

Princípio da oportunidade no exercício da Ação Penal Pública: Exceção permitida à luz da legalidade, da obrigatoriedade e dos Direitos Humanos

Prof. Dr. Cândido Furtado Maia Neto - candidomaia@uol.com.br

PRINCÍPIO DA OPORTUNIDADE NO EXERCÍCIO DA AÇÃO PENAL PÚBLICA: Exceção permitida à luz da legalidade, da obrigatoriedade e dos Direitos Humanos

Para a efetivar o Estado Democrático de Direito e o modelo acusatório é preciso transformar a política criminal, seja quanto a sanção como quanto a persecução criminal. Somente com um cambio político de fundo será possível falar em transformação da práxis policial-forense, do contrário, continuaremos desrespeitando a Constituição federal e os Direitos Humanos, para dar mais valor a norma ordinária (lei penal formal), mesmo quando revogado tacitamente, pelo texto maior alguns de seus dispositivos, como ocorre com a atual lei processual penal brasileira, pouco importando aos operadores do direito – profissionais liberais ou autoridades e servidores públicos – os princípios vigentes e norteadores do sistema acusatório constitucional, mais vale a lei infra-constitucional, de 1942 (Código de Processo Penal – Dec-lei nº 3.689/41).

A história universal informa que nunca a sociedade foi contra qualquer sistema penal vigente, pelo contrário sempre defendeu maior repressividade, este ou aquele modelo processual, como o inquisitivo, por exemplo ainda se diz que é muito benevolente e facilita a impunidade, porque os cidadãos acusados possuem muitas benesses, é porque a coletividade não tem a mínima noção da gravidade do processo de prisionalização e muito menos quanto a questão da estigmatização gerada pela *persecutio criminis*. A sociedade não sabe que é preciso um sistema rígido de garantias judiciais, isto é, a segurança jurídica para a correta aplicação da lei, sem qualquer tipo de discriminações e menos seletividades penais possíveis. O direito penal por ser eminentemente repressivo e seletivo dando origem a corrupção, abusos e impunidades presentes em todos os modelos persecutórios penais.

Na concepção do modelo republicano de governo, a "res" - a coisa - é sempre pública, onde o governo trabalha para o interesse comum; e, cidadania representa a qualidade de cidadão, "*indivíduo no gozo de seus direitos civis e políticos indisponíveis*", em outras palavras, o cidadão é o sujeito da República".

Existem aqueles que dizem que o princípio da obrigatoriedade é também idêntico a legalidade, razão pela qual a oportunidade é oposto a obrigatoriedade, mas não ao princípio da legalidade. Assim, quando o Ministério Público atua invocando o princípio da oportunidade, está dentro da legalidade e não fora dela. O princípio da obrigatoriedade sustenta o direito à jurisdição, ao acesso a Justiça ou ao exercício da prestação jurisdicional para a tutela ao bem jurídico-penal, supostamente violado, tendo o direito de petição aos órgãos públicos (incs.xxxiv "a", xxxv, do art.5º CF), porque o Poder Judiciário não pode atuar de ofício *no judex ex officio*.

O princípio da obrigatoriedade origina-se da teoria absoluta da pena de Kant e Hegel, posto que todo fato ilícito deve traduzir-se em uma ação penal e por conseqüência em uma pena a ser aplicada, obrigatoriamente. Tal assertiva, nos dias atuais é bastante absurda, inútil e inviável, para não dizer impossível e irrealizável. Nenhum sistema penal na modernidade está capacitado a dar respostas a todas as espécies de crimes, a polícia não possui os recursos materiais, o Ministério Público e o Poder Judiciário também tem dificuldades diversas para fazer com que todos os processos tramitassem em tempo razoável, de outro lado, se este fato fosse realidade, indubitavelmente maiores problemas terá o sistema penitenciário, pois as prisões estariam mais lotadas do que já se encontram. Em todo sistema penal existe uma margem para a atuação no terreno da persecução, como regra a obrigatoriedade e como exceção os critérios de oportunidade,

vinculado ao interesse público e estatal, permitindo prescindir da acusação penal, trata-se de uma concepção utilitarista e realista sobre a legalidade e a obrigatoriedade, onde se passa a reconhecer os interesses jurídicos superiores, e não todos, para não tornar o processo penal e a pena um verdadeiro absurdo. É uma opção de política criminal em base a sentimentos e valores sociais (ver Gonzalez Alvarez, Daniel in “*El Principio de Oportunidad en el Ejercicio de la Accion Penal*” - Justicia Penal y Sociedad – Revista Guatemalteca de Ciencias Penales, Año II, nº 34, nov./1993, publicación del Instituto de Estudios Comprados em Ciências Penales de Guatemala IECCPG, Republica de Guatemala).

