

O mito da obrigatoriedade da ação penal no ordenamento jurídico brasileiro

Tássia Louise de Moraes Oliveira

Advogada. Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Graduada em Direito pela Faculdade Ruy Barbosa.

Resumo: Diante da nova conformação constitucional brasileira, inaugurada em 1988, coube ao Ministério Público a defesa do ordenamento jurídico, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Ainda conforme os preceitos plasmados na Carta Magna e na legislação penal infraconstitucional, cabe ao órgão ministerial a promoção da ação penal pública. Assim, a doutrina brasileira majoritariamente entende que o ordenamento normativo pátrio consagrou o princípio da indisponibilidade da ação penal, entendimento este que não merece subsistir, uma vez que nenhum artigo do ordenamento jurídico nacional expressamente prevê que o exercício da ação penal seja, de fato, obrigatório, sendo tal princípio um verdadeiro dogma entre os juristas brasileiros. Desta forma, buscando demonstrar que o princípio da indisponibilidade não encontra amparo no sistema normativo pátrio, a metodologia deste artigo consistiu no levantamento bibliográfico e revisão da literatura especializada sobre o princípio da obrigatoriedade, bem como o método dogmático-jurídico, a fim de analisar a legislação pátria, além do método comparativo, visando confrontar o ordenamento brasileiro com a legislação estrangeira.

Palavras-chave: Obrigatoriedade. Ação penal. Processo penal.

Abstract: Facing the new Brazilian constitutional conformation, inaugurated in 1988, it was incumbent upon the Public Prosecution Service to defend the legal system, the democratic regime and the unavailable social and individual interests. Also according to the provisions set forth in the Magna Carta and infraconstitutional criminal legislation, it is the respon-

sibility of the ministerial body to promote public criminal action. Thus, Brazilian doctrine largely understands that the national legal order has enshrined the principle of the unavailability of criminal action, an understanding that does not deserve to exist, since no article of national constitutional or infraconstitutional legislation expressly provides that, in fact, the criminal action is obligatory, being such a principle a true dogma among Brazilian jurists. Thus, trying to demonstrate that the principle of unavailability is not covered by the normative order of the country, the methodology of this work consisted of a bibliographical survey and review of the specialized literature on the principle of obligatoriness, as well as the dogmatic-juridical method, to analyze the national legislation, in addition to the comparative method, in order to compare Brazilian law with foreign law.

Keywords: Obligatoriness. Criminal action. Criminal procedure.

Sumário: 1 Introdução. 2 A obrigatoriedade da ação penal: origem e evolução no Direito brasileiro. 3 Anotações acerca da obrigatoriedade da ação penal no Direito Comparado. 4 O princípio da obrigatoriedade e a Lei n. 9.099/1995. 5 A independência funcional dos órgãos do Ministério Público e a obrigatoriedade da ação penal pública. 6 A nova identidade do Ministério Público pós-1988. 7 O mito da indisponibilidade da ação penal no Brasil. 7.1 A obrigatoriedade da ação penal e a racionalidade penal moderna. 8 Considerações finais.

1 Introdução

Em face dos misteres que lhe foram constitucionalmente atribuídos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Ministério Público consagra-se enquanto instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Assim, do ponto de vista dos interesses sociais e individuais indisponíveis, o órgão ministerial estaria obrigado a atuar, desde que presentes as condições legalmente estabelecidas. Desta forma,

na esfera criminal, o Ministério Público figura como o titular da ação penal, nos termos do art. 129, inciso I, da Carta de Outubro.

De acordo com o princípio da obrigatoriedade da ação penal (também conhecido como princípio da legalidade, da oficialidade, da necessidade ou indisponibilidade), o *Parquet* vê-se obrigado a oferecer a denúncia, iniciando o processo penal, assim que tomar conhecimento de uma conduta típica, antijurídica e agente culpável, havendo indícios suficientes de autoria e materialidade.

Por conseguinte, a atuação ministerial seria vinculada, inexistindo a opção de não denunciar nesses casos, ainda que por razões de política criminal, considerando-se a natureza indisponível do interesse público.

Ressalte-se, todavia, que essa sistemática de obrigatoriedade não se aplica a todas as modalidades de ação penal. Nas ações de iniciativa privada e naquelas condicionadas à representação do ofendido prevalecem os princípios da oportunidade e da disponibilidade. Assim, nestas hipóteses, por motivos de conveniência, economicidade, interesse e utilidade processual, mostra-se possível a desistência do processo, a renúncia ao direito de desencadear a ação penal contra o autor do fato, bem como o perdão do ofendido e a perempção (arquivamento dos autos em razão da desídia do autor).

Destarte, em que pese o entendimento acerca da obrigatoriedade prevalecer no País, inexistente no ordenamento jurídico pátrio qualquer dispositivo, seja na Constituição ou na legislação infraconstitucional, que estabeleça que a ação penal seja obrigatória.

No Brasil, a ideia da indisponibilidade estaria supostamente prevista no art. 24 do Código de Processo Penal, que determina que “nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo”.

Da mesma forma, a suposta obrigatoriedade também estaria estampada no art. 100, § 1º, do Código Penal, que informa que “a

ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça”.

Da leitura dos mencionados dispositivos legais, aliados ao art. 129, inciso I, da Constituição Federal, observa-se que estes apenas estabelecem que a ação pública é de titularidade do Ministério Público, determinando-lhe a função institucional, mas não impõem a obrigação de exercê-la.

Assim, tendo em vista a ausência de previsão legal expressa no sentido de impor a obrigatoriedade da ação penal, verifica-se que, em que pese a sistemática da indisponibilidade prevalecer na doutrina e na jurisprudência, o ordenamento jurídico brasileiro não prevê a obrigatoriedade da ação penal, diferentemente de outros ordenamentos jurídicos estrangeiros, conforme se analisará em capítulo específico.

