

O PRINCÍPIO DA TITULARIDADE DA AÇÃO PENAL¹

HUGO NIGRO MAZZILLI

PROMOTOR DE JUSTIÇA - SP

1. O PROCEDIMENTO DE OFÍCIO

Generalizaram-se as críticas ao procedimento penal de ofício: há como um consenso ao condenar-se a quebra do princípio acusatório, mediante a qual se admite a acusação de ofício nas contravenções, bem como na Lei n. 4.611/65.

Falsamente inspirado na busca de uma celeridade e eficiência da justiça penal jamais atingidas, em vez de permitir ele a almejada simplificação de atos e termos processuais, foi o procedimento penal de ofício antes solução simplista, que não conseguiu sequer gerar a relação processual básica e indispensável para aperfeiçoar o contraditório e possibilitar a ampla defesa constitucionalmente assegurada. As portarias acusatórias freqüentemente ineptas; as nulidades incontroláveis ocorridas na fase judicialiforme; a falta de contato direto do juiz e do Ministério Público com a prova já produzida; a prescrição quase que sistemática, como que a sugerir que o verdadeiro escopo do procedimento judicialiforme é a impunidade e não a efetiva defesa social, — tudo isto desacreditou no campo prático um sistema que teoricamente nasceria insustentável.²

1. Artigo de 10/02/1987, publicado na revista *Justitia*, do Ministério Público do Estado de São Paulo, vol. 139/100-107, jul.-set. 1987.

2. Em parecer oferecido na correição parcial n. 302.695-TACRSP, o procurador de Justiça Wálter Francisco dos Santos asseverava, com razão: “As portarias ineptas, provas

Fora em épocas de exceção que o procedimento penal de ofício ganhou alento, como no Código de Processo Penal de 1941 (elaborado sob a ditadura) e nas Leis n. 4.611/65, 4.771/65 e 5197/67, quando o país atravessava graves períodos autoritários.³

Apesar disso, mesmo na vigência da Constituição democrática de 1946, como até hoje, findo o regime militar instalado desde 1964, vem sendo tolerado, entretanto, tal procedimento de ofício mais pela força da inércia, que pela sua legitimidade ou muito menos por suas virtuais qualidades. Entretanto, em todo esse tempo, faltou aos tribunais a necessária reação a esse estado de coisas, senão durante a plena democracia pós-46, ou senão desde os primeiros bafejos democráticos do atual regime de transição, ao menos quando decididamente surgiu um verdadeiro pretexto para combatê-lo mais seriamente, ou seja, quando do verdadeiro movimento nacional deflagrado a partir da vigência da Lei Complementar federal n. 40, de 13 de dezembro de 1981. Travou-se então acirrado debate nas colunas do jornal *O Estado de S. Paulo*, onde nomes da envergadura de Frederico Marques e Ada Pellegrini Grinover deram seu apoio à tese da ab-rogação do procedimento penal de ofício.⁴ Entretanto, predominou a posição mais conservadora, tendo o Supremo Tribunal Federal, sem grandes divagações, cortado cerce a incipiente reação capitaneada pelo Ministério Público de vários Estados da Federação, que se formava contra a violação do princípio acusatório.⁵

Sempre sustentamos que não fora intento do legislador de 1981 ab-rogar o procedimento penal de ofício; contudo, afirmávamos que não se devia perder a oportunidade, que se perdeu, de condená-lo com o anátema da inconstitucionalidade, como na época dissera bem a propósito e com toda a razão Frederico Marques.

deficientemente colhidas, descumprimento de formalidades e não atendimento dos prazos legais, passaram a constituir motivos de impunidade. Tal estado de coisas levou o Ministério Público a interferir nos respectivos feitos, passando a oferecer as respectivas denúncias, inobstante algumas opiniões relutantes em contrário, que levaram o Egrégio Supremo Tribunal Federal a se pronunciar e reconhecer a legalidade das denúncias ofertadas pelo Ministério Público, ainda que conhecida, de pronto, a autoria dos delitos de trânsito. Assim procurou-se, ainda que de forma velada, restabelecer o disposto no art. 24 do Código de Processo Penal, que atribui ao Ministério Público a competência para promover a ação penal pública.”

