

Do ‘*princípio da obrigatoriedade*’ enquanto (mera) opção: necessidade de avaliação *político-criminal* do exercício da *ação penal pública*

Gabriel Antinolfi Divan¹

Resumo: o presente trabalho expõe possibilidades basilares para a adoção do *princípio da oportunidade* (ou *conveniência*) no manejo da *ação penal pública* no processo penal brasileiro. Expõe, igualmente, a necessidade de mudança de perspectiva em relação à avaliação *político-criminal* do ingresso com a inicial acusatória, bem como a ideia de que a adoção de um princípio de *legalidade* em realidade não tem cunho verdadeiramente ‘principiológico’ e se dá, justamente, como mera escolha estratégica e política.

Palavras-chave: Ação Penal; Política Criminal; Princípio da Legalidade; Princípio da Oportunidade; Processo Penal.

Resumen: el presente trabajo expone posibilidades de base para la adopción del *principio de oportunidad* (o *conveniencia*) en la administración de la *acción penal pública* (así llamada en Brasil) en el proceso penal brasileño. Expone, también, la necesidad de cambio de perspectiva relativamente a la evaluación *político-criminal* de la presentación de la demanda inicial de acusación procesal, bien como la idea de la adopción del principio de *legalidad* sin un carácter verdaderamente ‘principiológico’ y que se tiene como una simple elección de estrategia política.

Palabras clave: Acción Penal; Política Criminal; Principio de Legalidad; Principio de Oportunidad; Proceso Penal.

“Sixto Martínez fez o serviço militar num quartel de Sevilha. No meio do pátio desse quartel havia um banquinho. Junto ao banquinho, um soldado montava guarda. Ninguém sabia por que se montava guarda para o banquinho. A guarda era feita porque sim, noite e dia, todas as noites, todos os dias, e de geração em geração os oficiais transmitiam a ordem e os soldados obedeciam. Ninguém nunca questionou, ninguém nunca perguntou. Assim era feito, e sempre tinha sido feito. E assim continuou sendo feito até que alguém, não sei qual general ou coronel, quis conhecer a ordem original. Foi preciso revirar arquivos a fundo. E depois de muito cavoucar, soube-se. Fazia trinta e um anos, dois meses e quatro dias, que um oficial tinha mandado montar guarda junto ao banquinho, que fora recém-pintado, para que ninguém sentasse na tinta fresca”

Eduardo Galeano, *A Burocracia* (3)²

¹ Doutorando em Ciências Criminais pela PUCRS. Bolsista do Programa PUCRS/PROBOLSA. Professor de Direito Processual Penal e Criminologia da Universidade de Passo Fundo – RS. Advogado criminalista.

² GALEANO, Eduardo. *O livro dos abraços*. Tradução de Eric Nepomuceno. Porto Alegre: L&PM, 2011, 2 ed., pp. 62-63.

1. Notas introdutórias

É lugar comum na doutrina processual-penal de matriz continental a afirmação (em grau de *premissa*) de que, em se tratando do exercício de uma *ação penal pública*, ao acusador não caberia uma ‘ponderação’ de ‘motivação’ de ordem “*político-criminal*” para condicionar, recomendar ou mesmo *desautorizar* tal exercício³.

Percebe-se que a cultura processual em questão opta por dois vieses complementares no trato com a temática:

Em uma primeira análise, é notável que, de um lado, se tem, de forma marcante, uma espécie de confusão ou *mescla* entre os ideários que visualizam na adoção de uma *obligatoriedade* como princípio reitor do exercício da *ação pública* uma espécie de *dever* estatal. De outro, *vice versa*, haveria no ‘desrespeito’ a esse dogma um elogio ou contentamento com um tipo de ‘arbitrio’ ministerial em relação à carência de tutela do ‘fato criminoso’ do qual se tem elementos preliminares de informação, como para Maier:

Desde un punto de vista negativo (comportamiento contrario al deber), ello significa que ningún criterio de oportunidad (principio contrario) – político-utilitario por conveniencia práctica, económica, témpora, etc. – autoriza, en principio a prescindir de la persecución penal frente a la noticia de la comisión de un hecho punible. Por mínima que sea la infracción o por inconveniente que aparezca (por ej., apropiación de una moneda perdida, de escaso valor, o necesidad de solicitar la extradición a alto costo de quien cometió un delito menor) la persecución y el procedimiento penal, ellos son necesarios y obligatorios⁴.