Neste sentido, considerando-se o entendimento legalista e civilista que prevalece no Brasil, em razão da nossa herança cultural jurídica romano-germânica, buscar-se-á desconstruir o mito da indisponibilidade da ação penal pública, demonstrando que o órgão ministerial poderá exercer discricionariedade no exercício da ação, optando por não denunciar o agente criminoso por razões de conveniência pessoal e de política criminal.

Buscando atingir os fins a que se propõe o presente artigo, no primeiro capítulo, disserta-se sobre a origem e evolução da obrigatoriedade da ação penal no ordenamento jurídico brasileiro, desde o período colonial, até a edição do Código do Processo Penal atualmente vigente.

Logo em seguida, no capítulo subsequente, busca-se, por meio do Direito Comparado, trazer à baila anotações acerca da obrigatoriedade da ação penal em outros ordenamentos jurídicos, comparando-os com a ordenação normativa brasileira.

Em momento posterior, destaca-se a Lei n. 9.099/1995, que veio a mitigar a indisponibilidade da ação penal no Brasil, trazendo

em seu bojo os institutos despenalizadores da transação penal, da conciliação e da suspensão condicional do processo.

No capítulo quinto, disserta-se sobre a independência funcional dos órgãos do Ministério Público, constatando-se que o deslocamento dos princípios da disponibilidade da ação e oportunidade reforçam a garantia de liberdade de convicção dos membros do *Parquet*.

À guisa de conclusão, delinea-se um breve perfil do Ministério Público, enquanto guardião da sociedade e do ordenamento jurídico, após a promulgação da Constituição de 1988.

Por fim, busca-se dissertar sobre o mito construído pela doutrina acerca da indisponibilidade da ação penal no ordenamento jurídico brasileiro, sublinhando que os dispositivos invocados por aqueles que defendem a obrigatoriedade datam da década de 1940, época em que prevalecia o pensamento conservador e individualista, que não mais se harmoniza com os preceitos da Carta Maior vigente, além de ser destacada, em tópico específico, a influência da racionalidade penal moderna para a construção da sistemática da obrigatoriedade, sustentando-se, ainda, a necessidade de superação do paradigma da indisponibilidade.

2 A obrigatoriedade da ação penal: origem e evolução no Direito brasileiro

No sistema processual acusatório¹, a jurisdição penal reclama ser provocada mediante o exercício do direito de ação. Nesta sistemática, o Ministério Público, enquanto *dominis litis*, desempenha a função de exercitar o poder punitivo do Estado, deflagrando a ação penal.

1 O sistema acusatório caracteriza-se pela presença de partes distintas, contrapondo-se a acusação e a defesa em igualdade de condições, e a ambas se sobrepondo um juiz, de maneira equidistante e imparcial. Nesta sistemática, há a separação das funções de acusar, defender e julgar. O processo configura-se como legítimo *actum trium personarum* (LIMA, 2016, p. 39).

Desta forma, por meio do Ministério Público, o Estado assume a titularidade da persecução criminal em juízo, sem que haja o comprometimento da imparcialidade e da inércia jurisdicional, de modo que as três funções do processo penal (defender, acusar e julgar) são entregues a sujeitos distintos. Neste sentido, tem-se que o processo penal é, simultaneamente, instrumento de repressão penal e também uma ferramenta de autolimitação do *jus puniendi* estatal.

A indisponibilidade da ação na esfera criminal é tradicionalmente conceituada como o dever incumbido ao Ministério Público de promover todas as medidas judiciais necessárias e previstas à aplicação de uma sanção criminal, sempre que for identificada a prática de um fato típico, antijurídico e agente culpável, havendo indícios seguros e suficientes de autoria e materialidade.

Dissertando sobre a temática, Renato Brasileiro de Lima pondera:

De acordo com o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, também denominada de legalidade processual, aos órgãos persecutórios criminais não se reserva qualquer critério político ou de utilidade social para decidir se atuarão ou não. Assim é que, diante da notícia de uma infração penal, da mesma forma que as autoridades policiais têm a obrigação de proceder à apuração do fato delituoso, ao órgão do Ministério Público se impõe o dever de oferecer denúncia caso visualize elementos de informação quanto à existência de fato típico, ilícito e culpável, além da presença das condições da ação penal e de justa causa para a deflagração do processo criminal. (LIMA, 2016, p. 229).

Na mesma linha de raciocínio, aduz Souza:

A regra da obrigatoriedade insere-se nos mecanismos de suporte do próprio Estado Democrático de Direito, destinada que está a impedir análises arbitrárias e potestativas acerca da conveniência de provocar-se a jurisdição penal, trazendo à sociedade a certeza de que o responsável pela prática de um delito será submetido ao cânone do devido processo legal. (2007, p. 163).

Atualmente, com a vigência do Código de Processo Penal (CPP) editado em 3 de outubro de 1941 (Decreto-Lei n. 3.689),

o princípio da indisponibilidade encontra-se supostamente consagrado no art. 24 do CPP, o qual estabelece que, nos delitos cuja persecução ocorra mediante ação penal pública, esta será promovida pelo Ministério Público.

Durante a época colonial, por sua vez, vigoraram no Brasil as Ordenações Manoelinas e Filipinas, permanecendo vigentes tais diplomas normativos enquanto a Colônia brasileira permaneceu subordinada a Portugal.

Com o processo de Independência (1822), sucedendo-lhe o Império, adveio a Constituição Política do Império do Brasil de 1824 e, em seguida, no ano de 1832, o Código de Processo Criminal de Primeira Instância. Neste sentido, previa a codificação de 1832 que, para os “crimes públicos”, a instauração da investigação criminal bem como do processo penal dar-se-ia pelo próprio juiz, em regra, podendo o magistrado também ser provocado a agir mediante o oferecimento de *notitia criminis* por qualquer do povo.

