

Legislação brasileira não prevê a obrigatoriedade da Ação Penal

A doutrina e jurisprudência majoritárias no Brasil afirmam que prevalece o princípio da “obrigatoriedade da Ação Penal” e isso é reforçado nos concursos e escolas de Direito sem muita reflexão. Não raro chegam a afirmar que o Código de Processo Penal define categoricamente que a Ação Penal é obrigatória. De fato, acreditei durante quase décadas nessa afirmativa, mas atualmente, por meio de pesquisas e estudos, a questão já não é mais tão cristalina.

Geralmente os doutrinadores tradicionalistas citam quatro artigos do CPP para fundamentar esta ideologia da obrigatoriedade:

Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

Art. 42. O Ministério Público não poderá desistir da Ação Penal.

Art. 576. O Ministério Público não poderá desistir de recurso que haja interposto.

Oportuno destacar que os artigos acima datam de 1941 e não foram atualizados pelas legislações posteriores até a presente data. Na época, as estruturas jurídica e do Ministério Público eram outras, pois nem existia a carreira. No entanto, nenhum dos artigos citados diz claramente que a Ação Penal é obrigatória. Afinal, o Ministério Público não pode desistir do recurso que haja interposto, mas nada impede que o Procurador em segunda instância manifeste pela absolvição e nem que o promotor, em primeira instância, deixe de recorrer. Logo, a questão é nebulosa.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 passamos de um processo penal inquisitivo para um processo penal de partes, mas a Lei e a cultura jurídicas brasileiras têm dificuldade em assimilar essa situação.

Outrossim, esta obrigatoriedade da Ação Penal é expressa na Constituição Italiana, mas cujo texto foi escrito em 1947, conforme texto abaixo:

Art. 112 – O ministério público tem obrigação de exercitar a Ação Penal.

No entanto, embora ainda prevaleça no texto constitucional, a legislação italiana criou várias possibilidades de se mitigar essa obrigatoriedade como ampliar a Ação Penal Pública condicionada para



pequenos furtos (representação da vítima), o que significaria quase 40% dos Inquéritos Policiais no Brasil, e também ampliou a possibilidade de “negócios penais”, espécie de acordos entre Promotoria e Réus para evitar processos, audiências preliminares, e várias outras medidas para se evitar a instrução.

Na Espanha também prevalece o princípio da obrigatoriedade da Ação Penal, mas se permite às partes um acordo para abreviar o rito processual e obter uma sentença mais rápida.

Em regra, na maioria dos países prevalece o princípio da oportunidade, o qual se contrapõe à obrigatoriedade. Ou seja, cabe ao Ministério Público avaliar a oportunidade de se ajuizar a Ação Penal, mesmo tendo provas e sendo o fato ilícito, mas que por falta de pauta de audiências ou por estar priorizando o combate ao homicídio, a ação não seria ajuizada neste momento.

Portanto, nem precisa ser um arquivamento definitivo, mas pode ser mero arquivamento provisório, o que não é vedado pela lei e o Judiciário acaba fazendo quando em 2010 marca audiências para 2016, mas em uma ordem meramente cronológica, o que acaba violando a eficiência da segurança pública.

Na Alemanha, a disponibilidade prevalece apenas para delitos de bagatela, o que já seria um enorme avanço no Brasil. E essa situação é diferente de se permitir transação penal, pois não raro esses processos têm que tramitar por falta de localização do autor ou por descumprimento, o que tumultua a pauta por delitos que tendem a estarem prescritos.

Na França, o Ministério Público pode deixar de ajuizar a Ação Penal por questões de oportunidade, mas se ajuizar a Ação Penal, não pode desistir. Em Portugal, também se permite ao Ministério Público arquivar inquéritos relativos a delitos com penas inferiores a seis meses.

No Brasil, com a recente modificação ao se colocar o interrogatório ao final da instrução, acabou por ampliar a duração das audiências fazendo cair pela metade a quantidade de audiências que se consegue realizar. A rigor, somos o único país no mundo que adota esta ordem de interrogatório para todos os crimes, o que aumentou enormemente a quantidade de prescrições.

