal, esta pode ser recebida como representação e o Ministério Público pode oferecer denúncia. Na verdade, *representação* é a notícia da existência do crime e do seu autor levada a conhecimento da autoridade pelo interessado na apuração daquele.

Quanto à *assistência* da acusação, ela é admitida, mesmo que haja requisição, ou representação, pois o ofendido é que é o primeiro juiz da ofensa que lhe atinge e o maior interessado na condenação do ofensor.

A peça oriunda e assinada pelo próprio Ministro da Justiça é chamada de *requisição*, mas não deve ser entendida no sentido de ordem, isto é, que deva ser obedecida necessariamente pelo agente ministerial. Este ainda está vinculado à sua consciência, independência e autonomia funcionais. *Pode* haver requisição, nem por isso *deve* haver denúncia. Mas, se não oferecer a denúncia, o agente deve postular ao juízo o arquivamento dessa peça, legitimando-se o representante a eventual recurso. O magistrado, por seu turno, que não pode obrigar o Promotor a oferecer a denúncia, pode utilizar-se do art. 28, CPP, e enviar as peças ao Procurador-Geral de Justiça. Este poderá arquivá-la em definitivo ou designar outro agente, por Portaria, a fim de atuar no caso e oferecer a peça de acusação. Entendemos, indo adiante, que o agente designado não pode se furtrar ao cumprimento da ordem do Procurador-Geral, porque atua como *longa manus* daquele.

Embora haja polêmica sobre o assunto, pensamos que tanto a requisição, quanto a representação, são *irretratáveis* depois de oferecida a denúncia, uma vez que, se o ofendido ou o Ministro da Justiça apresentam tais peças, é porque encarregam a instituição ministerial de conduzir a ação penal, ou seja, a vítima resolve entregar ao Ministério Público a condução da ação penal. Aplica-se, portanto, plenamente o art. 25 do CPP, que dispõe: *a representação será irretratável, depois de oferecida a denúncia*. Porém, antes do início da ação penal, a retratação exime de pena ou exclui o crime, na forma do art. 26 e §§ da LI, exceto no crime de injúria, onde não se fala em retratação (RT, n. 736, p. 702).

A peça ministerial que acusa o ofensor pelo crime de imprensa, como sabemos, é a *denúncia*, atendidos os requisitos dos arts. 41 do CPP e 43 da LI. É preciso atentar para que a expressão criminosa fique bem caracterizada, tanto na denúncia quanto na queixa-crime. Outra obviedade: nos crimes contra a honra daquelas autoridades, sem a representação ou a requisição, a denúncia não pode ser recebida. Se existir processo sem uma ou outra peça, padece de nulidade, porque verdadeira condição de procedibilidade. Há que se anular o processo, correndo-se o risco da incidência prescricional.

A *denúncia* deve ser oferecida no *prazo* de quinze (15) dias também nos crimes de imprensa, como dispõe o art. 46, *caput*, do CPP, *exceto* nos crimes contra a honra, quando o prazo se reduz a *10 (dez) dias*. Se o Ministério Público não agir em dez dias, a titularidade da ação penal passa ao ofendido, quando, aí sim, este poderá apresentar a queixa (art. 40, I c/c § 1º da LI).

O Ministério Público também está legitimado a promover a ação penal, quando nos casos dos incisos II e III, do art. 23, ou seja, *quando a ofensa é contra funcionário público, desde que em razões de suas funções ou que a ofensa seja contra órgão ou autoridade que exerça função de autoridade pública* (art. 40, I, b). Já vimos quais os funcionários públicos que estão abrangidos pelo dispositivo, bem como quais os órgãos ou autoridades exercentes da função de autoridade pública, quando dos comentários do art. 23. Nesse caso, a peça do ofendido é a *representação*, que pode ser dirigida tanto ao juiz, como ao Ministério Público ou à autoridade policial, desimporta (RT, n. 543, p. 459; n. 606, p. 414).

(2) Com relação aos crimes contra a honra da lei de imprensa, de ação penal privada, aplicam-se todos os dispositivos do CPP e do CP que com a LI não sejam incompatíveis.