Ademais, previa o Código imperial, em seu artigo 335, que “o Promotor Público denunciará e promoverá as acusações nos crimes de responsabilidade dos empregados públicos, quando não houver parte”.

Ainda no contexto imperial, o Regulamento n. 120, de 31 de janeiro de 1842, em seu artigo 222, determinava que “nos casos em que ao Promotor incumbe denunciar, incumbe igualmente promover a acusação”.

Com a proclamação da República e a edição da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, a competência para legislar sobre matéria processual penal fora atribuída aos estados da Federação, de modo que alguns estados, como São Paulo, continuaram aplicando o Código Imperial, enquanto outros, a exemplo da Bahia e Minas Gerais, editaram suas próprias codificações. Segundo Souza, mesmo nesta época, todos os códigos vigentes no Brasil mantiveram, de forma implícita ou explícita, o princípio da indisponibilidade (2007, p. 162).

Reunificando as normas processuais, no ano de 1941, foi editado o Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, o Código de Processo Penal atualmente vigente, que, conforme visto, segundo o entendimento predominante no Brasil, consagra a indisponibilidade da ação penal.

Faz-se importante consignar, outrossim, o comando inserto no art. 30 do Código de Processo Penal Militar, que determina ser a denúncia apresentada sempre que houver prova de fato, em tese, constituidor de crime, havendo indícios de autoria.

3 Anotações acerca da obrigatoriedade da ação penal no direito comparado

Em relação à obrigatoriedade de exercício do poder punitivo estatal, outros ordenamentos jurídicos estrangeiros estabelecem diferentes sistemáticas no que tange ao exercício da ação penal.

Na Alemanha, o Código de Processo Penal germânico (*Strafprozeßordnung* – StPO), em seu artigo 153², determina expressamente o princípio da oportunidade da ação penal, autorizando ao titular da ação dispensar a acusação, com a aprovação do tribunal competente, quando verificada a ausência de interesse público na instauração do processo.

Prevê ainda a legislação processual alemã que a aprovação do tribunal restará dispensada nas hipóteses de delito de pequena monta, sem aumento de pena, ou se as consequências decorrentes da prática delitiva forem mínimas. Ainda nessas hipóteses, mesmo

2 No original: “§ 153 (1) Hat das Verfahren ein Vergehen zum Gegenstand, so kann die Staatsanwaltschaft mit Zustimmung des für die Eröffnung des Hauptverfahrens zuständigen Gerichts von der Verfolgung absehen, wenn die Schuld des Täters als gering anzusehen wäre und kein öffentliches Interesse an der Verfolgung besteht. Der Zustimmung des Gerichtes bedarf es nicht bei einem Vergehen, das nicht mit einer im Mindestmaß erhöhten Strafe bedroht ist und bei dem die durch die Tat verursachten Folgen gering sind. Fonte: Código de Processo Penal alemão (*Strafprozeßordnung*). Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stpo/gesamt.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2017.

que o acusado responda a processo, o tribunal pode, com a anuência do Ministério Público e do próprio denunciado, encerrá-lo no estágio em que se encontrar (TIVERON, 2014, p. 394).

Ao seu turno, o Código Penal e o Código de Processo Penal portugueses passaram por reformas, de modo a flexibilizarem a obrigatoriedade da ação penal pública, tendo sido criados institutos como o “arquivamento em caso de dispensa de pena”, artigo 280³, e da “suspensão provisória do processo”, artigo 281, ambos do Código de Processo Penal português.

Na França, a legislação penal consagra a princípio da oportunidade da ação penal, previstos nos artigos 40⁴ e 40-1 do Código

3 No original: “art. 280 – Arquivamento em caso de dispensa de pena: 1 – Se o processo for por crime relativamente ao qual se encontre expressamente prevista na lei penal a possibilidade de dispensa da pena, o Ministério Público, com a concordância do juiz de instrução, pode decidir-se pelo arquivamento do processo, se se verificarem os pressupostos daquela dispensa. 2 – Se a acusação já tiver sido deduzida, pode o juiz de instrução, enquanto esta decorrer, arquivar o processo com a concordância do Ministério Público e do arguido, se se verificarem os pressupostos de dispensa da pena. 3 – A decisão de arquivamento, em conformidade com o disposto nos números anteriores, não é susceptível de impugnação”. Fonte: Código de Processo Penal português. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis>. Acesso em: 10 jan. 2017.

4 No original: “Article 40 Le procureur de la République reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite à leur donner conformément aux dispositions de l'article 40-1. Tout autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire que, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs.

Article 40-1 Lorsqu'il estime que les faits que ont été portés à sa connaissance en application des dispositions de l'article 40 constituent une infraction commise par une personne dont l'identité et le domicile sont connus et pour laquelle aucune disposition légale ne fait obstacle à la mise en mouvement de l'action publique, le procureur de la République territorialement compétent décide s'il est opportun: 1^o Soit d'engager des poursuites; 2^o Soit de mettre en oeuvre une procédure alternative aux poursuites en application des dispositions des articles 41-1, 41-1-2 ou 41-2; 3^o Soit de classer sans suites la procédure dès lors que les circonstances particulières liées à la commission des faits le justifient”. Fonte: Código de Processo Penal francês (Código de procédure penale). Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071154>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

de Processo Penal (*classement sans suite*). Ressalte-se, todavia, que a decisão de arquivamento tomada pelo Promotor de Justiça não faz coisa julgada material, sendo passível de revisão e reforma a qualquer tempo, enquanto não prescrita a pretensão punitiva. Para que o órgão ministerial promova o arquivamento da ação, basta que o mesmo preencha um formulário (*formulaire de classement sans suite*), apontando as razões pelas quais entende que o caso deva ser arquivado, dispensando-se o processo (TIVERON, 2014, p. 395).

