

CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Vladimir Stasiak

Professor da cadeira de Direito processual Penal na FAIMAR/CESUMAR – Maringá/PR, na Faculdade de Direito da Alta Paulista – Tupã/SP e Advogado Criminalista em Maringá.

1 - INTRODUÇÃO

A presente matéria tem por finalidade apresentar os aspectos básicos do princípio da obrigatoriedade, sua extensão, sua história e sua aplicabilidade no Direito Processual Penal Brasileiro.

Confrontar-se-á o referido princípio com outras posturas doutrinárias, quais sejam: o princípio da discricionariedade regrada (denominado de princípio da obrigatoriedade mitigado) e o princípio da oportunidade.

Apresentar-se-á a linha de conduta seguida pelos Tribunais pátrios bem como o tratamento que tem sido dispendido à matéria nos juízos de primeiro grau.

Por fim, ver-se-á o entendimento de vanguarda, que

corresponde mais adequadamente à realidade, e que tem, na maioria dos casos, dirigido a atuação do Ministério Público e da Magistratura Nacional. Tal fato se deve ao progresso da Ciência

Jurídica, e ao grande avanço trazido pela Lei 9.099/95, que modificou, em parte, o sistema processual penal tradicional.

Há de se ter em mente, por oportuno, que tanto a aplicabilidade rígida do princípio da obrigatoriedade, como seu abrandamento, refletem-se, diretamente, no processo propriamente dito, bem como sobre o inquérito policial. Dessa maneira, aquele que permear o processo em determinado momento histórico, direcionará o procedimento policial.

Em suma, não se pretende esgotar o tema – alvo de inúmeras

discussões, que, na verdade, tomaram-se elocubrantes digressões sobre a matéria -, haja vista sua complexidade e a dificuldade que se estabelece ante a inexistência de uma Teoria Geral do Processo Penal; tanto que as condições da ação, tão relevantes no estudo deste princípio, ainda não encontraram, na doutrina, uma conceituação definida.

Não se pode deixar de esclarecer que quando se refere ao princípio da obrigatoriedade, obviamente, se faz uma abordagem da ação penal pública, pois é indiscutível que na ação penal privada vige o princípio da oportunidade, podendo o particular, segundo o seu arbítrio, propor, ou não, a ação penal. É verificável, ainda, que as ações privadas estão sob a égide da oportunidade, à medida que se possibilita o perdão, a renúncia do direito de ação, e outros institutos que a evidenciam.

2 – EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O primeiro Código de processo penal Brasileiro foi promulgado em 29.11.1832, vigendo, até então, as ordenações Filipinas, as quais se direcionavam pelo sistema inquisitivo, a exemplo das

ordenações Manuelinas e das afonsinas, impedindo que se delineasse um direito de ação bem definido.

O Código de 1832, chamado Código de Processo Criminal da Primeira Instância, implementou o sistema misto na realidade pátria, cindindo-se o processo em dois momentos, podendo, inclusive, ser iniciado de ofício pelo Magistrado, causando certa dúvida, ou, como preferem alguns, impedindo a identificação do momento inicial do exercício da ação penal.

Não obstante tais dificuldades, afirma-se que neste Código vigia o princípio da obrigatoriedade, o que, aparentemente, foi corroborado pela lei nº 261/1841 e seu Regulamento nº 120/1842, cujo art. 222 dizia: “Nos casos em que o Promotor incumbe denunciar, incumbe igualmente promover a acisação, e todos os termos do processo, nos quais, bem como na concessão e arbitramento das fianças, deverá ser sempre ouvido”.

Para se alcançar tal conclusão, deve-se analisar o tema perfilando

o disposto no artigo retro transcrito com os arts. 37 e 335, ambos do Código Imperial; o primeiro dispõe: "Ao Promotor pertencem as seguintes atribuições: I - denunciar os crimes públicos e os policiais e acusar os delinqüentes perante os jurados [...]", e o segundo: "O Promotor Público denunciará e promoverá as acusações nos crimes de responsabilidade dos empregados públicos, quando não houver parte".

Sustenta-se, com os dispositivos supracitados, a vigência e a aplicabilidade do princípio da legalidade, que já, àquela época, impunha ao Promotor Público a obrigação de oferecer a denúncia, bem como de prosseguir na ação penal.

Significativa alteração legislativa ocorreu em 1871, com o advento da Lei nº 2.033, a qual foi regulamentada pelo Decreto n.º 4.824, introduzindo-se o sistema acusatório, criando-se o inquérito policial, delimitando-se a função da polícia judiciária e a atividade dos Magistrados, e execrando-se o procedimento de ofício para iniciar a persecução criminal.

