

A LEI Nº 9.099/95 E O PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE

TÂNIA MARIA NAVA MARCHEWKA
Promotora de Justiça do MPDFT

O trabalho em apreço insere-se no campo do Processo Penal e da nova Lei nº 9.099/95, completando o Princípio da Obrigatoriedade do exercício da ação penal. O objetivo é o de apresentar as divergências doutrinárias para melhor compreensão e as conseqüências da aplicação da referida lei.

A participação do autor da infração na escolha da resposta penal recém-introduzida no ordenamento jurídico veio inovar substancialmente o Direito pátrio. Segundo as ponderações dos doutrinadores Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, E. Damásio de Jesus, entre outros, as inovações são conseqüências de movimentos da política criminal.

A nova lei criou possibilidade de transação no âmbito penal, o que alterou o cunho do Processo Penal clássico, subvertendo alguns dos princípios basilares.

A finalidade do presente trabalho é investigar as influências, conseqüências e interferências por que passa o sistema penal clássico, em face da divergência doutrinária com respeito especial à aplicação do Princípio da Obrigatoriedade do exercício da ação penal pública.

Tecem, outrossim, os doutrinadores: Ada Pellegrini Grinover e outros (Luiz Flávio Gomes, Afrânio Silva Jardim, César Roberto Bitencourt, Paulo Lúcio Nogueira, Weber Martins Batista, Maurício Kuhene, Félix Fischer, Fábio Luiz Medeiros Guaragni, André Luiz Medeiros Jung, E. Damásio de Jesus, entre outros) considerações sobre a corrente mitigação do princípio da obrigatoriedade com o da oportunidade (regrada), inovando na doutrina.

Ademais, autores como Luiz Flávio Gomes, Ada Pellegrini e Afrânio Silva Jardim, entre outros, deixam claros os questionamentos que o novo modelo de Justiça Criminal traz ao ser testado, fazendo-nos refletir sobre alguns aspectos: a conciliação do princípio da oportunidade regrada instituído pela Lei nº 9.099/95 fere o Princípio da Obrigatoriedade? O novo modelo de justiça criminal alterou o cunho do Processo Penal clássico, subvertendo alguns de seus

princípios basilares? Qual o papel do Ministério Público na transação penal? Ocorreu a mitigação do Princípio da Obrigatoriedade no exercício da ação penal? A transação é uma faculdade do Ministério Público? O Ministério Público terá poder ilimitado? O Ministério Público poderá ou não propor a transação penal? Isso fica ao alvedrio deste ou daquele Promotor de Justiça? Discricionariedade é isso? O Ministério Público tem o poder discricionário ilimitado? No sistema acusatório, tem o Ministério Público o poder discricionário? Ao propor a transação penal, tem o Ministério Público de atribuir, ao autor do fato, uma conduta? Tem de fazer uma imputação? O Ministério Público está indo ao Poder Judiciário manifestando uma pretensão e sugerindo uma determinada pena? O Ministério Público, ao propor a pena, estaria exercendo algum tipo de ação?

Cumprе ressaltar que destacamos essas indagações partindo dos ensinamentos do mestre Afrânio Silva Jardim, que já apontou sua análise crítica ao novo sistema processual penal.

Portanto, os parâmetros teóricos que utilizamos neste texto convergem para as divergências da doutrina, bem como para sua conciliação com os princípios do Processo Penal.

A LEI Nº 9.099/95 E O PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE

Nosso trabalho leva à análise da obrigatoriedade do exercício da ação penal pública no Direito brasileiro.

Consagrou-se, na visão doutrinária, o Princípio da Obrigatoriedade da ação penal, assim resumido por Hélio Tornaghi: "não fica ao arbítrio do Ministério Público mover ou não mover a ação (...) obrigatoriedade e indissidibilidade são formas de uma só realidade jurídica: a indisponibilidade. Dispor da ação penal acarretaria dispor da punição, o que não é dado a este órgão do Estado e sim a outros (...)"¹

José Frederico Marques² diz o seguinte, "(...) Se a própria *notitia criminis* é obrigatória, em tais situações, como se admitir que deixe de denunciar um inquérito policial e peças de informações sobre a prática de algum crime?"

Consoante o Princípio da Obrigatoriedade, o Ministério Público é obrigado a propor a ação penal tão logo tenha, em mãos, a notícia do crime e os elementos mínimos que possibilitem o oferecimento de denúncia.

Explorando o pensamento evolutivo do Professor Afrânio Jardim

(1994:17), que analisa, sistematicamente, o Princípio da Obrigatoriedade, percebemos que o ilustre processualista entende que o Princípio da Obrigatoriedade não é permeável a todo o sistema do Código de Processo Penal, informando que o princípio da oportunidade forma um microsistema autônomo.

Observa-se, nos estudos do referido professor, uma das incompatibilidades da mitigação do Princípio da Obrigatoriedade com o novo sistema processual penal. Aí, também, inauguram-se questões jurídicas, despertando a atenção para as mudanças no sistema com a aplicação do instituto da transação penal. Quase sempre, as atenções estão sendo despertadas para a natureza jurídica da medida despenalizadora. Isso leva a questionamentos acerca das relações do autor da infração com o Ministério Público.

Apesar das fundamentações de processualistas e penalistas renomados acerca da atual doutrina, que já se posicionou pela mitigação do Princípio da Obrigatoriedade, bem como da evolução político-criminal da transação penal, permanecem dúvidas acerca de questões jurídicas relevantes para a compreensão da medida. O contorno dessas questões leva à análise da teoria da ação penal pública, pois a pretensão deduzida na

ação penal condenatória é a pretensão condenatória.

Em relação à abordagem teórica, buscamos analisar o Princípio da Obrigatoriedade, da processualização do poder-dever de punir do Estado, partindo de pesquisa calcada em textos jurídicos voltados para a problemática do instituto da transação penal, com a idéia de avaliar o instituto em questão em face do Princípio da Obrigatoriedade do exercício da ação penal pública.

SISTEMA DA AÇÃO PENAL PÚBLICA

Com respeito à sistemática da Ação Penal Pública, partimos do posicionamento da ilustre processualista Ada Pellegrini Grinover et al (1995), enfatizando o seguinte posicionamento:

(...) Parte-se da idéia de que, se a ação implica pedido de provimento de cada ordem e se as ações se diferenciam entre si também na medida em que os provimentos sejam diferentes, será lícito classificá-las com base nesse seu elemento (...) As ações penais deduzem, pois, a pretensão deduzida, como por exemplo, a ação penal condenatória deduz a pretensão condenatória (...). (p. 264-269)

NATUREZA JURÍDICA DA AÇÃO PENAL PÚBLICA

Cumpramos ressaltar, desde já, os ensinamentos do Professor Afrânio Silva Jardim, em seu estudo acerca da Teoria da Ação Penal Pública (1990: 100-214), em que o referido autor, com muita propriedade, analisa a natureza jurídica da ação penal e, mais especificadamente, quando, no capítulo referente a ação penal pública diz: "(...) a evolução se fez de que o sistema acusatório rígido e individualista para uma crescente publicação deste sistema, decorrente do aparecimento do Ministério Público como titular do direito de ação (...)"

Esclarece, ainda, a fls. 129, que "(...) modernamente, a teoria da ação deixou de ser pólo metodológico da ciência do processo, estando os estudiosos mais preocupados com o objeto do processo e da demanda, como categorias de todo o sistema acusatório (...)"

Referindo-se à pretensão no processo penal de conhecimento, o renomado autor, em seus estudos sobre o processo penal, ao fazer uma reflexão (p. 28-57), diz que: "(...) o que torna a existência do processo é a pretensão manifestada em juízo, exteriorizada pelo pedido e delimitada pela causa de pedir ou imputação (...)"

Desse modo, o autor demonstra que, no processo de conhecimento, de acordo com a pretensão manifestada é que se chega à natureza jurídica da ação penal.