Por sua vez, o ordenamento jurídico italiano, no qual sequer existe a ação penal de iniciativa privada, expressamente determina a obrigatoriedade da ação penal. Prevê o artigo 112 da Constituição da Itália que “o Ministério Público tem o dever de exercitar a ação penal”⁵. Para Souza, citando Pedro Henrique Demercian,

[...] no direito italiano o princípio da obrigatoriedade foi estruturado, em sua origem, como forma de propiciar uma garantia mínima da independência os membros do Ministério Público, afastando-os da ingerência externa, notadamente do Poder Executivo, o que ocorreria com mais facilidade acaso se adotasse a regra da oportunidade. (2007, p. 159).

Na Espanha, o art. 124 da Constituição atribui ao Ministério Público a função de cuidar da independência dos tribunais e exercer a guarda dos interesses sociais. Neste sentido, a ação penal na sistemática espanhola segue o princípio da obrigatoriedade. A *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, em seu art. 105, prescreve que os funcionários do Ministério Público terão a obrigação de exercitar todas as ações penais que considerem procedentes, observando as disposições legais, com exceção das ações de iniciativa privada⁶.

5 No original: “art. 112. Il pubblico ministero ha l’obbligo di esercitare l’azione penale”. Fonte: Constituição da Itália. Disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/Costituzione_della_Repubblica_italiana_agg2014.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2017.

6 No original: “art. 105: los funcionarios del Ministerio Público tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la ley, todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en las causas, menos aquellas que el Código Penal reserva exclusivamente a la querrela privada”. Fonte:

Na América Latina, ao seu turno, os sistemas processuais penais, em regra, são adeptos do princípio da obrigatoriedade, a exemplo dos ordenamentos argentino, chileno, colombiano, cubano, mexicano, paraguaio, uruguaio e peruano (JARDIM, 2000, p. 56-64).

Já nos Estados Unidos da América, nação que adota o sistema da *common law*, observa-se a disponibilidade da ação penal pública, que se materializa mediante o instituto do *plea bargain*⁷, conferindo ao promotor do sistema americano plena discricionariedade para o exercício da ação penal. Analisando a sistemática americana, Tiveron (2014, p. 398) pondera que

[...] a justificativa do *plea bargaining* são razões de eficiência da atuação estatal, pois contribuiria para a redução da população prisional americana (que atualmente é de mais de dois milhões de presos, com a aplicação de penas menores).

4 O princípio da obrigatoriedade e a Lei n. 9.099/1995

Introduzida no ordenamento jurídico brasileiro no ano de 1995, a Lei n. 9.099 instituiu os juizados especiais cíveis e criminais, sendo que, na esfera penal, os juizados são competentes para julgar contravenções e infrações penais de menor potencial ofensivo, entendidas como aquelas que possuem pena máxima não superior a dois anos.

Outrossim, destaque-se que o processo perante o juizado criminal será regido pelos princípios da celeridade, informalidade, economia processual e oralidade, objetivando, sempre que se mostrar possível, a reparação dos danos suportados pela vítima e aplicação de penas não privativas de liberdade.

Ley de enjuiciamiento criminal. Disponível em: <<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036&p=20151006&tn=1#a105>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

7 Por meio da *plea bargaining*, o Estado pode oferecer uma redução das acusações ou da sanção a ser aplicada na sentença em troca da confissão de culpa por parte do acusado (CAMPOS, 2012).

Neste sentido, a Lei dos Juizados prevê, em seu art. 76, o instituto da transação penal, determinando a possibilidade de, mesmo na hipótese de ação penal pública incondicionada, ser proposta diretamente a pena restritiva de direitos e multa, consagrando, assim, o princípio batizado pela doutrina de discricionariedade regrada ou princípio da obrigatoriedade mitigada.

Assim sendo, observa-se que a inserção do instituto da transação penal no ordenamento jurídico brasileiro reforça a tese da ausência de obrigatoriedade no exercício da ação penal pública, uma vez que, mesmo nos casos em que haja indícios robustos de autoria e materialidade, pode o Ministério Público deixar de oferecer denúncia, desde que o autor do fato delituoso preencha os requisitos objetivos e subjetivos do citado dispositivo legal.

Nesta linha de entendimento, aduz Silva:

Com a publicação da Lei 9.099/1995 o princípio da obrigatoriedade foi mitigado. Passou a ser possível transação penal nos crimes de pequeno potencial ofensivo e a proposta de suspensão condicional do processo (artigos 76 e 89). A oferta da transação penal e a proposta da suspensão condicional do processo não são facultativas. O membro do Ministério Público não tem total discricionariedade de optar, ou não, pela aplicação dos benefícios. Há discricionariedade regrada em que é realizada análise da sua conveniência e oportunidade à luz do caso concreto. De forma fundamentada, pode o órgão ministerial deixar de oferecer os benefícios, mas de acordo com critérios legais. (2016, p. 1).

Em sentido contrário, entende Sousa (2007, p. 168) que a obrigatoriedade da atuação do Ministério Público continua vigendo, ainda que à luz do instituto da transação penal, incumbindo-lhe tão somente o poder de avaliar qual a forma de intervenção que se revela a mais adequada no caso concreto, abstraídos raciocínios inerentes à conveniência e oportunidade de adoção da medida eleita, critérios que estão emparelhados aos preceitos legalmente estabelecidos e à observância das diretrizes inerentes à própria instituição ministerial.

Nesta mesma percepção, Afrânio Silva Jardim (2000, p. 53) discorda da afirmação de que o sistema adotado pela Lei n. 9.099/1995

mitiga o princípio da obrigatoriedade, sob o argumento de que o dever de agir do Ministério Público emerge a partir do momento no qual os pressupostos legais se mostram presentes. Destaca o autor que a indisponibilidade da ação penal é um princípio que não admite aplicação parcial, sob pena de desfiguração.