No direito penal moderno não há mais o dever absoluto do Estado de realizar a persecução e o castigo aos culpados, interpreta-se a necessidade do *ius perseguendi* e do *ius puniendi* de forma diversa, segundo os princípios da utilidade, necessidade, significância da ação penal, e não em base a “tolerância zero”, na linha de processo e prisão para tudo e para todos, sem exceção.

A implementação do princípio da obrigatoriedade e da legalidade implica na existência de mecanismos mais eficientes de controle e de seleção – oportunidade –, permitido ao sistema uma melhor proteção aos Direitos Humanos. Na verdade pode-se dizer que é o sistema de controle da obrigatoriedade que não funciona, por ser caótico e irracional, gera muito mais abusos, arbítrios, seletividade informal, corrupção e a impunidade dos crimes graves. O princípio da oportunidade permite racionalizar com transparência a legalidade, ou seja, os casos que mereçam mesmo responsabilização criminal e não no atacado. É mais fácil demonstrar a eficiência real do sistema por intermédio do princípio da oportunidade do que a que é feita demagogicamente via discursos falsos, em nome do princípio da obrigatoriedade. A renúncia ao ajuizamento de uma ação penal compete tanto a vítima como ao Estado, seja na ação penal pública ou privada, para o bom funcionamento do sistema – política criminal –, se faz necessário a análise da viabilidade da propositura da ação penal pelo Estado-Ministério Público. O princípio da oportunidade não passa a ser a regra geral, senão uma exceção enumerada e elencada em lei, a regra geral continua sendo a da obrigatoriedade da demanda, sob análise e aprovação dos tribunais (ver “*EL MINISTERIO PÚBLICO EN EL PROCESO PENAL*”, Ed. AD-Hoc, Buenos Aires, 1993)

"O princípio da legalidade, base estrutural do próprio Estado de Direito, é também a pedra angular de todo direito penal, compreendido não apenas na aceção da previsibilidade da intervenção do poder punitivo do Estado que lhe dá Roxin, se não também na perspectiva subjetiva do sentimento de segurança jurídica que postula Zaffaroni. Ademais de assegurar a possibilidade de prévio conhecimento dos crimes e das penas, o princípio garante que o cidadão não será submetido a coerção penal distinta daquela pré-disposta na lei", leciona Nilo Batista, ao afirmar que o princípio da oportunidade vincula-se ao sentimento social de segurança pública com a necessidade estatal da persecução pena, pois muitos ilícitos vigentes nas leis penais, já foram, pela sociedade, descriminalizados de fato.

Ao princípio da legalidade, paralelamente temos o princípio da obrigatoriedade, que no Estado de Direito compõem-se adequadamente de tipo penais sob limites certos e precisos para a acusação, onde a obrigatoriedade da propositura da ação penal pelo Ministério Público, nos regimes democráticos possui freio legal. O princípio da taxatividade, por exemplo e nesse sentido este exige um mandado de certeza absoluta, seja na descrição do tipo legal, na descrição da formulação da denúncia como na descrição do fundamento da aplicação pena. Em alguns casos somente é legítima ou legal a *persecutio criminis* se condicionada à representação do ofendido ou à requisição do Ministro da Justiça, por aí pode-se notar que não é absoluto o princípio da obrigatoriedade, como prevê o Código de Processo Penal pátrio.

Sempre observados alguns requisitos para a aplicação da regra da obrigatoriedade, não deve ser ampla e irrestrita, está na dependência da exigibilidade de situações fáticas e jurídicas, por exemplo, se o fato constitui crime - configuração dos elementos constitutivos do tipo, entre eles o

dolo, em razão da sistemática penal vigente ter adotado a teoria finalista da ação; se não presente qualquer causa extintiva da punibilidade; quando não ferir garantias individuais da cidadania ou princípios gerais de Direitos Humanos, como o ônus da prova, sendo defeso ao Ministério Público apresentar denúncia-crime em base a elementos indiciários fracos, se assim proceder estará o seu representante atentando contra as liberdades públicas e contra a dignidade da pessoa humana.