Nota-se que seria, partindo da natureza jurídica da pretensão do autor, manifestada em juízo e exteriorizada pelo pedido, pela causa de pedir é que se chega à natureza jurídica da ação penal (condenatória, constitutiva ou declaratória).

Portanto, partindo da natureza jurídica da pretensão do Ministério Público ao sugerir pena de multa ou pena restritiva de direitos, questionar-se-ia: que tipo de ação estaria, aqui, exercendo o Ministério Público?

Afrânio Silva Jardim (1996 c), em recente trabalho, intitulado "Os Princípios da Obrigatoriedade e da Indisponibilidade nos Juizados Especiais Criminais", enfrenta a questão da seguinte forma:

(...) quando o Ministério Público apresenta em juízo a proposta de aplicação de pena não-privativa de liberdade, prevista no art. 76, da Lei nº 9.099/95, está exercendo a ação penal, pois deverá, ainda que de maneira informal e oral — como a denúncia

— fazer uma imputação ao autor do fato e pedir a aplicação de uma pena, embora esta aplicação imediata fique na dependência do assentimento do réu. Em outras palavras, o Promotor de Justiça terá de, oralmente como na denúncia, descrever e atribuir ao autor uma conduta típica, ilícita e culpável, individualizando-a no tempo (prescrição) e no espaço (competência de foro). Deverá, outrossim, a nível de tipicidade, demonstrar que tal ação ou omissão caracteriza uma infração de menor potencial ofensivo (competência de juízo), segundo definição legal (art. 61). Vale dizer, na proposta se encontra embutida uma acusação penal (imputação mais pedido de aplicação de pena).

Entendendo o fenômeno processual desta forma, fica fácil compreender como o Juiz está autorizado a aplicar a pena aceita pelo réu. Não há violação do princípio *poena sine iudicio*. Este é o devido processo legal.

Portanto, a natureza jurídica da pretensão do autor deduzida em juízo, exteriorizada no pedido, pela causa de pedir no caso, a pretensão punitiva seria condenatória.

Como se vê, de acordo com os

ensinamentos de Afrânio Silva Jardim, a ação seria classificada como ação penal condenatória. Eis que, na hipótese de transação, esta visarà à punição do autor a uma pena não-privativa de liberdade.

PRINCÍPIOS QUE INFORMAM A AÇÃO PENAL PÚBLICA

A Lei nº 9.099/95 e o Princípio da Obrigatoriedade

Afrânio Silva Jardim, no recente trabalho acima referido, chama a atenção para as diversas interpretações, afirmando que, sem a análise cuidadosa dos postulados dos princípios que informam o nosso sistema processual acusatório, já se está criando, na doutrina, com reflexos na jurisprudência, mudanças no sistema processual penal, contra o que se manifestou da seguinte forma:

Divergindo da doutrina majoritária, entendemos que a Lei nº 9.099/95 não mitigou o princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal pública condenatória. Não aceitamos dizer que nos Juizados Especiais Criminais vigora o princípio da discricionariedade regulada ou controlada.

Na verdade, o legislador não deu ao Ministério Público a possibili-

dade de requerer o arquivamento do termo circunstanciado e de peças de informação que o instruírem quando presentes todas as condições para o exercício da ação penal. Vale dizer, o sistema do arquivamento continua sendo regido pelo Código de Processo Penal, descabendo ao Ministério Público postular o arquivamento do termo circunstanciado por motivos de política criminal. Aqui também não tem o *parquet* discricionariedade que lhe permita manifestar ou não em juízo a pretensão punitiva estatal.

E, enfatiza, ainda, o renomado autor que:

"(...) Destarte, presentes os requisitos do § 2º, do art. 76, poderá o Ministério Público exercer a ação penal de dois modos: formulando a proposta de aplicação de pena não-privativa de liberdade, após atribuir ao réu a autoria ou participação de uma determinada infração penal, ou apresentar a denúncia oral. Nas duas hipóteses, estará o Ministério Público em juízo uma pretensão punitiva estatal. Assim, a discricionariedade que existe está restrita apenas entre exercer um

tipo de ação penal ou outro. Falando um daqueles requisitos, não cabe a proposta e o Ministério Público terá o dever de oferecer a denúncia, tendo em vista o Princípio da Obrigatoriedade do exercício da ação penal”.

Assim, retomando a divergência na doutrina acerca do problema apontado, cumpre ressaltar a posição de José Emmanuel Burle Filho e Eduardo Silveira Melo Rodrigues (1996):

(...) É necessário lançar, ainda uma vez, indagação da mais alta relevância: o Princípio da Obrigatoriedade da ação penal deve ser examinado de forma diversa após a nova ordem jurídica advinda da Carta de 1988? Sim, ousamos, porque nenhum Promotor de Justiça pode ser obrigado a deduzir denúncia que atente contra os princípios da moralidade, finalidade e razoabilidade, consagrados no texto maior. Temos, portanto, na atualidade, a consagração da obrigatoriedade mitigada, cuja semente foi lançada, entre nós, pelo mestre Frederico Marques, que já dizia que “em se tratando de infração de pouca monta, pode o Ministério Público, em face de cir-

cunstâncias próprias do caso, entender que não deve acusar” (*In Elementos de Direito Processual Penal* [S.L.]: Forense, 1965. v. II. p. 171.).

E, continuando a exposição, os autores mencionados afirmam o seguinte:

(...) O que se disse, finalmente, é que sem que se afirme a disponibilidade da ação penal, tem o Promotor, hoje e exclusivamente, o direito a um juízo de oportunidade, que vai desde a não propositura da ação até a transação instituída recentemente, mas sempre com a razoabilidade da persecução penal, tudo calcado, sempre, na significância social do fato sob exame.

Assim, os autores acima afirmam, citando o professor Frederico Marques, o seguinte:

(...) Com o passar do tempo, surgiram afirmações mais arrojadas, no sentido de uma indisponibilidade, por se dizer, relativa, da ação penal. Assim é que Frederico Marques, com o espírito inovador e percuciente que o caracterizou, observava tratar-se de

uma obrigatoriedade mitigada a de acusar: "A falta de base para a denúncia, ao Ministério Público é que cabe examinar, expondo, para isso, no pedido de arquivamento, as razões em que se funda para deixar de acusar. Há falta de base para a denúncia quando a prova colhida no inquérito não autoriza qualquer acusação, ou por não haver indícios de autoria, ou por não demonstrar, ao de leve que seja, a prática do crime. Além disso, em se tratando de infração de pouca monta, pode o Ministério Público, em face de circunstâncias próprias do caso, entender que não deve acusar"(...) A última assertiva já se constituía, sem dúvida, numa primeira admissão do princípio da oportunidade por parte do órgão de acusação, a abalar o antes sólido edifício da indisponibilidade da *persecutio criminis* () O Princípio da Obrigatoriedade, além disso, sofreu expressa atenuação, ou exceção constitucional, ao prever-se a conciliação e a transação nas infrações de menor potencial ofensivo, a serem apreciadas por Juizados Especiais (art. 98, I, da CF) (...)

Uma das propostas inovadoras, que tem surgido, é bem esta: a iniciativa da ação penal pública, privativa do

Ministério Público, submete-se ao princípio da indisponibilidade apenas nos seus estritos termos processuais: o da verificação das condições legais, sem prejuízo da verificação da significância social da conduta (...)

E, partindo da concepção, que chamam de tradicional, citam o professor Hélio Tornaghi, na seguinte formulação:

OBRIGATORIEDADE. O código consagra ainda regra da obrigatoriedade da ação penal, traduzida na expressão que será promovida (art. 24). Não fica ao arbítrio do Ministério Público mover ou não mover a ação. Evidentemente, consistindo a ação (condenatória) em pedir ao Juiz que aplique pena em alguém por fato tipicamente antijurídico e culposo, a ação somente poderá ser promovida se houver prova do fato e, pelo menos, suspeita de autoria, e só deverá sê-lo se não ocorrer qualquer das circunstâncias do art. 43, uma vez que, segundo esse dispositivo do Código de Processo Penal, como cumprimento disso, a denúncia ou queixa será rejeitada quando:

l — o fato narrado evidentemente

não constitui crime;

II — já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa;

III — for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal.

