



A MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE NA AÇÃO PENAL PÚBLICA

Guilherme Berto Nascimento Fachinelli¹

Resumo:

O presente trabalho versa sobre a mitigação do princípio da obrigatoriedade na ação penal pública, em razão da força normativa dos princípios que imperam em nosso atual ordenamento jurídico. Também fazemos sucinta análise da ação penal e suas espécies. O princípio da obrigatoriedade é abordado de forma especial para demonstrar que o processo penal brasileiro o adotou como regra, o que, por consequência, obriga o Ministério Público a propor a ação penal competente, observados os pressupostos legais. Após o registro, em linhas gerais, do princípio da obrigatoriedade no direito comparado, e de análise dos contornos da mitigação desse princípio, apontamos a divisão existente na doutrina brasileira: uma corrente doutrinária afirmando ser inaplicável o princípio da mitigação; outra, defendendo a aplicação desse princípio. Com base nessas análises, nossa conclusão se opera em favor da mitigação.

Palavras-chave: Princípio da Obrigatoriedade. Mitigação. Ação Penal Pública.

SUMÁRIO:

1. Introdução – 2. Dos Princípios – 3. Da Ação Penal – 3.1. Da Ação Penal Pública Incondicionada – 3.2. Da Ação Penal Pública Condicionada – 3.3. Da Ação Penal Privada – 3.3.1. Da Ação Penal Privada subsidiária da Pública – 4. O Princípio da obrigatoriedade na Ação Penal Pública – 4.1. O direito comparado e o princípio da obrigatoriedade na Ação Penal Pública – 5. A Mitigação do princípio da obrigatoriedade na Ação Penal Pública e sua visão doutrinária no Ordenamento Jurídico Brasileiro – 5.1. Da posição doutrinária que defende a inexistência de mitigação do princípio da obrigatoriedade na Ação Penal Pública – 5.2. Da posição doutrinária que defende a mitigação do princípio da obrigatoriedade na Ação Penal Pública – 6. Considerações finais – 7. *Resumen* – 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Neste trabalho, analisar-se-á o princípio da obrigatoriedade, oriundo do artigo 24 do Código de Processo Penal, que dispõe, implicitamente, sobre a obrigação de o Ministério Público promover a ação penal pública. A consequência lógica em discutir referido tema é observar a morosidade da prestação jurisdicional nos dias atuais, fato gerado com o crescimento vultoso das infrações penais de pequeno e médio potencial ofensivo e sobre como o Judiciário deve oferecer a eles um tratamento inovador, com o escopo de abrir espaço para enfrentar e combater a macrocriminalidade.

Diante da realidade fática atual, em que se observa o aumento da criminalidade e que o modelo processual penal vigente no direito pátrio se mostra cada vez mais anacrônico, os operadores do direito não podem ficar inertes, mas devem buscar oferecer um tratamento

¹ Acadêmico do curso de Direito da Universidade de Uberaba – 10º período.



inovador às infrações penais de pequeno e médio potencial ofensivo. O aludido tratamento inovador é medida de urgência, a fim de travar, desde logo, um efetivo combate contra o conservadorismo, o puritanismo e o individualismo que permeiam o modelo processual pátrio, verdadeiros resquícios de um Estado de Direito que não se amolda ao paradigma do Estado Democrático de Direito, que foi estabelecido na Constituição da República de 1988. Feitas essas considerações, observa-se, ainda, por intermédio do presente artigo, que o direito pátrio se encontra desconectado do Estado Democrático de Direito, pois o atual sistema jurídico tem como pólo central o patrimônio, o conflito e a competição. Nessa linha de raciocínio, repita-se, o sistema jurídico brasileiro, em especial o direito processual penal, não se coaduna com os fundamentos e princípios constitucionais dispostos na Constituição Federal de 1988.

Desse modo, após uma análise curial, será constatado que se mitigou o princípio da obrigatoriedade na ação penal pública, tema central deste trabalho, com o objetivo de adequar o modelo processual penal vigente ao paradigma constitucional e, assim, proporcionar uma prestação jurisdicional célere e efetiva. Num primeiro momento, serão lançados alguns apontamentos acerca dos princípios, especificamente no que se refere a sua força normativa. Posteriormente, efetuar-se-á uma análise da Ação Penal Pública e suas espécies, para depois discorrer sobre o princípio da obrigatoriedade, bem como o modo com que é visto pelo direito comparado. Por fim, será feita uma exposição sobre o modo pelo qual a doutrina no Brasil enxerga a mitigação do princípio da obrigatoriedade. Neste tópico, será esclarecido que o artigo 98, inciso I, da Constituição da República de 1988, ao prever a criação dos Juizados Especiais – instituídos em todo território nacional pela Lei 9.099/95 – trouxe a mitigação expressa ao princípio da obrigatoriedade, cerne deste trabalho.

2. DOS PRINCÍPIOS

A Constituição da República de 1988 e o Código de Processo Penal trazem em seus textos uma gama de princípios, sendo alguns deles específicos do processo penal brasileiro. Uns estão inequivocamente explicitados nos aludidos textos. Outros se encontram permeados implicitamente nas normas constitucionais e processuais. Os princípios constitucionais, processuais ou de direito material, devem ser entendidos como o fundamento de todo ordenamento jurídico, pois eles expressam verdades jurídicas universais. Ou seja, os princípios são disposições que podem estar inseridas de forma expressa ou implícita no texto legal, uma vez que corporificam o núcleo do ordenamento jurídico. Mister evidenciar que os princípios possuem um caráter de abstração e generalidade muito maior do que as normas, razão pela qual na maioria das vezes não aparecem expressos nos diplomas legais. Faz-se necessário abordar a questão referente a força normativa dos princípios, a qual deve ser estudada sobre a perspectiva da teoria do bloco constitucional². Referida teoria traz um conjunto normativo que contém disposições, princípios e valores materialmente constitucionais que não estão positivados na Constituição, o que, por resultado, oferece força normativa aos princípios da ordem jurídica e impõe a aplicação efetiva destes, em virtude do princípio da supremacia da constituição.

² Aqui, adota-se a lição de Gisela Maria Bester (2005, p. 78 e 79), segundo a qual “A idéia de bloco evoca a de solidez e de unidade, de conjunto que não pode ser dividido e serve principalmente para designar as normas não inscritas nos textos constitucionais. (...) Esta noção de bloco de constitucionalidade, que forma uma unidade e não pode ser rompido ou dividido, é extremamente importante para afirmar normatividade ao Preâmbulo constitucional, que assim adquire uma força normativa própria pelo fato de pertencer a um conjunto normativo que deve ser lido, interpretado e aplicado como todo unitário, como um bloco monolítico e harmônico”.

