

A ADOÇÃO DO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE MITIGADA NO ANTEPROJETO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Sérgio Demoro Hamilton

I — A SITUAÇÃO ATUAL

O Código de Processo Penal em vigor, muito embora não o registre, de forma expressa, em qualquer dispositivo, adotou, iniludivelmente, o princípio da obrigatoriedade pura da ação penal pública.

Com efeito, a regra inserta no art. 24 da lei adjetiva em questão não autoriza ao exegeta outra interpretação, ao salientar que “nos crimes de ação pública, esta *será promovida* por denúncia do Ministério Público”.

O douto professor HÉLIO TORNAGHI, ao focalizar o dispositivo referido, bem situa a matéria ao acentuar: “O Código consagra ainda a regra da *obrigatoriedade* da ação penal, traduzida na expressão *será promovida*.”

Não fica ao arbítrio do Ministério Público mover ou não mover a ação”. (*cf. Comentários ao Código de Processo Penal*, vol. I, Tomo II, pág. 44, “Edição Revista Forense”, Rio, 1956).

Na medida em que o estudioso se aprofunde no exame da lei, verá que nosso Código, como seqüela de obrigatoriedade, esposou, igualmente, o princípio da indesistibilidade, consubstanciado no artigo 42.

Apesar da grande maioria dos tratadistas, inclinar-se em favor do dogma da ação penal pública obrigatória, o insigne JOSÉ FREDERICO MARQUES, invocando razões de natureza doutrinária, pretendeu temperar o rigor do princípio da legalidade.

Como sabido, em face do princípio da obrigatoriedade pura, é dever do Ministério Público promover a ação penal sem inspirar-se em motivos de utilidade social ou razões de política criminal.

Por tal razão, aliás, é que são muito limitados, pela própria lei, os casos em que o juiz pode rejeitar a denúncia (art. 43 C.P.P.).

Ao analisar preleção do Desembargador EUCLIDES CUSTÓDIO DA SILVEIRA, salientara, então, o autor do anteprojeto do Código de Processo Penal:

“Agora, porém, no entender do citado magistrado, o Cód. Proc. Penal autoriza que assim se proceda, visto que o art. 28 fala no arquivamento aludido a *razões invocadas* pelo órgão do Ministério Público, que o juiz examinará se são ou não procedentes. Ora, não dizendo a lei processual que razões são essas, nada impede que o Ministério invoque motivos de oportunidade condizentes com que exige o bem comum.

Parece-nos de indiscutível acerto esse raciocínio. A expressão *razões invocadas*, do art. 28 do Cód. Proc. Penal, pelo seu caráter vago e indefinido, constitui um desses conceitos válvulas com que se permite ao juiz fazer penetrar os mandamentos da equidade na rígida contextura normativa do direito escrito, para que o Judiciário, na aplicação da lei, atenda *aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*, consoante o que dispõe o art. 5.º, da Lei de Introdução ao Código Civil” (in “O Estado de São Paulo” de 11-8-57 *apud* “Repertório de Jurisprudência do Código de Processo Penal”, DARCY ARRUDA MIRANDA, vol. IX, págs. 106/109, “Editora Revista dos Tribunais Ltda.”, São Paulo, 1963).

Na verdade, não são poucos os promotores que, movidos, principalmente, por razões de ordem prática e humana, adotam tal critério sob a inspiração da equidade.

Tais razões são do conhecimento de todos que militam no fôro. O princípio da legalidade, se adotado com a rigidez que a lei pretendeu, redundaria, muita vez, em prejuízo para a causa da justiça, frustrando os fins sociais a que a lei se destina bem como desatendendo às exigências do bem comum.

Exemplo sensível de tal estado de coisas seria a ação penal proposta em decorrência de incidente doméstico envolvendo parentes,

o processo que tivesse como suporte fático a briga entre marido e mulher, onde resultasse lesão corporal leve, e tantos outros casos semelhantes com que se defronta o Promotor no dia a dia do exercício de suas atribuições.

Propor a ação penal naquelas circunstâncias, seria reabrir velhas chagas já cicatrizadas, reavivar ódios já apaziguados, muito mal amparando os superiores interesses sociais que a lei procurou resguardar.

O Pretório Maior, ao que parece sensibilizado pelas lições de EUCLIDES CUSTÓDIO DA SILVEIRA e de JOSÉ FREDERICO MARQUES, já decidiu no sentido da orientação preconizada pelos ilustres professores.

Dada a importância da decisão, cumpre registrá-la:

“Lesões corporais leves. Incidente doméstico. Ausência de justa causa. Unanimemente, concedeu o S.T.F. o *h. c. n.º* 48.812, declarando a ausência de justa causa para a ação penal em face de pequeno conflito entre ex-amantes, no domicílio do homem, ao fim do qual ambos ficaram levemente feridos. Ferimentos levíssimos sofreram igualmente dois filhos menores da mulher, que a acompanhavam na ocasião. O conflito surgiu quando a mulher, com os filhos, penetrou na casa do ex-amante, lá pretendendo permanecer. Foi ela denunciada por invasão de domicílio e o homem, por lesões corporais culposas, resultante este crime de excesso de legítima defesa”. (*cf.* Rev. Trim. Jurispr., 36/-137, *apud* “Jurisprudência Criminal”, HELENO CLAUDIO FRAGOSO, n.º 54, págs. 45/47, “Forense”, Rio, 1968).

