

INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL

ANDRE LUIS ALVES DE MELO

O Art. 24 do Código de Processo Penal, usado para fundamentar eventual “obrigatoriedade da Ação Penal” viola os artigos 127, CAPUT e §§1º e 2º, bem como o Art. 129, I, ambos da Constituição Federal, uma vez que o titular da Ação Penal (Persecução Penal) tem o poder/dever de estabelecer prioridades

Inconstitucionalidade da obrigatoriedade da ação penal

André Luis Alves de Melo

INTRODUÇÃO

O art. 24 do Código de Processo Penal, usado para fundamentar eventual “obrigatoriedade da ação penal” viola os artigos 127, caput e §§1º e 2º, bem como o art. 129, I, ambos da Constituição Federal, uma vez que o titular da ação penal (persecução penal) tem o poder/dever de estabelecer prioridades para o processamento penal, conforme novo ordenamento jurídico imposto a partir de 05/10/1988, embora a doutrina processual penalista pouco aborde este tema. Logo, não foi recepcionado pelo ordenamento jurídico, conforme será demonstrado, inclusive abordando outros elementos fáticos em razão do reiterado argumento de que geraria impunidade.

Ademais, ressaltamos que não se pode julgar a Inconstitucionalidade (ou não recepção) com base no argumento de ser conveniente ou inconveniente, ou em riscos não comprovados.

Na verdade trata-se de “princípio da obrigatoriedade da persecução penal” e não da “obrigatoriedade da ação penal”, e foi desenvolvido pelo Iluminismo baseando-se na visão Republicana de que todos devem ser tratados igualmente, logo devem ser processados se cometerem crimes. Contudo, acabou-se verificando que, na prática, há vários aspectos de desigualdade até mesmo em relação às penas e investigações. Ademais, com o decurso do tempo tornou-se apenas “obrigatoriedade da denúncia”.

Se o argumento para manutenção da obrigatoriedade é o combate à impunidade e o poder punitivo do Estado, então não se poderia haver exigência de representação da vítima para crime de estupro, lesão corporal leve, ameaça, lesão culposa em acidente de trânsito (mesmo que seja a perda de uma perna) e vários outros delitos. Isso sem falar que o estupro é crime hediondo, mas exige representação da vítima, em regra.

Outro ponto é que no Brasil ocorreu recentemente ainda o paradoxo de “obrigatoriedade da transação penal”, confundida com “discrecionalidade regrada”. Com a devida vênia, mas não se trata de “discrecionalidade” exigir que se apresente transação, pois estará sendo aplicada uma punição, ainda que mais leve. O “não processar” deve ser mais amplo, para que seja uma discrecionalidade regrada consistente no arquivamento, por exemplo.

Portanto, neste curto espaço de até 10 páginas estará sendo exposto o motivo da inconstitucionalidade do mito conhecido como “obrigatoriedade da ação penal”. Inicialmente ressalta-se que não é expresso no CPP que há obrigatoriedade da ação penal no art. 24 do CPP, e a tão propalada “legalidade”, não se pode ser o agente público ser compelido a seguir um princípio implícito não positivado.

Por oportuno destaca-se que apenas no Código de Processo Penal MILITAR é que fica expresso o termo “obrigação de ajuizar ação penal” no art. 30, conforme texto a seguir:

“Obrigatoriedade

Art. 30. A denúncia deve ser apresentada sempre que houve”

[...]

Ocorre que a Constituição Federal de 1988 promoveu verdadeira revolução copérnica na área da persecução penal e na estrutura do Ministério Público, mas praticamente ignorada nos livros de processo penal e na própria prática cotidiana do Ministério Público, pois ainda focados no Código de Processo Penal de 1941, o qual é um decreto-lei que nem foi votado pelo Legislativo.

A priori, os temas “princípio da oportunidade” e o “processo penal consensual” suscitam muitas controvérsias na área em que operam os sistemas penais dos países com tradição continental.

DESENVOLVIMENTO

A Constituição Federal promoveu três mudanças básicas na estrutura da persecução penal, as quais considerou o Membro do Ministério Público como agente político e com independência funcional; concedeu autonomia administrativa ao Ministério Público e o colocou como titular da ação penal.

A ação penal não consiste tecnicamente apenas no ato de “denúncia”, mas em todo o sistema de persecução penal, inclusive o ato de “não processar”. E o Promotor Criminal como agente político não pode atuar de forma autônoma, como se fosse burocrata e advogado da Polícia, pois sua função de controle externo também deve ser exercida no processo com base na justa causa e até mesmo fixando prioridades.

Na prática a titularidade da ação penal tem sido confundida com mero titular da assinatura na denúncia, pois nem mesmo há gestão processual para se acompanhar e agilizar os processos penais principais, ficando a mercê do Escrivão Judicial ou do Escrivão da Polícia que define as prioridades que serão enviadas ao Ministério Público.

É comum dizer-se que o direito de punir é indisponível. Mas, qual a proporcionalidade de o crime de pequeno furto ser ação penal incondicionada e o de lesão culposa (perda de uma perna) ser ação condicionada à representação? E mais grave ainda, mesmo que a vítima alegue que não tem mais interesse no objeto **furtado** e não se sente prejudicada, qual seria a justa causa ou objeto tutelado? Uma vez que o patrimônio privado é disponível. Não se está falando na questão da representação, mas na própria essência do direito penal. Qual o interesse do Estado nesta persecução penal?