A *queixa-crime*, como vimos ao início, é a peça de acusação que inicia a ação penal privada ou personalíssima, ou subsidiária da pública, oriunda da vontade estrita e particular do ofendido, pessoa física. A queixa-crime oferecida por pessoa jurídica já possui outras nuanças, que já foram observadas em cada tipo estudado. Chamamos de *querelante* o autor da queixa e de *querelado* o acusado. Na ação penal privada, o querelante pode desistir da ação penal. Caso iniciada a ação penal, exige-se a anuência do querelado. O querelante, por seu turno, pode praticar ato incompatível com a vontade de representar ou de exercer o direito

de queixa. Nesse caso, considera-se renunciado o direito de queixa e não pode ser exercida a ação penal (art. 104, CP). Veja-se, v.g., o caso de cidadão que vai trabalhar no órgão de imprensa contra o qual representou.

Assim, antes de recebida qualquer queixa-crime, o magistrado oportuniza vista ao agente ministerial, porque este pode também *aditar* a queixa, no prazo de dez dias (art. 40, §3º, da LI). Já se decidiu que não pode haver rejeição da queixa, pelo magistrado, sem antes ouvir o agente do ‘parquet’ (RT, n. 617, p. 267; RJTJSP, n. 104, p. 530).

A queixa-crime naqueles crimes de ação penal de iniciativa privada, que são os crimes contra a honra da lei de imprensa (arts. 20 a 22), pode ser exercida não só pelo ofendido, o natural legitimado, mas também por quem tenha qualidade para representá-lo. Obviamente, o substituto só pode agir em nome do ofendido em caso de ausência/morte ou impedimento deste (doença mental, p. ex.), porque, em se tratando de ofensa à honra, só o ofendido tem a legitimação para iniciar a ação penal.

E quem tem a qualidade de *representar* o ofendido?

Depende do caso. O ofendido, em princípio, só pode acionar o aparato judicial mediante queixa-crime, representado por advogado com poderes especiais, na forma do art. 44, CPP, mas com a menção do fato criminoso.

Se o ofendido for criança ou adolescente, primeiro, é de se verificar se não houve crime previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) (Lei nº 8.069, de 13-7-90). Os crimes mais comuns contra a criança e o adolescente (ECA), que podem ocorrer pela imprensa, são: arts. 236, 239 e 241, sem prejuízo da incidência de outros em casos específicos. Tais crimes, mesmo que ocorrentes pela imprensa, não são crimes de imprensa, porque especiais em relação a esta. São crimes de ação penal pública (art. 227 do ECA). A ocorrência de crime de imprensa contra a criança e o adolescente não livra o órgão da infração administrativa, como, p. ex., a do art. 247 do ECA.

Destarte, em se tratando de crime contra a honra de menores (considerada a menoridade civil) até 18 anos de idade, a queixa é oferecida pelos pais ou representantes legais daqueles. Caso se trate de menor de 18 a 21 anos de idade, aplica-se o CPP, quando poderá exercer diretamente o direito de queixa ou pelos seus representantes (art. 34, CPP).

Pode ocorrer, no entanto, de inexistir representante legal do menor, seja púbere ou impúbere, quando o direito de queixa poderá ser exercido por Curador Especial, nomeado pelo juiz competente para a ação penal, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, na forma do art. 33 do CPP.

Se o ofendido for mentalmente *enfermo ou débil mental*, é preciso verificar quem é seu Curador. Este terá a legitimidade, desde que não haja qualquer colisão de interesses. Caso não haja Curador designado, poder-se-á valer da designação especial, na mesma forma do mesmo art. 33, CPP. Em havendo colisão de interesses (digamos que o meio de imprensa ofensor pertença a um irmão do Curador), igualmente, deve o juiz nomear curador especial.

Se caso estiver morto o ofendido, antes do oferecimento da queixa/representação, ou a ofensa for praticada contra a *memória* de falecido, e em se tratando de crime contra a honra da lei de imprensa, o direito de oferecer a queixa passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão (art. 40, I, “d”, da LI), com a particularidade de tal legitimação ser indistinta, ou seja, desimporta a ordem de preferência. O primeiro a ingressar em juízo afasta os demais.

Com relação à legitimidade do cônjuge, agora, com a figura constitucional da união estável, que iguala o casamento ao concubinato, pensamos que não mais se exigirá prova do estado (certidão de casamento) para exercer o direito de queixa, porque a companheira tem os mesmos direitos do cônjuge. Se a ordem constitucional não proibiu à companheira, a legislação infraconstitucional não poderá obstar.