A teoria do bloco constitucional, por sua vez, deve ser aplicada por analogia às normas infraconstitucionais, como, por exemplo, o Código de Processo Penal, a fim de conferir força normativa aos princípios que alicerçam todos os comandos normativos. Não há dúvidas de que os princípios têm força normativa apta a vincular a aplicação do direito por seus operadores. Outra matéria conturbada na doutrina se refere à possibilidade de classificar os princípios como normas. Aqui a discussão muda, e o enfoque central não é mais pacificar a idéia de que os princípios têm ou não força normativa, pois, como demonstrado, eles são dotados desse caráter. Não obstante a divergência havida sobre a questão, a professora Bester³ menciona Robert Alexy e José Joaquim Gomes Canotilho, os quais, em seus magistérios, solucionam a divergência e demonstram com clareza que os princípios são espécies de normas. Confira-se:

Conforme a distinção operada pelo professor alemão Robert Alexy, **os princípios também são normas, uma vez que as normas compreendem as regras e os princípios, sendo estes últimos, portanto, espécies de normas**. Também Canotilho se filia a esta classificação [...]. Em Canotilho as distinções entre regras e princípios são apresentadas segundo vários critérios, seguindo autores norte-americanos (Dworkin), alemães (Esser, Larenz e Canaris) e italianos (Guastini):

a) *0 Grau de abstração*: os princípios são normas com grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida.

b) *Grau de determinação* na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?), enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta.

c) *Caráter de fundamentalidade* no sistema das fontes de direitos: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito)

d) *'Proximidade' da idéia de direitos*: os princípios são 'standards' [padrões] juridicamente vinculantes radicados nas exigências de 'justiça' (Dworkin) ou na 'idéia de direito' (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.

e) *Natureza normogenética*: os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base e constituem a *ratio* [razão] de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante. **(grifos atuais)**

Assim, como se infere do excerto acima, os princípios são espécies de normas, haja vista que estas contêm em seu bojo regras e princípios, os quais podem estar explícitos ou implícitos no texto legal.

3. DA AÇÃO PENAL

Como o presente trabalho versa sobre a mitigação do princípio da obrigatoriedade na ação penal pública, necessário se faz delimitar e analisar as espécies desta. O homem, por intermédio do direito, já há algum tempo resolveu por bem coibir a autotutela, isto é,

³ BESTER, Gisela Maria. Direito Constitucional, v. 1: Fundamentos Teóricos, São Paulo: Manole, 2005, p. 266.

proibiu que a justiça fosse feita pelas próprias mãos do ofendido, o que, por corolário, forçou o ser humano a usar o processo para tutelar seus direitos. Assim, na perspectiva de que o direito é a alternativa que o mundo concebeu contra a força bruta, nasceu a concepção de ação. A ação penal, em linhas preliminares, é o meio que o Estado-Juiz obteve para aplicar o direito penal objetivo aos infratores das normas penais, bem como se consubstancia como um direito público subjetivo do Estado-Administração, titular exclusivo do poder-dever de aplicar reprimendas aos referidos delinquentes, a fim de pugnar, por intermédio do Ministério Público ou outras vezes pelo particular, ao Estado-Juiz a aplicação das normas repressivas pátrias, com o escopo de ver satisfeita a pretensão punitiva do Estado. Vale trazer o conceito de ação penal formulado por Jardim⁴: “[...] ação penal é um direito subjetivo público de invocar a prestação jurisdicional do Estado, em face de uma determinada pretensão, lastreada em norma penal ou processo penal.”.

Após os apontamentos acima, infere-se que as características marcantes da ação penal são: ser autônoma, pois não se mistura com o direito material tutelado; ser abstrata, subjetiva e pública, seja por não se vincular com o deslinde do processo, seja pelo fato de seus titulares poderem exigir a devida prestação jurisdicional, que é de natureza pública. Como dito alhures, a ação penal é gênero que comporta algumas espécies, quais sejam: a ação penal pública incondicionada; a ação penal pública condicionada; a ação penal privada; e a ação penal privada subsidiária da pública, as quais encontram respaldo legal no artigo 100 do Código Penal Brasileiro, que demonstra ser a ação penal pública a regra geral, e as outras, a exceção. Nesse sentido, leciona Pacelli⁵:

O critério de atribuição de legitimação ativa para a ação penal, é dizer, o critério de definição da natureza da ação, se pública ou privada, decorre da lei. Por isso, atualmente, nos termos do art. 100 do CP, a ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.

Conclui-se que, quando a lei ficar silente, a ação a ser intentada é a pública incondicionada. Porém, caso haja disposição legal em contrário, ela poderá ser condicionada ou de iniciativa privada, o que poderá ser constatado pela leitura dos dispositivos legais a serem aplicados, os quais indicarão qual o sujeito de direito que detém a titularidade para sua propositura. Feitas essas considerações, de rigor discorrer sobre as espécies de ação penal no direito brasileiro.

3.1 Da Ação Penal Pública Incondicionada

A ação penal pública incondicionada é a promovida pelo Ministério Público independentemente da vontade ou interferência de terceiros, sendo exigido tão-somente que se façam presentes as condições da ação, como a legitimidade das partes, o interesse de agir, a possibilidade jurídica do pedido e a justa causa. Traçadas as linhas gerais do que seja a ação penal pública incondicionada, mister buscar o conceito oferecido por Mirabete⁶:

Em princípio toda ação penal é pública, pois ela é um direito subjetivo perante o Estado-Juiz. A distinção que se faz de ação pública e ação privada se estabelece em razão da legitimidade para agir: se é promovida pelo próprio Estado-

⁴ JARDIM, Afrânio Silva. **Ação Penal Pública: princípio da obrigatoriedade**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 34.

⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 108.

⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 96.

Administração, por intermédio do Ministério Público, é ela ação penal pública; se a lei defere o direito à vítima, é ação penal privada.

Do conceito acima se extraem três verdades sobre o instituto da ação penal pública incondicionada. A primeira é no sentido de ela ser um direito subjetivo de seu titular; a segunda, que é a regra no processo penal brasileiro; e a terceira, que sua titularidade é exercida com exclusividade pelo Ministério Público. A Constituição da República de 1988, em seu artigo 129, inciso I, afirma que é função privativa do Ministério Público promover a ação penal pública incondicionada, ou seja, o *parquet* é o único titular da ação penal pública. O Ministério Público, seja no âmbito estadual, federal ou militar, é o Estado-Administração, que, por intermédio dos seus órgãos de execução, representados pelos promotores e procuradores de justiça, deduzirão a pretensão punitiva do Estado. Nesse prisma, Bitencourt⁷ leciona que a regra geral é que a ação penal seja pública incondicionada, isto é, basta o Ministério Público constatar a prática de um crime para que promova a ação penal. Vale frisar que a ação penal pública incondicionada possui este nome porque o exercício do direito de ação dispensa a existência de qualquer condição específica.

3.2 Da Ação Penal Pública Condicionada

A ação penal pública condicionada encontra fundamento no parágrafo 1º, do artigo 100, do Código Penal, o qual dispõe que o legitimado para o ajuizamento desta ação será o Ministério Público. Porém tal artigo impõe algumas condições, como a necessidade de que terceiros intervenham para que esta possa ser proposta. As condições a serem observadas pelo *parquet*, quando do ajuizamento da ação, são qualificadas como condições suspensivas de procedibilidade, tendo em vista que a ação não poderá ser proposta sem a observância delas, sob pena de nulidade, conforme preceitua o artigo 564, inciso III, alínea 'a', do Código de Processo Penal Brasileiro. Essas condições são: a representação do ofendido e a requisição do Ministro da Justiça. Após essas considerações, mister observar o conceito construído por Capez:

É aquela cujo exercício se subordina a uma condição. Essa condição tanto pode ser a manifestação de vontade do ofendido ou de seu representante legal (representação), como também a requisição do Ministro da Justiça [...]