Qual o direito fundamental protegido pela obrigatoriedade da ação penal? Se a vítima nem tem necessariamente a indenização pelo que perde nos furtos.

Outra indagação, é porque não se fala em ‘**obrigatoriedade de investigação penal**’? Pois em menos de 10% dos crimes cometidos há instauração de Inquérito Policial e investigação, conforme pesquisa comentada disponível no site: <<http://institutoavantebrasil.jusbrasil.com.br/artigos/124684033/policia-investiga-so-l-em-cada-10-roubos>> (Avante Brasil, 2014)

Além disso, a indisponibilidade do direito de punir é relativa, tanto é que temos até a figura constitucional do indulto presidencial e até mesmo a prescrição.

No Brasil, destacamos que José Frederico Marques na obra "ESTUDOS de Direito Processual Penal", em 1960, reformula sua posição com base nos argumentos de Euclides Custódio da Silveira, e passa a admitir a oportunidade da ação penal com base no termo "razões de arquivamento" previsto no art. 28 do CPP, o qual não limita as "razões de arquivamento", desde que haja fundamentação, logo pode ter como motivo prioridades de política criminal.

Oportuno destacar trecho da obra Estudos de Direito Processual Penal, págs. 106 e 107, de José Frederico Marques:

“ [...] A expressão razões invocadas, do art. 28 do Código de Processo Penal, pelo seu caráter vago e indefinido, constitui um desses conceitos válvulas com que se permite ao juiz fazer penetrar os mandamentos da equidade na rígida textura normativa do direito escrito, para que o Judiciário, na aplicação da lei, atenda aos fins sociais a que ele se dirige e as exigências do bem comum, consoante o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Nota-se, ainda, que essa interpretação não conduz à oportunidade imoderada, com o arbítrio sem medidas do Ministério Público para arquivar, ou não, as peças de informação delicti. O Promotor de Justiça fica sob o controle dos órgãos superiores do Ministério Público, a quem o juiz pode enviar o inquérito ou peças de informação se considerar improcedentes as razões invocadas. Com isto evita o procedimento leviano que pudesse ter algum promotor de primeira instância, bem como a pressão de injunções locais.”

Na Obra **"ELEMENTOS de Direito Processual Penal"** o jurista Frederico Marques ainda era adepto da obrigatoriedade, mas depois mudou de posição, e registrou na obra mais recente, como citado acima. Ou seja, Marques já sustentava a oportunidade regrada da ação penal, mesmo antes de o Ministério Público ter autonomia, e inclusive que poderia arquivar fundamentadamente.

Importante ressaltar que antes da atual Constituição Federal, em plena ditadura militar havia amplo

debate sobre a oportunidade da ação penal. Contudo, com o advento da atual Constituição e a posição constitucional do Ministério Público como agente político gerou um processo de acomodação e mera repetição do “princípio da obrigatoriedade da ação penal”.

Em Portugal, pequenos furtos em supermercados e cometidos durante o expediente são objeto de ação penal privada. Qual o sentido de no Brasil estes crimes serem ação penal pública incondicionada ?

Enquanto focamos nos pequenos furtos, os crimes pela internet com valores expressivos aumentam assustadoramente. Estima-se que os crimes pela internet causaram um prejuízo de 15 bilhões de reais em 2014 (<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/crimes-virtuais-no-brasil-0>).

Ora, apenas no facebook acontece um crime a cada 40 minutos, 24 horas por dia (<http://www.crimespelainternet.com.br/cada-40-minutos-acontece-crime-relacionado-facebook/>).

Temos ainda uma tentativa de furto de dados a cada 14 segundos, conforme pesquisa da SERASA, com notícia disponível no site: <http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2014/08/cada-14-segundos-uma-tentativa-de-golpe-com-dados-roubados-e-registrada-no-brasil.html>.

Como investigar e processar todos estes delitos ?

O argumento é que se não processarmos por estes delitos “eslecionados” pela Polícia haveria impunidade. Ora, mas para uma atuação eficaz é preciso focar nos mais relevantes e atualmente não tem havido uma racionalização da atuação, mas um mero trabalho de burocratas focada em processos isoladamente.

Nesse sentido, citamos que a Polícia vem sustentando que sejam formalizados os critérios para seletividade, pois atualmente esta já existe, mas sem critérios objetivos. Portanto, a própria Polícia Federal defende a regulamentação de investigações que sejam prioritárias, pois não conseguem investigar tudo e tem esta meta como uma meta da classe e tentam buscar a via legislativa, conforme consta da Carta do Rio, em 2012, em Congresso de Delegados Federais: e disponível no link: <http://s.conjur.com.br/dl/carta-rio-2012-congresso-nacional.pdf>, no item 8 da Carta., conforme texto a seguir:

[...]