A decisão em questão mereceu acertado juízo crítico da parte do eminente professor HELENO CLAUDIO FRAGOSO, que, entre outras considerações, teve a oportunidade de salientar:

“Nosso direito vigente não oferece solução para os casos em que a ação penal é anti-social, desatendendo aos interesses da justiça penal. Esta solução tem de ser buscada fora da lei; seja através da inércia da autoridade policial, seja pelo arquivamento do inquérito, seja pela absolvição por *falta de provas*. A decisão do S.T.F. coloca a questão em outro plano, à procura de uma causa supra-legal e excepcional de inexistência de crime, na qual a doutrina nada tem a oferecer. (*in op. cit.* página 47).

Sem embargo das considerações expendidas pelo ilustrado professor JOSÉ FREDERICO MARQUES no sentido da adoção do princípio da obrigatoriedade relativa pelo atual Código de Processo Penal, ousamos dissentir do eminente tratadista.

Na verdade, a grande maioria dos nossos processualistas sempre sustentou o postulado da obrigatoriedade da ação penal pública como consagrado em nosso direito positivo. Entre outros, assim pensam HELIO TORNAGHI, J. CANUTO MENDES DE ALMEIDA e GALDINO SIQUEIRA.

Ao contrário do que sustenta o douto autor do anteprojeto, "as razões invocadas", a que se refere o art. 28, não têm caráter vago e indefinido. As razões invocadas só podem ser as do art. 43 do Código de Processo Penal. A falta de uma das condições da ação, ali enumeradas, tornaria o Ministério Público carecedor de ação, motivando a rejeição da inicial por parte do Estado-Juiz.

O nosso Código do Ministério Público (Lei 3.434 de 20-7-58), que é lei federal, podendo, portanto, conter regras processuais, igualmente, não deixa dúvida a respeito da vigência do princípio da obrigatoriedade pura em nosso direito. (art. 10 da Lei 3.434 de 20-7-58).

Quais seriam, então, os casos em que o órgão do Ministério Público deixaria de promover a ação penal?

1.º — Quando não estiver caracterizada a infração penal.

2.º — Quando não existirem indícios da autoria.

3.º — Quando estiver extinta a punibilidade ou faltar condição exigida em lei para o exercício da ação penal.

Fora das causas acima enumeradas outras não existem. Em consequência, as razões invocadas para o pedido de arquivamento só podem referir-se a uma daquelas hipóteses.

Mas o argumento decisivo em prol da vigência em nosso direito positivo do princípio da legalidade pura, dá-nos o ilustre professor FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO no seu apreciado "Processo Penal", sem favor um dos mais completos e atualizados trabalhos a respeito da matéria.

A lição merece registro:

"...o recente Código Eleitoral, no art. 342, erigiu à categoria de crime a não apresentação da denúncia pelo Órgão do Ministério Público, no prazo legal. E, por outro lado, dispõe o art. 357 do mesmo diploma: — *verificada a infração penal, o Ministério Público oferecerá a denúncia dentro do prazo de 10 dias.*

Pois bem: esse mesmo diploma adotou, no § 1.º do art. 357, com as mesmíssimas palavras, a regra do art. 28 do Cód. de Proc. Penal. Ora, se verificada a infração, o Órgão do Ministério Público deve oferecer a denúncia no prazo legal, sob pena de ser responsabilizado

criminalmente, como se concebe possa requerer o arquivamento uma vez verificada a infração penal? Evidentemente a expressão *razões invocadas* inserta no art. 28 do Cód. de Proc. Penal bem como no § 1.º do art. 357 do Código Eleitoral, significa que, quando do pedido de arquivamento, "deve o Órgão do Ministério Público fundamentar o seu pedido, expendendo as *razões* que o levaram a não oferecer denúncia. Ele tem o dever de oferecê-la. Mas entendendo não ser caso de denúncia (o fato investigado é atípico, é desconhecido o autor da infração, *e. g.*) deve dizer, fundamentadamente, porque não o faz". (*in op. cit.* vol. I, pág. 272, "Edição Jalovi", 1972).

Diante dos argumentos aduzidos, pensamos que o nosso Código optou, de maneira indiscutível, no sentido da adoção do princípio da obrigatoriedade pura quando da propositura da ação penal pública.

II — A CONSAGRAÇÃO DO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE RELATIVA PELO ANTEPROJETO

Ao tratar da ação penal, a Exposição de Motivos do anteprojeto declara "condição indeclinável para a propositura da ação penal, o legítimo interesse ou justa causa, identificando esta com a existência de fundamento razoável para a acusação".