Pela legislação brasileira, o rito processual para se apurar um furto de bicicleta e o furto de milhões de reais pela internet é o mesmo, o que tende a aumentar as prescrições por falta de vagas para audiências em tempo hábil.

Em razão disso, acaba-se condenando o ladrão de bicicleta, pois é um processo mais simples de se definir a autoria, enquanto no delito pela internet há várias dificuldades técnicas como para ouvir as vítimas em vários estados do Brasil.

Embora o CPP vede expressamente o Ministério Público de desistir da Ação Penal, não o impede de pleitear a absolvição, o que parece incoerente.

Art. 385. Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela



absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.

Há doutrina em crescimento no sentido de fortalecimento do sistema acusatório, inclusive entendendo que não poderia o Juiz condenar em face de uma manifestação absolutória do órgão de acusação, pois violaria o princípio do contraditório, afinal o réu não teria como se defender dos fatos aduzidos.

De fato há vários dispositivos do CPP que foram considerados não recepcionados pela Constituição Federal de 1988, pois violam o sistema acusatório, em especial, a possibilidade de o juiz iniciar o processo penal por portaria. É claro que estas mudanças, do processo inquisitivo para acusatório, sofrem resistências, pois como é algo que muda paradigmas é vista com desconfiança e relutância por muitos.

No entanto, a Constituição Federal Brasileira de 1988, mais recente que a Italiana, coloca o Ministério Público na condição de titular privativo da Ação Penal Pública:

129. São funções institucionais do Ministério Público:

I – promover, privativamente, a Ação Penal Pública, na forma da lei;

Dessa forma, retornando aos artigos 24 e 26 do CPP citados acima, destacamos que o termo “esta será promovida”, não significa dever ou obrigatoriedade de processar, mas sim que a titularidade da Ação Penal Pública é do Ministério Público. E no tocante ao arquivamento, quando fala em “razões” não define quais seriam estas razões, as quais podem ser de ordem de prioridade ou gravidade.

Por exemplo, o que se tem observado é que delitos de menor potencial

Ofensivo estão lotando a pauta e não há espaço para tratar de homicídios, estupros, seqüestros. Logo, se seguirmos a mera ordem cronológica de entrada de inquéritos policiais, isso acaba por induzir que quem vai definir a

Política de segurança pública é o soldado da PM que vai “decidir” se faz a blitz em bairros chiques ou da periferia, ou se aborda apenas motos ou carros de luxo, ou ainda o delegado que decidirá se instaura inquéritos policiais para tudo, pois a prática é não se instaurar inquérito quando não se tem indícios de autoria e outros argumentos.

Nesse sentido, cita-se trecho da obra do Procurador da República Luis Wanderley Gazoto, in Princípio da Não Obrigatoriedade da Ação Penal Pública, editora Manole, 2003, in pág. 118:

“De nada adianta à sociedade o Ministério Público oferecer denúncias e mais denúncias e não conseguir obter a resposta do aparelho judicial às suas ações penais, vendo as ações terminadas em reconhecimento de prescrição”

Apesar de o Ministério Público ser colocado na posição de vilão que processa pobres, o que ocorre na verdade é que em razão deste mito da obrigatoriedade da Ação Penal, o promotor criminal corre o risco de se tornar um mero despachante de Inquéritos Policiais e atuando de forma burocrática, inclusive em uma cultura que pouco mudou desde 1940, como se a Constituição Federal não estivesse acima do

Código de Processo Penal.

Logo, não teria na área criminal o que a estudiosa Maria Tereza Sadek define como “poder de agenda”, como tem nas ações coletivas, ou seja, pode definir prioridades.

O Direito Penal ainda vive de mitos, inclusive repetem-se chavões como: “é o direito penal que restringe a liberdade”, mas a grande maioria dos processos criminais comporta transação penal ou pena alternativa que não restringem a liberdade. Além disso, temos crimes com pena exclusiva de multa, o que nem pode ser convertido em prisão. Ou seja, mudaram-se os fatos, mas não os mitos.

Para agravar a imaginação no meio criminal, pesquisa do IBGE destacou que mais de 50% das vítimas de crimes não comunicam o fato às autoridades, ou seja, o processo penal não reflete a realidade das ocorrências criminais.