8. Disseminar a seletividade para início da investigação criminal, conforme o grau de lesividade dos ilícitos penais, compartilhando a responsabilidade entre as autoridades e instituições oficiais encarregadas de investigar e combater os ilícitos administrativos com repercussão na seara criminal, no Brasil e no exterior, é uma necessidade ante a busca de uma investigação criminal eficiente e moderna. Disponível no site: <http://s.conjur.com.br/dl/carta-rio-2012-congresso-nacional.pdf> (Congresso Nacional de Delegados Federais de Polícia, 2012, grifo nosso)

Cita-se o doutrinador brasileiro Fernando Fernandes, o qual na obra “O Processo Penal como Instrumento de Política Criminal”, editora Almedina, pág. 310 leciona que:

“Em conclusão, uma forma ampla para expressar todos esses fenômenos alternativos ao processo tradicional parece ser a de atenuações ao princípio da legalidade, verificando-se uma certa discricionariedade por parte do ministério público no exercício da ação penal”. O Autor destaca ainda que “a discricionariedade reconhecida ao Ministério Público Alemão o permite dedicar a maior parte dos seus recursos ao problema da criminalidade grave.”

Roxin, sempre defende que o direito Penal deve integrar também a Ciminologia e a Política Criminal, além da mera Dogmática Penal. Apesar de que os penalistas clássicos sempre defenderam apenas a Dogmática penal, ou seja, mera aplicação da lei penal adequando o caso à lei, ficando a criminologia restrita a temas acadêmicos e a política criminal para o legislador, como defendeu Welzel (conhecido também como o Kelsen penalista). Roxin demonstra o erro desta separação na obra “Política Criminal e Sistema Jurídico Penal”, editora Renovar.

Nesse mesmo sentido o festejado Roxin também destaca que na Alemanha o princípio da legalidade está sujeito a tantas limitações na atualidade que no campo da criminalidade leve e também da criminalidade média vale praticamente o princípio da oportunidade. Roxin demonstra o erro desta separação na obra “Política Criminal e Sistema Jurídico Penal”, editora Renovar.

Segundo Roxin, **nem todo fato típico, antijurídico e culpável justifica obrigatoriamente uma ação penal**. Embora, Roxin seja conhecido mais no Brasil pela questão da teoria da imputação objetiva, também é o autor da teoria da tipicidade material na década de 70. Ocorre que naquela época o conceito dominante na Europa era de que a ação penal pública era obrigatória, logo a única forma de não se ajuizar uma ação penal era a de não ser crime. Assim, ao afirmar a **atipicidade material** ilidia o crime e permitia-se o arquivamento do caso ou a absolvição, se ajuizada a ação.

Mas, **posteriormente Roxin** e o Direito evoluíram no sentido de que mesmo sendo crime, nem todo fato justifica uma ação penal, ou seja, **princípio da oportunidade da ação penal**. E na Europa a oportunidade da ação penal atualmente é adotada para pequenos e médios delitos tanto para arquivamentos, como para acordos entre réu e Ministério Público.

O objetivo do legislador com a estatização do Direito Penal e da Acusação, como regra, foi evitar a vingança privada judicializada e o aumento dos processos penais, logo é preciso avaliar a obrigatoriedade da ação penal para delitos de pouca relevância e que nem mesmo a vítima tem interesse no mesmo, caso contrário a prática jurídica está contrária ao previsto inicialmente. Uma vez que está ocorrendo é o demandismo e não o contrário, ou seja, reservar o Direito Penal para as questões mais relevantes, logo precisa-se fazer também uma análise do tipo penal material e tipo penal formal.

Ademais, o art. 28 do CPP prevê o controle judicial sobre os arquivamentos, definitivos ou provisórios, logo obedece à inafastabilidade jurisdicional.

Ainda que se entenda que a “obrigatoriedade da ação penal” seja um princípio constitucional implícito haveria uma espécie de colisão de princípios, sendo que o princípio da autonomia do Ministério Público e a independência funcional do Membro tornaram-se princípios constitucionais explícitos e positivados na Constituição de 1988.

Estes dois debates estão ocorrendo com muita frequência nos demais países e muitos já avançaram legislativamente. Logo, o texto propõe pesquisar o funcionamento nestes países, suas diferenças, seus prós e contras, bem como mecanismos para evitar abusos omissivos, corrupção e limitar o poder punitivo do Estado, além de apontar as resistências.

Normalmente, a Polícia Militar tem estrutura apenas para tratar dos crimes de atavismo (crimes cometidos com menor inteligência) e isto leva ao círculo vicioso da cifra negra para delitos mais elaborados como estelionatos, corrupção e colarinho branco. Sendo que a maioria dos processos criminais iniciam com Boletins de Ocorrência lavrados pela PM e com precária e limitada investigação pela Polícia Civil, os quais vão sendo denunciados pelo Ministério Público conforme ordem cronológica, exceto diferenciando entre acusados presos (novamente o empoderamento do PM e do PC para os flagrantes) e soltos.

Neste trabalho, propõe-se verificar a mudança de postura do Ministério Público, o qual deixaria de ser apenas Promotor Criminal de Gabinete e passaria a ser “Promotor de Políticas Criminais”, inclusive agindo preventivamente para evitar o crime e não apenas focando no processo criminal, além de se discutir maior liberdade para fazer arquivamentos, ainda que provisórios, por falta de justa causa ou por falta de prioridade para a pauta, ou antecipar proposta de pena alternativa, sendo que os mecanismos de controle devem ser discutidos também neste caso. Tal mudança de posicionamento significaria uma aplicação do sistema do contraditório e abandono de práticas inquisitivas, as quais resistem no inconsciente jurídico coletivo.