Em uma segunda análise, há a visão tradicional que costuma unir o espectro do primeiro viés à ideia de que toda e qualquer ‘brecha’ no dito *princípio da obligatoriedade* está autorizada e/ou recomendada apenas diante da constatação de haver em jogo um tipo ou escala de infrações penais que primam pela baixa *ofensividade*, ou que se encontrem no patamar de serem consideradas jurídico-penalmente irrelevantes. Ou seja: estaria ‘permitida’ a excepcionalidade ao *princípio da obligatoriedade* (e conseqüentemente possibilitada a adoção de critérios de *oportunidade*) nos casos em que o trato com a matéria gravite na órbita *bagatelar* –

³ Cf. RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 231.

⁴ MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos*. 2 ed., 3a reimpressão. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004, pp. 828-829.

quando a disciplina legal se assemelha à dos casos de *querela* privada – como para Roxin⁵ e Cirino dos Santos⁶.

A existência de uma ‘análise’ de viabilidade do exercício da ação no campo da política criminal, portanto, estaria atrelada ao ‘compromisso’ estatal relativo à *obrigatoriedade* do manejo ação pública e a uma espécie de medição do grau ofensivo do tipo de infração na berlinda (o que, não raro, toma como parâmetro o *quantum* de pena privativa de liberdade a infração comporta em parâmetros abstratos). Os pilares dessa visão tradicional são claros: a adoção de notas de *oportunidade/conveniência* seriam ou fruto de uma espécie de grave ‘negligência’ ministerial no trato de suas funções acusatórias, ou um tipo tolerável de ‘negligência’ aceito diante da baixa importância e/ou pendência privatista do conflito visualizado.

O que procuraremos mostrar, em linhas necessariamente rápidas, é o fato de que esse perfil técnico/prático e dogmático de trabalho com a temática circula, em termos visivelmente eleitos (e sem qualquer vínculo legal cogente), para se configurar como modelo costumeiro, ao mesmo tempo em que ignora que não é nada além do que, frisa-se, critério de *eleição*.

2. “Princípio da Obrigatoriedade” e “Princípio de Oportunidade”: rápidos aportes históricos

Não raro haver uma pequena – mas significativa – distorção doutrinária de alguns elementos histórico-políticos que terminaram por configurar o *sentido comum teórico* em relação ao tema da maneira como ele é percebido majoritariamente: a ideia-chave de que a *oportunidade* (em relação à disponibilidade de *opção* quanto ao exercício da ação pública) redundava em um misto de inércia desidiosa, *prevaricação* em algum nível e símbolo de uma atuação ‘orquestrada’ (e, assim, indesejável) do órgão ministerial. A criação, diga-se, e o estabelecimento de um *poder* ou *órgão* diferenciado para lidar com as acusações em sede de *ação penal* tal um *munus* público seria

⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Fundamentos de la estructura de la teoría del delito, Parte General, Tomo I*. Trad. de Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Diaz y Garcia Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 646.

⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal. Parte Geral*. 2ª edição, revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris/ICPC, 2007, pp. 659-660.

justamente emblema de uma ‘independência’ e uma expectativa democrática que foi, historicamente, unida a esse mesmo ideal⁷.

Não colabora em nada para a avaliação crítica desse panorama o fato de que o *princípio da obrigatoriedade* em relação à atuação ministerial no exercício da ação foi obscurecido e substituído por graus de *oportunidade* justamente no seio de regimes totalitários nefastos do século XX, como os do *nazismo* alemão e o do *fascismo* italiano. Associado – equivocadamente – ao núcleo político de tais ideologias, o *princípio da oportunidade* atravessa os anos seguintes como uma espécie de ‘versão’ ou ‘distintivo’ processual-penal para a ausência de limites dos poderes do *Führer* e do *Duce*.