Dizem os autores:

Daí se insere, a *contrario sensu*, que, fora desses casos, o Ministério Público está vinculado, está obrigado a intentar a ação penal (TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal* [S.L.]: Saraiva, 1980. v. I. p. 45.).

Mais modernamente, no mesmo sentido, o ensino de Afrânio Silva Jardim (*In Ação penal pública — Princípio da Obrigatoriedade*. [S.L.]: Forense, 1988), José Henrique Pierangeli e José Carlos Xavier de Aquino (*In "Da Oficialidade e da Obrigatoriedade"*. *Justitia* v. 122/70), entre outros.

Já o Professor Weber Martins (1996) entende o seguinte:

(...) Na ação penal pública, o órgão do Ministério Público está, entre nós, sujeito ao princípio da legalidade, ou da obri-

gatoriedade. Presentes os pressupostos que permitem a propositura da ação, não tem ele escolha: é obrigado a oferecer denúncia, a dar início à ação penal. Na ação penal de iniciativa privada, ao contrário, o ofendido, em razão do princípio da oportunidade, tem a faculdade de propor ou não a ação penal.

Após citar os países europeus, que adotam, na ação penal pública, o Princípio da Oportunidade, entre eles, a Alemanha, o autor cita os países em que, nos ilícitos de menor gravidade, o órgão do Ministério Público poderá optar, em razão da pequena importância do fato, por não propor a ação penal. Entretanto, entre nós, diz o seguinte:

(...) até então, de acordo com as normas do Código de Processo Penal, o Princípio da Obrigatoriedade absoluta. Mesmo quando o fato era de pequena importância, se se tratasse de ação penal pública, o Ministério Público não tinha outra alternativa senão oferecer a denúncia.

A Lei nº 9 099/95 não derogou esse princípio, ou seja, não adotou, nos crimes de ação penal pública, o princípio da disponi-

bilidade. O Ministério Público continua não tendo o que Pierre Bouzat, citando Frederico Marques, denunciou em um discreto direito de perdão (MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. 1961. v. I. p. 335). Apesar disso, esta Lei deu um importante passo à frente ao permitir que, nos ilícitos abrangidos por ela, possa haver transação, ou seja, possa o órgão do Ministério Público, na audiência preliminar, em vez de denunciar o autor do fato ilícito praticado, propor-lhe a aplicação de uma pena menos severa não-privativa de liberdade.

Transação implica cada uma das partes interessadas ceder alguma coisa. No caso, o Ministério Público abre mão do direito de propor a ação e pleitear a condenação do autor a uma pena de prisão. O autor do fato, do direito ao processo, com todas as garantias do devido processo legal.

Retomando os ensinamentos da Professora Ada Pellegrini Grinover (1996) ao tratar da obrigatoriedade e oportunidade reguladas por lei, enfatiza-se o seguinte:

(...) O modelo processual penal clássico da América Latina atém-

se rigorosamente ao princípio estrito da legalidade (obrigatoriedade do exercício da ação penal pública), sem exceções. Também a doutrina sempre defendeu intransigentemente o Princípio da Obrigatoriedade, acima de qualquer demonstração especulativa (fim das teorias absolutas para justificar a pena e acolhimento das teorias utilitárias) ou empíricas (impossibilidade de perseguir todos os delitos e métodos ocultos de seleção que a prática emprega). Sem embargo, o novo processo deu-se conta da falácia e da hipocrisia da adoção rigorosa do Princípio da Obrigatoriedade. Na prática, operam diversos critérios de seleção informais e politicamente caóticas (...) Assim, a Constituição Brasileira de 1988 abriu a possibilidade de transação, nas pequenas causas penais, permitindo que a legislação a regule. (...) O Código – Modelo para Ibero-América prevê o arquivamento do processo pelo Juiz, a pedido do Ministério Público, nos casos de oportunidade que forem previstos pela lei penal, fornecendo, *in nota*, exemplos de hipóteses legais que poderão ser seguidas pelos países interessados (...) (p. 215-217)

Todavia, note-se que a Lei nº 9.099/95 não deu ao Ministério Público a possibilidade de propor ou não a ação penal pública em face do crime ser de pequeno potencial ofensivo. A possibilidade da adoção do princípio da oportunidade teria de ser regulada em lei. No entanto, o legislador não estabeleceu esta mitigação. Assim, ficamos, com a doutrina, sempre autorizada, de Afrânio Silva Jardim e Weber Martins, no sentido de que permanece o rigorismo do Princípio da Obrigatoriedade.

A reforma do Código de Processo Penal no Brasil, ainda em tramitação, poderá permitir a aplicação do princípio da oportunidade nos moldes dos países da Europa.

Aqui abrimos um parêntese para concordar com a Professora Ada Pellegrini Grinover, quando esta diz que, na prática, operavam diversos critérios de seleção informais e politicamente caóticos para os delitos de pequena monta.

A referida autora (1996), além dessas críticas, afirma (p. 274) que a reforma do Processo Penal na América Latina caminhou no sentido da preservação do Princípio da Obrigatoriedade, mitigando-o com o da discricionariedade regulada. Diz que esse critério foi adota-

do porque atribui à lei, com controle jurisdicional, a seleção dos casos, ao princípio puro da oportunidade, sendo que, com esse critério, a referida seleção ficaria ao arbítrio do Ministério Público.

Cumprе destacar o posicionamento do Professor Fernando da Costa Tourinho (1996), feito após o advento da Lei nº 9.099/95:

(...) Em se tratando de ação penal pública incondicionada, ela é regida pelos Princípios da Obrigatoriedade ou legalidade, oficialidade, indisponibilidade, indivisibilidade e intranscendência. No que toca à obrigatoriedade, o próprio art. 24, sob comentário, diz que, nos crimes de ação penal pública, esta será iniciada por denúncia do Ministério Público. A forma imperativa (será iniciada) demonstra sua obrigatoriedade ou legalidade, tanto mais que, para o Ministério Público deixar de promovê-la, deve invocar (razões), como se observa no art. 28.

Há países em que se permite ao Ministério Público o poder de julgar da conveniência quanto à propositura da ação penal. Na França, se o Ministério Público considera a infração de pouca im-

portância (...) O mesmo se dá na Alemanha (...), quando insignificantes as conseqüências do fato ou quando não houver interesse público em jogo. Trata-se, aí, do princípio da oportunidade, diferente do princípio da legalidade. Neste, o Ministério Público não pode julgar a conveniência, ou não, da propositura da ação penal. Naquele, sim, (...) o art. 98, I, da nossa Constituição autorizou a (transação) em infrações de pouca monta, e a Lei nº 9.099/95 disciplinou a matéria (...) Por isso mesmo, com olhos voltados para o número estonteante de inquéritos pertinentes a infrações de menor potencial ofensivo, os nossos legisladores constituintes, embora não quisessem adotar o princípio da oportunidade, por entendê-lo anti-ético, limitaram-se a mitigá-lo, adotando a transação na presença de todos os sujeitos processuais principais: Juiz, acusador e acusado. Salvante essas infrações de pouca monta, o princípio da legalidade ou obrigatoriedade é adotado em toda a sua pureza (...)

Diz, ainda, o ilustre autor que o princípio da oficialidade da ação penal pública indica que o Ministério Público é o órgão oficial para promover a ação

penal pública. Entretanto, enfatiza que esse princípio não é absoluto, porque, em havendo desídia do titular da ação penal, o Estado permite ao próprio ofendido assumir a posição de *dominus litis*, conforme dispõe o art. 29, do Código de Processo Penal.