Por outro lado, embora existam mais de 1,6 mil crimes nas normas penais brasileiras, apenas três delitos respondem por 80% das prisões: furto, roubo e tráfico em pequenas quantidades. Será que os demais crimes não acontecem? Ou estão perdidos na burocracia? A rigor, apenas o furto responde por mais de 50% das prisões. A questão é que crimes de furto comum (exceto os cometidos pela internet) são realizados por pessoas com pouco estudo, enquanto pessoas estudadas e voltadas para crime, tendem a cometer crimes mais elaborados, os quais são difíceis de provar e se provados têm penas menores.

Mesmo a legislação processual italiana, segundo Eduardo Araujo da Silva, também passou por algumas reformas:

“A recente reforma processual penal operada na Itália (1989) obedeceu a política criminal de descriminalização, buscando a aceleração procedimental, notadamente para os casos de prisão em flagrante (Giudizio direttismo – arts. 409 a 452), reservando também espaços para a iniciativa discricionária do Ministério Público, por meio da introdução do consenso e do procedimento por decreto, que muito se assemelha ao procedimento alemão por ordem penal.

Com essa reforma, observa Ennio Amodio que o sistema processual italiano se encontra hoje numa fase de transição projetada para a redefinição da regra da obrigatoriedade, que é consagrada em termos constitucionais (art.112). Na verdade, segundo o autor, vai-se difundindo na cultura jurídica italiana a ideia de que o princípio constitucional não exige a instauração de todas as notícias de delito, mas transparência e o controle jurisdicional dos critérios, com base nos quais o promotor de Justiça faz a escolha entre o arquivamento e a formulação da acusação.

Destarte, não adedajam dúvidas de que o sistema processual penal italiano também se rendeu ao princípio da oportunidade.”

A discussão sobre “obrigatoriedade” ou “oportunidade” da Ação Penal deveria estar no centro dos debates no Brasil, mas é tratado como uma “verdade imutável”, como se princípios não mudassem nunca. A sutil previsão legal da transação penal em 1995 reacendeu o debate, mas sempre focado na “obrigatoriedade”, alguns até entenderam como uma mitigação. Mas,

na prática, criou uma outra “obrigatoriedade”, a obrigatoriedade da transação penal. E para agravar, muitas vezes o processo simplificado do Juizado Especial é remetido para as Varas Criminais quando não se localizar o autor do fato para citar e aumenta o colapso na varas comuns já abarrotadas com os seus processos iniciais.

E neste sentido, caminha-se no Brasil para um processo penal quase esquizofrênico em que o Estado acusa, e cria-se outra Instituição Estatal para fazer a defesa.

Oportuno destacar que nos últimos anos houve uma maciça política do Governo Federal para estatizar a assistência jurídica e monopolizar, e neste mesmo período houve um aumento de presos em 60%. E este fato precisa ser pesquisado com maior profundidade para apurar as suas causas, mas não há muito interesse em face do encantamento atual com a estatização e seu forte lobby sindical.

E ao final, a mesma Instituição que defendeu a maioria dos presos, ainda quer mais verbas para atender os presos nos presídios. E ainda alegam que o Estado abusa na quantidade de presos. Ora, mas então por qual motivo prendeu e depois a defesa do próprio Estado “desdizer” o que o próprio Estado acusa, embora o índice de condenação nas ações penais seja superior a 80%, excluindo-se as prescrições e suspensões do processo.

Apesar do alto índice de condenação, o fato é que o ritmo de metralhadora de denúncias permite apenas condenações por crimes simples como furto, roubo e tráfico de pequenas quantidades, pois não há como aprofundar as investigações em crimes mais elaborados.

Ora, mas por qual motivo o Estado é obrigado a processar alguém por delitos que não são prioridade? E também obrigado a oferecer defesa, se nem deveria ter iniciado a Ação Penal? Por qual motivo a lesão corporal leve é Ação Penal Pública condicionada e o furto de bagatela não? Por qual motivo se alguém apanha pode retirar a “queixa” (representação), mas não pode retirar a “queixa” do furto do seu lápis? Por qual motivo um processo precisa chegar ao STF para se dizer que é insignificante?

