

A FORMA ACUSATÓRIA PURA, UMA CONQUISTA DO ANTEPROJETO

Sérgio Demoro Hamilton

O direito positivo brasileiro desde o Código de Processo Criminal do Império (1832), para não nos referirmos à legislação anterior, sempre admitiu, com maior ou menor amplitude, o chamado procedimento *ex-officio*.

Pelo que nos foi dado observar, a primeira restrição séria feita àquela forma procedimental deveu-se à lei 2033 de 20 de setembro de 1871, regulamentada pelo Decreto 4.824 de 22 de novembro do mesmo ano, que aboliu o procedimento *ex-officio* dos juizes formadores de culpa, salvante nos casos de flagrante delito, nos delitos policiais, bem como nas espécies contempladas nos parágrafos 5.º e 7.º do art. 15 da referida lei.

O Código Penal de 1890 restringiu, ainda mais, o aludido procedimento, mantendo-o, somente, nos casos de crime inafiançável, quando a denúncia não fosse apresentada no prazo legal (art. 407, parágrafo 3.º).

O Código de Processo Penal em vigor consagrou o princípio *ne procedat iudex ex-officio* como norteador da jurisdição penal, abrindo, porém, exceção em relação ao processo das contravenções sob a alegação de que "dado o caráter essencialmente preventivo que assume, na espécie, a sanção penal", as contravenções "devem ser sujeitas a um processo particularmente célere, sob pena de frustrar-se a finalidade legal" ("Exposição de Motivos", V).

Os motivos invocados pelos autores do Código carecem de fundamento razoável, como, repleto de razão, observou o douto Professor FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, ao salientar:

"As razões que levaram o legislador a conservar tal forma de procedimento são, já o disse Frederico Marques, insustentáveis, pois nenhum juiz se abalançaria a deixar o seu mister específico de julgar para procurar contraventores..."(1).

No afã de abolir qualquer delonga processual, o legislador não hesitou, sequer, em conferir à autoridade policial excepcional função judiciária, incidindo, aí, em manifesta inconstitucionalidade.

O procedimento *ex-officio*, como ficou dito, no regime do Código, ficara restrito, apenas, ao processo das contravenções. No entanto, com o advento da Lei 4.611 de 2 de abril de 1965, ampliou-se, sobremodo, o âmbito de aplicação do procedimento em questão, que passou a ser adotado para os crimes de homicídio e lesão corporal culposos.

Assim, a decantada separação entre o juiz e o órgão da acusação, corolário do sistema acusatório que o Código pretendeu adotar como regra, perdeu significado em face do disposto na lei em tela.

Dessa forma, não se poderá dizer, atualmente, que o procedimento *ex-officio*, em nosso processo, assumia caráter de exceção, tal a incidência da sua aplicação.

Com efeito, a iniciativa do procedimento por parte da autoridade judiciária ou policial, agora muito ampliada após a vigência da maldadada lei 4.611, veio subverter o sistema adotado em nosso Código, que consagrou, como regra, o princípio acusatório, criando uma situação esdrúxula, onde a jurisdição opera sem o prévio exercício da ação, com violação do brocardo *nemo iudex sine actore*.

Aliás, como lembra JOSÉ FREDERICO MARQUES, no regime do Código há outra hipótese de jurisdição sem ação, quando o juiz impõe medida de segurança *ex-officio*, instaurando o procedimento incidental para tal fim, consoante o disposto no art. 754 (2).

A própria designação procedimento *ex-officio*, encontrada na doutrina, padece de propriedade técnica, pois, diante do sistema adotado pelo Código, é, em regra, ao Ministério Público que incumbe o impulso processual *ex-officio*, atuando ele como órgão do Estado promotor da ação penal, em obediência ao princípio da legalidade.

Atribuir tal nomenclatura para definir função anômala exercida pela autoridade judiciária ou pela autoridade policial, não nos parece providência acertada.

Ressalvados casos excepcionais (3), o Ministério Público, no processo das contravenções, fica relegado à função de mero portador da *notitia criminis* (art. 531 do C.P.P.), deixando de atuar dentro da sua atribuição específica de órgão encarregado de intentar a ação penal pública.

A boa doutrina sempre fustigou tal forma de procedimento, que Galdino Siqueira chamava de "verdadeira anomalia" do nosso processo (4).

Já no Império o insigne PIMENTA BUENO, nos seus clássicos "*Apontamentos*", indagava perplexo:

"Que faz o juiz, quando procede *ex-officio*? Constitui-se simultaneamente julgador e parte adversa do delinqüente; dá a denúncia a si próprio, escolhe as testemunhas e inquire-as perguntando o que julga conveniente, e por fim avalia as provas que ele criou, e pronuncia ou não como entende! Há nisto garantia alguma? O juiz não deve ser senão juiz, árbitro imparcial e não parte" (5).

Galdino Siqueira, atrás citado, já no período republicano, proclamava que "a tendência de nossa legislação é de abolir esse procedimento *ex-officio*" (6), mantido, então, nos chamados delitos policiais, que exigiam imediata repressão.

O eminente Professor José Frederico Marques, da mesma forma, ressaltara a inconveniência do procedimento sumário das contravenções, que, no seu entender, além "de quebrar a ortodoxia acusatória do Código" (7), em nada contribuiu para a realização de uma persecução criminal mais eficiente.