Ao falarmos do método interpretativo trazemos a colação a garantia da cidadania, no direito penal democrático e humanitário, cuja interpretação restritiva é regra geral, com exceção a interpretação extensiva ou ampliativa, desde que não seja prejudicial ao réu, como acontece na aplicação da analogia *in bonam partem* e nunca *in malam partem*.

Um ponto basilar ou linha mestra de garantia à cidadania, no direito processual penal, como exceção ao princípio da legalidade ou da obrigatoriedade, Zaffaroni asevera: "*Cuando a título de previsón abstracta o, en el caso concreto y por circunstancias particulares del mismo, la pena repugne a elementales sentimientos de humanidad, implique una lesión gravísima para la persona en razón de su circunstancia o agregue un sufrimiento al que ya padeció del sujeto en razón de hecho, la agencia judicial, en función del; principio republicano de gobierno, tiene que ejercer el poder de prescindir de la pena o de imponerla por debajo de su mínimo legal, lo que es jurídicamente admisible, puesto que puede ser suprallegal, pero intra-constitucional*" ("*En Busca das Penas Perdidas*", ed. Temis, Bogotá). Esta em outras palavras é a aplicação do princípio da oportunidade em conjunto com os princípios da proporcionalidade e de humanidade, para o não ajuizamento da ação penal por carência de racionalidade, utilidade e lógica.

O princípio da oportunidade não aparece como instituto de livre aplicação, mas em base a situações concretas em princípios e regras gerais de direito democrático. Faz parte das garantias fundamentais e dos Direitos Humanos, por esta razão continua sendo e tendo aplicabilidade o princípio da obrigatoriedade. O princípio da legalidade prevê que todos os casos penais devem ter obrigatoriamente a prestação jurisdicional, com salvaguardas ou exceções por motivos lógicos e racionais ante a inutilidade, a necessidade de economia processual, frente a escassez do dano causado, entre outros casos *in concreto*, prevalecendo o princípio da oportunidade, seja na ação penal de natureza pública como privada.

Abre o princípio da oportunidade um campo programático de política criminal estatal, para a melhor e mais eficiente atuação do Ministério Público na qualidade de *dominus litis* da ação penal, para dar andamento as supostas ilicitudes que devam ser demandadas pelo Poder Judiciário. Na prática a política criminal estatal encontra-se sob o manto e a guarda do Ministério Público, está sob sua incumbência a tutela dos direitos e interesse indisponíveis individuais e coletivos (art. 127 *caput* CF). Os fatos de "*escassa relevância social*", de "*insignificante culpabilidade*", que não "*comprometam gravemente o interesse público*", o sistema legal prevê outras vias para a resolução ou reparação das condutas anti-sociais, especialmente porque reserva-se as instâncias judiciais penais, a última via ou *ultima ratio* para o exercício do *ius persequendi* e do *ius puniendi*.

A discricionariedade do *Parquet* é aferida e controlada, não somente pelo princípio da legalidade e da obrigatoriedade, mas também pelo princípio do livre convencimento – *opinio delicti* –, com relação ao *onus probandi* ministerial (art. 43 e art.386 do.CPP), sem contudo se diga sobre possíveis abusos e arbitrariedades cometidos pelos seus agentes.

O princípio da oportunidade foi incorporado em nosso sistema penal – na ação pública – no instante da entrada em vigor da Carta Magna, quando institui o Estado Democrático de Direito, e o sistema acusatório, com a obrigatoriedade de respeito a ampla defesa e ao contraditório em todos os processos administrativos e judiciais (inc. IV do artº 5º CF), a titularidade da ação penal pública fico exclusiva ao Ministério Público (art. 129, inc. I CF). Ao se flexibilizar os mecanismos da ação

penal se retira desta, a obrigatoriedade absoluta, e se impõe a relativização da demanda criminal, baixo alguns critérios e princípios de justiça, dentre eles a oportunidade da ação ou da acusação.