Se o crime de imprensa foi praticado por duas pessoas, devidamente identificadas, mas o querelante oferece queixa-crime contra apenas uma delas, renunciou tacitamente ao direito de queixa em relação à outra. Tal renúncia, a teor do disposto no art. 49 do CPP, comunica-se àquela contra quem a queixa-crime foi apresentada, ocorrendo a extinção da punibilidade (RT, n. 748, p. 634). É o caso de serem dois jornalistas, v.g., os autores da notícia dita incriminada, quando não se pode processar apenas um deles.

Com relação ao *aditamento*, adotou a Lei de Imprensa a possibilidade já expressada pela lei processual penal (arts. 45 e 48, CPP), ou seja, quando o magistrado der vista dos autos ao agente, antes de receber a queixa, o órgão poderá aditá-la no prazo de dez dias (art. 40, § 3º, da LI), a fim de incluir o co-autor ou partícipe,

eventualmente excluídos pelo ofendido. O prazo de aditamento será contado da carga dos autos ao Ministério Público, ou do termo de vista/intimação.

O aditamento, como diz Boschi, é o acréscimo que o autor realiza ao pedido articulado na denúncia ou queixa, visando a simples correção da narrativa ou da classificação, ou, ainda, a ampliação dos limites da própria *causa petendi*⁴.

Mesmo com o aditamento, não se impede que o ofendido desista da ação penal, antes da citação, porque continua como autor principal da ação. Depois da citação, como sabemos, a *desistência* subordina-se à aceitação do querelado.

1.2. A ação Penal no Projeto de Lei nº 2.232-A/92

No Projeto de Lei nº 3.232-A, de 1992, a ação penal ganhará outro espaço, talvez outra Seção, agora nos arts. 11 a 16, onde se encontra englobada com o processo penal dos crimes de imprensa. Este, na lei em vigor, está na Seção III do Capítulo V (arts. 42 a 48), seção diversa portanto.

Não creio ter sido produtiva tecnicamente a junção da ação penal com seu processo, porque são mantidos os diferentes tipos de ação penal, e as regras do processo em vigor são alteradas sem qualquer técnica legislativa, misturando-se tipos diversos num mesmo tema, como competência com legitimidade; ação penal com procedimento de provas, etc. A racionalidade indica que, se existe pretensão de regular o processo penal, este deve ser em seção apartada.

O Projeto mantém os tipos de ação penal: pública, privada e subsidiária da pública.

Mantém-se a ação penal pública incondicionada, por força do art. 26 do Projeto, aplicando-se subsidiariamente o Código Penal e o Código de Processo Penal.

Adota-se a ação penal pública condicionada, que dependerá de representação, legitimando-se o Ministério Público apenas “quando o ofendido for servidor, entidade ou órgão público” (art. 11, § 2º). Acabam, portanto, a requisição do Ministro da Justiça, bem como a exigência de que a ofensa seja *propter officium*, quando o ofendido é servidor público. Nesse ponto, parece-nos equivocado o Projeto, porquanto coloca o Ministério Público na defesa (também) de interesses eminentemente privados (honra da pessoa).

O Projeto acertadamente sedimenta aquilo que a doutrina e a jurisprudência já haviam consagrado: não está o agente ministerial vinculado à representação do ofendido, podendo-se recusar a oferecer a denúncia “se entender não haver delito de opinião”, quando pedirá o “arquivamento da representação em despacho fundamentado” (art. 11, § 2º, I). A ressalva fica por conta da técnica jurídica, pois, *despacho* é ato do juiz (art. 162, § 3º, do CPC). Melhor seria ter dito “promovendo fundamentadamente”, ou “mediante promoção fundamentada”. Há tempo de corrigir-se, portanto.

Cria-se uma anomalia na ação penal pública, porque, com a criação da Defensoria Pública, não tem sentido *obrigar-se* o “parquet” a promover as ações “de quem, pelos próprios meios, não possa fazê-lo” (art. 11, § 4º). Não se disciplina como será aferida a falta de possibilidade (declaração pura e simples? Alvará Judicial?). De outra banda, não se esclarece se, no caso, a ação é pública incondicionada ou condicionada. Ademais, se a lei permite o Ministério Público não oferecer a denúncia, não pode obrigá-lo a oferecer quando se tratar de quem não possa fazê-lo pelos próprios meios. Parece-nos que isso devia ser extirpado, sob pena de criarmos duas categorias de pobres: os atendidos pela Defensoria e os atendidos pelo Ministério Público.