Todavia, em aparente contradição, no que se refere ao instituto da suspensão condicional do processo, instituto despenalizador previsto no art. 89 da Lei dos Juizados Especiais Criminais, Jardim (2000, p. 101) admite que se mostra forçoso reconhecer a flexibilização da indisponibilidade da ação penal pública, uma vez que, mesmo após o oferecimento da denúncia, o órgão ministerial ofertará ao acusado a suspensão condicional do processo mediante o cumprimento de algumas condições legalmente estabelecidas. Tendo sido adimplidas tais exigências, no prazo fixado, restará extinta a punibilidade do denunciado. Desta forma, na sistemática da suspensão condicional do processo, entende Jardim que o *Parquet* dispõe da pretensão acusatória posta em juízo, mitigando, assim a indisponibilidade da ação penal pública.

Registre-se que o instituto da suspensão condicional do processo é cabível para os delitos cuja pena mínima cominada seja igual ou inferior a dois anos, nos termos do art. 89 da Lei dos Juizados Especiais Criminais.

Outrossim, infere-se que a introdução da transação penal (art. 76) e da suspensão condicional do processo (art. 89) no ordenamento jurídico brasileiro consistiu em um importante avanço no sentido da desconstrução do mito da obrigatoriedade da ação penal, uma vez que tal instituto fornece ao membro do Ministério Público, quando da análise do caso concreto, alargamento da discricionariedade na análise dos critérios de conveniência e oportunidade para exercer, ou não, o direito de ação, ainda que de forma restrita a alguns delitos.

Prosseguindo por este norte, segundo escólio de Grinover (2002, p. 95), a Lei n. 9.099/1995 abriu espaço no ordenamento normativo brasileiro para uma disponibilidade legalmente regulada e submetida ao controle jurisdicional, não podendo tal inovação

se confundir com o princípio da disponibilidade pura e ilimitada. Esclarece, ainda, a referida doutrina:

A discricionariedade regulada constitui resposta realista do legislador (e, em nosso sistema, do constituinte), à ideia de que o Estado moderno não pode nem deve perseguir penalmente toda e qualquer infração, sem admitir-se, em hipótese alguma, certa dose de discricionariedade na escolha das infrações penais realmente dignas de atenção. (GRINOVER, 2002, p. 95).

5 A independência funcional dos órgãos do Ministério Público e a obrigatoriedade da ação penal pública

Conforme determina a Carta Maior, em seu art. 129, § 1º, são princípios institucionais do Ministério Público a unidade⁸, a indivisibilidade⁹ e a independência funcional.

O princípio da independência funcional assegura aos membros do Ministério Público a autonomia de convicção, de forma que, ao desempenharem suas respectivas atribuições, promotores e procuradores não se submetem a nenhum poder hierárquico, reportando-se apenas à Lei e à sua consciência. Sob esta perspectiva, para Luiz Alberto David Araújo (2012, p. 451), “ao oficial em um processo, o membro do Ministério Público não se reporta a ninguém, senão à própria consciência, podendo esgrimir argumentos e posicionamentos jurídicos que entender mais adequados à espécie tratada”.

8 O princípio institucional da unidade traduz a ideia de que o Ministério Público é único, abrigando, sob a égide de um só chefe, todos os órgãos e membros que o integram. A divisão funcional da instituição não indica a existência de diversos Ministérios Públicos, mas de um só, que se faz presente, por seus membros, nas diversas funções e atividades que lhe foram constitucional e legalmente atribuídas (ARAÚJO; NUNES JR., 2012, p. 450).

9 Pelo princípio da indivisibilidade entende-se que o ofício do Ministério Público não pode ser dividido. Em outras palavras: havendo um membro do Ministério Público exercendo a função institucional, este se faz presente (ARAÚJO; NUNES JR., 2012, p. 451).

Para Mazzili,

[...] a independência funcional faz parte da nobreza da instituição do Ministério Público, e sem ela os órgãos do Ministério Público nada mais seriam que meros funcionários subordinados ou hierarquizados; não o são, porém, precisamente porque se vêem apenas sob a égide da lei e de suas consciências. (1995, p. 3).

Neste contexto, cumpre ressaltar que a liberdade de convicção dos membros do Ministério Público encontra limites, advindos da estrutura da instituição e das finalidades institucionais, uma vez que a sua atuação é imperativa para assegurar os interesses sociais e individuais indisponíveis, defender a ordem jurídica e o regime democrático, não podendo confundir-se liberdade de convicção com arbitrariedade, sendo esta incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Assentadas tais premissas iniciais, verifica-se que a sistemática da ação penal pública fragiliza a prerrogativa da independência funcional dos membros do *Parquet*, haja vista que estes, ao se verem obrigados a oferecer a denúncia, sem qualquer margem para análise de conveniência e oportunidade no caso concreto, têm tolhida sua liberdade de convicção.

Destaque-se que, ao defender a mitigação da sistemática da obrigatoriedade como meio de reforçar a prerrogativa da independência funcional do Ministério Público, não se pretende que o membro do *Parquet* possa agir em absoluta liberdade e à margem da Constituição Federal e do ordenamento jurídico.

O que se busca argumentar é que, diante da análise do caso concreto, a flexibilização do princípio da indisponibilidade proporcionará maior limite de atuação ao Ministério Público, que poderá, sempre de forma fundamentada, agir conforme critérios legais, de conveniência, oportunidade e até mesmo de política criminal.