Muitos foram os avanços surgidos, mas o princípio da obrigatoriedade manteve-se vivo no Diploma Processual Penal.

Com o advento da Constituição Republicana (1891), estabeleceu-se a competência legislativa dos Estados da Federação no que concerne à matéria processual. Alguns preferiram manter vigente o Código de 1832, como o caso do Estado de São Paulo, mas outros criaram seu próprio Código de Processo Penal. Esses novos Códigos não mantinham qualquer unidade, existindo aqueles que, expressamente, adotaram o princípio da obrigatoriedade, como, por exemplo, o Código de Processo Penal do Rio Grande do Sul, que em seu art. 100 dizia: "O Ministério Público é obrigado a oferecer denúncia nos casos em que é admissível a ação pública; exceto se o fato não constitui uma infração penal ou se a ação correspondente já está extinta por qualquer modo".

Entretanto, ainda que se diga que a regra da época era a plena vigência e aplicação do princípio da legalidade, nem todos seguiram a postura anterior, surgindo aqueles que se mantiveram omissos quanto ao

tema, como se verifica no Código de Processo Penal do Estado de Minas Gerais e do Distrito Federal, onde, nos dispositivos legais, não se encontra qualquer indicação ao princípio, muito embora, na prática, ele fosse largamente utilizado.

Com o Decreto-Lei nº 3.689/03.10.1941, entra em vigor o atual Código de Processo Penal Brasileiro, unificando novamente as normas disciplinadoras do Processo Penal em um só Diploma.

Neste novo Código, entende-se parte da doutrina, em que está consolidado o princípio da legalidade, como preleciona Afrânio da Silva JARDIM (1993), afirmando que:

O princípio da oficialidade da ação penal pública, conjugado com o princípio da legalidade dos atos do Poder Público, postulado básico do Estado de Direito, faz com que tenhamos de conceber a obrigatoriedade da ação penal pública como regra geral. (p. 93)

Tal postura não é pacífica, como se demonstrará adiante, sendo que a mesma posição, à época da entrada em vigor do então Novo Código de Processo Penal, era a dominante, não o sendo nos dias atuais.

Em 1963 surge o Anteprojeto elaborado por Hélio Tornaghi, que prescrevia a vigência sistêmica do princípio da obrigatoriedade, como se pode abstrair do art. 23 ao dispor: "Obrigatoriedade - a denúncia terá de ser apresentada sempre que houver: a) prova do fato que, em tese, constitua crime; b) prova que abone a suspeita de crime."

Já no Anteprojeto de José Frederico Marques, que culminou com o Projeto nº 633/75, a realidade era outra, pois se mitigou o princípio da obrigatoriedade, surgindo a possibilidade da realização de uma composição entre o Ministério Público e o acusado.

Novo Projeto foi apresentado em 1983, e em que pese entendimento diverso, ele seguiu a postura do Anteprojeto de Frederico Marques, abrandando a incidência do princípio da legalidade, conferindo ao Promotor de Justiça uma maior discricionariedade na verificação da justa causa para a propositura da ação penal.

Salienta-se, por oportuno, como foi dito, que o entendimento de que o Projeto de 1983 mitigou

o princípio da obrigatoriedade não é pacífico houve relevantes divergências sobre a questão, principalmente por não ter sido expresso o texto nele contido, omitindo-se, inclusive em seu contexto, no que se refere a essa tão significativa questão.

Não restam dúvidas, pelo que foi aqui esposado, que a tradição pátria, em sede de Direito Processual Penal, é a de guiar-se nos moldes e ditames impostos pelo princípio da obrigatoriedade, podendo-se dizer que ele está arraigado na cultura processual da Nação.

3 – PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE (OU DA LEGALIDADE)

Quando se fala em princípio da obrigatoriedade considerando-se sua aplicação rígida e inflexível -, percebe-se que, conceitualmente, ele é tido como "aquele que obriga a autoridade policial a instaurar inquérito policial e o órgão do Ministério Público a promover a ação penal quando da ocorrência da prática de crime que se apure mediante ação penal pública" (MIRABETE, 1993:47).

Explicando o princípio em sua forma pura, TOURINHO FILHO (1994) diz que "os órgãos

incumbidos da persecução não podem possuir poderes discricionários para apreciar a conveniência ou oportunidade da instauração do processo ou do inquérito". (p.40)

Como assevera o mesmo autor, tendo sua origem na idéia de que os delitos não podem ficar impunes - "nec delicta maneant impunita" -, este princípio impõe ao Estado o dever, e não só o poder, de dar início, ou continuidade, à persecução criminal.