Se é fato que a adoção da *oportunidade* e uma ‘decadência’ da *obrigatoriedade* de fato ocorreu enquanto proposta político–processual adotada pelos regimes totalitários em questão, não se pode, igualmente, separar essa adoção de *um* contexto e *um* panorama que indicava um tipo de *uso* específico dos propósitos dessa configuração. Conforme situam Armenta Deu⁸ e Giacomolli⁹, certo grau de ‘independência’ e ‘descentralização’ exercido pelos agentes ministeriais nos *Länder* alemães desagradava a cúpula nazista e remava na contramão do projeto unificador hitlerista. A ideia justamente era assumir uma espécie de ingerência sobre os direcionamentos das atividades acusatórias e ‘optar’ por acusações e manejo de *ações penais* em casos (e contra réus) que refletiam nada mais do que os interesses da base de comando executiva. Ou seja: não há nada de *totalitário* em si no dito *princípio da oportunidade* e sim no *uso* totalitário que se fez de sua configuração pelos nazistas.

O mesmo pode-se dizer da consagração do modelo/princípio na Itália governada por Mussolini: Chiavario explica que a dança dos ‘*princípios*’ relativos ao exercício da *ação penal* no período *fascista* nada mais era do que superposição de conceitos-fantoches, vez em que a adoção da *obrigatoriedade* e suas inúmeras exceções admitidas em prol da *oportunidade* eram como uma *farsa* diante de um *pubblico ministero* que nada mais era do que um braço organicamente subordinado ao executivo¹⁰.

⁷ ARMENTA DEU, Teresa. *Criminalidad de bagatela y Principio de Oportunidad: Alemania y España*. Barcelona: PPU, 1991, p. 75.

⁸ ARMENTA DEU. *Criminalidad de bagatela y Principio de Oportunidad...*, pp. 56-57.

⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais. Alemanha – Espanha – Itália – Portugal – Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 31-34.

¹⁰ CHIAVARIO, Mario. *L’Azione penale tra Diritto e Politica*. Padova: Cedam, 1995, p. 93.

É preciso que se corrija essa acepção de forma situada, a ponto de não mais se buscar parâmetros históricos descontextualizados para justificar o posicionamento ‘crítico’ em relação à *oportunidade*: o princípio em comento jamais teve legitimação enquanto ‘desídia’ estatal, e seu ‘uso’ totalitarista se deu mais em virtude das configurações político-administrativas que condicionavam os órgãos responsáveis, à época, do que por algum problema ou direcionamento ontologicamente arbitrário do ‘princípio’ em si.

3. “Oficialidade” e inexistência de fulcro legal – o Código de Processo Penal Brasileiro

Segundo Leone, se pode extrair uma ‘falsa’ polêmica em torno do conceito de “*oficialidade*” enquanto um dos ‘princípios’ que regem o *exercício da ação penal*: é possível tanto a ele coligar uma perspectiva de “*obligatoriedad*” (‘oficialidade’ como reflexo de uma ‘necessidade’/‘indisponibilidade’ do órgão ‘oficial’ para o manejo da *ação*), quanto uma mera noção ‘informativa’ quanto à funcionalidade do órgão, “*(...) al paso que ella (a “oficialidade”) no quiere expresar más que el deber del ministerio público, así que le sea llegada la noticia criminis, de iniciar de oficio la acción penal, es decir, sin que se necesite ninguna orden, estímulo o iniciativa de otro órgano o sujeto*”¹¹.

A “*oficialidade*” na sistemática processual, pois, seria muito mais relativa à *investidura* – como propõe Lopes Jr.¹² – e ao dado de *legitimidade* ministerial para o exercício da *ação* do que relativa a uma acepção que abrangeria a ‘obrigação’ ou impossibilidade de ‘ponderação’ de agir. Quando explica que “*(...) oficialidad es la obligación del ministerio publico de promover por su iniciativa la acción penal*”¹³, Leone maneja o vocábulo ‘obrigação’ sem dizer respeito (em que pese a aproximação temática) à *obligatoriedad* enquanto princípio, mas sim dando maior ênfase à *iniciativa*.