Observe-se um exemplo fornecido por Mazzilli (1995, p. 1), extraído de um caso ocorrido em São Paulo, durante a década de 1990:

Num processo criminal, o réu tinha sido condenado em primeiro grau como incurso nas penas do art. 16 da Lei n. 6.368/76 pela posse de alguns gramas de cocaína; apelou o sentenciado, e em contrarrazões o Promotor opinou pela sua absolvição com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal, ou seja, por não constituir o fato infração penal. Negando aplicação à lei vigente e agindo como se a conduta estivesse descriminalizada, teria o Promotor excedido os limites de sua independência funcional? Assim o entendeu o Procurador de Justiça que oficiou junto ao Tribunal de Justiça, e, no exercício de atividades de fiscalização permanente, enviou à Corregedoria-Geral do Ministério Público um conceito de insuficiência, para ser anotado no prontuário funcional do Promotor. Ao conferir-lhe o conceito de demérito, o Procurador de Justiça entendeu que o Promotor violara sua função institucional básica por pedir a absolvição do réu, já que, para fazê-lo, o Promotor negara vigência a dispositivo da Lei de Tóxicos, invocando a inconstitucionalidade do art. 16 da Lei n. 6.368/76. Contra a decisão do Corregedor-Geral, que manteve o conceito funcional depreciativo em seus assentamentos, recorreu o Promotor ao Conselho Superior do Ministério Público, facultado pelo art. 42, § 3º, da Lei Complementar estadual n. 734, de 26 de novembro de 1993. Em suas razões, sustentou que, ao defender sua tese em autos de processo criminal, externara convicção jurídica dentro dos limites da independência funcional. Ao final, após profundo e rico debate, por maioria de votos, o Conselho Superior deu provimento ao recurso interposto pelo Promotor. Cassou-se a decisão do Corregedor-Geral do Ministério Público, que tinha mandado lançar em seus assentamentos funcionais o conceito de insuficiência.

Outrossim, observe-se, no exemplo ilustrado, que o promotor de justiça agiu conforme critérios de política criminal, ao entender pela atipicidade de determinado dispositivo da Lei n. 6.368/1976 (atualmente revogada pela Lei n. 11.343/2006). Segundo Mazzilli (1995), neste caso, o membro do Ministério Público violou o princípio da obrigatoriedade ao pedir a absolvição do réu com base em um critério de convicção pessoal e de política criminal, sendo a prerrogativa da independência funcional insuficiente para justificar a conduta do agente político.

Discordando de tal percepção, entendemos que a sistemática da suposta obrigatoriedade da ação penal do ordenamento normativo brasileiro fragiliza e vulnera a independência funcional dos membros do Ministério Público, gerando incongruências e injustiças no caso concreto, devendo o agente político possuir maior margem de atuação, levando em consideração critérios legais, de oportunidade, conveniência, convicção pessoal, política criminal e sociais para formar sua opinião delitiva e poder escolher entre oferecer, ou não, a denúncia, desde que o faça de forma fundamentada.

6 A nova identidade do Ministério Público pós-1988

A promulgação da Constituição de 1988 revitalizou e ampliou significativamente as funções do Ministério Público, assegurando-lhe autonomia funcional, administrativa e orçamentária para perseguir na defesa da ordem jurídica e dos direitos fundamentais.

Na nova ordem constitucional, a instituição ministerial deixa de ser um órgão que realiza manifestações nos autos processuais, para se tornar um verdadeiro protagonista na tutela dos interesses sociais e individuais indisponíveis e implementação de políticas públicas.

Assim, na esfera penal, o Ministério Público deixou de ser um mero órgão acusador para tornar-se um indutor de política criminal. Tal premissa se justifica sob vários aspectos.

Com efeito, o MP é essencial à função jurisdicional do Estado, não se podendo conceber um instrumento de avanço, de melhoria e de transformação do direito penal e processual penal sem a participação ativa do Ministério Público (TIVERON, 2014, p. 434). Ainda de acordo com os comandos constitucionais, o órgão ministerial, na atuação da defesa da ordem jurídica e enquanto titular da ação penal, tem o dever de assegurar o cumprimento da missão constitucional do Direito penal, assegurando que o processo seja uma ferramenta de política criminal, cabendo-lhe a filtragem da ação penal, podendo o membro ministerial, dentro de certos limites, optar por quais as infrações merecem a perseguição em juízo.

Desta forma, diante das prerrogativas constitucionais e atribuições do Ministério Público, a atuação deste órgão, incumbido da ação penal pública, reclama uma nova sistemática processual, em que a mitigação da indisponibilidade da ação penal pública reforça a independência funcional dos seus membros, bem como proporciona maior liberdade de atuação para proteger os interesses sociais e direitos fundamentais dos indivíduos.

7 O mito da indisponibilidade da ação penal no Brasil

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê expressamente, em seu art. 129, inciso I, que é função institucional do Ministério Público exercer a ação penal pública, na forma da lei.

Outrossim, determina o art. 100 do Código Penal que a ação penal é, em regra, pública, salvo quando a lei expressamente a declara ser privativa do ofendido, bem como que será promovida pelo Ministério Público.

Neste mesmo sentido, prevê o art. 24 do Código Penal que, “nos crimes de ação penal pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver a qualidade para representá-lo”.

Diante dessa sistemática, a doutrina brasileira majoritária extrai desse conjunto normativo a indisponibilidade da ação penal pública no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, a obrigatoriedade da propositura da ação penal pelo órgão ministerial não se encontra expressa e efetivamente prevista na ordem legal pátria, conforme adiante se demonstrará.

Com efeito, da leitura dos citados dispositivos infere-se que a Constituição e a legislação criminal apenas atribuíram ao Ministério Público a titularidade da ação, não determinando que esta deve ser necessária e obrigatoriamente exercida, ao contrário de outros ordenamentos jurídicos, a exemplo do italiano, que

prevê que o Ministério Público tem a obrigação de exercer a ação penal, e do espanhol, que expressamente prescreve que o agente político ministerial tem a obrigação de exercitar todas as ações penais que julgar procedentes.