Mas, mesmo nesses casos a ação penal continua sendo *pública*, exclusiva do Ministério Público, cuja atividade fica apenas subordinada a uma daquelas condições (CPP, art. 24; CP, art. 100, parágrafo 1º)⁸. Como dito, a primeira condição exigida pela lei é a representação do ofendido, que se consubstancia numa espécie de autorização para ver instaurada a persecução penal. A legislação pátria exige que o ofendido, seu representante legal ou seu curador manifeste o desejo de que o Estado desencadeie a persecução criminal, a depender da situação. Um exemplo disso ocorre nos crimes contra os costumes, em que a repressão do ato delituoso pode deixar na vítima seqüelas maiores do que as próprias conseqüências do crime contra ela perpetrado. O prazo para representação da vítima é de 6 (seis) meses, conforme dispõem os artigos 103 do Código Penal e 38 do Código de Processo Penal, prazo este que será contado a partir do momento em que os legitimados para representar tomem conhecimento de quem é o autor do delito. De bom alvitre salientar que a representação da vítima não compele o Ministério

⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 335.

⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 122.

Público a ajuizar a ação penal, como no caso de ausência de uma das condições da ação, por exemplo. A segunda condição imposta, quando for o caso, é a requisição do Ministro da Justiça, que foi definida na doutrina de Júlio Fabbrini Mirabete⁹ como sendo:

[...] condição de procedibilidade, é um ato administrativo, discricionário e irrevogável, que deve conter a manifestação de vontade para a instauração da ação penal [...]. Tem sua razão de ser por se atender, com sua imprescritibilidade, às razões de **ordem política** que subordinam a ação penal pública em casos específicos a pronunciamento do ministro.

Do excerto acima se extrai que a requisição é um ato político, em que a própria lei indica quando esse instituto será utilizado, haja vista sua excepcionalidade. No que tange ao prazo para a requisição ministerial, a legislação pátria manteve-se omissa, razão pela qual a posição hoje é na diretriz que poderá ser feita a qualquer momento, desde que o crime não esteja prescrito. Em último lugar, importa observar que a requisição feita pelo Ministro da Justiça também não implica necessariamente a propositura da ação penal, pois, *verbi gratia*, o delito pode ser atípico.

3.3 Da Ação Penal Privada

A ação penal privada subdivide-se em três espécies, quais sejam: a exclusiva, a personalíssima e a subsidiária da ação pública. Esta última será tratada em tópico próprio, em razão de suas peculiaridades. Entretanto, antes de traçar as diferenças entre as aludidas espécies, cumpre trazer o conceito de Fernando Capez¹⁰ sobre ação penal privada:

É aquela em que o Estado, titular exclusivo do direito de punir, transfere a legitimidade para a propositura da ação penal à vítima ou a seu representante legal. A distinção básica que se faz entre ação penal privada e ação penal pública reside na legitimidade ativa. Nesta, a tem o órgão do Ministério Público, com exclusividade (CF, art. 129, I); naquela, o ofendido ou quem por ele de direito. Mesmo na ação privada, o Estado continua sendo único titular do direito de punir e, portanto, da pretensão punitiva. Apenas por razões de política criminal é que ele outorga o direito de ação. Trata-se, portanto, de legitimação extraordinária, ou substituição processual, pois o ofendido, ao exercer a queixa, defende um interesse alheio (do Estado na repressão dos delitos) em nome próprio.

A ação penal exclusivamente privada encontra arrimo no parágrafo 2º, do artigo 100 do Código Penal, que assim aduz: “A ação de iniciativa privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo”. E, também, no parágrafo 4º, desse mesmo artigo 100: “No caso de morte do ofendido ou de ter sido declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou de prosseguir na ação passa ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão”. Deduz-se que a ação privada exclusiva é aquela ajuizada pelo ofendido, e, na falta deste, por seus representantes legais. Na ação penal privada personalíssima, nos dizeres de Fernando Capez¹¹, “Sua titularidade é atribuída única e exclusivamente ao ofendido, sendo o seu exercício vedado até mesmo ao seu representante legal, inexistindo, ainda, sucessão por

⁹ Obra citada, p. 103.

¹⁰ Obra citada, p. 136-137.

¹¹ Obra citada, p. 140.

morte ou ausência”. Já Fernando da Costa Tourinho Filho¹² define de maneira sintética ação penal privada personalíssima, dizendo que seu “exercício compete, única e exclusivamente, ao ofendido”. No atual ordenamento jurídico pátrio há apenas um delito que se sujeita a este tipo de ação penal, que é o induzimento a erro essencial ou ocultação de impedimento, previsto no artigo 236 do Código Penal. Ou seja, nesse crime, se o cônjuge inocente falecer, ninguém mais terá capacidade postulatória. A lição de Tourinho¹³ é precisa:

No crime de que trata o art. 236 do Código Penal, vindo o cônjuge inocente a falecer extingue-se a punibilidade, porquanto não há, nessa hipótese, à maneira do que ocorre na ação penal exclusivamente privada ou privada subsidiária da pública, a sucessão do direito de queixa. Inaplicável o disposto no art. 31 do CPP: somente o cônjuge ofendido é que pode exercer o direito de queixa.

Assim, a legitimação para propositura da ação penal privada personalíssima possui como característica peculiar o fato de somente a vítima poder ajuizá-la.

3.3.1 Da Ação Penal Privada Subsidiária da Pública

Conforme mencionado alhures, a ação penal privada subsidiária da pública é uma espécie de ação penal privada, que, em razão de seus contornos ímpares, merece ser tratada em separado. O fundamento legal desta ação encontra-se estampado no parágrafo 3º, do artigo 100 do Código Penal Brasileiro, que dispõe: “A ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal.”. A Constituição da República de 1988, por sua vez, em seu artigo 5º, LIX, também previu a propositura desta ação, oferecendo-lhe o *status* de garantia fundamental (relembre-se que os direitos e garantias individuais são tutelados como cláusula pétrea, nos termos do artigo 60, § 4º, da CF/88), o que demonstra a preocupação da Magna Carta em não permitir que a vítima seja prejudicada pela inércia do Ministério Público (a quem foi conferida a titularidade da Ação Penal). A ação penal privada subsidiária da pública pode ser ajuizada em crime de ação penal pública condicionada ou incondicionada, porém somente na hipótese em que o titular de ambas permaneça inerte. Nesse prisma, leciona Júlio Fabbrini Mirabete¹⁴:

A ação penal subsidiária, ou supletiva, só tem lugar no caso de inércia do órgão do MP, ou seja, quando ele, no prazo que lhe é concedido para oferecer a denúncia, não a apresenta, não requer diligência nem pede o arquivamento. Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do Promotor de Justiça, não pode a ação penal ser iniciada sem novas provas (súmula 524 STF) e, em consequência, não cabe a ação privada subsidiária.

Corroborando o excerto supra, de rigor transcrever decisão proferida pelo pleno do Supremo Tribunal Federal, em que o conspicuo relator Ministro Marco Aurélio de Mello (Acórdão publicado no Diário Oficial da União, 13/08/1993, p. 15.676) se manifestou pondo fim a qualquer discussão:

Impossível confundir ato comissivo – a promoção no sentido do arquivamento

¹² FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Processo Penal**. Vol. 1 São Paulo: Saraiva, 2007, p. 467.