Referindo-se à sua origem, um de seus defensores, Afrânio da Silva JARDIM (op. cit.), afirma que "no momento em que o Estado proibiu a vingança privada, assumiu o dever de prestar jurisdição, monopolizando esta atividade pública"(p. 12).

É bem verdade que tal princípio foi relevante no momento histórico em que surgiu, e sua importância está justamente no fato de que obriga o Estado a agir, todavia, não lhe permitindo uma apreciação valorativa, nem da viabilidade da instauração da ação penal, incorre no erro de onerar excessivamente

O Poder Jurisdicional, impedindo uma aferição mais aprofundada das causas realmente relevantes.

Não obstante alguns empecilhos, ele é adotado em muitas legislações modernas, como é o caso da Argentina¹, Itália², Cuba³, Portugal⁴, e outros países.

Na atualidade, pelas interpretações sistemáticas dos artigos 5º, 6º e 24, todos do Código de Processo Penal, muitos doutrinadores são levados ao entendimento de que está vigorando, plenamente, em sua rigidez, o princípio da obrigatoriedade.

Nesse sentido se manifesta José Frederico MARQUES (1997), afirmando que no Brasil, "apesar de não haver texto explícito sobre o assunto, o que se

deduz da sistemática legal é que nele vigora o chamado princípio da ação penal obrigatória." (p.310)

Salienta-se que na hipótese de se estabelecer um sistema onde vigora, em sua plenitude, o princípio em questão, as possibilidades fixadas pelo legislador, permitindo, em determinados casos, o arquivamento do inquérito policial, não o desnaturam; haja vista que não se admite é que existam situações em que a não propositura da ação penal dependa de um juízo de valor do agente do Ministério Público, ou seja, não há a verificação da oportunidade ou da viabilidade da instauração da ação, mas fica-se adstrito às condições previamente estabelecidas pela

¹ 'Desta forma, malgrado não haver unidade processual na Argentina . cada província tem seu Código de Processo Penal - por imposição da lei material, de aplicação em todo território, os códigos processuais são compelidos a adotar o princípio da obrigatoriedade.' (Idem, ibidem, p. 63).

² 'Na Itália, vigora o princípio da legalidade, que é, aliás, o mais difundido.' (José Frederico Marques, Elementos de Direito Processual Penal, volume 1, p. 309)

³ Afrânio Silva Jardim, afirma que 'o legislador de Cuba preferiu atenuar a punibilidade a nível do direito material (art. 82 do Código Penal) a abrir brecha em favor do princípio da discricionariedade ou oportunidade' (op. cit., p. 66).

⁴ "Referindo-se ao sistema do Código de Processo Penal de 15.02.29 e à sua legislação complementar, o professor titular da Universidade de Coimbra, Jorge Figueiredo Dias, arremata: 'Assim se compreende que seja peça fundamental deste processo o princípio da legalidade, ao contrário do que sucede no processo civil, onde se dá oportunidade da propositura da ação. Dos arts. 12, 165 e 349 do CPP e 26 do Decreto-Lei n.2 35.007 decorre indubitavelmente a idéia de que o Ministério Público está obrigado a proceder e dar acusação por todas as infrações de cujos pressupostos - factuais e jurídicos, substantivos e processuais tenha conhecimento e tenha logrado recolher na instrução, indícios suficientes.'" (Idem, ibidem, p. 73)

Lei, vinculando-se, então, a não propositura da ação penal às enumerações legais.

Alegam, os que desta maneira se posicionam, que não ocorre uma mitigação deste princípio, mas ele permanece vigente em toda sua plenitude, como defende Afrânio Silva JARDIM⁵ (op. cit.):

ressaltando que esta pequena dose de discricionariedade não recai sobre o exercício ou não da ação penal, segundo critérios de oportunidade ou conveniência, mas recai apenas sobre a presença ou não do dever legal de propor a ação condenatória (existência de prova mínima)(p. 53)

Como corolário do princípio da obrigatoriedade, tem-se o da indisponibilidade, o qual não permite que, após iniciada a ação penal, seja possível dela desistir, como se vê no art. 42, do CPP; ou que proíba o Agente Ministerial de desistir do recurso interposto (art. 576, CPP).

Assim, unem-se estes dois princípios - obrigatoriedade e indisponibilidade - para impedir

que haja um abrandamento da aplicabilidade da Lei Penal, imprimindo ao Poder Jurisdicional a necessidade de apreciar o caso concreto, seja, ou não, viável a instauração da ação.