Por isso, não há que se interpretar a ‘titularidade’ do exercício da *ação penal* - de caráter constitucional (Art. 129, I, Constituição Federal) – de uma forma ampla e distorcida que acarrete em disciplina legal quanto à possibilidade ou não de

¹¹ LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal. I - Doctrinas Generales*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1963, pp. 139-140.

¹² LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 386.

¹³ LEONE, *Tratado de Derecho Procesal Penal. I - Doctrinas Generales...*, pp. 139-140.

‘ponderação’ ministerial. A *titularidade* é prerrogativa, porém o modelo de *exercício de ação* não é a partir dela *imposto* ou através dela flagrantemente *decorrente*.

Descontado, pois, o encadeamento que se costuma fazer entre a *oficialidade/investidura* e o *princípio da obrigatoriedade*, cabe frisar que são malfadadas as tentativas de se acoplar dogmaticamente o referido princípio como uma proposta ou estabelecimento legalmente atrelado. As proposições que ‘consagram’ a *obrigatoriedade* em meio à legislação-base pátria parecem querer vencer por insistência.

Muitos doutrinadores optam pela tese de que o texto legal disposto no *caput* do Art. 24 do Código de Processo Penal Brasileiro - “*Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público (...)*” – exhibe de forma conclusiva a ‘adoção’ legislativa do *princípio da obrigatoriedade*, no instante em que fixa a forma verbal (“*será*”) de modo a ‘condicionar’ a postura do agente ministerial quanto ao exercício da ação¹⁴, sem abrir margem para ‘discricionariedades’¹⁵ (“*será*” usado na forma de ‘imperativo’).

Parece muito mais um *anseio* ou *intuito* para de uma vez por todas, fixar em meio ao conjunto do CPP um aporte para um *princípio* que, nitidamente, não possui qualquer disciplina legal evidente ou direta¹⁶.

O maior argumento em prol da recepção legal pátria do *princípio da obrigatoriedade* parece estar na forma como o magistrado ‘controla’ e ‘reprime’ o (não)

¹⁴ “Com efeito, quando o art. 24 do CPP declara que a denúncia (e diríamos nós, também o aditamento) ‘será’ oferecida pelo órgão do Ministério Público, nos crimes de ação pública, não fica difícil compreender a adoção pelo legislador de linha radicalmente oposta ao princípio da oportunidade, vedando, assim, ao agente ministerial a celebração de acordos com o réu ou seu advogado ou a invocação de argumentos de conveniência ou utilidade social para não desencadear a persecutio criminis, salvo nas infrações definidas de menor potencial ofensivo, em que é possível evitar o processo litigioso mediante transação”. BOSCHI, José Antônio Paganella. *Ação Penal. As fases administrativa e judicial da persecução penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 130

¹⁵ “O princípio da obrigatoriedade, também denominado princípio da legalidade, significa que, quando o Ministério Público recebe o inquérito policial ou quaisquer outras peças de informação, e se convence da existência de um crime e de que há indício de autoria contra alguém, estará obrigado a oferecer a denúncia. O art. 24 do CPP dispõe que a ação penal ‘será promovida’ por denúncia do Ministério Público. Não há, pois, campo para discricionariedade”. BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy. *Direito Processual Penal. Tomo I*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 81.

¹⁶ Cf. BOSCHI, *Ação Penal...*, p. 130 e TOVO, Paulo Cláudio. MARQUES TOVO, João Batista. *Princípios de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.72.

exercício da *ação penal* dado o mecanismo disposto no Art. 28 do CPP¹⁷. De acordo com Afrânio Jardim:

Através do art. 28, coloca-se o juiz como um verdadeiro fiscal do princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal pública, desempenhando uma função anômala, porque não própria do sistema acusatório. Note-se a importância deste aspecto: o legislador preferiu ‘arranhar’ a estrutura acusatória em prol da eficácia do princípio da obrigatoriedade¹⁸.