De outro lado, a regra dos Direitos Humanos determinada que jamais poderá ser utilizado o princípio da oportunidade na ação penal pública quando se tratar de crimes dolosos contra a vida; contra a administração pública e da justiça com prejuízos de grandes proporções ao erário e à gestão do Estado; nos crimes de lesa-humanidade; de terrorismo; de tráfico de drogas proibidas; nos casos de abusos de poder; no genocídio; na tortura; nos delitos contra a integridade física, corporal ou à saúde da pessoa, etc. Há um bloco de princípios e garantias judiciais constitucionais que envolvem o princípio da oportunidade, para ser autorizada legalmente sua utilização, sem afetação alguma aos princípios da legalidade ou da obrigatoriedade; por esta razão as Nações Unidas em suas Diretrizes para os agentes do Ministério Público, recomenda na cláusula 18, as alternativas para o processo-crime: *“De acordo com a sua legislação nacional, os magistrados do Ministério Público examinam com toda a atenção a possibilidade de renúncia aos procedimentos judiciais, de pôr termo aos processos de forma condicional ou incondicional ou de os transferir para fora do sistema judiciário oficial, respeitando plenamente os direitos do ou dos suspeitos e da ou das vítimas. Os Estados devem, para esse fim, examinar atentamente, a possibilidade de adotar métodos de transferência dos casos presentes aos tribunais não só para aligeirar a pesada carga de processos que lhes estão distribuídos mas também para evitar o estigma criado pela detenção antes do julgamento, a formação da culpa e a condenação e os efeitos perniciosos que a detenção pode implicar”*.

Na legislação penal adjetiva os dispostos nos artigos 3º, 24, 27, 28, 29, 38, 43 inc. III, e 648 inc. I, sem olvidarmos a possibilidade de solicitação para aplicação do perdão judicial prevista no art 120 do Código Penal, dizem respeito ao princípio da oportunidade. Ademais, do indulto presidencial (art.84, XII CF), neste caso o Chefe Supremo da Nação não vê oportuna a persecução penal ou a aplicação do *ius puniendi*. A discricionariedade do Estado-Acusação também tem como suporte interpretativo o conteúdo de algumas normas penais gerais e especiais, como a delação premiada que oportuniza a redução ou a comutação da pena; a transação penal e a suspensão condicional do processo, segundo a lei nº 9.005/95, tudo se refere a abertura do sistema penal repressivo para uma nova política criminal – práxis forense - democrática e viável, à luz do modelo acusatório europeu. Tanto é proibido aplicar penas cruéis, infamantes ou degradantes (art. 5º, III e XLVII “e” CF) como também processar criminalmente quando a tratamento judicial ante a instauração da ação penal torna-se discriminatório, cruel, desumano e degradante, na prática judicial.

Também no direito pátrio vigente a aplicação do princípio da oportunidade deixa de lado a sacramentalidade e a ortodoxia de certos dogmas penais radicais imodificáveis; bem como uma outra via para o processo de descriminalização e de desprocessamento fático e de direito possível no sistema legal. (Ver Tocora, Fernando: in *“La Reforma Procesal Penal em América Latina”*, Capítulo Criminológico Vol. 33, nº 4, oct/dec, 2005, pg.445 e segts. Ed. Universidad del ZULIA, Maracaibo-Venezuela, Revista do Instituto de Criminologia Dra Lola Aniyar de Castro).

Finalizamos propondo uma reforma processual penal urgente. É inadmissível continuarmos aplicando o Código de Processo Penal, de 1942, da época do chamado *“Estado Novo”*, e agora, falando em sistema democrático, como se a lei penal formal tivesse sido recepcionada pela Constituição federal, tudo legal e normal; é claro que não, porque o sistema democrático repele o sistema inquisitivo. Ademais, para tal reforma processual penal necessário se faz que a ação penal pública incondicionada se reserve aos fatos graves e de alto interesse para o Estado, os demais ilícitos ou condutas típicas devem ser de ação penal pública condicionada à representação, incluindo-se nela todos os institutos e princípios norteadores da ação penal privada, devendo esta desaparecer do sistema penal; considerando que é crime *“fazer justiça pelas próprias mãos”* (art. 345 CP), assim a denominação *“ação penal privada”* ou *“justiça privada”* é incorreta e incoerente. A

justiça penal é pública, seus atos devem ser públicos, transparentes, legais e obrigatórios desde que oportunos.

*Prof. Dr. **Cândido Furtado Maia Neto** - candidomaia@uol.com.br*

(*) Promotor de Justiça de Foz do Iguaçu-PR - Ministério Público. Pós Doutor em Direito. Mestre em Ciências Penais e Criminológicas. *Expert* em Direitos Humanos (Consultor Internacional das Nações Unidas – Missão MINUGUA 1995-96). Secretário de Justiça e Segurança Pública do Ministério da Justiça (1989/90). Assessor do Procurador-Geral de Justiça do Estado do Paraná, na área criminal (1992/93). Professor Universitário de Pós-Graduação (Especialização e Mestrado). Associado ao Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). Membro da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP). Autor de vários trabalhos jurídicos publicados no Brasil e no exterior. E-mail: candidomaia@uol.com.br