¹³ Obra citada, p. 467-468.

¹⁴ Obra citada, p. 111.

mento – com o omissivo, ou seja, a ausência de apresentação da denúncia no prazo legal. Apenas neste último caso a ordem jurídica indica a legitimação do próprio ofendido – arts. 5º, LIX da Constituição Federal, 29 do Código de Processo Penal e 100, parágrafo 3º, do Código Penal.

Assim, não pairam dúvidas de que somente a inércia do órgão Ministerial dá ensejo à propositura da ação penal privada subsidiária da pública, ou seja, caso o Ministério Público requeira o arquivamento dos autos ou o retorno do procedimento investigatório à delegacia de polícia para que sejam efetuadas novas diligências, não há que se falar no ajuizamento da Ação Subsidiária.

4. O PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE NA AÇÃO PENAL PÚBLICA

No sistema processual penal brasileiro, a regra é a ação penal ser pública, o que significa dizer que, identificada a hipótese de atuação, isto é, havendo a subsunção do fato à norma, o *parquet* não pode se negar a inaugurar a ação penal. Resta claro que o processo penal brasileiro adotou o princípio da obrigatoriedade, consoante texto do artigo 24 do Código de Processo Penal. Nesse sentido, é o magistério de Capez¹⁵:

No Brasil, quanto à ação penal pública, vigora o princípio da legalidade, ou obrigatoriedade, impondo ao órgão do Ministério Público, dada a natureza da indisponível do objeto da relação jurídica material, a sua propositura, sempre que a hipótese preencher os requisitos mínimos exigidos. Não cabe a ele adotar critérios de política ou utilidade social.

Feitas essas considerações, infere-se que o princípio da obrigatoriedade deve ser compreendido como aquele que impõe a ação do órgão ministerial toda vez que este deparar com a ocorrência de um fato típico, ilícito e culpável. Entretanto, vale ressaltar que o tipo penal pode dispor sobre a necessidade de representação do ofendido, ou facultar à vítima legitimidade de exercer em nome próprio a persecução penal. Uma vez esclarecido o princípio da obrigatoriedade, mister lembrar que a doutrina, como um todo, usa duas nomenclaturas como sinônimas, ao referir-se sobre o mencionado princípio; ora fala-se em legalidade, ora em obrigatoriedade. No presente trabalho elegeu-se a expressão *princípio da obrigatoriedade*, em razão de esta nomenclatura trazer seu significado sob próprio nome. Nesse prisma, Afrânio Silva Jardim¹⁶ é didático em explicar por que a nomenclatura “princípio da obrigatoriedade” é mais correta:

Preferimos usar a expressão princípio da obrigatoriedade, a fim de tornar mais claro que o dever legal de o Ministério Público exercitar a ação penal é, na verdade, uma decorrência do próprio princípio da legalidade, que, numa perspectiva mais ampla, informa a atuação dos órgãos públicos no chamado Estado de Direito.

Outro ponto que retrata ter o sistema processual penal brasileiro adotado o princípio da obrigatoriedade, bem como a real preocupação de que ele seja aplicado, é a presença do artigo 28 do Código de Processo Penal Brasileiro, que, em linhas gerais, traz a opção de, caso o magistrado não concorde com o pedido de arquivamento formulado pelo Ministério Público, aquele poderá remeter os autos ao Procurador Geral de Justiça para apreciação, a quem caberá a

¹⁵ Obra citada, p. 118.

¹⁶ Obra citada, p. 50-51.

decisão final sobre o oferecimento, ou não, da denúncia. Não restam dúvidas sobre a importância que a legislação brasileira oferece ao princípio da obrigatoriedade, que conforme preceitua o artigo 28 do Código de Processo Penal, o Judiciário irá fiscalizar – exercendo função anômala –, com o fito de garantir sua integral aplicação.

4.1 O Direito Comparado e o Princípio da Obrigatoriedade na Ação Penal Pública

No tópico a seguir serão examinados os sistemas processuais de outros países, ainda que em linhas gerais, a fim de demonstrar que a posição adotada hodiernamente é no sentido de abrandar a obrigatoriedade da ação penal pública. Nesse flanco, Cláudio José Pereira¹⁷ diserte:

[...] reduzir o campo de atuação deste princípio é uma característica dos atuais sistemas penais adotados.

Sob denominação de obrigatoriedade mitigada ou oportunidade restrita, onde a figura das denominadas infrações penais de menor potencial ofensivo, como definidas pelo Direito brasileiro, se submetem a institutos como a transação penal, o princípio da obrigatoriedade aparece com limitações à sua aplicação, em evidente linha de evolução a uma diminuição da intervenção do Estado em questões sociais de menor referência.

Como se verá, em análise superficial e ligeira dos sistemas processuais penais alienígenas, constata-se a adoção do princípio em discussão, sendo de extrema importância ressaltar que uma enorme parte dos ordenamentos jurídicos estrangeiros o aplica como forma de pôr fim a litígios de menor potencial ofensivo. O primeiro sistema a ser analisado será o inglês, que não conta com texto expresso de lei tutelando o princípio da oportunidade, porém vem consagrando-o em sua jurisprudência, como autêntico no sistema da *Common Law*, ao invés da obrigatoriedade da ação penal pública. Assim, é analisada, entre outros aspectos, a gravidade da infração penal, o interesse público em tutelar o bem jurídico lesado, a extensão do dano, as consequências da ação penal para o ofendido e as condições do delinquente infrator da norma penal. A experiência norte-americana também aponta pela adoção da oportunidade, que também não decorre de lei, mas, sim, de julgados da Suprema Corte.

Nos Estados Unidos, a justiça criminal, contrapondo-se à massificação que estava sofrendo, criou o *plea bargaining*, instituto pelo qual o acusado admite sua culpabilidade, conformando-se com a acusação que lhe é imputada, em troca de uma concessão do Estado, o que se consubstancia na expressão viva do princípio da oportunidade. O *plea bargaining* constitui-se numa forma de superação da dureza da lei penal, haja vista que traz uma proposta de solucionar os litígios com mais equidade e justiça. Destarte, quando o órgão acusatório norte-americano se afeiçoou ao *plea bargaining*, visava a concentrar suas forças para combater a macrocriminalidade, bem como premiar os criminosos que colaboravam com a apuração de outras infrações penais.

Em se tratando de infrações de menor potencial ofensivo, a França também é outro país que resolveu deixar de aplicar a obrigatoriedade da ação penal, passando a optar pela oportu-

¹⁷ PEREIRA, Cláudio José. **Princípio da Oportunidade e Justiça Penal Negociada**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 10.

tunidade. Entretanto, naquele país, a oportunidade para ser aplicada deve levar em conta dois requisitos, quais sejam: quando a produção do acervo probatório se mostrar difícil, ou quando o Judiciário, desde logo, vislumbrar a aplicação reduzida da pena restritiva de liberdade.