Acertadamente, unifica-se o prazo decadencial da ação privada pelo crime de imprensa com o Código Penal, em seis meses, contados a partir da divulgação da notícia ofensiva (art. 11, § 1º). Na verdade, o prazo atual de três meses já deu muita confusão, e muitos direitos foram sepultados pela perda do exíguo prazo.

O Ministério Público, nas ações privadas da lei de imprensa, continua com sua presença obrigatória no processo, como fiscal da lei (art. 11, § 3º). Suprimiu-se a nulidade absoluta (cominada) que havia pela não-intervenção ministerial. Aqui, provavelmente, nova discussão jurisprudencial surgirá.

Adota-se terminologia não usual para a conhecida ação penal privada subsidiária: *queixa-crime subsidiária* (art. 11, § 2º, inc. II), ou *queixa-subsidiária* (art. 11, § 2º, inc. III) a ser ajuizada quando o Ministério Público postular o arquivamento da representação. A tal queixa-crime subsidiária é anomalia, porque a ação penal privada subsidiária só cabe na hipótese prevista expressamente na Carta Federal, ou seja, quando o ‘parquet’ não denuncia no prazo legal (art. 5º, LIX, CF).

⁴ BOSCHI, op. cit., p. 222.

De outra banda, permitir-se, também, a utilização dos advogados pertencentes aos quadros do poder público competente (art. 11, inc. II), significa que o *contribuinte* acabará pagando advogado para defender a honra de servidores supostamente ofendidos em sua honra. *Data venia*, se o Projeto já confere ao Ministério Público o ajuizamento da ação, mediante representação, e se aquele órgão já manifestou-se pela inexistência da ofensa, não tem sentido legitimar-se advogado público a tal mister.

Quando o agente ministerial formular pedido de arquivamento da representação, o magistrado não pode mais se utilizar do art. 28 do CPP, eis que, agora, deverá intimar o servidor, a entidade ou o órgão público ofendido, que poderão ajuizar a tal queixa-crime subsidiária no prazo de quinze dias contados da intimação.

Prevê o Projeto que, se for recebida a queixa subsidiária, o Procurador-Geral designará outro membro do Ministério Público para officiar no processo. A solução é acertada, mas apenas em parte. Na verdade, o Projeto não disciplina quem científicará o Procurador-Geral, se o juiz ou o ofendido. Quanto ao afastamento do agente ministerial de eventual processo em que já se manifestou, no mérito da representação afastada, isso está correto, e apenas é o corolário do que já vinha manifestado pela doutrina. Porém, pensamos que isso deve ser melhor disciplinado, sob pena de possível alijamento total do ‘parquet’ do processo.

A representação do ofendido, na ação penal privada, foi mantida. Porém, não se resolveu a legitimidade da companheira (união estável), eis que a legitimidade é do “cônjuge supérstite” (art. 11, §1º). Ora, se a futura lei virá para atualizar a vigente, de acordo com a nova ordem constitucional, não se justifica ficar presa à ordem legal anterior, desconhecendo a existência da união estável.

2. Conclusão

O referido Projeto está com inúmeros substitutivos, ainda em tramitação no Senado Federal. Padece de técnica no plano da ação penal, conforme analisamos.

O Ministério Público, por seu turno, é levado à obrigatória promoção da ação penal daqueles que “pelos próprios meios não possam fazê-lo”. Não esclarece a lei quem seriam os beneficiados com a “advocacia” ministerial, bem como faz tábula rasa aos princípios constitucionais da autonomia e independência funcional da instituição.

O servidor público em geral é beneficiado, porque pode receber advogado gratuito, pago pelos cofres públicos, mesmo quando o encarregado da ação penal (que fala pelo Estado) disser que não é caso do ajuizamento da ação representada. O povo pagará a conta do eventual insucesso da empreitada processual, inclusive no plano civil da indenização.

De fato, ainda é preciso repensar o Projeto da lei de imprensa.