Contudo, nos termos em que o próprio doutrinador referido expõe, se pode perceber o germe da controvérsia, no instante em que de sua lição se pode decantar o fato de que essa *obrigatoriedade* é mais decorrente do ‘caminho’ ou sistemática procedimental *adotada* (escolhida) pela lei do que de uma cogência ou imposição *direta* por parte do texto legal. E mais: assume-se, aí a perigosa senda de se aderir à posição que assente para com o *código* que trabalha como um *equivoco*, uma *perversão* ou uma *intransigência* excepcional e *ruim* o fato de o órgão ministerial optar (motivadamente) pelo ‘arquivamento’, como se o exercício da *denúncia* fosse (sempre) espécie de caminho normal do trâmite persecutório e qualitativamente o caminho ‘*correto*’¹⁹.

São decorrências de um bizarro uso do texto do *código* como ‘doutrina’ e de um amálgama indiscriminado de conceitos como indisponibilidade/disponibilidade,

¹⁷ Conforme o texto legal: “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”.

¹⁸ JARDIM, Afrânio Silva. *Ação Penal Pública. Princípio da Obrigatoriedade*. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 92.

¹⁹ “Feitas estas considerações, cabe constatar que não há em nosso Código de Processo Penal qualquer dispositivo outorgando ao Ministério Público o poder de decidir se oferece a denúncia ou não, segundo juízo de oportunidade ou conveniência. Regra deste teor não existe no nosso sistema processual. Como já foi dito em passagem anterior, é lógico que a questão da obrigatoriedade somente se coloca para o Ministério Público quando estão presentes os requisitos mínimos para o regular exercício da ação penal pública. Sem tais requisitos a ação não pode ser proposta, não apresentando a questão da discricionariedade. Por outro lado, dentro de uma perspectiva sistemática, percebe-se, com clareza, que todo o código está voltado para a propositura da ação penal pública. O arquivamento do inquérito ou peças de informação é tratado como algo absolutamente excepcional: a devolução do inquérito à delegacia de origem somente pode se dar para realização de diligências imprescindíveis ao oferecimento da denúncia’, dispõe o Art. 16 do Código de Processo Penal”. JARDIM, *Ação Penal Pública...*, p. 91.

‘legalidade’ e *eficácia* na atuação (que seria, aqui, equivalente à *obligatoriedade* enquanto princípio)²⁰.

4. Exercício *político-criminal* da *ação penal* (1): rejeição do rótulo da ‘*legalidade*’

Chiavario²¹ e Lopes Jr. oferecem um panorama de “*princípio da obligatoriedade*” como *escolha* ou *opção* (política) procedimental, salientando que essa escolha em nada possui de padrão ‘legítimo’ por excelência ou mesmo de dado ou critério *ontológico*. Uma opção (*scelta*), eis que, afinal, “(...) *não há nenhuma razão verdadeiramente processual para justificar o princípio da obligatoriedade*”²².

Por isso, rejeitamos, aqui, o padrão de nomenclatura que iguala os termos *obligatoriedade* e *legalidade* em relação ao respectivo “princípio”. Explica-se:

Goldschmidt aduz (com o que ninguém pode discordar, de fato) que há uma necessária ligação umbilical entre o *tipo ideal* de Estado de Direito do século XIX e toda sua carga de influência *iluminista* (e daí as visíveis conotações *garantistas* no que tange às limitações ao poderio punitivo estatal), convivendo com um exacerbado *legalismo* fruto da necessidade de estabelecimento de seguras balizas para essa atuação – e uma atuação processual calcada em uma ideia de *obligatoriedade*

El principio de legalidad sigue siendo el que garantiza la legalidad estrictísima de la justicia punitiva. Por lo mismo, logrará el dominio en un tiempo que se preocupa principalmente de la constitución del Estado de Derecho y de las garantías del mismo. Frente a esto, el principio de la oportunidad puede justificarse de dos modos completamente distintos, a saber; *por un lado*, partiendo de un enfoque que favorece un influjo político del Gobierno sobre la justicia penal; *por otro lado*, en interés de la verificación de la justicia material, en contraste a un formalismo legal.