Na Alemanha, a oportunidade é aplicada como exceção ao princípio da obrigatoriedade. Naquele país, a oportunidade é utilizada para reprimir situações referentes à diminuta e mediana criminalidade. O Ministério Público alemão tem a faculdade de agir discricionariamente quando a infração penal tiver como objeto jurídico tutelado o patrimônio, porém respeitado os requisitos de os danos serem mínimos e o preceito secundário do tipo penal permanecer no mínimo legal. Contudo, caso exista culpabilidade mínima e ausência de interesse público na persecução criminal, a acusação pública agirá conforme sua convicção, mas necessitará da chancela judicial. Pode-se concluir com o magistério de Jardim¹⁸ sobre o sistema alemão:

Na verdade, a reforma efetivada na Alemanha foi bastante mais ousada, forte na nova escola de política criminal que ali se vem desenvolvendo. A toda evidência, não foi abandonado o princípio da obrigatoriedade, que permanece como regra geral. Nada obstante, ainda que para casos especificados, o princípio da oportunidade está consagrado de modo indelével.

A experiência portuguesa é interessante, tendo em vista que a reforma processual de 1987 se curvou à moderna política criminal que há atualmente no mundo, tanto que levou para seu ordenamento a oportunidade condicionada e a incondicionada. A doutrina de Eduardo Araujo da Silva¹⁹ explica didaticamente como o princípio da obrigatoriedade foi expurgado do sistema português para dar lugar ao princípio da oportunidade. Confira:

Como reflexo da moderna política criminal, a reforma processual penal portuguesa de 1987 introduziu as figuras do *arquivamento em caso de dispensa ou isenção de pena* (art.280) e da *suspensão provisória do processo* (art. 281), as quais têm como requisito comum a culpa diminuta do agente. Tais hipóteses, segundo parte da doutrina portuguesa, correspondem na prática, ao afloramento da chamada *oportunidade incondicionada* e da denominada *oportunidade condicionada*.

Destas ponderações, conclui-se que Portugal também tem atendido o modelo político-criminal atual, qual seja: abrandar a obrigatoriedade da ação penal pública.

A legislação processual italiana, segundo Eduardo Araujo da Silva²⁰, também passou por algumas reformas, que assim foram delineadas por ele:

[...] 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 *per decreto*, que muito se assemelha ao procedimento alemão *por ordem penal*.

Com essa reforma, observa Ennio Amodio que o sistema processual italia-

¹⁸ Obra citada, p. 28.

¹⁹ SILVA, Eduardo Araujo da. **Ação Penal Pública: Princípio da Oportunidade Regrada**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 27.

²⁰ Obra citada, p. 28.

no 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 idéia 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.

Diante de tudo o que foi exposto, observa-se que, no contexto jurídico internacional, o princípio da obrigatoriedade está sendo mitigado nos sistemas processuais penais, em atendimento ao novo paradigma político-criminal que está a fundamentar os sistemas processuais modernos, os quais estão a ventilar soluções alternativas para os conflitos, em regra, de menor potencialidade ofensiva.

Por fim, vale ressaltar que, não obstante o Brasil tenha buscado no direito comparado a inspiração para mitigar o princípio da obrigatoriedade, a legislação pátria adotou características próprias para sua implementação, que se deram com a entrada em vigor da Lei 9.099/95.

5. A MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE NA AÇÃO PENAL PÚBLICA E SUA VISÃO DOUTRINÁRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Antes de abordar a posição da doutrina brasileira sobre o tema da mitigação do princípio da obrigatoriedade na ação penal pública, imprescindível primeiramente discorrer sobre a proposta trazida pela Lei 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais Criminais ao ordenamento jurídico brasileiro.

Primeiramente, não se pode olvidar de ressaltar que o fundamento constitucional da Lei 9.099/95 encontra guarida no artigo 98, inciso I, da Constituição da República de 1988, que autorizou a criação dos Juizados Especiais Criminais para processar e julgar os delitos de menor potencialidade ofensiva.

Desse modo, necessário tratar, em linhas gerais, sobre os critérios orientadores do aludido diploma legal, os quais estão traçados no artigo 62, que dispõe: “O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade”. Destarte, fica evidente que o legislador pátrio trouxe aos processos de competência dos Juizados Especiais Criminais meios de torná-los mais efetivos e úteis àqueles que buscam a tutela jurisdicional.

Nesse enfoque, Pacelli²¹ indica que a Lei 9.099/95 deve ser interpretada “no contexto de um movimento *despenalizador*, ou, ainda, mais especificamente, *desencarcerizador* (tais são os seus propósitos). Esse movimento, [...], procura afastar, quanto possível, a imposição

²¹ Obra citada, p. 580.

da pena privativa de liberdade”.

Ainda, nesse raciocínio, oportuno citar o magistério de Fernando Capez²² sobre os critérios orientadores dos Juizados Criminais. Veja:

O critério informativo dos juizados especiais criminais reside na **busca da reparação dos danos à vítima, da conciliação civil e penal, da não aplicação de pena privativa de liberdade** e na observância dos seguintes princípios:

a) *Oralidade*: significa dizer que os atos processuais serão praticados oralmente. Os atos essenciais serão reduzidos a termo ou transcritos por quaisquer meios. Os demais atos processuais praticados serão gravados, se necessário.

b) *Informalidade*: isso significa dizer que os atos processuais a serem praticados não serão cerceados de rigor formal, de tal sorte, atingida a finalidade do ato, não há que se cogitar da ocorrência de qualquer nulidade. Exemplo: art. 81, parágrafo 3º, da lei dispensa o relatório da sentença.

c) *Economia processual*: corolário da informalidade, significa dizer que os atos processuais devem ser praticados no maior número possível, no menor espaço de tempo e da maneira menos onerosa.

d) *Celeridade*: visa à rapidez na execução dos atos processuais, quebrando as regras formais observáveis nos procedimentos regulados segundo o sistema do Código de Processo Penal.

e) *Finalidade e prejuízo*: para que os atos processuais sejam invalidados, necessária se faz a prova do prejuízo. Isso significa dizer que não vigora no âmbito dos juizados criminais o sistema de nulidades absolutas do Código de Processo Penal, segundo o qual nessas circunstâncias o prejuízo é presumido. Atingida a finalidade a que se destinava o ato, bem como não demonstrada qualquer espécie de prejuízo, não há que se falar em nulidade. (grifos atuais)

Destarte, infere-se que os Juizados Especiais Criminais, nos crimes de sua competência, reestruturaram o processo penal clássico, o que tem resultado em uma maior efetividade na resolução de conflitos na esfera criminal, haja vista que colimou como metas principais a reparação dos danos causados às vítimas e a não aplicação de pena privativa de liberdade. Outro ponto que ainda se mostra necessário abordar é no que tange à competência dos juizados. Assim, Capez²³ com propriedade trata sobre a aludida competência:

Com relação aos crimes, a competência dos juizados será afixada de acordo com dois critérios: natureza da infração penal (menor potencial ofensivo) e inexistência de circunstância especial que desloque a causa para o juízo comum, como, por exemplo, o foro por prerrogativa de função, a impossibilidade de citação pessoal do autuado e a complexidade da causa. Os crimes de competência da justiça militar, dada a sua natureza especial, não se submetem à disciplina da Lei n.º 9.099/95.

Desta maneira, resta pacificada que é da competência dos juizados especiais criminais processar e julgar tão-somente os crimes de menor potencial ofensivo, que são os delitos com a

²² Obra citada, p. 603-604.