4 - PRINCÍPIO DA OPORTUNIDADE

Este princípio se contrapõe ao da obrigatoriedade conforme mencionou José Frederico MARQUES (op. cit.):

citado o órgão estatal tem a faculdade, e não o dever ou obrigação jurídica de propor a ação penal, quando cometido um fato delituoso. Essa faculdade se exerce com base em estimativa discricionária da utilidade, sob o ponto de vista do interesse público, da promoção da ação penal. (p. 309)

Nesse sentido conceitual, ainda, tem-se o entendimento seguido por Maurício Antonio Ribeiro LOPES (1995), dizendo que:

⁵ 'Note-se que não estamos negando que o legislador possa, como na Alemanha, prever um poder discricionário para o Ministério Público exercer ou não a ação penal em casos específicos, em casos determinados. Em assim ocorrendo, temos o princípio da obrigatoriedade, em toda sua plenitude como regra geral, e a adoção expressa do princípio da oportunidade, em toda sua plenitude, para os casos alinhados pelo legislador. Vale dizer, aqui não foi mitigado o princípio da obrigatoriedade, mas permitiu-se a sua não incidência para hipóteses menos relevantes. (00)' O que ocorre, na verdade, é que o dever de exercer a ação penal pública surge diante de determinada situação fática, diante da presença de determinadas condições previstas pelo próprio legislador.' (Op. cit., p. 53)

Gimeno Sendra, citado por Tereza Armenta Deu, em opinião também recolhida por Luiz Flávio Gomes, conceitua-o como a faculdade que é outorgada ao titular da ação penal para dispor, sob determinadas condições, de seu exercício, com independência de que se tenha provado a existência de um fato punível contra um autor determinado.

LOPES (Ibidem) define-o, também, como sendo o princípio "que permite ao Ministério Público eleger entre acionar ou arquivar quando a investigação põe manifesto que o acusado com quase absoluta certeza tenha delinqüido" (p. 170)

Permeado pela máxima "minima non curat praetor", o princípio em análise confere ao titular da ação penal a escolha entre agir ou não, entre dar ou não continuidade ao *jus perseguendi*.

Tal ideologia, muito embora

tenha alcançado maior destaque hodiernamente, já é vivida em muitos ordenamentos⁶, sendo que, hoje está atingindo um número cada vez maior de legislações, sendo com ela identificada a visão moderna de Processo Penal.

Nos países do *comon law*, com muito mais facilidade, vislumbra-se a aplicabilidade do princípio da oportunidade, como se pode observar no "plea bargaining" do direito americano.

Segundo posicionamento, já citado, de Frederico Marques, nos sistemas sob a égide do princípio da oportunidade, o Ministério Público poderia, em face do interesse público, propor ou não a demanda, sendo que sua atuação discricionária não ocorre somente no âmbito da verificação da ocorrência de determinada hipótese, mas tendo ocorrido o delito, sendo determinado o seu

⁶ Na França, como diz Pierre Souzat, vigora o 'système de l'opportunité des poursuites'. O Ministério Público pode, ali, à sua escolha, usar ou não usar de 'son droit de poursuite'. Cabe-lhe deixar de propor a ação, se isto lhe parecer oportuno e conforme ao interesse social. Ele possui, assim, acrescenta Souzat, um discreto direito de perdão que o Direito francês ainda não quis outorgar sequer aos juizes.

Na Alemanha, a reforma processual de 1924 aboliu o princípio da legalidade, apoiando-se na regra 'minima non curat praetor'. Prescinde-se da ação penal no Direito alemão. em vários casos de delitos embora vigore a regra da obrigatoriedade, quando se trate de crime.

O Direito Norueguês adotou o princípio da oportunidade com muita amplitude, pois o artigo 85 do Código de Processo Penal admite que deixe de ser apresentada acusação, quando se entender que nenhum interesse público exija a punição do crime, especialmente quando muito tempo decorreu da prática do delito e existam circunstâncias especiais de atenuação." (José Frederico Marques. op. cit., p. 309)

autor, por interesses outros, deixa de efetuar a denúncia.

Nesse sentido é a postura de Maurício Antonio Ribeiro LOPES (Id. *Ibidem*), que, referindo-se ao tema em questão, afirma que:

O princípio da oportunidade, por sua vez, constitui uma exceção a essa obrigatoriedade e permite que o titular da ação penal omita-se na sua proposição ou prosseguimento, notadamente nas hipóteses de escassa lesividade social leve culpabilidade e, geralmente, desde que cumpridos outros requisitos legais (p. 159).

Assim, é forçoso seguir o entendimento, quando se fala do princípio da oportunidade puro, de que há, em sua essência, ampla, total e irrestrita liberdade, verificando-se, *nesnzo diante* da incontestada ocorrência de uma conduta delitativa, o interesse público na propositura da ação penal.