A pesquisa visa abordar a atuação do Ministério Público como filtro das ações penais para reduzir o poder punitivo do Estado, o que é inerente ao seu papel de controle externo da atividade policial, defensor do Estado Democrático de Direito e fiscal da lei, logo é mero despachante judicial da polícia ou apenas órgão de acusação. Contudo, no modelo atualmente predominante na prática basta a polícia decidir atender à ocorrência e definir a autoria e o Ministério Público é obrigado a processar, o que implica em processar apenas crime de “furto de varal” e outros de menor complexidade.

Geralmente, os doutrinadores mais tradicionais citam quatro artigos do Código de Processo Penal para fundamentar a ideologia da obrigatoriedade:

Art. 24. 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.

*Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar **improcedentes as razões invocadas**, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender. (grifo nosso e não há limite para o conceito de “razões”)*

Art. 42. O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.

Art. 576. O Ministério Público não poderá desistir de recurso que haja interposto.

Oportuno destacar que os artigos transcritos datam de 1941 e não foram atualizados pelas legislações posteriores até a presente data. Ademais, naquela época a estrutura jurídica era outra e a carreira do Ministério Público sequer existia como tal.

Em geral, alegam que o art. 24 do CPP ao dizer: “**Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público**”, estabelece a obrigatoriedade. Mas, esta leitura do artigo pode ser vista com viés totalmente ideológico, pois o objetivo do texto é afirmar que a denúncia, se for o caso, é atribuição do Ministério Público” e não quer dizer que o órgão é obrigado a denunciar.

Ainda com relação aos mencionados artigos, observe-se que nenhum deles diz claramente que a ação penal é obrigatória. Afinal, o Ministério Público (MP) não pode desistir do recurso que haja interposto, mas nada impede que o procurador em segunda instância se manifeste pela absolvição nem que o promotor, em primeira instância, deixe de recorrer. Logo, a questão é nebulosa.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, reforçamos a passagem de um processo penal inquisitivo para um processo penal de partes, mas a lei e a cultura jurídica brasileira têm dificuldade em assimilar esta situação.

A obrigatoriedade da ação penal é expressa na **Constituição Italiana**:

“Art. 112 – O Ministério Público tem obrigação de exercitar a ação penal”.

Nada obstante, a legislação italiana criou meios de se mitigar tal obrigatoriedade, prevista desde 1947, como a ação penal pública condicionada para pequenos furtos (representação da vítima), o que significaria quase 40% dos inquéritos policiais no Brasil, e também a possibilidade de se realizar “negócios penais”, espécie de acordos entre promotoria e réus para evitar processos, audiências preliminares e de instrução.

Também na Espanha prevalece o Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal, todavia, às partes é permitida a realização de acordo para abreviar o rito processual e obter uma sentença mais rápida.

No atual debate sobre a formatação do Ministério Público Europeu para crimes transnacionais, o grande debate é quais infrações serão regidas pela oportunidade da persecução penal e quais serão regidas pela obrigatoriedade da persecução penal, tendo prevalecido que para os delitos de menor e médio potencial ofensividade deve prevalecer a oportunidade.

No Brasil a decoreba reinante nos “Manuais de concurso” apenas repete uma espécie de “mantra” sem aprofundar o debate.

Em regra, atualmente na maioria dos países prevalece o Princípio da Oportunidade da Ação Penal Pública para os delitos de pequeno e médio potencial ofensivo, o qual se contrapõe ao da Obrigatoriedade. Ou seja, cabe ao Ministério Público avaliar a oportunidade de se ajuizar a ação penal naquele momento, mesmo tendo provas e sendo o fato ilícito, devido à falta de pauta de audiências ou por se estar priorizando o combate ao homicídio. Esse “arquivamento provisório” é o que faz o Judiciário quando, em 2011,

INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL

marca audiências para 2016, mas em uma ordem meramente cronológica, em clara violação à eficiência da segurança pública e ao valor aos bens jurídicos tutelados.

Na Alemanha, a disponibilidade prevalece apenas para delitos de bagatela, o que já seria um enorme avanço no Brasil. Isso, no entanto, é diferente de se permitir transação penal, pois, não raro, os processos têm que tramitar por falta de localização do autor ou por descumprimento, o que tumultua a pauta por delitos que tendem à prescrição.

Na França, o Ministério Público pode deixar de ajuizar a ação penal por questões de oportunidade, mas, se o fizer, não poderá desistir. No entanto, a partir de 2004 criou-se o recurso, por parte da vítima, ao Procurador Geral acerca dos arquivamentos decididos pelo Promotor, cabendo a palavra final ao Procurador Geral.

Em Portugal também se permite ao Ministério Público arquivar inquéritos relativos a delitos com penas inferiores a seis meses.

No Brasil, a previsão do interrogatório ao final da instrução acabou por ampliar a duração da audiência, fazendo cair pela metade a quantidade daquelas que se consegue realizar. A rigor, somos o único país no mundo que adota esta ordem de interrogatório para todos os crimes, com enorme aumento do número de prescrições.