Em relação ao princípio da indisponibilidade, diz o Professor Fernando da Costa Tourinho que, conforme a Lei nº 9.099/95, esse outro princípio mereceu uma certa mitigação:

(...) Na verdade, sendo possível a transação, após a denúncia, nas infrações de menor potencial ofensivo (art. 79, da Lei nº 9.099/95), e sendo possível a suspensão condicional do processo em toda e qualquer infração cuja pena mínima cominada não exceda a um ano e mesmo nas infrações de menor potencial ofensivo, desde que satisfeitos os requisitos previstos no parágrafo 1º, do art. 89, da Lei dos Juizados Especiais Criminais, parece claro que o legislador deu um passo à frente, mitigando, nessas infrações de menor e médio potencial ofensivo, o princípio da indisponibilidade da ação penal (...)

Entendendo que, neste princípio, ocorreu a mitigação, conforme a maioria

da doutrina, Afrânio Silva Jardim assim se posicionou (1996 b):

(...) resta dizer poucas palavras sobre a sistemática da suspensão condicional do processo, prevista no art. 89, da Lei nº 9.099/95, instituto que não é peculiar aos Juizados Especiais Criminais. Aqui, forçoso é reconhecer que houve uma clara mitigação ao princípio da indisponibilidade da ação penal pública condenatória, previsto no art. 24, do Código de Processo Penal. Oferecida a denúncia, pela sistemática do Código, não tem o Ministério Público disponibilidade do processo; a pretensão punitiva foi deduzida e será apreciada pelo Juiz, ainda que o próprio Ministério Público opine pela absolvição do réu, consoante autorizado pelo art. 385, do Código de Processo Penal. Presentes os pressupostos processuais e as condições da ação, o pedido de condenação vai ser julgado, entrando-se no mérito do processo. Entretanto, se o crime imputado ao réu tiver pena mínima cominada igual ou inferior a um ano, presentes aos requisitos do art. 89, da Lei Especial, tem o Ministério Público a faculdade

jurídica — a lei diz poderá propor — de sugerir ao réu a suspensão da relação processual mediante determinadas condições. Cumpridas tais condições no prazo fixado entre dois a quatro anos, estará extinta a punibilidade do acusado. Desta forma, o Ministério Público dispôs *da res deducta in iudicio*, o que lhe era espressamente vedado anteriormente para todas as infrações penais (...)

Ainda sobre a questão da mitigação do Princípio da Obrigatoriedade, Afrânio Silva Jardim, em palestra proferida na Associação Mineira do Ministério Público, em dezembro de 1996, já se posicionara da seguinte forma:

(...) Em alguns países, com reformas processuais recentes, o Ministério Público não tem o dever de oferecer a denúncia e, por motivo de política criminal, poderá deixar de denunciar e requerer o arquivamento da investigação criminal. Suponhamos que a nossa Lei dissesse isto, o réu teria o direito subjetivo ao arquivamento do inquérito policial? Não. Seria apenas uma mitigação ao Princípio da Obrigatoriedade. O nosso legislador

não foi a tanto, diz que o Ministério Público não pode deixar de denunciar e requerer o arquivamento nem a pena, mas pode requerer uma pena mais benevolente para o réu. Muda, a nível de sistema, a situação? Não. Ele tinha o dever de denunciar, mas, para essas infrações penais, ele não tem o dever de denunciar. Isso outorga ao réu o direito subjetivo de não ser processado? Parece-nos que não. Parece-nos que é uma faculdade que tem o Ministério Público naqueles casos, e, mesmo assim, só a pode exercer preenchidos determinados requisitos legais, não oferecendo a denúncia e sugerindo uma pena mais benevolente para o réu. Isso não seria, a nosso juízo, um direito subjetivo do réu, mas uma faculdade do Ministério Público (...)

A AÇÃO PENAL PÚBLICA EM FACE DA LEI Nº 9.099/95

Interessante ressaltar aqui, com o advento da Lei nº 9.099/95, a alteração da ação penal nos crimes de lesão corporal leve e culposa, que continuam sendo de ação pública, mas dependerão de uma condição por parte de ofendido

(a representação). Indaga-se: esses crimes passaram a afetar imediatamente o interesse do particular (o ofendido), ficando dependente deste a promoção da ação penal?

Cesar Roberto Bittencourt (1996: 96 e 97) entende que "(...) Substituir a ação penal pública incondicionada pela pública condicionada é, a nosso juízo, a forma mais inteligente e mais prudente de despenalizar condutas que, embora continuem a merecer a proteção jurídico – penal, não justificam o **Princípio da Obrigatoriedade**, quer pela importância do bem jurídico, quer pelo desvalor da ação ou mesmo pelo desvalor do resultado" (negrito nosso).

Portanto, agora, com a ação penal pública condicionada, nesses crimes, o Estado atribui ao ofendido o direito de avaliar a conveniência e a oportunidade de promover a ação penal, pois este poderá preferir suportar a lesão sofrida do que se expor nos tribunais. Na ação penal pública condicionada, diz, o referido autor, que há uma relação complexa de interesses, do ofendido e do Estado (de um lado, o direito legítimo do ofendido de manter o crime ignorado; de outro, o interesse público do Estado de punir). Pelo princípio da oportunidade, o ofendido, antes do oferecimento da denúncia, pode retratar-se, isto é, desis-

tir de processar o representado (art. 102, CP).

Afrânio Silva Jardim (1994: 53 e 54), em complexo estudo acerca de questões relevantes ao contexto da ação penal pública, sem se preocupar com a classificação, explica questões relacionadas ao exercício dessa ação, com preocupação voltada para a interpretação do sistema processual à luz do Princípio da Obrigatoriedade do exercício da ação penal, seu significado e campo de incidência, bem como seu conteúdo, demonstrando a operacionalidade desse princípio do Código de Processo Penal. Assim, salienta o referido autor que: "(...) Grande parte da doutrina mais autorizada enfatiza que o Princípio da Obrigatoriedade do exercício da ação penal pública é, sob certo aspecto, um consectário lógico do princípio da oficialidade da ação penal condenatória. Em outras palavras: se a aplicação do Direito Penal depende da atuação dos órgãos públicos, devem eles agir inarredavelmente."

Após transcrever os ensinamentos de eminentes processualistas, diz:

(...) passaremos a examinar a incidência deste poder-dever que tem o Ministério Público de propor a ação penal, vale dizer, me-

diante do preenchimento de em que condições deve o órgão estatal ingressar em juízo com a sua pretensão punitiva. Por outro lado, cabe também desmitificar a afirmativa de que o Princípio da Obrigatoriedade tornaria o órgão do Ministério Público um verdadeiro autônomo, retirando-lhe qualquer juízo de valoração sobre os fatos e o direito a ser aplicado (...) O dever de exercitar a ação penal pública somente surge diante de determinada situação fática, diante da presença de determinadas condições previstas pelo legislador (...)

Parte, pois, o citado mestre, do entendimento de que não haverá como conduzir a intensidade do dever de agir que recai sobre o Ministério Público. Diz ele que: "o Princípio da Obrigatoriedade é daqueles que não admite aplicação parcial, sob pena de se desfigurar."

Afirma que alguns autores (processualistas) chegam a ver, na possibilidade de arquivamento da *notitia criminis* ou inquérito (Brasil), uma forma de compromisso entre a Obrigatoriedade e o Princípio da Oportunidade e ainda, que a necessidade de o Ministério Público fundamentar o requerimento de arquivamento também serviu de argumento para

justificar a mitigação ao princípio da obrigatoriedade.

Diz ainda:

(...) 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 a sua plenitude, como regra geral, 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.

Destarte, colocamos as coisas em seus devidos termos, não vemos como a norma possa criar um poder vinculado em conjunto com o poder discricionário. Seria o mesmo que dizer ao Ministério Público que deva agir se julgar conveniente.