No que se refere ao progresso registrado ao sistema processual com o advento da lei 9.099/95, não se pode querer que se contemplem nele os critérios de oportunidade, pois o que a lei mencionada apresenta é uma mitigação do princípio da obrigatoriedade e do da indisponibilidade.

Assim, ainda que alguns estudiosos defendam que tenha sido encampado o princípio da oportunidade, assim mesmo seus ardorosos defensores são condescendentes ao admitir que tal não se faz presente na lei dos

Juizados Especiais Criminais.

É o que se pode observar, por exemplo, nas palavras de Maurício Antonio Ribeiro LOPES (*Ibidem*) que, referindo-se ao Juizado Especial Criminal, entende que embora:

pareça uma discussão bizantina acerca de detalhes terminológicos, não me parece que na sistemática propriamente do Juizado Especial Criminal tenha havido a quebra do princípio da obrigatoriedade da ação *pena*, ao *conuJriD dD que vem sendo propalado* pela voz corrente. Em primeiro lugar, se se admitir que tenha esse princípio por alguma porta escapulado essa seria a da suspensão condicional do processo (p. 355)

E continua, dizendo que:

mesmo nos casos de suspensão condicional do processo não acredito que tenha havido introdução do princípio da oportunidade, posto que o estancamento processual dar-se-á após o oferecimento da denúncia, ou seja, do exercício do direito de ação. O exercício do direito de ação penal não é facultativo ao Ministério

Público, apenas pode existir uma disponibilidade da prática de atos de instrução depois de exercitado o direito de ação, o que é diverso. (Id. Ibidem:356)

Portanto, no Brasil, a exemplo de toda a América Latina, não há de se falar em vigência, ou aplicabilidade, do princípio da obrigatoriedade; mas sim de um princípio mitigado, que recebe inúmeras designações, e que, ao final, redundam na mesma conceituação. É o chamado princípio da obrigatoriedade discricionária, da discricionariedade regrada, da oportunidade relativa; mas, a bem da verdade, todos concluem, em suas explanações, que existe um meio intermediário para direcionar a instauração, ou não, da ação penal, como será demonstrado a seguir.

5 - PRINCÍPIO DA DISCRICIONARIEDADE REGRADA

Inicialmente, esclarece-se que poderia ter sido adotada, para fins desta matéria, qualquer uma das expressões utilizadas para designar o princípio que será agora abordado. É bem verdade que algumas insignificantes

diferenças existem, mas seria de todo inútil, para que se atinja o fim almejado neste estudo, uma análise de suas diferenciações, haja vista, como já se disse, serem ínfimas.

No que pertine a esse princípio, tem-se que a legalidade (*ou* obrigatoriedade) não se extingue com a incidência do mesmo, ela permanece, e não só isso, mas de uma maneira muito clara, e acima de qualquer dúvida quanto à sua vigência.

O que se evidencia é uma mitigação, um abrandamento dos rigores do princípio da obrigatoriedade, ou seja, o Ministério Público fica adstrito às hipóteses legais, mas lhe é conferido um poder discricionário, através do qual ele pode agir livremente, todavia dentro dos ditames da lei, nos limites por ela estabelecidos e sob sua fiscalização.

É o que ocorre, por exemplo, nos Juizados Especiais Criminais, pois ao receber o termo circunstanciado, o Agente Ministerial está adstrito a algumas possibilidades que pela

lei lhe são conferidas⁷, mas é segundo um poder discricionário, não olvidando que estará sempre dentro dos limites da lei, que ele definirá sua linha de ação.

Nos casos de ação penal privada e na pública condicionada à representação, onde surge a permissão para a composição dos danos civis com efeitos penais, iguala a lei esse ato ao perdão ou renúncia, conforme o caso, que são institutos já existentes no processo penal.

O que poderia ensejar alguma dúvida é a possibilidade de se realizar a transação penal, por poder ser a mesma efetuada antes da instauração da ação, mas, em se evidenciando a mesma, não surge a oportunidade de ser proposta a ação penal, pois há uma impossibilidade legal, não se verificando nada, nem a conveniência ou a oportunidade. Nestas situações, mesmo

entendendo ser conveniente e oportuno o oferecimento da denúncia, o Ministério Público, estando diante de circunstâncias que caracterizem a possibilidade da transação, é obrigado a fazê-la, independentemente de suas ideologias e seus critérios.

Não haja dúvidas quanto ao princípio da discricionariedade regrada é aquele que confere ao Ministério Público o poder de, por uma verificação valorativa, decidir, segundo os parâmetros legais, se proporá, ou não, a ação penal.