Pela legislação brasileira, o rito processual para se apurar um furto de bicicleta e o furto de milhões de reais pela Internet é o mesmo, o que tende a aumentar as prescrições por falta de vagas para a realização de audiências em tempo hábil. Em razão disto, acaba-se condenando o ladrão de bicicleta, por ser mais simples definir a autoria neste caso, enquanto no delito praticado pela Internet há várias dificuldades técnicas, como, por exemplo, para ouvir as vítimas em Estados diversos.

Embora o CPP vede expressamente ao Ministério Público desistir da ação penal, não o impede de pleitear a absolvição (art. 385), o que parece incoerente.

Há doutrina crescente no sentido do fortalecimento do sistema acusatório, inclusive entendendo que não poderia o juiz condenar em face de manifestação absolutória do órgão de acusação, pois violaria o princípio do contraditório; afinal, o réu não teria como se defender dos fatos aduzidos.

De fato, vários dispositivos do CPP não foram recepcionados pela Constituição de 1988, por violarem o sistema acusatório, em especial a possibilidade de o juiz iniciar o processo penal por portaria. É claro que a mudança do processo inquisitivo para o acusatório sofre resistência, pois, como é algo que muda paradigmas, é visto com desconfiança e relutância por muitos. Induvidoso, porém, que a Carta Federal coloca o Ministério Público na condição de titular privativo da ação penal pública (art. 129, I).

Retornando aos arts. 24 e 28 do CPP acima transcritos, cabe ressaltar que a expressão “esta será promovida” não significa obrigatoriedade de processar, mas, sim, que a titularidade da ação penal pública é do Ministério Público. No tocante ao arquivamento, é de se salientar que as “razões invocadas” podem ser da ordem de prioridade ou de gravidade.

Na realidade, porém, o que se tem observado é que delitos de menor potencial ofensivo estão lotando a pauta; logo, não há espaço para tratar de homicídios, estupros e sequestros. Assim, caso se decida pela obediência à mera ordem cronológica de entrada de inquéritos policiais, isto acabará por induzir o soldado da PM a definir a política de segurança pública, ou seja, a “decidir” se faz *blitz* em bairros chiques ou da periferia, ou se aborda apenas motos ou carros de luxo, ou, então, o delegado a instaurar inquéritos policiais para tudo, uma vez que a prática é não fazê-lo nos casos em que não se têm indícios de autoria e outros argumentos.

Ademais, a Lei 11.719/08, dentre outras modificações, acrescentou o inciso III ao art. 395, do CPP, que também foi modificado pela citada lei. A redação ficou da seguinte forma: “**Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: [omissis] III – faltar justa causa para o exercício da ação penal**”. Logo, o Ministério Público também pode invocar como “razões” para não ajuizar a ação penal o fato de entender que falta justa causa para a persecução penal.

Curioso que apenas se entenda que exista “obrigatoriedade da ação penal”, mas não se discute obrigatoriedade da persecução penal na fase policial, por exemplo, e nem mesmo na fase da execução penal. Dessa forma, o Ministério Público fica refém dos órgãos policiais que alegam ter discricionariedade, pois a PM faz *blitz* onde e quando quer, e também aborda quem quer!! E a Polícia Civil não pode arquivar Inquéritos Policiais, mas nada veda que arquive os Boletins de Ocorrência Policial.

O que se observa nos demais países da América Latina e da Europa é um aumento da oportunidade para o Ministério Público arquivar inquéritos policiais de menor gravidade, enquanto no Brasil não há discussão e apenas se repete o termo “obrigatoriedade da ação penal” sem reflexão alguma.

Para agravar a imaginação, pesquisa do IBGE apontou que mais de 50% das vítimas de crimes não comunicam o fato às autoridades, ou seja, o processo penal não reflete a realidade criminal no País, conforme observa-se no link:

<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/ibge+maioria+das+vítimas+de+roubo+e+furto+nao+procura+a+policia/n1237867995108.html>

Por outro lado, embora existam mais de 1.600 delitos tipificados na legislação penal, apenas três respondem por quase 80% das prisões: furto, roubo e tráfico em pequenas quantidades, conforme estatística no link: <http://www.jcnet.com.br/Policia/2014/10/75-das-prisoos-em-flagrante-sao-por-trafico-furto-ou-roubo.html>.

. Será que os demais crimes não acontecem? Ou estão perdidos na burocracia? Como fica a questão da “cifra negra”, a qual consiste nos delitos não apurados ou não comunicados? Nesse sentido citamos trecho da manifestação do Desembargador Marcelo Semer:

Quem a viatura para?” questiona o desembargador Marcelo Semer, membro e ex-presidente da Associação Juízes para a Democracia, que atua na área criminal há 25 anos e passou alguns deles em uma Vara Criminal de São Paulo. **“90% dos processos que a gente tinha na Vara Criminal eram de flagrantes da Polícia Militar, era quem fazia nossa triagem. E a PM aborda muito mais na periferia que no centro**, muito mais o jovem que o idoso, o negro que o branco, isso já traz uma seleção”, define. “E o réu é o último a ser ouvido, isso não acontece antes de dois meses. Disponível em

<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/prende-primeiro-pergunta-depois-2548.html>, grifo nosso. Acesso em: 17 Ago. 2015

A rigor, apenas o furto responde por mais de 50% das prisões. A questão é que crimes de furto comum (exceto os cometidos pela Internet) são realizados por pessoas com pouco estudo, enquanto pessoas estudadas e voltadas para a criminalidade tendem a cometer delitos mais elaborados, os quais são difíceis de provar e, se provados, têm penas menores.