Nesta esteira de raciocínio, pertinentes se mostram as críticas tecidas por André Luis Alves de Melo, ao determinar que o problema da sistemática processual penal brasileira não é o rito, mas o mito, sendo tal mito repassado, quase que mecanicamente nas faculdades de Direito, e reproduzido em concursos públicos sem maiores reflexões:

A questão é que a legislação no Brasil não prevê a obrigatoriedade da ação penal. E nem se pode dizer que decorre do princípio da legalidade, pois se não existe uma lei obrigando expressamente, não haveria legalidade alguma. E mesmo nos países em que se prevê expressamente, como na Itália, a necessidade de se implantar a oportunidade vem aumentando imensamente. Ou seja, no Brasil o problema não é o rito, mas o mito. (MELO, 2011, p.1).

Neste sentido, Luiz Gazoto (2003) argumenta que o princípio da indisponibilidade da ação penal consiste em um verdadeiro dogma entre os juristas brasileiros, sem maiores indagações ou questionamentos, constituindo uma grave heresia a defesa da flexibilização da sua obrigatoriedade.

Ademais, faz-se ainda importante destacar que os mencionados dispositivos datam do ano de 1941 e não foram atualizados por leis posteriores.

Com o advento da Constituição de 1988 e estruturação do Ministério Público e do Poder Judiciário, além da superação do processo penal inquisitivo, faz-se necessária uma nova leitura destes artigos; conforme visto, nenhum dos dispositivos legais mencionados prevê efetivamente a obrigatoriedade da ação penal.

Outros artigos que justificariam a sistemática da indisponibilidade, para aqueles que entendem que esta vige no Brasil, são os arts. 42 e 576 do Código de Processo Penal, que determinam,

respectivamente, que “o Ministério Público não poderá desistir da ação penal” e “o Ministério Público não poderá desistir do recurso que haja interposto”.

Mais uma vez, conforme se pode extrair da leitura e interpretação dos dispositivos citados, nenhum prevê explicitamente a indisponibilidade da ação penal. Tais artigos apenas estabelecem que o órgão ministerial não pode desistir do recurso que haja eventualmente interposto, sequer determinando que seja obrigatório recorrer, bem como não poderá desistir da ação penal.

Segundo Melo, a questão é nebulosa, haja vista que, afinal, o Ministério Público não poderá desistir do recurso que haja interposto, mas nada impede que o Procurador, em segunda instância, peça a absolvição ou obrigue o promotor, em singela instância, a recorrer (2011, p. 1).

Reforçando tais argumentos, tem-se, ainda, que o membro do MP também não é obrigado a promover o pedido de condenação nas ações ajuizadas, de acordo com a previsão do art. 385 da Lei Adjetiva Penal. Prevê o referido artigo que “nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada”.

Registre-se que tal dispositivo possui duvidosa constitucionalidade, uma vez que, sob a égide do sistema acusatório, não poderia o juiz proceder à condenação quando o próprio titular da ação expressamente requereu a absolvição do denunciado.

Destarte, os defensores da indisponibilidade da ação penal invocam o art. 28 do Código de Processo Penal para justificar a adoção da obrigatoriedade. Para aqueles que defendem tal entendimento, tal dispositivo viria a consagrar o juiz como “fiscal” da obrigatoriedade, uma vez que pode discordar das razões invocadas pelo promotor de justiça para promover o arquivamento dos autos e remetê-lo ao chefe da instituição ministerial.

Para Melo, o dispositivo em questão é, mais uma vez, equivocadamente interpretado, pois,

[...] ao afirmar que o juiz poderá discordar das “razões” de arquivamento, *não limita estas razões*, mas apenas submete as razões ao controle judicial e se o Juiz discordar deve remeter ao PGJ para decisão. Ora, se o Juiz concordar com as razões, as quais podem ser temas como “prioridade para processamento”, razões de política criminal, falta de pauta para audiências e outros temas que não apenas aos referentes à tipicidade e autoria como tem prevalecido. (2012, p. 1).

Diante do exposto, conclui-se que o princípio da obrigatoriedade da ação penal no Brasil consiste em verdadeiro mito. Nenhum dispositivo legal do ordenamento jurídico pátrio expressamente prevê que o exercício da ação penal seja obrigatório, ao contrário de outros ordenamentos alienígenas.

Ressalte-se, por fim, que os defensores da indisponibilidade aduzem que a mitigação de tal princípio geraria a sensação de impunidade. Tal premissa, contudo, não se sustenta, uma vez que o oferecimento da denúncia, por si, não assegura a condenação.

Outrossim, cumpre ainda reiterar que a nossa legislação penal e processual penal datam da década de 1940, editadas sob um regime ditatorial e numa época em que prevalecia a cultura inquisitiva. Com o advento da Constituição Cidadã de 1988 e o fortalecimento das prerrogativas do Ministério Público, este princípio não encontra guarida no ordenamento normativo brasileiro.

Entretanto, em que pesem tais argumentos, ainda prevalece no Brasil o mito da obrigatoriedade, sendo necessária urgente releitura dos retromencionados dispositivos legais, uma vez que, embora os mesmos não prevejam a atuação vinculada e obrigatória do Ministério Público em promover a ação penal, ainda não conseguimos assimilar a “nova” cultura processual penal, na qual o processo penal não configura apenas um instrumento de perseguição criminal e aplicação da sanção, mas verdadeira ferramenta de política criminal, cabendo ao titular da ação maior liberdade na “filtragem” das ações penais, podendo, dentro de um juízo de conveniência e oportunidade, optar quais as infrações merecem a persecução em juízo.

7.1 A obrigatoriedade da ação penal e a racionalidade penal moderna

Conforme se pode extrair da evolução e consagração da obrigatoriedade da ação penal pela doutrina brasileira, observa-se que o processo não é visto enquanto instrumento de política criminal, mas sim como mera ferramenta para aplicação da sanção. Tal característica do processo brasileiro mostra-se como reflexo entre nós da chamada racionalidade penal moderna.