O que ocorre, na verdade, é que o dever de exercitar a ação penal pública somente surge diante de determinada situação fática (...)

Convém, aqui, ressaltar as notas introdutórias acerca do Princípio da

Obrigatoriedade trazidas por Luiz Flávio Gomes (1995)

(...) Sabemos que o princípio da legalidade processual (ou da obrigatoriedade, ou da oficialidade, ou da necessidade ou, ainda, da indisponibilidade) impõe o dever de atuação aos órgãos oficiais encarregados da investigação (CPP, art. 5º) e da ação penal (CPP, art. 24), nos crimes de ação pública. Nestas hipóteses, de acordo com a postura doutrinária clássica, tanto a Polícia Judiciária como o Ministério Público devem agir compulsoriamente para apurar e denunciar a infração, respectivamente, ainda que seja de escassa gravidade. Não contam com nenhuma disponibilidade, ao contrário, vale o dever de persecução e de acusação. (p. 28 e 29)

Diz, ainda o autor que: "(...) Uma das grandes novidades da moderna política criminal (sobretudo européia) para enfrentar racionalmente a criminalidade pequena e média consiste na adoção do princípio da oportunidade, que é exceção e ao mesmo tempo complemento do princípio da legalidade processual (obrigatoriedade)."

Afrânio Silva Jardim, dizia:

(...) Não é incomum encontramos autores de nome sustentando que determinado sistema processual mitiga o Princípio da Obrigatoriedade da ação penal pública. Fala-se, pois, em Princípio da Obrigatoriedade ou legalidade mitigada.

Se bem examinarmos os fundamentos de tal doutrina, veremos que, no fundo, tem ela algo de impreciso: não percebemos que o dever de agir somente surge para o Ministério Público quando os pressupostos legais se encontrem preenchidos, se encontrem presentes.

A respeito do impacto da Lei nº 9.099/95 no sistema processual penal, diz Ada Pellegrini Grinover et al (1996):

(...) Neste ponto, a lei brasileira insere-se no rico filão que advoga a manutenção, como regra geral, dos Princípios da Obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal pública, abrindo espaço a uma disponibilidade regulada pela lei e submetida ao controle jurisdicional.

Não se trata — fique claro — da adoção do princípio puro da

oportunidade, seguido por ordenamentos como o norte-americano, o francês ou o alemão.

Sendo o Princípio da Obrigatoriedade e da indisponibilidade próprio de nossa tradição jurídica, a lei preferiu seguir modelos como o italiano ou o português, em que, (art. 439 e 556, CPP — art. 392 e ss, CPP) em casos legalmente previstos e balizados, excepciona-se ao princípio da indisponibilidade, abrindo-se espaço à autonomia das vontades, sempre sob o controle do Poder Judiciário. Não se trata, portanto, da oportunidade pura, na qual firmar ou não qualquer acordo com o suspeito ou acusado fica a critério exclusivo do acusador, bastando a concordância da outra parte. (p. 87-89)

Diz, ainda, a autora que "(...) Em última análise, o que a discricionariedade regulada pretende é substituir os mecanismos informais de seleção de casos já operantes na sociedade, introduzindo em seu lugar critérios legais transparentes, racionais e congruentes com as escolhas do direito penal, que também levem à pacificação social."

Classificação dos Princípios da Ação Penal Pública

Segundo a doutrina e a legislação pátria (arts. 24 e 42 CPP; art. 5º, LV, CF de 1988 e art. 43, CPP), os princípios da ação penal pública são:

- 1 princípio da obrigatoriedade – art. 24, CPP;
- 2 princípio da indisponibilidade – art. 42, CPP;
- 3 princípio da oficialidade – art. 24, CPP;
- 4 princípio da intranscendência.

O Juiz fiscaliza o Princípio da Obrigatoriedade, nos moldes do art. 28, do Código de Processo Penal.

A questão que surge aqui é o fato de que, tanto na apreciação do pedido de arquivamento proferido pelo Ministério Público quanto na análise do recebimento da denúncia, o Juiz fica, de certa forma, comprometido com a imparcialidade. Ali, ele exerce uma função anômala.

Há quem entenda, até, que deveria haver, dentro da estrutura do Ministério Público, um órgão especial para fiscalizar o Princípio da Obrigatoriedade, fazendo com que o Juiz ficasse resguardado em sua imparcialidade.

O Professor Afrânio Silva Jardim, apesar de concordar que, na hipótese de

apreciação do requerimento de arquivamento do inquérito, havendo discordância por parte do Juiz e, conseqüentemente, em face do artigo 28, do CPP, sejam os autos encaminhados ao Procurador-Geral, o Juiz fica comprometido em sua imparcialidade. A solução, segundo o critério do referido mestre, seria a arguição do impedimento do Juiz em garantia da imparcialidade.

PRINCÍPIO DA DISCRICIONARIEDADE REGULADA – LEI Nº 9.099/95

Agora, segundo o entendimento de grande parte da doutrina, após o advento da Lei nº 9.099/95, o Princípio da Discricionariedade Regulada é que fundamenta os casos de ação penal nos crimes abrangidos pelo art. 61 do referido diploma legal. Assim, nos casos de ação penal pública (condicionada ou incondicionada), o Ministério Público pode deixar de denunciar e não vai imacular o Princípio da Obrigatoriedade.

Portanto, para esses doutrinadores, deve-se falar em Princípio da Discricionariedade Regradada ou Regulada em lei. Entendem, ainda, que não há uma discricionariedade absoluta nos parâmetros da Lei nº 9.099/95, não se podendo, pois, falar em Princípio da Obrigatoriedade ou Discricionariedade absoluta.

Aqui, chamamos a atenção para o posicionamento do Professor Afrânio Silva Jardim (1994), que, em sua obra *Ação Penal Pública – Princípio da Obrigatoriedade*, diz que, só na falta de alguma condição para o regular exercício da ação ou se a lei criar obstáculo intransponível, não haverá obrigatoriedade no sentido de o Ministério Público manifestar pretensão punitiva, devendo requerer o arquivamento. Assim, diz o referido autor:

(...) Não surgindo o dever de agir, não se coloca a questão da obrigatoriedade da ação penal. A rigor, o Princípio da Obrigatoriedade somente estaria afastado se o Ministério Público, podendo e devendo exercitar a ação, deixasse de fazê-lo por motivos de oportunidade ou conveniência. Mas aí já não estaríamos diante de uma mitigação ao princípio, mas, sim, diante do próprio princípio da oportunidade (p. 54).

O Professor Fernando da Costa Tourinho (1989: 273-291), ao analisar a ação penal, após estabelecer os critérios para a classificação desta, antes do advento da Lei nº 9.099/95, disse o seguinte:

Em se tratando de ação penal

pública incondicionada, destacamos os princípios que a regem. São eles:

- 1 princípio da oficialidade;
- 2 princípio da indisponibilidade;
- 3 princípio da legalidade ou obrigatoriedade;
- 4 princípio da indivisibilidade;
- 5 princípio da intranscendência.

1ª Oficialidade: Quem propõe a ação penal pública incondicionada é um órgão do Estado, o Ministério Público. Órgão oficial, órgão do Estado. Logo, a ação pertence ao Estado. Como este não pode estar em juízo, dada a sua qualidade de pessoa jurídica, institui órgãos com essa finalidade: são os órgãos do Ministério Público. Daí dizer-se que o Ministério Público tem o exercício da ação penal, como esta não lhe pertence, e sim ao Estado. Aí está, pois, o princípio da oficialidade.

2ª Indisponibilidade: Os órgãos do Ministério Público não podem desistir da ação penal, transigindo ou acordando, pouco importando seja ela condicionada ou incondicionada. Entre nós, o art. 42, do CPP, às expensas, veda a desistência da ação penal pública. E esta é tão extensa que chega a atingir

matéria recursal, como se vê pelo art. 575, do CPP.