Relevante pesquisa feita pela Promotora Fabiana Costa, em 2006, durante o seu Mestrado na Unb constata que em mais de 50% dos casos os crimes de furtos eram inferiores a um salário mínimo, conforme link:

<http://www.secom.unb.br/unbclipping2/2007/cp070227-08.htm>

Veja-se que mesmo a legislação processual italiana passou por reformas. Segundo Eduardo Araújo da Silva:

A reforma processual penal operada na Itália (1989) obedeceu a política criminal de descriminalização, buscando a aceleração procedimental, notadamente para os casos de prisão em flagrante (Giudizio direttismo – arts. 409 a 452), reservando também espaços para a iniciativa discricionária do Ministério Público, por meio da introdução do consenso e do procedimento por decreto, que muito se assemelha ao procedimento alemão por ordem penal. Com essa reforma, observa Ennio Amodio que o sistema processual italiano se encontra hoje numa fase de transição projetada para a redefinição da regra da obrigatoriedade, que é consagrada em termos constitucionais (art. 112). Na verdade, segundo o autor, vai-se difundindo na cultura jurídica italiana a ideia de que o princípio constitucional não exige a instauração de todas as notícias de delito, mas transparência e o controle jurisdicional dos critérios, com base nos quais o promotor de justiça faz a escolha entre o arquivamento e a formulação da acusação. Destarte, não ajeitam dúvidas de que o sistema processual penal italiano também se rendeu ao princípio da oportunidade.

A discussão sobre “obrigatoriedade” ou “oportunidade” da ação penal deveria estar no centro dos debates no Brasil, mas é tratada como uma “verdade imutável”, como se princípios não mudassem nunca. A sutil previsão legal da transação penal em 1995 reacendeu o debate, mas sempre focado na “obrigatoriedade”; alguns até entenderam como uma mitigação. Mas, na prática, criou-se outra “obrigatoriedade”, a da transação penal. E, para agravar, muitas vezes o processo simplificado do Juizado Especial é remetido às Varas Criminais quando

não se localiza o autor do fato para citar, aumentando o colapso nas varas comuns, já abarrotadas com os seus processos iniciais.

Nesse sentido, caminha-se no Brasil para um processo penal quase “esquizofrênico”, em que o Estado acusa e cria outra instituição estatal para fazer a defesa. Oportuno destacar que, nos últimos anos, a maciça política do Governo Federal para *estatizar* a assistência jurídica acarretou um aumento de 80% no número de presos, conforme dados do DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional) entre 2002 e 2010. No entanto, tal fato precisa ser pesquisado com maior profundidade para se apurar suas causas, mas não há muito interesse em face do encantamento atual com a estatização e seu forte *lobby* sindical. E, ao final, a mesma instituição que defendeu a maioria dos presos quer mais verbas para atendê-los nos presídios, alegando ainda que o Estado abusa na quantidade de presos. Ora, mas então por qual motivo prendeu e depois é o próprio Estado a “desdizer” o que ele próprio acusa? Embora o índice de condenação nas ações penais seja superior a 80%, excluindo-se as prescrições e suspensões do processo. É fato, contudo, que o “ritmo de metralhadora” de denúncias permite apenas condenações por delitos simples, como furto, roubo e tráfico de pequenas quantidades, pois não há como aprofundar as investigações em crimes mais elaborados.

Ora, mas por qual motivo o Estado é obrigado a processar alguém por delitos que não são prioridade? E também a oferecer defesa, se nem deveria ter iniciado a ação penal? Por qual motivo a lesão corporal leve é ação penal pública condicionada e o furto de bagatela não? Por qual motivo se alguém apanha pode retirar a “queixa” [representação], mas não a do furto do seu lápis? Por qual motivo um processo precisa chegar ao STF para se dizer que é insignificante? Parece-me que por meras resistências de se mudar paradigmas e, em alguns casos, por puro interesse de se manter o mercado jurídico aquecido.

Conforme pesquisa do DEPEN (Departamento Penitenciário), em 2010, <http://www.conjur.com.br/2010-abr-03/maior-parte-presos-brasileiros-responde-traffic-roubo-qualificado>, as prisões por crimes de furto e tráfico ultrapassaram as prisões por furto.

No entanto, pela experiência pessoal é possível constatar que os roubos são de valores inferiores a um salário mínimo e o tráfico de drogas por quantidades inferiores a 20g. Nos demais casos, não há flagrante e nem investigação policial.

Segundo as lições de Lênio Streck, 2001, na obra Tribunal do Júri: símbolos e rituais, p. 61, Editora Livraria do Advogado, citado pelo Andre Luis Tabosa, na obra Acusação Responsável, 2015, Edit. Lumen Juris, p. 106, ressalta-se que:

“[...] não se afigura razoável que para os delitos de furto, apropriação indébita, estelionato, somente para citar alguns, a ação penal seja incondicionada e, para os delitos de trânsito (lesões corporais), a ação seja de índole condicionada [...] o Estado está mais preocupado e atento em perseguir auees que colocm em risco patrimônio das pessoas, do que aqueles que atentam contra a vidae a integridade corporal destas!”