²⁰ “Com efeito, sendo inevitável e, conseqüentemente, necessária a concretização do *ius perseguendi* estatal, ante a verificação da prática de ato tido como penalmente relevante, tem-se como obrigatória a atuação judicial do Ministério Público, a cujo membro é vedada qualquer manifestação oriunda de poder dispositivo (indisponibilidade), inclusive, obviamente, a concernente à retratação dos atos regularmente praticados (irretratabilidade): a infração à lei penal, ao mesmo tempo em que gera para o Estado o *ius puniendi*, impõe ao Ministério Público o dever de agir em face do respectivo agente”. TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal. Jurisdição, Ação e Processo Penal (Estudo Sistemático)*. São Paulo: RT, 2003, p. 116.

²¹ CHIAVARIO, *L’Azione Penale tra Diritto e Politica...*, pp. 70-71.

²² LOPES JR., *Direito Processual Penal...*, p.362.

Al dominio del principio de la oportunidad en el primer sentido se opuso la tendencia del Estado de Derecho de la segunda mitad del siglo XIX, mientras que hoy día el principio de la legalidad tiene que ceder a un principio de la oportunidad en el segundo sentido, es decir, en favor de la justicia material²³.

Tanto é que o princípio que rege a ‘obrigação’ de manifestação acusatória estatal em casos de ação pública onde certas condições e fatores se verificam é chamado pela doutrina, historicamente tanto de princípio da *obligatoriedade* quando de princípio de ou da ‘*legalidade*’. Assim, geralmente, as abordagens históricas feitas a respeito da questão da adoção de princípios de *obligatoriedade* e/ou *legalidade* em meio ao *exercício* da *ação* levam em conta apenas o ponto de vista do *primeiro* aspecto da questão, bem definido por Goldschmidt. Tende-se, pois, a associar a (ou *uma*) *obligatoriedade* à raiz do conceito de ‘Estado de Direito’, à existência de ‘garantias’ processuais, à contenção de abusos ou deliberada não aplicação da ‘lei’ (deixada ‘à margem’ do poder estatal) e a uma caracterização de ‘princípio *acusatório*’ mais ‘verdadeiramente’ democrático. Obviamente a associação da ideia de *obligatoriedade* ao termo comum ‘*legalidade*’ diz muito, aqui e por isso o *veto* ou *rejeição* expressa a essa denominação.

O *iter* que o CPP sugere (ou *impõe*) não apenas trabalha com o não exercício da ação como opção *anômala* como também fomenta essa ideia incorreta de que o manejo da mesma é caminho que além de normal, espelha a *legalidade* do ato – o que pode levar à indagação quanto à *ilegalidade* da medida contrária.

É preciso que se dê vazão à noção de que a *independência* própria do órgão ministerial, se não autoriza que o exercício/não exercício da *ação penal* vire uma ‘escolha’ (indiscriminada), ao menos possibilita que se desvele a insustentável situação configurada: um órgão acusador que não possui *ingerência* sobre sua atividade, e que possui uma opção procedimental tida precipuamente por ‘válida’ (exercer a *ação* e *denunciar*) e outra tida em primeira mão como passível de ‘questionamento’ (ou ‘inválida’ – como é o pedido de *arquivamento*).

²³ GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del Proceso II. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Buenos Aires: EJE, 1936, pp. 124-125.

5. Exercício *político-criminal* da *ação penal* (2) – considerações finais: possibilidades *motivadas de escolha*

Em primeiro lugar, a falta de um sentido propositivo para a *oportunidade* e sua consideração como reles ‘âmbitos de exceção’ à obrigatoriedade deixa as portas abertas para que se estabeleça um falso paradigma dicotômico, onde ou estamos diante de uma (*obrigatória*) atuação acusatória oficial, ou de um desleixo ou ‘abandono’ ilícito às raias da *prevaricação*. Em segundo lugar, não se pode mais trabalhar com uma noção político-processual que simplesmente passe a elencar verdadeiras escolhas políticas como se fossem regras postas desde uma espécie de ‘gênese imutável’ do trabalho com as questões respectivas.