3ª Legalidade ou Obrigatoriedade: Há discussão a respeito do sistema que melhor consulta os interesses do Estado; se o da legalidade ou obrigatoriedade, que impõe ao Ministério Público o dever de promover a ação penal, ou o da oportunidade, que lhe permite julgar a conveniência ou não da propositura da ação penal.

Enfatiza, ainda, o referido mestre:

(...) Nas legislações que permitem ao órgão do Ministério Público julgar a conveniência ou não da propositura da ação penal, a razão de ser dessa faculdade repousa no aforismo *mínima non curat praetor* (o Estado não se preocupa com as coisas mínimas). O princípio da legalidade é o que melhor atende aos interesses do Estado. Dispondo o Ministério Público dos elementos mínimos para a propositura da ação penal, deve promovê-la (sem inspirar-se em critérios políticos ou de utilidade social). O contrário implicaria atribuir-lhe um desconchavado po-

der de indulto.

Percebe-se, aqui, que o eminente Professor, em sua obra atualizada, muda de posição conforme já destacamos anteriormente. Assim, verifica-se que é, precisamente, no campo da teoria da ação penal, em que é analisada a natureza jurídica da ação penal pública, em que estuda a existência do processo, a pretensão do autor manifestada em juízo, exteriorizada pelo pedido e delimitada pela causa de pedir (imputação), que se vislumbram os mais calorosos debates e divergências, o que deve merecer uma análise mais detida e sistemática, conforme os ensinamentos do Professor Afrânio Silva Jardim.

Impõem-se, agora, algumas considerações acerca dos novos posicionamentos na atual doutrina, procurando, com isso, demonstrar que nenhum dos autores fizeram suas respectivas análises com base na teoria da ação penal, como o fez o eminente professor acima mencionado.

INOVAÇÕES NO TOCANTE À AÇÃO PENAL

Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly (1996), no capítulo intitulado Procedimentos e suas peculiaridades, manifestaram-se da seguinte forma:

PRINCÍPIOS DA OBRIGATORIEDADE E OPORTUNIDADE

A Lei em estudo traz importantes inovações no tocante à ação penal. Talvez a mais importante se situe na mitigação do Princípio da Obligatoriedade, permitindo a transação por parte do órgão da acusação — o Ministério Público —, que é o titular privativo do *jus puniendi*, *ex vi* art. 129, I, da Constituição Federal, com a imediata aplicação de multa, uma medida de direitos e, ainda, a suspensão condicional do processo. Como é cediço, o sistema até então vigente estabelece a obrigatoriedade da ação penal ao órgão da acusação, sempre que, para tanto, dispuser de elementos suficientes (indícios de autoria, prova da existência do crime, etc.). Proposta a ação penal, dela não pode desistir seu titular, vale dizer, não lhe é possível qualquer espécie de acordo ou transação e tampouco abdicar desse poder-dever por motivos de conveniência ou oportunidade (...)

De fato, no esteio do mandamento constitucional, a Lei nº 9.099/95 efetivamente mitigou os Princípios da Obligatoriedade e da

Legalidade, seja pela possibilidade de aplicação imediata da sanção especial, não privativa de liberdade, na fase preliminar (art. 72) e mesmo depois de instaurada a instância penal (art. 81), seja pela adoção da suspensão condicional do processo, sempre por intermédio de acordo (consenso e transação) e, como consequência, com a anuência das partes. (p. 49 e 50)

Já Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes³ afirmaram que "(...) a Constituição Federal de 1988 abriu possibilidades de transação em infrações de menor potencial ofensivo, possibilitando que a legislação penal e processual penal venha a admitir expressamente casos de arquivamento por motivos de conveniência e oportunidade."

Todavia, paralelamente a essa e a outras afirmações, a grande maioria da doutrina entende que a Lei nº 9.099/95 mitigou o Princípio da Obligatoriedade, conforme os autores acima se posicionaram. Aqui, verdadeiramente, reside o ponto principal da questão, brilhantemente levantada pelo eminente Professor Afrânio Silva Jardim, no sentido de que:

É preciso interpretar a Lei nº 9.099/95 dentro dos postula-

dos dos princípios que informam o nosso sistema processual acusatório e não como desejaríamos que o legislador tivesse dito. Na espécie, as diversas interpretações açodadas e simpáticas não contribuem para a boa aplicação da lei, cujo espírito é corretíssimo e salutarmente vanguardista. O caos, que se está criando na doutrina, já com reflexos da jurisprudência, em nada contribui para concretizar as mudanças que devem ser desejadas, mas pode levar ao desprestígio esta importante experiência em nosso País.

Nessa linha de pensamento, o eminente professor tem defendido os postulados do nosso sistema processual penal. Entretanto, o referido autor não deixa de reconhecer a contribuição da nova lei, se aplicada com cautela e dentro dos postulados que informam nosso sistema processual penal, uma vez que o legislador, na Lei nº 9.099/95, abriu a possibilidade de transação em infrações de menor potencial ofensivo, não admitindo expressamente, contudo, os casos de arquivamento por motivos de conveniência e oportunidade. A nosso ver, se o legislador quisesse isto, tê-lo-ia dito expressamente, dada a relevância do tema, bem como de sua radical mudança no sistema processual penal.

As interpretações, no sentido da mitigação do Princípio da Obrigatoriedade, resultam de posicionamentos, como este:

A tendência das propostas legislativas anteriormente mencionadas é no sentido de admitir alguma abertura no caminho procedimental, aceitando-se que, através de acordo entre o Ministério Público e o réu, sempre assistido pelo defensor, devidamente homologado pelo Juiz, possa o processo ser encerrado com a aplicação imediata de pena de multa ou restritiva de direito. Segue-se, nesse aspecto, a tendência do novo Código de Processo Penal Italiano, bem como, o Projeto de Código de Processo Penal Tipo para a Ibero-América.

Como se vê, as tendências de reforma são embasadas em legislações alienígenas. Observa-se, entretanto, que tais legislações são os Códigos de Processo Penal daqueles países. Vale dizer, que a questão foi tratada dentro da forma do Código de Processo Penal.

É preciso considerar, portanto, que a nossa doutrina somente salienta a necessidade da mitigação com fundamento em questões de interesse de política

criminal e, não, com base em uma previsão expressa em lei.

Cumpra destacar, aqui, a posição dos autores Joel Dias Figueira Júnior e Maurício Antônio Ribeiro Lopes (1996:355 e 356):

(...) Ainda que 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 penal, ao contrário do que vem sendo propalado a voz corrente. Em primeiro lugar, se se admitir que tenha esse princípio por alguma porta escapulido, essa seria a da suspensão condicional do processo (...)

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 de denúncia, ou seja, exercício do direito de ação. Há uma mitigação do princípio da indisponibilidade do processo, mas esta é rigorosamente controlada pela atividade jurisdicional. O exercício da ação 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.

O Princípio da Obrigatoriedade da ação penal, desse modo, não foi afastado pela Lei nº 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, parágrafo 2º); requerer o arquivamento (art. 28, do CPP); requerer diligências imprescindíveis ao oferecimento da denúncia (art. 16, do CPP), ou propor a suspensão do processo (art. 89).

O Princípio da Obrigatoriedade está diretamente relacionado à natureza da ação penal. Implica o dever do Estado de buscar a apuração do fato e a punição do infrator. O Ministério Público é obrigado a propor e a manifestar a pretensão punitiva do Estado.

Todavia, embora contrário aos ensinamentos do Professor Afrânio Silva

Jardim e outros, a maioria da doutrina tem interpretado que foi mitigado o Princípio da Obrigatoriedade nas infrações de menor potencial ofensivo. Segundo alguns doutrinadores, o Estado continua obrigado a promover a ação penal nos casos previstos em lei, mas não estaria obrigado, sempre, a promover a acusação, podendo fazer proposta de pena não-privativa de liberdade para evitar a instauração de processo criminal. Nos ilícitos de menor potencial ofensivo, é de se observar, ainda, até que ponto os movimentos de reforma afetaram as estruturas elementares do processo penal.