3. De forma ridícula, a Lei n. 4.711/65 chega a permitir uma fase do processo penal sem defesa (art. 1º, § 3º)...

4. Edições de 16.7.82, p. 27 e 5.9.82, p. 41. No mesmo sentido, v., ainda, Paulo Édson Marques (ed. de 30.1.82, p. 27, e RT 557:275), João Carlos Kurtz (ed. de 25.7.82), além do autor desta tese (ed. de 26.9.82, p. 64; RT, 559/268 n. 3, e 564:429; v., ainda, nossa tese a respeito, apresentada ao X Seminário Jurídico dos Grupos de Estudos do Ministério Público, Biblioteca da PGJ).

5. RHC 60.339, 2ª Câm., j. 26.10.82; RT 573:459, 578:338, v.g.

Ao contrário, com o advento da Lei Complementar 40/81, que atribuiu a ação penal ao Ministério Público e proibiu o exercício de suas funções por pessoas estranhas à carreira (arts. 3º, II, e 55), em vez de proclamar-se a exclusividade do Ministério Público para promover a ação penal pública, o máximo que se conseguiu, de forma assaz tímida, foi o reconhecimento de que, par a par com o procedimento de ofício nas contravenções penais, o Ministério Público daí por diante *também* passava a poder oferecer denúncia nas contravenções penais.⁶

Agora que se volta o País para uma reforma legislativa de base, com mais uma assembléia nacional constituinte, é o momento de voltar a combater, com todo o vigor, a teratologia representada pelo procedimento de ofício. Como poderia o juiz, ou até mesmo o delegado, constituir-se ao mesmo tempo em autoridade processante e parte adversa do réu?! Há que destacar a total incompatibilidade lógica entre a função do acusador e a do julgador.

O processo penal, assim como a acusação penal, está entre as primeiras e as mais importantes garantias da própria defesa. Está ele intimamente ligado ao desenvolvimento cultural e político de um povo. Não mais cabe, numa Constituição que se pretenda democrática, admitir hoje um processo penal sem juiz. Isto nem seria processo penal e sim mero procedimento em cabal violação do *due process of law* (como ocorre na fase judicialiforme do procedimento *ex officio*)! Também não mais se admite possa o juiz, na instrução criminal, acumular as funções de órgão acusador e órgão julgador: vale, mais uma vez, lembrar a sempre citada lição de Pimenta Bueno, porque é lapidar e insuperável em sua própria força: “O que faz o juiz quando procede *ex officio*? Constitui-se simultaneamente julgador e parte adversa do delinqüente; dá 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?”⁷

Veja-se que o procedimento de ofício — procedimento que nosso mais alto Pretório da cúpula judiciária do País se recusou a extinguir com a pecha de inconstitucionalidade, — já se encontra na prática extinto há muito tempo, justamente pela base da pirâmide judiciária, pelo menos no que diz respeito a portarias contravencionais ou sumárias instauradas por magistrados. É uma verdadeira ra-

6. RE 109.795-7, 1ª Turma, j. 19.9.86, e RHC 63.536-9, 1ª Turma, j. 3.12.85.

7. *Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro*, 5ª ed., p. 105/6.

ridade encontrar um juiz que se disponha simultaneamente a acusar e a julgar, num procedimento ilógico e anacrônico que nasceu condenado.

Desde a Constituição de 1946 há restrições para acumulações de funções de poderes diversos num só órgão (art. 36 da Constituição de 1946; art. 6º, parágrafo único, da Carta de 1969); entretanto, ao tempo da Carta de 1937 (sob cuja égide surgiu o Código de Processo Penal de 1941 e o procedimento de ofício nas contravenções), não se proibia que um cidadão, investido nas funções de um dos poderes, pudesse exercer as de outro (art. 6º, parágrafo único). Ora, a função de acusar é manifestação incontestável da soberania do Estado administração.⁸ Quando o juiz acusa e julga, acumula indevidamente funções inconciliáveis no mesmo órgão do Estado (atividade administrativa e jurisdicional); por sua vez, quando a autoridade policial baixa uma portaria num procedimento de ofício, está fazendo uma acusação e ao mesmo tempo admitindo a própria acusação que intenta, e ainda está presidindo a instrução criminal, deferindo ou indeferindo provas e decidindo incidentes ligados à tutela processual da liberdade, sem que esteja investida no poder jurisdicional, sem que a instrução seja efetivamente contraditória, sem que se encontre presente a necessária relação triangular do devido processo legal.