Ao contrário de se exibir ‘orgulhosamente’ essa espécie de ‘fluxo’ contínuo proveniente da malfadada visão do legislador de 1941, se deveria pensar em uma alternativa político-processual para a *ação* (e seu exercício) mais afinada com os moldes constitucionais e que levasse em conta o caráter excepcional do ingresso com a ação em relação ao seu arquivamento, e não o contrário. Na própria legislação processual italiana – que constitucionalmente, como vimos, exalta a *obrigatoriedade* enquanto agenda ministerial para a *ação* – conforme explica Chiavario, há um prestígio da ideia de que esse exercício obrigatório deve ser mediado por uma prévia análise da necessidade (em sentido literal) do ingresso processual: “È l’art. 50 che – prima ancora di dar conferma al principio di officialità ed a quello di inderogabilità dell’azione (commi 2 e 3) – precisa (comma 1) che “il pubblico ministero esercita l’azione penale quando non sussistono i presupposti per la richiesta di archiviazione”²⁴.

Ainda sobre a legislação e doutrina italianas (bem como em um panorama europeu, em geral), conforme Dolcini sustenta, está conflagrada uma visível ‘crise’ do ‘*princípio da obrigatoriedade*’, e uma verificação hodierna cada vez maior de elementos que consubstanciam para informar um modelo ‘híbrido’ (*obrigatoriedade – oportunidade*). E muito disso diz respeito ao fato de que é perceptível que a dita ‘*obrigatoriedade*’ acarreta em uma *aporia* relativa à realidade de atuação ministerial se

²⁴ CHIAVARIO, Mario. *La riforma del processo penale. Appunti sul nuovo codice*. 2 ed., ampliata e aggiornata. Torino: UTET, 1990, p. 79.

não se conceber de possibilidades de *escolhas* ou mesmo ‘retração’ *política* de atuação²⁵.

Deve haver tranquilidade para que o agente ministerial encarregado de avaliar as possibilidades da acusação o possa fazer e, se for o caso, *proceder* em juízo diante de uma realidade que informa uma *conexão* forte de verossimilhança (*fumus comissi delicti*). A avaliação é – sim e *também* - *político-criminal* e tem relação com o não incremento processual-interventivo para lidar com a situação do suposto ‘conflito’ envolvido. A prosaica pergunta que o agente ministerial deve ter em mente antes de concluir pelas premissas que juridicamente autorizam uma acusação – do ponto de vista técnico – é quanto ao fato de que se ‘vale’ ou ‘não’ à pena proceder judicialmente em relação ao caso específico. E sim, novamente afirmamos: a *independência* de sua atuação pressupõe o poder desse questionamento, que não precisa sabidamente ser ilimitado nem estar livre de algum grau de fiscalização.

Quanto a isso, manifesta-se contrariedade, aqui, em relação a todo um respeitável setor da doutrina brasileira que, contudo, dotado de outra visão (tradicionalista) relativa à *política criminal* e mesmo em relação aos moldes jurisdicionais de gestão conflitiva, repete exaustivamente o bordão de que não pode haver motivação “*político criminal*” para que o agente ministerial resolva não ajuizar a *denúncia* (e, em interpretação ampliada, outras *promoções*).

Já é hora de serem revistas algumas pedras fundamentais da visão técnica quanto ao ponto aventado, e de se perceber que não há qualquer falha estrutural nem perversão de conceitos em se admitir que a questão da *obrigatoriedade* para com a *ação penal pública* é uma rele escolha de parâmetro e nada mais. Ao contrário: existe, sim, a possibilidade inegável da dita perversão conceitual no instante em que uma mescla de visões equivocadas relativas ao caráter da ação, ao ‘direito’ manejado pelo acusador quando de seu exercício, à *opinio delicti* e à própria *obrigatoriedade/legalidade* faz com que se compreenda que o acusador está estranhamente ‘compelido’ a ajuizar o pleito

²⁵ “*Bisogna dare atto, d’altra parte, che non mancano, oggi, fattori di crisi del principio di obbligatorietà dell’azione penale, che suggeriscono una riflessione su possibili temperamenti di quel principio: tanto più che il panorama internazionale mostra, da tempo, una tendenza al superamento del dualismo tra sistemi improntati all’obbligatorietà e sistemi improntati alla discrezionalità dell’azione penale, a favore di sistemi ibridi, connotati da svariate contaminazioni tra l’uno e l’altro modello. Il principale fattore di crisi del principio di obbligatorietà viene individuato nell’impossibilità, per i magistrati del pubblico ministero, di perseguire tutti i reati dei quali abbiano notizia*”. DOLCINI, Emilio. “Esercizio dell’azione penale, divisione dei poteri e prevenzione generale dei reati. Lo spiacevole retrogusto del progetto di riforma costituzionale della giustizia” in *Diritto Penale Contemporaneo. Rivista Trimestrale*. Vol. 1/2012 (Disponível em <http://www.penalecontemporaneo.it>) – acesso em Agosto/2013.