As reformas são oriundas, principalmente, de mudanças-político-sociais de ordem interna do Estado. Portanto, não é surpreendente ver aparecer uma maioria simpatizante pelo processo de partes, defendendo a mitigação do Princípio da Obrigatoriedade.

Ora, a simplificação e a aceleração do processo penal constituem fenômeno difundido no moderno direito comparado. São freqüentes os elementos consensuais, que entram em jogo quando a escolha de um rápido modelo de processo depende da vontade do acusado. Tais elementos encontram receptividade no modelo de **partes**, que reconhece a possibilidade de disposição sobre a ação penal, idéia que se torna estranha para

muitos países com sistema embasado no Princípio da Legalidade.

A simplificação e a aceleração do processo para um grande número de infrações resultam, sobretudo, do modelo de *plea bargaining*, que elimina, principalmente, todas as questões difíceis de provar, fazendo finalizar o processo no sistema acusatório.

Como se sabe, o Processo Penal experimenta, desde muito tempo, um intenso movimento de reforma em muitos países do mundo.

A AÇÃO PENAL NA LEGISLAÇÃO ITALIANA

Afirmam Buono e Bertivoglio (1991: 48 e 49):

"(...) a ação penal é via de regra pública. Excepcionalmente, é privada, como no Brasil (...) O exercício da ação penal e também civil pelo Ministério Público atende possibilidade do desenvolvimento do processo. É classificado como ato de impulso ou de iniciativa.

A ação penal e a sua configuração, como obrigação do titular da ação penal, implicam o direito do Estado em restituir, da melhor for-

ma possível, a restauração da justiça, sob o puro aspecto pessoal da vítima, do Estado ou da coletividade.

No novo código, a ação penal é exercida sempre que não existam pressupostos de arquivamento das notícias tidas como criminosas.

Hoje, na Itália, têm os Magistrados do Ministério Público a faculdade de abstenção da ação penal, quando houver graves razões de conveniência. Na verdade, as abstenções devem ser vistas como impedimentos de ordem interna ou externa (...)

Muitas críticas são feitas ao novo código, especialmente, quanto a ação penal."

SISTEMA PROCESSUAL PENAL NOS EUA

Segundo Dias e Andrade (1992: 484-491):

"A criminologia e a sociologia americanas têm procurado explicar os fatores que determinaram o recurso à figura da *plea bargaining*, condicionando o sentido dos seus resultados concretos e o seu impacto em termos de seleção. E têm-no feito de forma tendencialmente global, procurando

do identificar os modelos de ação de todos os intervenientes, maxime do acusador público e da defesa (...). O critério que preside a conduta do Ministério Público resulta da necessidade de ganhar casos (...). É esta preocupação que dita a atitude inicial do Ministério Público, quando, para se decidir pela aceitação ou não do processo, começa por classificar os casos como bons ou fracos (...). A *plea bargaining* altera o cunho do processo penal clássico, subvertendo alguns dos seus princípios basilares (...)"

O MODELO GERMÂNICO

O sistema processa a intervenção seletiva do Ministério Público. O sistema é presidido pelo **Princípio da Legalidade**. Entretanto, o referido princípio não tem vigência absoluta. É utilizado para infrações mais graves.

Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade (1992: 492-496) informam-nos o seguinte:

Legalidade, discricionariiedade real do Ministério Público:

(...) A Alemanha recusa qualquer solução geral assente na

discricionariedade do MP. Das várias soluções parcelares, umas assumem natureza substantiva, outras situam-se no plano processual. Entre as primeiras, avultam: a descriminalização pura e simples de certos crimes (...) No plano processual, sobressaem — para além das medidas de carácter organizacional, como a criação de departamentos do MP, especializados na luta contra a criminalidade económica — as reformas destinadas a alcançar um duplo objetivo: a) imprimir uma maior flexibilidade à perseguição penal; b) potenciar a utilização de formas sumárias de processo (...) Foi para atingir o primeiro objetivo que foi introduzida a figura do arquivamento contra injunções e regras de conduta, consagrado no código de processo penal alemão oriental. Numa caracterização sumária, este instituto situa-se no desenvolvimento duma linha de política criminal orientada no sentido da renúncia ao **Princípio da Legalidade no domínio da pequena criminalidade e da sua progressiva sub-rogação pelo princípio da oportunidade.** (negrito nosso)

O Professor Afrânio Silva Jardim (1994) expõe-nos muito mais a respei-

to da obrigatoriedade do exercício da ação penal no direito comparado. Segundo o referido mestre diz o seguinte:

(...) Seria temerário de nossa parte fazer afirmações sobre determinado sistema processual sem conhecê-lo profundamente. Seria leviano dizer que este ou aquele Código abraça o Princípio da Obrigatoriedade através da citação de um ou dois artigos. Por se tratar de um princípio, tem ele de refletir um amplo conjunto sistemático de normas, inclusive algumas que podem estar fora dos Códigos (...) podemos concluir que, dos países latinos, somente a França adota o princípio da oportunidade como regra. Por outro lado, sem abrir mão da obrigatoriedade, a reforma alemã de 1965 abriu considerável espaço para a oportunidade, principalmente nos crimes de pouca significação social. O Código português de 1987 não foi tão longe, acolhendo a discricionariedade somente para situações mais peculiares. Verifica-se, entretanto, que a omissão de o Estado instaurar a *persecutio criminis in iudicio* vem sempre vinculada ao indeterminado conceito do interesse público (...) Diferentemen-

te, a discricionariedade, tradicionalmente, tem sido a regra em países como os Estados Unidos e a Inglaterra, cujos sistemas normativo e judicial quase nada têm em comum com os nossos latinos, presos à legalidade estrita da atividade pública (...) (p. 61 e 84) Julgamos ser exagerado dizer que haja atualmente uma verdadeira tendência rumo ao princípio da oportunidade, o que vemos é a renovação da controvérsia doutrinária, sempre útil, agora posta diante de novos argumentos cunhados pelos modernos movimentos de política criminal, principalmente pela forte influência da legislação e doutrina alemãs.

CONCLUSÃO

Os doutrinadores, de forma geral, asseguram que a Lei nº 9.099/95 introduziu, em nosso sistema processual penal, o princípio da discricionariedade regulada para fundamentar a ação penal nos crimes de menor potencial ofensivo.

O princípio da legalidade, também chamado Princípio da Obrigatoriedade ou da inevitabilidade da ação, teria sido mitigado. Assim, nos casos de ação penal pública (condicionada ou incondicionada), o Ministério Público

pode deixar de denunciar o infortalecimento do Princípio da Obrigatoriedade.

O novo sistema penal-processual proposto pela nova lei objetiva mudança de aplicação da Justiça Criminal. Traduz perspectivas gerais de estímulo ao processo de reforma, deflagrado em diversos países do mundo. Com essa nova lei, procura-se introduzir um novo paradigma. Para as infrações penais menores, de menor potencial ofensivo, é admitido o instituto da transação penal.

A própria Constituição Federal previu esse modelo de Justiça Criminal (art. 98, I). Portanto, esse tipo de solução para a resolução dos conflitos resultantes de pequenas infrações vem sendo adotado em diversos países. Temos, como exemplo, a Itália, onde o Princípio da Obrigatoriedade da ação penal está previsto na Constituição e na legislação ordinária, funcionando desde 1982.

Alguns autores, com base nesses modelos alienígenas, entendem que o mesmo vem acontecendo em nosso país após o advento da Lei nº 9.099/95. Entendem que o Princípio da Obrigatoriedade sofreu expressa atenuação, face à recente legislação acerca dos Juizados Especiais Criminais.