Acoimado de inconstitucional, em trabalho da lavra do Dr. Hélio Ivo Angrisani Dória(8), criticado pelos doutos, verberado pela melhor doutrina, desde os processualistas reinícolas, o procedimento *ex-officio*, no entanto, continuou vigorante em nossa legislação e, como vimos, resultou, ultimamente, ampliado, estendendo-se aos crimes contemplados na Lei 4.611/65, subvertendo, de vez, o sistema acusatório que o Código pretendeu adotar como princípio geral.

Somente razões de ordem histórica podem justificar a manutenção dessa forma de iniciativa da ação penal, motivada em função de certos delitos que exigem pronta e rápida repressão.

O anteprojeto TORNAGHI (arts. 565 e 572) não apresentava em relação à matéria qualquer inovação de realce, afastando-se, assim, da tendência geral da doutrina no sentido da abolição do procedimento *ex-officio*.

Note-se que o anteprojeto TORNAGHI, ao projetar para o futuro o procedimento de ofício, emprestava ao mesmo uma importância bem maior, já que ele se aplicaria em todos os casos de infração não punida, ainda que alternativamente, com pena de reclusão (art. 565).

Ao contrário, o anteprojeto de autoria do Professor JOSÉ FREDERICO MARQUES, inovando, veio consagrar a forma acusatória pura, realizando, assim, os anseios de tantos estudiosos do processo bem como as aspirações da boa doutrina.

No regime do anteprojeto, ao contrário do sistema atual, nos casos de ação penal pública, o Ministério Público será autêntico *dominus litis*, ficando o juiz equidistante da acusação e da defesa, tal como deve ocorrer no sistema acusatório.

Como se vê logo na "Introdução" da "Exposição de Motivos" (n.º 1), o autor do trabalho deixa claro seu propósito ao afirmar:

"O sistema acusatório foi reforçado e adquiriu contornos mais puros, abolindo-se, de vez, todo e qualquer procedimento *ex-officio*".

Com efeito, ao tratar da ação penal (Livro I, Título II), dispõe o anteprojeto que a ação penal pública será promovida pelo Ministério Público (art. 5.º, parágrafo 1.º) bem como que não se admite procedimento criminal *ex-officio* (art. 7.º). Assim, como prescrevem os dispositivos referidos, a relação processual penal, para constituir-se, dependerá, sempre, da acusação do Ministério Público, nos casos de ação penal pública e, quando se cogitar de ação penal privada, da queixa do ofendido.

Os fundamentos da posição assumida pelo legislador vêm afirmados nos seguintes termos:

"O anteprojeto aboliu o chamado procedimento *ex-officio*, que, além de não se casar com os princípios do sistema acusatório, em nada contribuiu para *celeridade* e *eficiência* do procedimento penal, mas, ao reverso, vinha criando, ultimamente, depois que se estendeu a todos os delitos culposos, problemas vários em detrimento da boa aplicação da lei penal" — (Da "Exposição de Motivos", n.º 3).

Fiel à linha ortodoxa que traçou, onde o respeito ao postulado do *nemo iudex sine actore* é guindado às culminâncias de dogma, o anteprojeto não admite, nem mesmo no campo das medidas de segurança, qualquer providência de ofício (art. 9.º).

Com requinte de técnica, para não transigir com a pureza acusatória, ao tratar da *notitia criminis*, o anteprojeto teve o cuidado de suprimir qualquer atividade do juiz neste setor. No regime adotado os únicos destinatários da notícia de crime serão a autoridade policial e o Ministério Público (art. 11).

A razão da medida legal vem explicada na Exposição de Motivos:

“Se não cabe ao juiz movimentar inicialmente o processo, como acontecia nos casos de procedimento *ex-officio*, para que levar às autoridades judiciárias a comunicação da prática da infração penal?” (n.º 4).

Nada mais perfeito.

Como sequela natural da diretriz que empreendeu, é abolida, no novo sistema, a requisição para abertura do inquérito policial por parte da autoridade judiciária. A esta incumbirá, tão somente, dar a notícia da infração penal ao Ministério Público (art. 249), único titular do direito de acusar nos casos de ação penal pública.

São muitos os méritos do anteprojeto. Não resta dúvida, porém, que, ao reforçar o sistema acusatório, abolindo, de vez, do nosso processo penal todo e qualquer procedimento *ex-officio*, o anteprojeto registra sua maior virtude.

NOTAS

- (1) «Processo Penal», vol. I, pág. 391, Edição Jalovi, Bauru, São Paulo, 1972.
- (2) «Elementos de Direito Processual Penal», vol. I, pág. 193, Forense, Rio, 1961, 1.ª edição.
- (3) Há contravenções em que o processo pode ter início através denúncia: a) — contravenção eleitoral; b) — contravenções previstas nos arts. 58 e parágrafo 1.º e 60 do Decreto-Lei 6259, tendo em vista o disposto no art. 1.º da Lei 1508 de 19-12-51; c) — contravenções florestais (art. 65 da Lei 4771 de 15-9-65); d) — contravenções pertinentes à caça (art. 34 da Lei 5197 de 3-1-67); e) — nos casos de competência originária dos tribunais.
- (4) Apud «Direito Processual Penal Brasileiro», ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS, vol. I, pág. 333, Sugestões Literárias S.A., São Paulo, 1969, 1.ª edição.
- (5) «Apontamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro», págs. 112/3, Ed. Garnier, Rio.
- (6) Op. cit., pág. 333.
- (7) Op. cit. pág. 132, vol. III.
- (8) «Ação e Jurisdição no Código de Processo Penal», 1960, HÉLIO IVO ANGRISONI DÓRIA, apud «Elementos de Direito Processual Penal» de JOSÉ FREDERICO MARQUES, vol. III, pág. 132, Forense, Rio, 1962, 1.ª edição.