²³ Obra citada, p. 603.

pena máxima de até 2 (dois) anos, critério este fixado expressamente após a publicação da Lei 11.313/06, que alterou a redação do artigo 61 da Lei 9.099/95: “Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.” Após traçar as linhas gerais sobre a proposta que os Juizados Especiais Criminais trouxeram, no âmbito estadual como no federal, ao ordenamento jurídico pátrio, pode-se agora analisar o tema correspondente à mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública na doutrina brasileira.

5.1 Da posição doutrinária que defende a Inexistência de Mitigação do Princípio da Obrigatoriedade na Ação Penal Pública.

A mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada é matéria que causa divergência na doutrina, que conta com duas correntes de maior destaque, as quais serão debatidas no presente trabalho. A primeira corrente, minoritária, entende não ter havido referida mitigação, isto é, conclui que nos Juizados Especiais Criminais não vige o princípio da discricionariedade regrada ou controlada. E a segunda corrente, majoritária, defende que a Lei 9.099/95 trouxe referido instituto ao ordenamento pátrio.

Neste tópico serão traçados os argumentos daqueles que se filiam à corrente de que não há no ordenamento jurídico brasileiro, em especial no Código de Processo Penal, nenhum dispositivo que confira ao Ministério Público a faculdade de optar pelo oferecimento da denúncia ou não, conforme um juízo de oportunidade. O professor Afrânio Silva Jardim²⁴, na doutrina brasileira, é o principal defensor da corrente que afirma que o ordenamento jurídico pátrio não admite a mitigação do princípio da obrigatoriedade. Assim, o ilustre professor ensina a respeito do tema:

Divergindo da doutrina majoritária, **entendemos que a Lei nº 9.099/95 não mitigou o princípio da obrigatoriedade [...].**

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

A posição minoritária da doutrina conta com argumentos interessantes, pois parte do raciocínio que foi conferido ao direito penal, por intermédio de suas normas penalizadoras: proteger os bens e os interesses sociais mais relevantes da sociedade, ou seja, o direito penal tutela uma gama de direitos que nenhuma outra área do direito foi capaz de tutelar. Vale ressaltar que o Estado tomou para si o direito de punir, isto é, o *ius puniendi*, e o processo é a única forma de se ver efetivar a aplicação das normas repressivas.

O processo, no Estado Democrático de Direito, é o único meio idôneo para que seja

²⁴ Obra citada, p. 54.

aplicada pena a alguém, pois, conforme preceitua o texto da Constituição da República de 1998, em seu inciso LV, do artigo 5º: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Nesse sentido, Jardim²⁵ escreveu:

[...] o processo é o único instrumento admitido pelo Estado de Direito para que a pena seja aplicada, tendo em vista as garantias que a estrutura dialética outorga ao réu e ao próprio Estado de que não se sacrificarão valores outros mais relevantes para a atuação concreta do Direito Penal.

Assim, não seria razoável, muito menos proporcional, admitir que o Ministério Público, no Brasil – que, em regra, possui legitimação exclusiva para iniciar a *persecutio criminis* – pudesse, a seu talante, deixar de propor a ação penal competente para ver processado e punido o infrator das normas penais.

Observa-se que a sociedade política organizada, por intermédio da Constituição da República de 1988, em seu artigo 129, inciso I, conferiu ao Ministério Público o poder-dever de “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”, o que retrata o atendimento ao princípio da reserva legal, razão pela qual não seria lógico o órgão acusatório não promover a competente ação penal, sob pena de desprezar o aludido princípio. Arrematando este raciocínio, o jurista Afrânio Silva Jardim²⁶ ensina:

Para nós, não há nada de liberal na autorização ao membro do Ministério Público para decidir, no caso concreto, se invoca ou não a aplicação do Direito Penal: não faz qualquer sentido, em uma sociedade democrática, outorgar tal poder a um órgão público. A aplicação inarredável da norma cogente, realizado o seu suporte fático, não pode ser afastada pelo agente público à luz de critérios pessoais ou políticos.

Nesse prisma, caso o Ministério Público, à sua vontade, dispusesse da propositura da ação penal, estaria em último lugar abrindo mão de direito que não é seu, pois a sociedade, por intermédio do Poder Constituinte, elegeu aquele órgão como o legitimado para realizar a *persecutio criminis*, o que não é admitido no sistema jurídico brasileiro. O professor Jardim²⁷, com didática, explica:

[...] não se justificaria que, como regra geral, pudessem os funcionários investidos no órgão público afastar a aplicação do Direito Penal legislado ao caso concreto, ao seu talante ou juízo discricionário, baseado em critérios de oportunidade e conveniência, nem sempre muito claros ou definidos. É princípio assente no Direito que a ninguém é dado dispor do que não lhe pertence, mormente em se tratando de valores sociais absolutamente relevantes.

Com base no exposto até o momento, constata-se que o ordenamento jurídico brasileiro filiou-se à idéia de que, para alguém ser processado e punido em razão do cometimento de um fato típico, ilícito e culpável, é necessária a atuação dos órgãos públicos investidos para essa finalidade, razão pela qual a ação destes será necessária, a fim de atender ao princípio da

²⁵ Obra citada, p. 51.

²⁶ Obra citada, p. 59.

²⁷ Obra citada, p. 51.

legalidade, e não mais o da obrigatoriedade. Mais uma vez, Jardim²⁸ escreveu:

[...] Ora, se o legislador incriminou tal conduta, dando relevância social ao bem jurídico afetado ou posto em risco pelo comportamento do agente, não pode o membro do Ministério Público afirmar que a ação delituosa não tem relevância, que o interesse público ficaria atendido diante de sua inércia, deixando de manifestar em juízo a pretensão punitiva estatal.

Portanto, conforme exposto e frisado neste tópico, a essência do Estado Democrático de Direito é o princípio da legalidade, que impõe a todos os órgãos estatais a obediência ao direito posto, que no caso em estudo será a obediência dos membros do Ministério Público ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.

Feitas as considerações e delineados os argumentos da corrente que entende não ter o sistema processual penal pátrio aceitado a mitigação do princípio da obrigatoriedade na ação penal pública, cumpre, a seguir, abordar as teses utilizadas por esta corrente para rebater as justificativas da corrente adversa, que defende adoção do princípio da discricionariedade regrada ou controlada. Afrânio Silva Jardim²⁹ expõe as justificativas da corrente que se afeiçoa à idéia de mitigação ao princípio da obrigatoriedade, para depois rebater. Atente:

É imperioso constar a grave realidade da administração da justiça na maioria das grandes cidades, em todo mundo. Buscam-se soluções para descobrir os esclerosados canais policiais e judiciais, através dos quais deve passar a pretensão punitiva do Estado. Diante de tantos crimes graves, por que se preocupar com as infrações de pequena monta, de escassa relevância? Fala-se em princípio “princípio da insignificância” ou “princípio da bagatela”.

[...]

Assim, a solução deste problema pode ser buscada no Direito Penal, pela adoção do “princípio da intervenção mínima”, forte nos ensinamentos ministrados pelas modernas correntes de política criminal e pela criminologia crítica.

Destarte, para esta corrente as infrações insignificantes ou de bagatelas são resolvidas pelo direito penal, não devendo os órgãos incumbidos de realizar a *persecutio criminis* deixar de investigar ou instaurar o competente processo, uma vez que estejam presentes as circunstâncias que ofereçam um lastro mínimo para sua realização.