Parece-me que por meras resistências de se mudar paradigmas e em alguns casos por puro interesse de se manter o mercado jurídico aquecido, afinal sem doença, não há venda de remédios. Embora muitos digam o contrário em público, nas conversas reservadas a questão é que sem réus, muita gente perde o emprego ou os honorários.

O sistema atual de processo penal no Brasil promove a insegurança pública ao se estabelecer audiências judiciais burocráticas, ausência de possibilidade de se simplificar o procedimento para casos mais simples, mas principalmente pelo mito da obrigatoriedade da Ação Penal.

A questão é que a legislação no Brasil não prevê a obrigatoriedade da Ação Penal. E nem se pode dizer que decorre do princípio da legalidade, pois se não existe lei obrigando expressamente, não haveria ilegalidade alguma. E mesmo nos países em que se prevê expressamente, como na Itália, a necessidade de se implantar a oportunidade vem aumentando imensamente. Ou seja, no Brasil o problema não é o Rito, mas o Mito.



Outros alegam que embora não seja uma norma legal, a obrigatoriedade está prevista em princípios. E estes princípios são tratados como normas divinas e imutáveis, o que acaba engessando o debate.

A solução seria que para pequenos furtos fosse possível à vítima manter, ou não, a representação. E ainda que os réus que desejassem confessar o delito pudessem pedir uma audiência preliminar e seriam beneficiados com a redução da pena de um terço à metade, além de se estabelecer ao Ministério Público a possibilidade de arquivamentos provisórios de Inquéritos Policiais para delitos com pena mínima abstrata de até um ano e cometidos sem violência por razões de oportunidade, o que permitiria priorizar os crimes mais graves, caso contrário continuaremos a ter milhões de ações penais, mas com poucos resultados efetivos na segurança, ou seja, com o guarda da blitz, a priori, determinando os fatos que serão julgados judicialmente, pois ele acaba fazendo triagem nas abordagens.

Atualmente a questão penal vive sob o paradoxo de leis que afrouxam a punibilidade e outras leis e políticas que endurecem o combate. Em suma, vivemos sob o embate do “prende e solta” cujo objetivo é para que Governadores possam aparecer na mídia com viaturas e batidas policiais e alguns setores da defesa criminal possam ter o seu mercado assegurado. Isto fica bem nítido na política do CNJ de mutirão carcerário para soltar preso. Ora, se é para soltar, então por qual motivo prender? Ademais, não há controle algum sobre as prioridades de combate ao crime eleitas pelas Polícias, nem mesmo há transparência nos dados sobre o destino das ocorrências policiais.

Agora, pobre e preso virou moeda de barganha de certa Instituição Pública que usa estes dados para ressaltar a sua necessidade de mais recursos financeiros, pois alega ter monopólio de pobre e preso, mas ninguém explica o fato de que a quantidade de presos aumentou em 70% depois de 2003, quando se estatizou e criou o monopólio de preso e pobre. Ninguém explica o fato de que Mato Grosso do Sul tem a maior média de preso por habitante e Santa Catarina não, mas o lobby (inclusive pelo CNJ) é que a solução de Santa Catarina é estatizar a assistência jurídica, mas não fala em números comparativos, apenas alega que “tudo comprova”. Não faz sentido Estado acusar e Estado defender, mas o lobby para se usar isto como meio de obter recursos públicos é enorme.

Diante disso, o que se pode observar é que para um melhor planejamento estratégico na área criminal seria o uso de arquivamentos provisórios de Inquéritos policiais e TCOs, pois o Ministério Público como titular da Ação Penal pode, e deve, estabelecer as prioridades para que o Estado processe, e esta prioridade não pode ser definida pela Polícia. É claro que esta atividade do Ministério Público deveria ser fundamentada e haveria controle nos termos do artigo 28 do CPP.

Por fim, o presente texto caminha no sentido de que não existe obrigatoriedade da Ação Penal prevista na lei, e que cabe ao Ministério Público definir quais os fatos devem ser levados a julgamento por serem penalmente e socialmente relevantes (princípio da oportunidade), o que deve ser feito fundamentadamente ao promover o arquivamento provisório dos inquéritos policiais e TCOs, nos moldes do controle previsto no art. 28 do CPP, pois a obrigatoriedade da Ação Penal é um mito e precisa ser debatido para se avançar.