O curioso é que nas Escolas de Direito, e no meio jurídico em geral, não se discute esta desproporcionalidade citada acima. Apenas aplica-se a lei sem reflexão crítica.

O sistema atual de processo penal no Brasil promove a insegurança pública ao se estabelecer audiências judiciais burocráticas, ausência de possibilidade de se simplificar o procedimento para determinados casos, mas, principalmente, pelo mito da obrigatoriedade da ação penal.

Paradoxal que órgãos públicos como o CADE, a RECEITA e o CVM possam arquivar casos de crimes socialmente graves, embora cometidos sem violência, mas não precisam nem comunicar ao MP e nem ao Judiciário, o que comprova a inexistência do mito da obrigatoriedade da ação penal. Ou seja, para se arquivar o caso do furto de bala no Carrefour tem que passar pelo crivo do Judiciário e discutir tipicidade. Mas, se o Carrefour comete crime tributário ou contra a ordem econômica pode ser beneficiado com acordos extrajudiciais e nem se chega à esfera judicial. Logo, o problema de se ter mais pobres presos não é por falta de assistência jurídica, mas por causa de brechas legais. Ou seja, para os ricos é o Princípio da Oportunidade, mas para os pobres é o Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal.

Nesse sentido, cita-se trecho da obra do Procurador da República Luis Wanderley Gazoto, in Princípio da Não Obrigatoriedade da Ação Penal Pública, editora Manole, 2003, in pág. 118:

“De nada adianta à sociedade o Ministério Público oferecer denúncias e mais denúncias e não conseguir obter a resposta do aparelho judicial às suas ações penais, vendo as ações terminadas em reconhecimento de prescrição.”

O Direito Penal ainda vive de mitos, inclusive repetem-se chavões como: “é o direito penal que restringe a liberdade”, mas a grande maioria dos processos criminais hoje comporta transações penais ou penas alternativas que não restringem a liberdade. Além disso, temos crimes com pena exclusiva de multa, a qual não pode ser convertida em prisão. Ou seja, mudaram-se os fatos, mas não os mitos.

Mesmo a legislação processual italiana, segundo Eduardo Araujo da Silva, na obra Ação Penal Pública, editora Atlas, 2ª Ed. p. 28, também passou por algumas reformas:

“Também a recente reforma processual penal operada na Itália (1989) obedeceu a política criminal de descriminalização, buscando a aceleração procedimental, notadamente para os casos de prisão em flagrante (Giudizio direttismo – arts. 409 a 452), reservando também espaços para a iniciativa discricionária do Ministério Público, por meio da introdução do consenso e do procedimento por decreto, que muito se assemelha ao procedimento alemão por ordem penal.

Com essa reforma, observa Ennio Amodio que o sistema processual italiano se encontra hoje numa fase de transição projetada para a redefinição da regra da obrigatoriedade, que é consagrada em termos constitucionais (art.112). Na verdade, segundo o autor, vai-se difundindo na cultura jurídica italiana a ideia de que o princípio constitucional não exige a instauração de todas as notícias de delito, mas transparência e o controle jurisdicional dos critérios, com base nos quais o promotor de Justiça faz a escolha entre o arquivamento e a formulação da acusação.

Destarte, não ajeitam dúvidas de que o sistema processual penal italiano também se rendeu ao princípio da oportunidade.”

É equivocado alegar que o princípio da “obrigatoriedade da ação penal” seria um princípio constitucional implícito, principalmente no tocante aos pequenos delitos patrimoniais. Ademais, princípio da independência funcional e o da autonomia do Ministério Público são expressos, logo deveriam prevalecer neste “conflito” aparente de princípios.

A rigor, apenas os princípios positivados têm efetividade, os demais são mera orientação programática. O Neo-constitucionalismo deve dar efetividade aos princípios positivados no corpo constitucional. Seria até mesmo o caso de se questionar se “obrigatoriedade da ação penal” é realmente um princípio ou estaria apenas no plano de norma. Esta questão é aprofundada em outro texto maior, pois demanda até mesmo aspectos de filosofia e outros setores.

Ocorre que nas décadas de 30 a 60 houve forte influência de doutrinadores italianos na área processual, tanto civil como penal. Mas, na área penal esta influência ficou muito evidente com a adoção do Código de Processo Penal e do Código Penal, do Italiano Rocco.

No entanto, a Constituição Italiana adotou expressamente no art. 119 a obrigatoriedade da ação penal na década de 30 e até hoje vigora esta disposição lá. Logo, para a doutrina italiana o princípio da obrigatoriedade da ação penal foi positivado, tendo normatividade, mas no Brasil não. Ademais, é até de se duvidar se seria um princípio, uma vez que não existiu sempre.

Na primeira Constituição Republicana, em 1891, foi permitido aos Estados da Federação legislar sobre matéria processual, inclusive penal. A maioria dos Estados preferiu manter a aplicação do Código de Processo Criminal da Primeira Instância de 1832, como o Estado de São Paulo.

Todavia, alguns dos Estados optaram por promulgar seu próprio Código de Processo Penal e, neste sentido, vale dizer que a maior parte estabelecia de forma expressa a obrigatoriedade do exercício da ação penal.