Na verdade, as visões, nesse sentido, derivam da análise da legislação em

vigor, verificando, na maioria dos autores, a adoção irrestrita da mitigação do Princípio da Obrigatoriedade, ou seja, que esse princípio não pode mais ser visto como absoluto. Porém, é preciso lembrar que tal construção deriva, exclusivamente, da visão doutrinária, inexistindo texto explícito sobre o assunto.

Modernamente, a posição em contrário, ou seja, o entendimento de que o Ministério Público está vinculado e obrigado a intentar a ação penal pública, encontra apoio na doutrina de Afrânio Silva Jardim, José Henrique Pierangelli, José Carlos Gonçalves Xavier Aquino, Flávio Meirelles Meideiros, entre outros.

Porém, autores como Ada Pellegrini Grinover, Luiz Flávio Gomes e outros defendem que o chamado princípio da legalidade mitigado, vem explicar o seguinte fenômeno: tradicionalmente, no Brasil, o Ministério Público foi regido pelo princípio da indisponibilidade da ação, ou seja, pelo Princípio da Obrigatoriedade. O Ministério Público, diante de uma infração e presentes os requisitos mínimos de prova e de autoria, tinha o dever de agir sempre, como tem, até hoje, de denunciar, de acionar, de pedir aquela postulação clássica, que era a pena de prisão.

Agora, segundo a maioria dos

autores, o esquema tradicional continua vigente. Vale dizer, continua vigente o Princípio da Obrigatoriedade, porém, com duas exceções:

- 1) a transação penal, e
- 2) a suspensão condicional do processo.

Entendem eles que, nessas duas hipóteses, o Ministério Público pode dispor da ação penal. Reconhecem que, antes, não podia. Porém, com o advento da Lei nº 9.099/95, percebem já ser possível.

Portanto, o Princípio da Obrigatoriedade continua sendo a regra, mas, agora, possui as exceções acima descritas.

Diante da ocorrência da divergência na doutrina, as respostas a essas questões não serão possíveis sem a análise dos princípios que informam o nosso sistema processual penal acusatório, como tão bem enfatizou o Professor Afrânio Silva Jardim, que entende não ter dado o legislador, ao Ministério Público, a possibilidade de requerer arquivamento do termo circunstanciado e das peças de informação que o instruírem quando presentes todas as condições para o exercício da ação penal.

Na verdade, continua em vigor, em nosso Código de Processo Penal, o sistema do arquivamento, como disse o Professor Afrânio Silva Jardim. O legislador não inseriu, na Lei nº 9.099/95, modificações explícitas a respeito do arquivamento do termo circunstanciado. Por isso, falar em mudanças de sistemas é falar em alterações mais profundas nessa fase do sistema.

Será, portanto, necessário observar as conseqüências desse modelo de sistema transplantado de legislações estrangeiras. Enquanto isso, o Princípio da Legalidade continua incidindo não apenas sobre a ação e o processo penal, como também sua eficácia estende-se para

abranger toda a atividade estatal de persecução.

O princípio da legalidade vige em nosso ordenamento sem mitigações, uma vez que, quando o Ministério Público opta pela transação, pleiteando a pena de multa ou a pena restritiva de direito, apresenta sua pretensão condenatória, e, não, a de arquivar o termo circunstanciado ou peças de informação. Entre nós, é o que ocorre com o advento da Lei nº 9.099/95, não podendo o Ministério Público optar por critérios de política criminal.

BIBLIOGRAFIA

- ABREU, Pedro Manoel e BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Juizados especiais cíveis e criminais*. [S.L.]: Obra Jurídica, 1996.
- ANDRIGHI, Fátima Nancy e BENETI, Sidnei. *Juizados especiais cíveis e criminais*. [S.L.]: Del Rey, 1996.
- BATISTA, Weber Martins e FUX, Luiz. *Juizados especiais cíveis e criminais e suspensão condicional do processo penal – A Lei nº 9.099/95 e sua doutrina mais recente*. [S.L.]: Forense, 1996.
- BITENCOURT, César Roberto. *Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão*. 2. ed. [S.L.]: Livraria do Advogado, 1996.
- BUONO, Carlos Eduardo de Athayde e BENTIVOGLIO, Antonio Tomás. *A reforma processual penal italiana – Reflexos no Brasil*. [S.L.]: Revista dos Tribunais, 1991.
- BURLE FILHO, José Emmanuel e RODRIGUES, Eduardo Silveira Melo. *O arquivamento do inquérito policial*. Artigo 28 do Código de Processo Penal – Lei nº 9.099/95 (juizado especial criminal) – Ementas e despachos da Procuradoria de Justiça do Estado de São Paulo. 1. ed. [S.L.]: Fluza, 1996.

- DEMERCIAN, Pedro Henrique e MALULY, Jorge Assaf. *Juizados especiais criminais – Comentários – Lei nº 9.099/95*. 1. ed. [S.L.]: Aide, 1996.
- DIAS, Jorge Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia – O homem delinqüente e a sociedade criminógena*. [S.L.]: Coimbra, 1992.
- D'URSO, Luiz Flávio Borges (coordenador). *Os novos juizados especiais criminais*. São Paulo: WVC, 1996.
- FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias e LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais*. 1. ed. [S.L.]: Revista dos Tribunais, 1996.
- GARCIA, Ismar Estulano. *Juizados especiais criminais – Prática processual penal*. 2. ed. rev. e ampl. Goiânia: ABDR, 1996.
- GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão condicional do processo penal*. 1. ed. [S.L.]: Revista dos Tribunais, 1995.
- _____. *Suspensão condicional do processo penal*. Palestra proferida no I Jornada Brasileira de Direito Processual Penal. Brasília: Centro de Convenções Ulisses Guimarães, 6 a 8 de Novembro de 1996.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo em evolução*. 1. ed. [S.L.]: Forense Universitária Biblioteca Jurídica, 1996.
- _____. *Transação penal*. Palestra proferida na I Jornada Brasileira de Direito Processual Penal. Brasília: Centro de Convenções Ulisses Guimarães, 6 a 8 de novembro de 1996.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Processo penal – Teoria geral do Processo*, 11. ed. [S.L.]: Malheiros, 1995.
- _____. *Juizados especiais criminais*. 1. ed. [S.L.]: Revista dos Tribunais, 1996.
- JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 5. ed. [S.L.]: Forense, 1990.
- _____. *Ação penal pública – Princípio da Obrigatoriedade*. 2. ed. Forense, 1994.
- _____. *Aspectos controvertidos da Lei nº 9.099/95 – Palestra proferida no I Jornada Brasileira de Direito Processual Penal*. Centro de Convenções Ulisses Guimarães, 6 a 8 de Novembro de 1996 (a).
- _____. *Juizados especiais criminais – Lei nº 9.099/95*. Palestra proferida na Associação Mineira do Ministério Público. Associação Mineira do Ministério Público: Departamento Cultural, dezembro de 1996 (b).
- _____. “Os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade nos juizados criminais.” *Boletim IBCCrim*, ano 4 n. 48, nov. 1996 (c).
- KUEHNE, Maurício; FISCHER, Félix; GUARAGNI, Fábio André; JUNG, André Luiz Medeiros. *Lei dos juizados especiais criminais*. Curitiba: Juruá, 1996.
- MEDEIROS, Flavio Meirelles. *Da ação penal*. [S.L.]: Livraria do Advogado, 1995.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Juizados*

especiais cíveis e criminais.
[S.L.]: Saraiva, 1996.

SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida.
Inquérito policial e ação penal.
Atualizado de acordo com a Cons-
tituição Federal de 1988. [S.L.]:
Saraiva, 1992.

TOURINHO FILHO, Fernando da Cos-

ta. *Processo penal.* 11. ed. [S.L.]:
Saraiva, 1989. v. II.

*Código de processo penal comen-
tado.* Atualizado até 1996. [S.L.]:
Saraiva. v. I. art. 1^ª a 393.