Além disso, com alijar-se o Ministério Público do procedimento judicialiforme, omite-se a participação de um órgão profissional, próprio e preparado para deduzir em juízo a pretensão punitiva ou, em caso contrário, quando não cabível aquela, apto a promover regularmente o arquivamento das peças informativas. Tanto a acusação como o arquivamento são atos de gravidade ímpar não só para o delinqüente, como para toda a coletividade, estando a prática de tais atos a exigir as elevadas garantias de autonomia e independência funcional de que devem gozar os órgãos ministeriais, que detêm a condição de agentes políticos, de acordo com a clássica definição de Hely Lopes Meirelles.⁹ A promoção ou não da ação penal pública em nada se confunde com os atos próprios da autoridade policial, cujo aparelho está preparado para outras elevadas funções, que não a dedução em juízo da pretensão punitiva.

Enfim, o procedimento judicialiforme afasta o promotor de Justiça do feito, pelo menos em fase das mais importantes da instrução. Com isto, está-se a violar mais um princípio, aquele que hoje vem sendo chamado o do *promotor natu-*

8. Cf. nosso artigo “O Ministério Público no processo penal”, RT, 494:269.

9. *Direito Administrativo Brasileiro*, 4ª ed., pp. 56/58, RT, 1976.

ral,¹⁰ que tem um caráter dúplice, não sendo apenas o promotor com direito às próprias atribuições, mas também e principalmente o reverso, ou seja, um interesse da coletividade e do próprio réu, que tem o direito a ser acusado por um corpo ministerial dotado de autonomia e independência para agir em busca dos superiores interesses da coletividade, corpo este sem nenhuma ligação ao governo ou a governantes.

Não só o princípio da titularidade exclusiva da ação penal pelo Ministério Público, como ainda o princípio do promotor inamovível de suas funções, são reivindicações expressas da Carta de Curitiba — por esta se entendendo o anteprojeto de texto constitucional para o Ministério Público, elaborado em junho de 1986, após largas consultas à classe, em reunião conjunta dos presidentes de associações de Ministério Público e procuradores-gerais de Justiça de todo o país.¹¹

2. A AÇÃO PENAL SUBSIDIÁRIA

Passa a ser uma das conseqüências da titularidade exclusiva da ação penal pelo Ministério Público, a abolição da ação penal subsidiária.

Deve-se, entretanto, criar outra forma de controle do Ministério Público quanto à não propositura da ação penal. A ação subsidiária, além de na prática hoje quase já não ser utilizada, exceto de forma muito rara, presta-se a uma série de graves inconvenientes (como sua propositura por móveis privados subalternos). Como veremos, há formas melhores que ela, para controlar a não promoção da ação penal por parte da instituição que deveria fazê-lo.

3. A OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL

O controle da obrigatoriedade da ação penal por parte do Ministério Público somente poderá encontrar solução adequada, se partirmos de premissas corretas.

10. Cf. nosso artigo citado na nota n. 8; v., ainda, Jaques de Camargo Pentead, “O princípio do promotor natural”, *Justitia*, 129:114.

11. Diz o art. 3º, § 1º, alínea “b”, da Carta de Curitiba: “São funções institucionais privativas do Ministério Público: ... promover a ação penal pública...” Por sua vez, diz o inciso IV do art. 5º da mesma Carta, que é garantia dos órgãos do Ministério Público a “inamovibilidade no cargo e nas respectivas funções.”