Por racionalidade penal moderna, construção feita por Álvaro Pires (2004), entende-se um sistema de pensamento que se identifica como relativo à justiça criminal, designando uma forma concreta de racionalidade que se concretizou em determinado momento histórico. Segundo o referido autor:

Um dos efeitos da racionalidade penal moderna será o de naturalizar a estrutura normativa inicialmente eleita pelo sistema penal. É quando tentamos pensar o sistema penal de outra forma que tomamos consciência da colonização que ele exerce sobre a nossa maneira de ver as coisas. Na lei penal, a norma de comportamento é frequentemente formulada sob a forma de uma estrutura normativa telescópica do seguinte tipo: “aquele que faz x pode ou deve ser punido com y”. (PIRES, 2004, p. 41).

Nesta esteira de entendimento, observa-se que a racionalidade penal moderna proporciona um ambiente fértil para o cultivo do mito da obrigatoriedade da ação penal no Brasil, uma vez que a estrutura do pensamento e do sistema criminal permanece incólume, e não conseguimos conceber ou visualizar outra perspectiva de enxergar o Direito penal e o processo. Em outras palavras: o Direito penal segue a lógica punitiva na qual o delito equivale, necessariamente, à sanção e, neste sentido, o processo servirá apenas como instrumento de aplicação da punição, não podendo haver sua abdicação (nos crimes de ação penal pública incondicionada), bem como não pode o processo penal servir para fins de política criminal.

8 Considerações finais

Diante da nova conformação constitucional brasileira, inaugurada em 1988, coube ao Ministério Público a defesa do ordenamento jurídico, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Ainda conforme os preceitos plasmados na Carta Magna, cabe ao órgão ministerial a promoção da ação penal pública, na forma da lei.

Com efeito, conforme visto, a legislação penal e a processual penal brasileira igualmente determinam a que a titularidade da ação pertence ao MP.

Diante dessa sistemática, a doutrina brasileira majoritariamente entende que o ordenamento normativo pátrio consagrou o princípio da indisponibilidade da ação penal, entendimento este que não merece subsistir, uma vez que nenhum artigo da legislação constitucional ou infraconstitucional nacional expressamente prevê que o exercício da ação penal seja, de fato, obrigatório.

Ademais, tem-se que essa suposta indisponibilidade vulnera a prerrogativa da independência funcional dos membros do Ministério Público, que têm sua liberdade de convicção tolhida em face da ausência de margem de discricionariedade para poder filtrar a ação penal.

Outrossim, com a edição da Lei federal n. 9.099/1995, houve a mitigação da suposta obrigatoriedade, tendo o ordenamento jurídico brasileiro avançado consideravelmente, ao introduzir os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, numa clara demonstração de que o processo penal pode ser visto como ferramenta de política criminal, não servindo apenas para a aplicação da sanção.

Ressalte-se, ainda, que o Código de Processo Penal brasileiro vigente foi editado no ano de 1941, quando prevalecia a cultura processual inquisitiva e predominava um pensamento conservador e

individualista, não mais se harmonizando tais premissas com a nova ordem constitucional, a qual objetivou prezar pela independência do Ministério Público enquanto órgão responsável pela defesa dos direitos fundamentais, livrando-o de ingerências políticas externas.

À guisa de conclusão, considera-se que o princípio da obrigatoriedade da ação penal não resulta de determinação legal, nem de interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro. À luz da nova conformação constitucional, não mais subsiste a noção de indisponibilidade, havendo a necessidade de releitura dos citados dispositivos, visando adequá-los a uma nova cultura processual, na qual o processo é visto como ferramenta de política criminal e instrumento de limitação do poder punitivo do Estado.

Referências

ALEMANHA. Código de Processo Penal (*Strafprozeßordnung*). Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stpo/gesamt.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2017.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JR., Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Verbatim, 2012.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. *Plea bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo*. Revista eletrônica do Ministério Público Federal, 2012. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2017.

ESPAÑA. *Ley de enjuiciamiento criminal*. Disponível em: <<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE18826036&p=20151006&tn=1#a105>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

FRANÇA. *Códe de procédure pénale*. Disponível em: <<https://www.legi-france.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071154>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

GAZOTO, Luis Wanderley. *O princípio da não obrigatoriedade da ação penal pública*. São Paulo: Manole, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Juízados especiais criminais – comentários à Lei 9.099/1995, de 26/09/1995*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ITÁLIA. *Constituizione dela repubblica italiana*. Disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/Costituizione_della_Repubblica_italiana_agg2014.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2017.

JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública – princípio da obrigatoriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAZZILLI, Hugo Nigri. *Os limites da independência funcional do Ministério Público*. 1995. Disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/limitesindep.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2017.

MELO, André Luís Alves de. Obrigatoriedade da ação penal é um mito. *Revista Consultor Jurídico*, 18 jul. 2011. Disponível em:

<<http://www.conjur.com.br/2011-jul-18/legislacao-brasileira-nao-preveobrigatoriedade-acao-penal>>. Acesso em: 11 jan. 2017.

_____. *Repensando a figura do promotor criminal*. Portal do Ministério Público de Minas Gerais, 26 mar. 2012. Disponível em: <<http://promotordejustica.blogspot.com.br/2012/03/o-mito-da-obrigatoriedade-da-acao-penal.html>>. Acesso em: 11 jan. 2017.

PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 68, 2004.

SILVA, César Dario Mariano da. *Colaboração premiada e o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública*. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-05/cesar-dario-colaboracao-premiada-obrigatoriedade-acao-penal>>. Acesso em: 11 jan. 2017.

SOUZA, Motari Ciocchetti de. *O Ministério Público e o princípio da obrigatoriedade: ação civil pública, ação penal pública*. São Paulo: Método, 2007.

TIVERON, Raquel. *Justiça restaurativa e emergência da cidadania na dicção do Direito*. A construção de um novo paradigma de justiça criminal. Brasília: Thesaurus, 2014.