Podem ser suscitados, para que não restem dúvidas, elementos de ordem subjetiva nessa análise, como a justa causa, por exemplo, tal causa pode albergar situações muito mais abrangentes que a ausência de materialidade ou de indícios suficientes a ensejar a mobilização da máquina judiciária, podendo

⁷ 'O princípio da obrigatoriedade da ação penal, desse modo, não foi afastado pela Lei 9.099/95. Ao receber o termo de ocorrência da autoridade policial, o representante do Ministério Público obrigatoriamente deverá adotar uma das seguintes providências: verificar o cabimento de proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade (art. 76, 'caput'); oferecer denúncia oral (art. 77, 'caput'); oferecer denúncia por escrito (art. 77, § 22); requerer o arquivamento (art. 28 do CPP); requerer diligência imprescindível ao oferecimento de denúncia (art. 16 do CPP), ou propor a suspensão do processo (art. 89).' (Mauricio Antonio Ribeiro Lopes, Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, p. 356).

Ousamos discordar da última hipótese apresentada pelo insigne doutrinador, pois a suspensão condicional do processo somente poderá ser efetivada após o oferecimento da denúncia, dessa maneira, não é uma opção que surge ao Promotor de Justiça com o recebimento do termo, mas após a instauração da ação penal, mediante os taxativos requisitos expressos na norma disciplinadora.

ser encartadas hipóteses de outras ordens, mas que, por suas peculiaridades, não sirvam a sustentar um processo judicial.

O poder discricionário não é total, ou absoluto, mas deve estar sujeito a um controle; e é justamente por este motivo que, ao decidir pela não propositura da ação penal, o Promotor deve requerer o arquivamento ao Magistrado, que exercerá a função de controlador do princípio da legalidade. Confere-se poder discricionário, mas não se afasta da legalidade.

Estabelece-se, como o demonstrado, uma postura intermediária, que não onera excessivamente o Poder Judiciário, mas que também não confere ao Promotor de Justiça a possibilidade de conduzir-se por seus valores pessoais, guiando-se apenas por sua consciência.

6 - CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA NO PROCESSO PENAL MODERNO

Em que pese posicionamentos contrários, como o de Fernando da Costa TOURINHO FILHO⁸, é inquestionável que o princípio vigente no Brasil, em seu conteúdo prático, é o da discricionariedade regrada, ou obrigatoriedade mitigada, ainda que quanto ao posicionamento legal existam divergências.

João Pedro GEBRAN NETO (1996), ao demonstrar que a fragilização do princípio da obrigatoriedade se caracteriza:

pela mitigação proporcionada pelas condições da ação; quer pela margem de discricionariedade deixada pelo art. 28, do Código de Processo Penal, quer pela natureza humana dos diversos operadores do direito, é

⁸ Alguns autores sustentam (Frederico Marques e Euclides Custódio da Silveira) que o art. 28 do CPP concede ao órgão do Ministério Público um certo poder de mitigar o princípio da legalidade ou da obrigatoriedade. De fato. Dizem eles que, se o art. 28 do CPP permite ao Ministério Público 'requerer o arquivamento do inquérito ou das peças de informação, e, se aquele mesmo dispositivo autoriza o Juiz, no caso de 'considerar improcedentes as razões invocadas', remeter os autos do inquérito ou peças de informações ao Procurador-Geral da Justiça, evidentemente que, não esclarecendo o texto quais estas 'razões', nada impede que o promotor invoque motivos de oportunidade (cf. Elementos, v. 1, p. 339). 'Data venia', não nos parece assim. O simples fato de a lei exigir, para os pedidos de arquivamento, a Invocação de razões, realça ainda mais o princípio da obrigatoriedade ou legalidade. Além do mais, o texto do art. 28 não pode ser interpretado isoladamente. Se o art. 24 diz que 'nos crimes de ação pública esta será iniciada por denúncia do Ministério Público', mostrando, assim, o dever jurídico imposto ao órgão do Ministério Público de iniciar a 'persucatio criminis in iudicio', conclui-se, cotejando tal dispositivo com a norma que se contém no art. 28, que somente não poderá ser instaurado o processo se não ficar apurada, na investigação preliminar, a prática da infração penal ou sua autoria: (Op. cit., p. 42.)

forçoso reconhecer que entre nós não vigora o princípio da obrigatoriedade pura. Ademais, certa margem de valoração sempre vai existir, por isso é preferível reconhecê-la, invés de, hipocritamente, ser ignorada pelos juristas, [aponta para o abrandamento do princípio da legalidade]. (p. 59-60)