Com efeito, dispõe o art. 10 que nenhuma ação penal, pública ou privada, será proposta sem legítimo interesse ou justa causa, acrescentando o parágrafo único do aludido dispositivo que a falta de fundamento razoável para a acusação motivará a rejeição, de plano, da inicial por ausência de justa causa.

Cogita-se, não resta dúvida, da adoção pelo anteprojeto do princípio da obrigatoriedade mitigada, preconizado pelo autor do trabalho, como bem concluiu WALDEMIR DE OLIVEIRA LINS (*cfr* — "Da função do Ministério Público na repressão do crime", *in* "Revista de Direito Penal" n.º 6, 1972, págs. 65/80).

Ao enfocar as condições de procedibilidade, volta a lei a prescrever que, para a propositura da ação penal, torna-se necessário "o legítimo interesse" (art. 235, II).

A leitura dos dispositivos em questão poderia levar à interpretação apressada de que o anteprojeto pretendeu consagrar o princípio da oportunidade pura e simples.

Não pode haver dúvida de que a largueza de conceitos emitidos pela lei pode, *prima facie*, ensejar a que se vislumbre a adoção da oportunidade imoderada, ficando o Ministério Público com arbítrio absoluto para arquivar as peças de informação.

Haverá, não se pode negar, um juízo sobre a conveniência ou não da propositura da ação penal, baseado na existência ou não de fundamento razoável para a acusação, juízo que a lei atual não autoriza.

Mas o princípio norteador continuará sendo o da obrigatoriedade. Suavizado, sujeito a critérios de mitigação ou de conveniência mas nunca a regra da oportunidade.

O exame cuidadoso da lei não pode levar o intérprete à conclusão diversa.

Na realidade, o art. 5.º § 1.º estabelece que a ação penal pública "será promovida" pelo Ministério Público, não se afastando, nesse ponto, da orientação do direito positivo em vigor.

Ao dizer que a ação "será promovida", o anteprojeto deixa claro que o sistema adotado continuará sendo o da obrigatoriedade, sujeito a temperamentos que a própria lei indicará no art. 10.

Não afirma o art. 5.º § 1.º que a ação penal poderá ser promovida mas, ao revés, estabelece para o Ministério Público a obrigação de promovê-la.

Não só: o arquivamento pretendido pelo Órgão do Ministério Público ficará, sempre, sob o controle dos órgãos superiores da Instituição, conforme dispõe o art. 267. Será, sempre, o Conselho Superior do Ministério Público que dará a última palavra a respeito do arquivamento ou não das peças que venham a constituir a *informatio delicti*.

A providência em questão seria destituída de sentido, e até mesmo contraditória, caso o anteprojeto pretendesse adotar o princípio da oportunidade. Diria, mesmo, incompatível com a oportunidade.

Ora, bastará a análise de tais dispositivos para que se possa concluir que o anteprojeto não pretendeu adotar o princípio da oportunidade.

Quando da aplicação prática da lei é que se poderá encontrar, em face do caso concreto, resposta adequada para uma série de indagações, tendo em vista a aparente amplitude de expressões encontradas no art. 10.

Quando uma acusação será destituída de fundamento razoável a ponto de merecer rejeição, de plano, por ausência de justa causa?

Já insinuamos, linhas acima, alguns exemplos, colhidos da nossa vivência forense, que parecem traduzir o espírito do anteprojeto quando alude à falta de "fundamento razoável" para a acusação.

Analisando a questão, em tese que apresentaram no I Congresso do Ministério Público do Estado de São Paulo, e onde a matéria aqui versada ganhou excelente tratamento, RONALDO ANTONIO BOTELHO e MÁRIO CÂNDIDO DE AVELAR FERNANDES formulam um bom exemplo de ação penal anti-social: "Qual o interesse do Estado em levar às barras dos tribunais o agente criminoso em sobriedade conseqüente de moléstia cancerosa, com o desenlace aguardado para qualquer momento, apenas porque se lhe imputou a prática do delito de lesões corporais?" — (*cf. Justitia*, Anais do I Congresso do Ministério Público do Estado de São Paulo, volume II, pág. 64).

Pretendendo responder à indagação por nós formulada, diríamos que o anteprojeto tem em mira evitar a ação penal anti-social, norteando-se pela norma de superdireito inserta no art. 5.º da Lei de Introdução do Código Civil, tal como preconizado pelo próprio autor do anteprojeto.

Ensejou-se, destarte, ao Ministério Público a oportunidade de, em face do caso concreto, emitir, *hic et nunc*, um juízo de valor a respeito da propositura da ação penal, atento às condições pessoais do indiciado, à repercussão social do fato típico e à natureza da infração penal.

Ao adotar o princípio da obrigatoriedade relativa, condicionando o ajuizamento da ação penal pública a razões de política criminal, o anteprojeto inovou, parecendo-nos experiência válida que muito poderá contribuir para a melhor distribuição da justiça penal.