Como diz Calamandrei, não se compreende que o Ministério Público, reconhecendo a existência de violação da lei, não seja obrigado a agir: nesse sentido se fala em caráter vinculado de sua atuação.¹²

Entretanto, quando o órgão ministerial deixa de propor a ação pública por entender ausente qualquer violação à lei, não se vê de sua parte quebra do aludido princípio da obrigatoriedade. Nesse caso, o Ministério Público deve poder determinar o arquivamento do inquérito policial ou de peças de informação. É naturalmente imprescindível estabelecer-se um eficiente sistema de controle do arquivamento, superior ao atual art. 28 do Código de Processo Penal, que não satisfaz, por concentrar de forma incontrastável nas mãos de uma única pessoa (o procurador-geral de Justiça) a última palavra a respeito da não propositura da ação. Como se desenvolverá adiante, acredita-se satisfatório um sistema semelhante ao do controle do arquivamento existente na lei da ação civil pública, que prevê a revisão do ato pelo Conselho Superior do Ministério Público (Lei n. 7.347/85).

Até mesmo iríamos além. Como fruto de nossa vivência da carreira, exercida demoradamente em todos os campos, quer na Capital como no interior, estamos hoje convencido de que, para pequenas infrações, pequenos delitos, deve ser cogitado de mitigar o próprio princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Afinal, a lei não pode estar em dissintonia com a realidade. Não pode o jurista ou o legislador fingir que desconhece o que acontece principalmente nas delegacias de polícia, onde só uma ínfima parcela dos crimes cuja ocorrência é registrada, é regularmente apurada, deixando-se de lado muitas infrações por critérios de oportunidade e conveniência que hoje são totalmente ilegais e arbitrários; não pode fingir que não sabe que muitos pedidos de arquivamentos de inquérito e muitas absolvições, sob o ponto de vista jurídico, estão insatisfatoriamente fundamentados, porque na verdade a última razão do arquivamento ou da absolvição foi um critério de oportunidade e de conveniência, para buscar uma verdadeira justiça para o caso concreto.

Ora, a esta altura, é necessário preferir o caminho mais largo que combate a iniquidade, sim, mas dentro da legalidade. E a única maneira de assim proceder é corajosamente estimular a mitigação do princípio da obrigatoriedade, mas dentro da legalidade, em casos específicos, restritivamente previstos em lei, quando verdadeiramente não haja interesse social na propositura ou no prosseguimento da ação penal (como em pequenos delitos, quando o dano pôde ser integralmente repara-

12. *Instituciones de derecho procesal civil — derecho procesal civil*, v. II, p. 468, trad. argentina, 1973.

do pelo agente ou quando a ação penal ou a própria pena se mostrarem totalmente desnecessárias e às vezes até injustas ante suas finalidades).

3. A AÇÃO PENAL POPULAR¹³

O tema da titularidade da ação penal volta e meia ressuscita outra questão: a da ação penal popular.

Entretanto, por permitir ela graves deformações no sistema acusatório público, deve ser prontamente recusada. Apresenta-se vez ou outra de forma atraente, por trás das aparências da abertura democrática. Entretanto, o princípio da soberania popular não significa nem pode significar que qualquer do povo possa ou deva, em concreto e individualmente, tomar decisões técnicas sobre matéria da soberania do Estado. Numa democracia, fazer a lei, julgar, administrar — são poderes hauridos do povo, mas isto não quer dizer que, salvo em limitada medida, funções técnicas da soberania sejam exercidas diretamente pelo povo ou, mais ainda, por um só particular. Tem o povo um corpo de agentes políticos, regularmente investidos pelo Estado, em funções que exigem conhecimentos especializados e, sobretudo, muita independência e autonomia; nessa área, os móveis privados não são os melhores conselheiros.

As ações penais populares têm no art. 108, parágrafo único, da Lei de Falências de 1945, um triste exemplo — dispositivo esse que se presta — como notoriamente se sabe — a uma fonte de extorsões e advém de um período de autoritarismo e não de abertura democrática... A acusação privada em crime de ação pública muitas vezes se presta a móveis privados, a vinganças particulares ou a conivências aptas a frustrar futuramente uma apuração mais séria.