Alguns Códigos estaduais de Processo Penal previam expressamente a obrigatoriedade da ação penal, pode-se citar o do Distrito Federal (Arts. 3º e 22, do Decreto-Lei nº 16.751/1924); de Minas Gerais (Arts. 26 e 29, do Decreto nº 9.640/1930); do Rio Grande do Sul (Art.100, da Lei nº 24/1898); e da Bahia (Arts. 1.779 e 1.787, da Lei nº 1.121/ 1915), conforme leciona Afrânio Jardim, na obra Ação Penal Pública, Princípio da Obrigatoriedade 2001, p. 95-99). Certamente os Códigos Estaduais foram influenciados pela doutrina do Iluminismo que fortaleceu o debate da República e fim do Império no Brasil.

INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL

O Mestre Afrânio Jardim efetuou brilhante trabalho sobre a obrigatoriedade da ação penal na década de 80, anterior à atual Constituição Federal, inclusive usou de pesquisa ao Direito Comparado. Até hoje o Insigne Jurista mantém sua posição ideológica a favor da obrigatoriedade da ação penal. A sua obra já está na 5ª Edição, em 2011. Porém, a legislação estrangeira citada pelo insigne autor não contém as atualizações ocorridas nos ordenamentos jurídicos na década de 90, conforme demonstrei em outro trabalho pesquisando a legislação de todos os países da América Latina, aproximadamente 25 países, **e com exceção do Brasil, todos** passaram a adotar a oportunidade da ação penal, prevendo expressamente ao Ministério Público a possibilidade de não processar em casos de menor ofensividade, nem mesmo é obrigado a fazer acordos penais. O mesmo ocorrendo em vários países da Europa. Sem falar na questão de que os pequenos furtos passaram a ser ação penal privada ou penal pública condicionada à representação da vítima.

No Brasil o poder da “Burocracia” é tão grande que defendemos que o Estado/Ministério Público é obrigado a processar até mesmo por pequenos delitos, para o mesmo Estado implantar a Defesa Estatal para defender e recorrer até o STF em pequenos delitos para ao final ser condenado a 10 dias multa, e prescrever. Ou então, tentar afrouxar a execução penal por falta de vagas. Em suma, em vez de racionalizarmos no início da persecução penal queremos fazer isto ao final e depois do custo do processo.

Isto beneficia apenas o meio jurídico e os bacharéis em Direito que vivem deste mercado de ações e demandas judiciais sem efetividade.

No entanto, uma preocupação do Mestre Afrânio Jardim é muito relevante, seria necessário um mecanismo para controlar eventuais desvios, e até leniência, de promotores para não processar. Neste caso, acredito que bastaria o CNMP exigir que a vítima seja intimada (quando possível) e podendo recorrer como faz no caso de Notícias de Fato e que a decisão de arquivamento seja publicada na internet. Pode-se facilmente criar um recurso para a vítima ao PGJ administrativamente, pois ele é a autoridade que decide sobre o arquivamento, logo a previsão, de remessa pelo Juiz, não impede a da vítima.

Em 1941, voltando a unir as normas processuais penais em um único diploma legal, entra em vigor o Decreto-Lei nº 3.689, o Código de Processo Penal (CPP) que se encontra vigente até os dias atuais. E passou-se a ter o crime de furto, como regra, de pequeno furto, o qual apenas teve pequenas alterações votadas recentemente pelo Legislativo.

Importante ressaltar que até 1940 havia muitas regras no anterior Código Penal e de Processo Penal para que o furto não fosse ação penal incondicionada. Por exemplo, como a regra prevista de que se não ocorresse o flagrante o processo penal somente poderia ser iniciado com representação da vítima.

Com a declaração de inconstitucionalidade da obrigatoriedade da ação penal (não recepção) estaremos racionalizando o direito penal no início da ação penal definindo as prioridades e não ao final como se faz atualmente, depois de muitas prescrições e prisões, custos para ao final de tudo, tentar flexibilizar a execução penal, em um paradoxal sistema que visa a “cura social” como defende o mito da ressocialização compulsória e Escola da Defesa Social. Lado outro, urge que em uma era de Direito Digital as decisões de arquivamento tenham o seu inteiro teor publicado na internet para controle social, inclusive as referentes ao art. 28 do CPP.

Conclusão:

O art. 24 do CPP, no tocante ao entendimento dominante de que seria o vetor da obrigatoriedade da ação penal não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988,. De fato, nenhuma Constituição Brasileira adotou expressamente o “princípio da obrigatoriedade da ação penal”, sendo que em 1988 houve uma mudança significativa na persecução penal com a colocação do Ministério Público como titular da ação penal e com a posição de agente político, logo isto deve repercutir na atuação criminal, com mudança de paradigmas, sendo que o art. 24 do CPP viola os artigos 127, caput e §§1º e 2º, bem como o art. 129, I, da Constituição Federal, uma vez que o titular da ação penal (persecução penal) tem o poder/dever de estabelecer prioridades fundamentadamente para o processamento penal, podendo a ação penal deixar de ser ajuizada por justa causa e ausência de prioridade, cabendo o controle do ato nos termos do art. 28 do CPP, ou seja, pelo Juiz e subsidiariamente pelo PGJ, o qual pode até mesmo unificar as políticas públicas com a publicação dos julgados no art. 28 do CPP, o que poucos fazem. Logo, trata-se de tema de relevante interesse institucional e da sociedade.