5.2 Da posição doutrinária que defende a Mitigação do Princípio da Obrigatoriedade na Ação Penal Pública

Neste tópico será tratado o ponto de vista da corrente doutrinária que é combativa em defender que o princípio da obrigatoriedade foi mitigado com o surgimento dos Juizados Especiais Criminais. Como já foi dito anteriormente, os Juizados Especiais Criminais foram criados para dar vida à norma constitucional estampada no artigo 98, inciso I, da Constituição da República, que dispõe sobre sua criação, bem como quais são os escopos que deverão ser alcançados com sua criação. Nesse sentido, a Lei 9.099/95 surgiu no ordenamento jurídico

²⁸ Obra citada, p. 53.

²⁹ Obra citada, p. 61.

brasileiro para regulamentar os Juizados Especiais, que de forma auspiciosa atendeu aos reclames da moderna política criminal, haja vista que determinou, sempre que possível, que os juizados tentassem a reparação dos danos sofridos pela vítima, bem como a aplicação de pena não privativa de liberdade.

Preceitua o artigo 76 da Lei 9.099/95 que, “Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta”. O sistema processual penal brasileiro passou a contar com o instituto da transação penal, que permite ao Ministério Público propor ao transgressor da norma a aplicação direta de pena restritiva de direitos ou multa, antes que a denúncia seja oferecida, ou seja, antes que a ação penal seja ajuizada, caso preencha os requisitos legais para concessão do referido benefício.

O professor Capez³⁰ leciona com arguta propriedade sobre o tema:

Atualmente, o princípio sofre inegável mitigação com a regra do art. 98, I, da Constituição da República, que possibilita a transação penal entre Ministério Público e autor do fato, nas infrações penais de menor potencial ofensivo (crimes apenados com, no máximo, dois anos de pena privativa de liberdade e contravenções penais – cf. art. 2º, parágrafo único, da Lei 10.259, de 12 de julho de 2001, e art. 61 da Lei n.º 9.009/95, com redação determinada pela Lei 11.313, de 28 de junho de 2006). A possibilidade de transação (proposta de aplicação de pena não privativa de liberdade) está regulamentada pelo art. 76 da Lei 9.099/95, substituindo nestas infrações penais, o princípio da obrigatoriedade pelo da discricionariedade regrada (o Ministério Público passa a ter liberdade para dispor da ação penal, embora esta liberdade não seja absoluta, mas limitada às hipóteses legais).

Ainda, nesse raciocínio, o jurista Eduardo Araujo Silva³¹, em obra específica sobre o tema, afirma:

[...] vislumbra-se a adoção pelo legislador brasileiro do princípio da oportunidade regrada ou regulada, com conseqüente mitigação da obrigatoriedade, permitindo ao promotor de justiça, ante a notícia de um fato típico e indícios de autoria, não propor a ação penal por razões de conveniência entre os limites legais, optando pela proposta de aplicação de uma sanção pecuniária ou de restrição de direitos.

Após apreciar o raciocínio desenvolvido até o momento, constata a corrente majoritária que o dispositivo constitucional abrandou a austeridade do princípio da obrigatoriedade, pois, por intermédio do artigo 76 da Lei 9.099/95, passou a ser possível a realização da transação penal entre o *parquet* e o autor do fato nas infrações penais de menor potencial ofensivo, ou seja, trocou-se a obrigatoriedade pela discricionariedade regrada.

Assim, nota-se que o Brasil adotou, para solução dos conflitos advindos das infrações penais de menor potencial ofensivo, a via da conciliação, que por corolário deságua no princípio da oportunidade, que é a materialização no sistema processual brasileiro do abrandamento da

³⁰ Obra citada, p. 118.

³¹ Obra citada, p. 87.

obligatoriedade.

Outra razão de se optar pela mitigação do princípio da obligatoriedade na ação penal pública, além do fundo constitucional já apontado, firma-se ainda em fundamento da moderna política criminal, que visa desafogar a máquina do judiciário com a persecução de crimes de menor potencialidade ofensiva, a fim de buscar coibir a macrocriminalidade, que muitas vezes fica impune e traz nefastas consequências à sociedade como um todo.

O raciocínio é coerente e arguto, pois na maioria das vezes é a grande criminalidade (leia-se, quantidade e repetição) – por exemplo, tráfico ilícito de entorpecentes em pequenas quantidades – que gera a criminalidade de diminuta potencialidade lesiva.

Dessa maneira, indispensável é a aceitação da mitigação do princípio da obligatoriedade na ação penal pública, por intermédio da discricionariedade regrada.

Firmado o entendimento da doutrina majoritária, inevitável analisar quais são os critérios norteadores para que se mitigue a obligatoriedade, pois a discricionariedade oferecida ao órgão acusatório não se traduz em uma atuação livre e irrestrita.

As regras para atuação discricionária do acusador são três, quais sejam: limitação do campo de atuação, requisitos objetivos e requisitos subjetivos.

O campo de atuação está delimitado pelo artigo 61 da Lei 9.099/95, que dispõe: “Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.”. Ou seja, a atuação discricionária será somente quando se tratar de crimes de menor potencial ofensivo, cuja pena máxima cominada não ultrapasse dois anos, abarcadas também as contravenções penais.

Os requisitos objetivos estão estampados no artigo 76, parágrafo 2º, incisos I e II, da Lei 9.099/95, que se consubstanciam em não “ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva”; e não “ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo.”.

Os requisitos subjetivos são os antecedentes, a conduta social e a personalidade do suposto autor do delito, bem como se as circunstâncias forem favoráveis à aplicação da transação penal, conforme elenca o artigo 76, parágrafo 2º, inciso III, da Lei 9.099/95.

Explicando a adoção desses conceitos, que de início parecem vagos, a doutrina de Eduardo Araujo da Silva³² leva o leitor a uma interpretação teleológica do inciso III, do artigo 76, parágrafo 2º, da aludido diploma legal:

É evidente que o legislador, ao prever esses conceitos como baliza para a atuação discricionária ministerial, não pretendeu causar nenhum clima de insegurança na interpretação da lei, mas sim visou contemplar situações que jamais conseguiria legalmente, se pretendesse arrolá-las individualmente.

³² Obra citada, p. 96.

Com base no exposto, deduz-se que o legislador pátrio, embora tenha previsto a mitigação do princípio da obrigatoriedade e a consequente adoção da discricionariedade regrada, não permitiu que os membros do Ministério Público agissem de modo arbitrário. Para tanto, a regra do artigo 28 do Código de Processo Penal, que trata das hipóteses de discordância de pedido de arquivamento formulado pelo Ministério Público, tem sido aplicada por analogia, trazendo a possibilidade de o juiz, caso constate que o *parquet* não se atentou aos mencionados critérios, poder determinar a remessa dos autos ao chefe da instituição do Ministério Público. No que tange às regras para atuação discricionária do *parquet*, urge destacar que, além da fiscalização exercida pelo Poder Judiciário, nasce a fiscalização administrativa, que é realizada pelo Procurador-Geral de Justiça, e, por último, pela vítima, que, caso constate a inércia do órgão ministerial em oferecer a transação penal, poderá requerer ao Juiz que designe audiência para propor, ela mesma, referido benefício ao autor da infração.