No mesmo sentido se tem, também, o posicionamento do clássico doutrinador José Frederico MARQUES (op. cit.) , entendendo que a mitigação se evidencia no poder de arquivar, que é conferido ao Ministério Público prelecionista:

o poder de arquivar a 'informatio delicti', o Ministério Público não o tem de maneira absoluta. Apesar de 'dominus' da ação penal, ele precisa requerer o arquivamento ao juiz (art. 28, CPP), o que se dá justamente em consequência da legalidade. O órgão judiciário é chamado a intervir, na qualidade de fiscal do princípio da obrigatoriedade da ação penal. (p. 311)

Assim, como é peculiar neste princípio, pode ser verificada a não viabilidade da ação penal, mas o exercício dessa possibilidade está sujeito à fiscalização e ao crivo do Magistrado, que, entendendo de maneira diversa,

recorrerá ao Procurador, a fim de que este se manifeste, e só então é que se arquivará, ou não, o inquérito policial.

Ora, o Ministério Público poderá, verificando qualquer motivo que lhe pareça tornar inconveniente a instauração do processo, levar tal fato ao conhecimento do juiz, e requerer o arquivamento do inquérito, sustentando-se, inclusive, em critérios de oportunidade, que mitigam o princípio da obrigatoriedade, sem lhe tirar a legalidade.

Nesta linha de raciocínio, vêm-se que inúmeras opções são permitidas para se sustentar um pedido de arquivamento, tanto que no art. 43 do CPP, onde a doutrina entende estarem as condições da ação penal, existem opções que fornecem subsídios a tal pretensão, ou seja, o arquivamento.

Na doutrina tradicional, que simplesmente importou conceitos civilistas, estabeleceu-se que as condições da ação seriam a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade "ad causam", e o interesse de agir. Todavia, uma postura vanguardista,

mais adequada e mais comprometida com o Direito Processual pena(estabelece que as mesmas se constituem na tipicidade adequada, na punibilidade concreta, na legitimidade da parte e na justa causa, as quais são adotadas para efeitos desse trabalho, como se apresentam dispostas nos incisos do art. 43 do Código de Processo Penal.

Dessa maneira, segundo esta perspectiva, o órgão do Ministério Público tem largo espaço para o exercício do poder discricionário que lhe é conferido, competindo-lhe verificar a presença, ou ausência, das condições exigidas pela lei e, sob o controle legal de sua discricionariedade, poderá então agir, ou não.

Das condições da ação, a de maior abrangência é a da justa causa, que confere uma gama

infinita de possibilidades, desde que não se restrinja à idéia de que ela esta encartada apenas na parte final do inciso III, do art. 43 do CPP, pois existem inúmeros outros elementos motivadores que a evidenciam, não sendo possível restringi-la ao dispositivo citado.

Assim, há, inexoravelmente, uma mitigação do princípio da obrigatoriedade no ordenamento jurídico pátrio.

Como se afirmou anteriormente, no Anteprojeto de Frederico MARQUES¹⁰ já se previa a possibilidade de ser expressa a justa causa como condição da ação, mas até que a morosidade do legislativo, e o interesse dos políticos permitam, não a encontraremos regulamentada e especificada no Diploma Processual Penal vigente.

⁹ "(no) as condições genéricas da ação penal são: a) tipicidade (art. 43, 10); b) punibilidade concreta (art. 43, 11); c) legitimidade de parte (art. 43, 111, primeira parte); d) justa causa (art. 43, III, segunda parte, combinado com o art. 18 e/ou 648, I), todos do Código de Processo Penal." (João Pedro Gebran Neto, op. cit., p. 43).

¹⁰ "O anteprojeto de Frederico Marques (Projeto de lei 633/75), no seu artigo 82, dispunha sobre a inadmissibilidade da ação penal sem justa causa, e no seu parágrafo único arrematava: 'A acusação que não tiver fundamento razoável nem revelar legítimo interesse, será rejeitada de plano por ausência de justa causa'. Outro não é o espírito do novo Projeto de lei 1.655/83, que no artigo 72 prescreve: 'Só se admite a acusação mediante prova da existência da infração e indícios suficientes da autoria. Parágrafo único: A acusação deve ser rejeitada de plano, por ausência de justa causa, se não tiver fundamento razoável nem revelar legítimo Interesse': (Idem, ibidem, p. 54)

A postura dos Tribunais, na atualidade, tem sido a de ampliar o poder discricionário do Ministério Público, sendo que, diante de uma inviável ação penal, procuram adequar o caso concreto a uma das hipóteses legais, de maneira que a mesma não seja instaurada.