respectivo, sem qualquer margem para análise, transformando-se em uma espécie de autômato que curiosamente não pode deixar de ajuizar uma ação na fase preambular-limítrofe, podendo, após o processo em curso, pugnar pela *absolvição* do acusado.

Como recorda Moura: “*a obrigatoriedade da ação penal só existe quando presente a justa causa, entendida esta como o fundamento da acusação*”²⁶. Ainda que seja preciso ampliar algumas definições das quais parte a autora, é inegável o valor da constatação: é uma *obrigatoriedade* que é elemento a necessitar de premissas de confirmação e não o contrário. Não é a partir de uma *obrigatoriedade* (que a rigor, sequer existe) que se deve fazer a leitura dos outros institutos.

E se assumido isso, se está igualmente perdendo o *medo* de também assumir que é possível tranquilamente adotar um critério que prima pela *conveniência* quanto ao exercício da *ação penal* – uma vez que ‘*conveniência*’ não necessariamente precisa significar pura e simples vontade ou critério meramente ‘subjetivo’.

O que parece urgente é possibilitar ao órgão ministerial uma análise dos *custos* (em sentido amplo) de se ajuizar uma *ação* – análise que pressupõe a *responsabilidade* de se estar trabalhando com uma *realidade* que *existe* e que é tributária de um sistema imperfeito e que acarreta muitas vezes prejuízos *em si*, mesmo frente ao seu ‘funcionamento’ dito ‘normal’²⁷.

REFERÊNCIAS

ARMENTA DEU, Teresa. *Criminalidad de bagatela y Principio de Oportunidad: Alemania y España*. Barcelona: PPU, 1991.

BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy. *Direito Processual Penal. Tomo I*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

BOSCHI, José Antônio Paganella. *Ação Penal. As fases administrativa e judicial da persecução penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

²⁶ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa Causa para a Ação Penal. Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: RT, 2001, p. 223.

²⁷ ZAFFARONI. Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas*. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 12.

CHIAVARIO, Mario. *La riforma del processo penale. Appunti sul nuovo código*. 2 ed., ampliata e aggiornata. Torino: UTET, 1990.

_____. *L'Azione penale tra Diritto e Politica*. Padova: Cedam, 1995.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal. Parte Geral*. 2ª edição, revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris/ICPC, 2007.

DOLCINI, Emilio. “Esercizio dell’azione penale, divisione dei poteri e prevenzione generale dei reati. Lo spiacevole retrogusto del progetto di riforma costituzionale della giustizia” in *Diritto Penale Contemporaneo. Rivista Trimestrale*. Vol. 1/2012 (Disponível em <http://www.penalecontemporaneo.it>) – acesso em Agosto/2013.

GALEANO, Eduardo. *O livro dos abraços*. Tradução de Eric Nepomuceno. Porto Alegre: L&PM, 2011, 2 ed.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais. Alemanha – Espanha – Itália – Portugal – Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del Proceso II. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Buenos Aires: EJEA, 1936.

JARDIM, Afrânio Silva. *Ação Penal Pública. Princípio da Obrigatoriedade*. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal. I - Doctrinas Generales*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1963.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos*. 2 ed., 3a reimpressão. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa Causa para a Ação Penal. Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: RT, 2001.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Fundamentos de la estructura de la teoría del delito, Parte General, Tomo I*. Trad. de Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Diaz y Garcia Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

TOVO, Paulo Cláudio. MARQUES TOVO, João Batista. *Princípios de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal. Jurisdição, Ação e Processo Penal (Estudo Sistemático)*. São Paulo: RT, 2003.

ZAFFARONI. Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas*. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.