Sobre o tema, importante observar a doutrina do professor Eduardo Araujo da Silva³³, que de modo claro explica as formas de controle clássicas, quais sejam a judicial e a administrativa, que se materializam no controle judicial previsto pelo artigo 28 do Código de Processo Penal, bem como pelo controle administrativo exercido pelo Procurador-Geral de Justiça. Confira:

[...] a doutrina buscou acertadamente amparo na aplicação analógica da regra do art. 28 do CPP, estabelecendo assim uma forma de controle híbrida da atividade discricionária ministerial (judicial e administrativa), ou seja, não concordando com a ausência de proposta de transação penal por parte do promotor de justiça, deverá o juiz remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça, para que este então insista na ausência de proposta ou designe outro membro para formulá-la, nos moldes do art. 76, *caput*, da Lei.

Tal regra, além de manter parcialmente a separação entre as funções acusatórias e judicante, reserva ao Ministério Público a última palavra sobre a iniciativa discricionária, permitindo à cúpula da instituição orientar a atuação dos seus membros. Outrossim, possibilita a formação de uma política de persecução criminal transparente pelo chefe do *Parquet*, contribuindo para uma atividade fiscalizatória mais eficaz por parte do Judiciário e da sociedade em geral, destinatária últimas das funções ministeriais.

Portanto, restou demonstrado que reconhecer a existência da mitigação do princípio da obrigatoriedade não significa ferir o princípio da legalidade ou da reserva legal, haja vista que o artigo 129, inciso I, da Constituição da República de 1988 preceitua que o Ministério Público irá promover a ação penal na forma da lei, e, no caso, a Lei 9.099/95 dispõe que o Ministério Público, ao invés de propor a ação penal, pode transacionar, caso preenchidos os requisitos legais.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei 9.099/95 inegavelmente mitigou o princípio da obrigatoriedade, pois afastou a exigência imediata de propositura da ação penal, que antes era imposta ao Ministério Público pela sistemática processual vigente à época.

³³ Obra citada, p. 99.

Com a introdução desse novo diploma legal, o Ministério Público, antes de ajuizar a ação penal, poderá tentar resolver o conflito pela via do consenso, por intermédio da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/95. Referida lei, portanto, abandonou o modelo condenatório, para que nas infrações de diminuta potencialidade ofensiva o suposto delinquente, acompanhado de seu defensor, possa transacionar com o Ministério Público, submetendo-se, em seguida, esse acordo à chancela do magistrado.

Assim, não há dúvidas de que o legislador pátrio, com a criação do aludido diploma legal, atendeu aos reclames da nova realidade criminal, que pugnava constantemente por uma solução consensualizada de resolução de conflitos, uma vez que os órgãos responsáveis pela persecução penal se encontravam exacerbadamente sobrecarregados, o que se tornava em óbice para se aterem ao combate da macrocriminalidade.

Dessa maneira, o ordenamento jurídico brasileiro, após a publicação da Lei 9.099/95, mitigou o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, e por consequência acabou por agasalhar a discricionariedade regrada.

Com a edição do novo diploma legal, fez-se necessário o controle dessa discricionariedade, tudo com o fito de erguer obstáculos para evitar a prática de abusos, excessos e eventuais arbitrariedades que poderiam ser cometidas pelo Ministério Público no uso de suas atribuições, razão pela qual foram ventiladas hipóteses a fim de inspecionar se o órgão acusador estaria agindo em obediência à finalidade da Lei 9.099/95.

As formas de inspeção ou fiscalização sugeridas já foram mencionadas alhures e consubstanciam-se, na *judicial*, exercida pelo Poder Judiciário; na *administrativa*, realizada pelo Procurador-Geral de Justiça; e aquela, *privada*, feita pela própria vítima.

A primeira é exercida pelo Poder Judiciário, por intermédio dos Juízes togados, que não concordando com as razões invocadas pelo Ministério Público para a não propositura da transação penal, podem valer-se, por analogia, da norma prevista no artigo 28 do Código de Processo Penal, remetendo os autos ao Procurador-Geral de Justiça. Ou, ainda, na hipótese do magistrado, ao constatar que o *parquet* desrespeitou os requisitos subjetivos e objetivos exigidos pelo artigo 76 da Lei 9.099/95, poderá indeferir a proposta de transação penal.

A segunda alternativa é a via administrativa de controle, que se revela como desdobramento da fiscalização judicial, pois incumbe ao Procurador Geral de Justiça analisar se a proposta de transação penal deve ou não ser oferecida.

A terceira e última forma de fiscalização é a privada, ou seja, aquela exercida pela vítima ou seus representantes legais, por meio da ação penal privada subsidiária da pública, que, frise-se, só poderá ser exercida na ocorrência de inércia do Órgão Ministerial.

Como visto, as três formas de controle da mitigação são aptas a impedir que ocorram abusos, excessos e arbitrariedades por parte dos membros do Ministério Público, de modo a garantir que a proposta de solução consensualizada trazida pela Lei 9.099/95 seja uma forma efetiva de realizar-se a prestação jurisdicional.

Portanto, diante da concreta constatação da existência da mitigação do princípio da obrigatoriedade no ordenamento jurídico pátrio, infere-se que esta atende perfeitamente ao

princípio da reserva legal, consubstanciando-se em um efetivo procedimento a permitir que o órgão acusatório concentre suas forças no combate à macrocriminalidade, o que, por corolário, resultará em uma prestação jurisdicional mais célere e efetiva na seara criminal e uma repressão austera à grande criminalidade.

7. Resumen

El presente trabajo trata de la atenuación del principio de obligación en la acción penal pública. En esta la fuerza normativa de los principios obligatorio actual ordenamiento jurídico. También resumen análisis en la acción penal en especie El principio de la obligación será abordado en especial con el propósito de señalar que el proceso penal brasileño ha adoptado como regla, aquello que por consecuencia obligatorio el Ministerio Público, observados los presupuestos a proponer la acción penal, observados los presupuestos Después registro resumen principio de la obligación en el derecho comparado en análisis la atenuación de obligación, será expuesta la división de la doctrina brasileña: una corriente doctrina afirmar inaceptable la atenuación del principio de obligación; outra, defensora la aplicación refiere la principio. Con fundamento las análisis, concluye existir la atenuación.

Palabras-clave: Principio de la Obligación. Atenuación. Acción Penal Pública.

8. REFERÊNCIAS

- BESTER, Gisela. **Direito Constitucional, vol. I – Fundamentos Teóricos**, São Paulo: Manole, 2005.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FERNANDES, Humberto. **Princípios Constitucionais do Processo Penal Brasileiro**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; FILHO Antônio Magalhães Gomes; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. **Juizados Especiais Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- _____. **Ação Penal Pública: princípio da obrigatoriedade**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- LUIZI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. **O princípio da obrigatoriedade e o Ministério Público**. Disponível em: www.damasio.com.br. Acesso 10/02/2008
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2006.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- PEREIRA, Cláudio José. **Princípio da Oportunidade e Justiça Penal Negociada**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- SILVA, Eduardo Araujo da. **Ação Penal Pública: Princípio da Oportunidade Regrada**. São Paulo: Atlas, 2000.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. 1 São Paulo: Saraiva, 2007.