Filiam-se, por conseguinte, ao entendimento de que o Direito Processual Penal brasileiro adota, em seus dispositivos legais, o princípio da obrigatoriedade, ainda que mitigado, e que, portanto, seria impossível se utilizar dos critérios de oportunidade, exceto, obviamente, nos casos que se adaptem à lei. Todavia, em muitas situações, em que a conduta é típica, a parte é determinada, a punibilidade é concreta, não estando ausente qualquer condição exigida pela lei para que se inicie a ação penal, fundamentados em critérios de política criminal, deixam de acolher a propositura da ação.

Assim, buscando-se um posicionamento que concilie a disciplina legal à modernidade do Direito, surge uma postura mais branda, que contempla, em nosso Diploma Processual, e com muita propriedade, a vigência do princípio da legalidade, não

obstante mitigado pelas permissões contidas na própria Lei.

7 - CONCLUSÃO

Pelo até aqui expandido, há de se concluir que, pelas características do princípio da obrigatoriedade (ou legalidade), bem como da oportunidade, e da discricionariedade regrada, considerados os aspectos positivos e negativos, parece ser mais adequado à realidade processual o último.

O primeiro apresenta-se de extrema rigidez, não permitindo um juízo valorativo sobre as condutas que chegam às mãos do representante do Ministério Público, devendo o mesmo agir sempre, independentemente da gravidade das causas que podem obstar a viabilidade da ação penal.

Como consequência da vigência plena de tal princípio, onerar-se-ia demasiadamente o Poder Jurisdicional, que se veria obrigado a proferir decisões sobre causas que, anteriormente, já se sabia, não iriam prosperar; sendo dispendiosa e desnecessária a manifestação do órgão julgante.

O princípio da oportunidade, por sua vez, coloca nas mãos do Ministério Público um poder excessivo, podendo o mesmo decidir sobre a propositura, bem como pela continuidade, do processo criminal. Tal fato, indubitavelmente, é gerador de insegurança, tanto para os jurisdicionados como para a Justiça.

Não é preciso fazer uma verificação aprofundada para se perceber que a concentração de poder, mormente isento de fiscalização, faz com que os interesses pessoais, quando não escusos, se mostrem estimuladores dos atos a serem realizados.

Esta liberdade excessiva, sem subordinação hierárquica ou finalística, é um risco que não se pode admitir num Estado Democrático de *Direito*, pois avilta as garantias e direitos fundamentais dos cidadãos.

Coerente, e de relevante viabilidade, se mostra o princípio da discricionariedade regrada (ou da obrigatoriedade relativa), pois, sem perder de vista os critérios de legalidade, permite-se uma valoração das condutas, perscrutando o quanto é significativa a instauração da ação

penal.

Afinal, confere discricionariedade ao Promotor de Justiça, mas não o dota de poderes ilimitados, à medida que ele deve agir segundo os parâmetros da lei, e dentro dos limites por ela fixados.

Este é o ideal. Todavia, não como é aplicado em território brasileiro, meio às escuras, mas devidamente regulamentado por um diploma que permita sua utilização sem as rugas da obscuridade e das omissões legislativas.

Há, inclusive, no exercício deste princípio, espaço para ser verificada a oportunidade, ainda que esteja ela sujeita ao crivo do Judiciário, que *limita* os abusos e controla possíveis excessos.

Assim, não sobejam dúvidas de que esta postura intermediária e ponderada é a melhor solução para a questão da propositura da ação penal pública no sistema jurídico pátrio.

Por fim, atendendo à proposta deste estudo, é de se concluir que o princípio da obrigatoriedade está em plena vigência no Direito Processual Penal Brasileiro, não

obstante se manifeste de uma forma mitigada, e não em sua essência.

Salienta-se, ainda, que esta mitigação, em tese, é irregular, não havendo, excetuando-se algumas poucas previsões legais - como na Lei 9.099/95 - previsão expressa de abrandamento deste princípio.

Neste contexto, mostra-se louvável a manifestação legislativa que ao abrandar a obrigatoriedade, nunca tem concedido excesso de

poderes ao Ministério Público, sempre primado pela manutenção da exigência legal, ou seja, da legalidade.

Igualmente digno é o posicionamento dos juízes de primeiro grau, bem como dos Tribunais, que alicerçados nas diretrizes da moderna política criminal têm conferido sustentação à aplicabilidade do princípio da obrigatoriedade mitigado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias & LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*. São Paulo: RT, 1995.

GEBRAN NETO, João Pedro. *Inquérito Policial: O Arquivamento e o Princípio da Obrigatoriedade*. Curitiba: Juruá, 1996.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 1 ed. rev. e

atual. Campinas: Bookseller, 1997.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 2 ed., São Paulo: Atlas, 1993.

JARDIM, Afrânio Silva. *Ação Penal Pública: Princípio da Obrigatoriedade*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 15 ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1994.