Afinal, a decisão de não acusar, em crime de ação penal pública, não gera lesão de direito individual (pela sua lesão de direito individual, o cidadão pode acionar o Judiciário; o que não tem razoabilidade é que, em busca de um interesse público do qual é titular o próprio Estado soberano, um particular se substitua ao órgão político, que tem independência no exercício de suas funções, e passe a agir em razão de seus móveis pessoais, em busca de um interesse que em verdade não é seu, sob o ponto de vista individual).

Como se viu, os graves inconvenientes da inércia do Ministério Público quando seria lícito exigir sua iniciativa, devem ser corrigidos por outro meca-

13. No mesmo sentido da tese, veja-se trabalho de Antônio Araldo Ferraz Dal Pozzo, publicado na revista *Justitia*, 129/9, intitulado “Ação penal popular”.

nismo de controle que não a ação popular. Assim como não se chama um cidadão (especialmente o próprio interessado) a se substituir a Estado-juiz, para dar uma sentença num caso em que o Judiciário se atrase, ou, mais do que isto, num caso em que o Judiciário decida incorretamente — assim também o que se se deve almejar, sim, é um sistema mais adequado de controle da não propositura da ação penal pelo Ministério Público. E isto porque o atual art. 28 do Código de Processo Penal é insatisfatório: põe nas mãos de uma única pessoa — o procurador-geral de Justiça — os poderes supremos e incontroláveis de afastar uma acusação penal contra o chefe do poder executivo ou seus apaniguados. Põe-nos exatamente nas mãos de quem, na União e em muitos Estados da Federação, ainda é nomeado e é demissível *ad nutum* pelo seu virtual réu...

A proposta é atribuir a um órgão ministerial colegiado (Conselho Superior do Ministério Público ou Colégio Superior do Ministério Público) a decisão final da não propositura da ação penal pública, porque, em regra, um órgão colegiado tem maior independência e estaria menos sujeito a pressões pessoais. Aliás, é o que já ocorre no art. 9º da já lembrada Lei n. 7.347/85, dispositivo este que já vem tendo satisfatória aplicação prática há mais de ano, permitindo a um órgão ministerial superior um reexame do arquivamento, com toda a publicidade exigível.

Desta forma, é possível traçar algumas sugestões concretas, para o aperfeiçoamento do sistema acusatório.

CONCLUSÕES:

1. A ação penal deve ser sempre intentada por iniciativa de parte. Deve ser abolido o chamado “procedimento penal de ofício”, por concentrar nas mãos de um só órgão do Estado as tarefas inquisitivas e decisórias, o que viola o equilíbrio do contraditório.

2. A ação penal pública deve ser sempre proposta pelo Ministério Público, instituição do Estado encarregada de promover a apuração dos delitos perante o Poder Judiciário.

3. Como consequência do princípio da titularidade da ação penal pública pelo Ministério Público, deve ser abolida a ação penal subsidiária.

4. O arquivamento de inquérito ou de peças de informação não é matéria jurisdicional, de forma que não deve ser requerido ao Poder Judiciário.

5. Sugere-se, como forma de melhor controle do arquivamento do inquérito policial ou de peças de informação, que o órgão do Ministério Público

promovente remeta os autos do inquérito ou das peças de informação, de ofício e em prazo exíguo, para final deliberação de um órgão colegiado da instituição (como o Conselho Superior do Ministério Público), ao qual caberá ratificar a promoção de arquivamento ou designar outro órgão para promover a ação penal (semelhante sistema já existe no inquérito civil da Lei n. 7.347/85).

6. Deve ser mitigado o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, em casos específicos previstos na lei, ou seja, casos de menor gravidade, quando não haja interesse social na propositura ou no prosseguimento da ação penal (como quando o dano pôde ser reparado pelo agente, quando a ação penal ou a pena se mostrarem desnecessárias às suas finalidades).

7. Não se deve admitir a ação penal popular. O titular do *ius puniendi* é o Estado, que o exercita por uma instituição própria, especializada, que deve ser dotada das garantias de imparcialidade e independência, para exercer seu ofício isenta de quaisquer pressões ilegítimas.