

AÇÃO PENAL PÚBLICA À LUZ DA NOVA CONSTITUIÇÃO TITULARIDADE, REFLEXOS NA ATIVIDADE PERSECUTÓRIA

GERALDO BATISTA DE SIQUEIRA

Procurador de Justiça e Professor de Direito Penal e Processual Penal

WILSON BRANDÃO CURADO

Procurador de Justiça

MARINA DA SILVA SIQUEIRA

Promotora de Justiça

GERALDO BATISTA DE SIQUEIRA FILHO

SARAH SIQUEIRA DE MIRANDA

1. Introdução — 2. Requisição Judicial de Inquérito Policial — 3. Órgãos Destinatários da “notitia criminis” — 4. Recurso “ex-officio”. Pertinência — 5. Prisão Temporária. Juízo da Imprescindibilidade — 6. Controle Externo da Atividade Policial pelo Ministério Público — 7. A assistência ao Ministério Público e a Constituição de 1988 — 8. Conclusões.

1. Introdução

Por força de dispositivo constitucional, (art. 129, I da CF) o exercício da ação penal, quando pública, incondicionada ou condicionada à representação do ofendido ou de seu representante legal (art. 24, parte final do CPP), foi deferido, com exclusividade, à iniciativa do Ministério Público, restando expurgados de nossa processualística, como resquício de inquisitorialismo, o procedimento obsoleto, anômalo e desnecessário, consistente na instauração da instância penal, via de portaria (não raro inepta) da autoridade incumbida da prestação jurisdicional.

Já no art. 5.º do Projeto de Código de Processo Penal vinha a previsão da titularidade da ação penal, segundo o modelo encontrado pelo Constituinte de 88, solução que já afastava, por completo, o conhecido procedimento judicialiforme, instrumentalizado na portaria judicial, como peça instauradora do processo. O projeto repunha, assim, de forma

explícita, o modelo acusatório acolhido: “Não se admite o procedimento de ofício”.

Acompanhamos a lição, fruto de interpretação doutrinária, do Procurador de Justiça, Henrique Barbacena Neto, transmitida em palestra pronunciada na Academia de Polícia Militar de Goiás e do Prof. Paulo Claudio Tovo, segundo a qual o monopólio do exercício da ação penal pública, já encontrava consagração expressa no art. 100 e §§ 1.º, 2.º e 3.º (CP, Lei 7.209).¹

Hélio Ivo Agrisani Dória, magistrado de saudosa memória, satisfazia-se com a previsão do art. 24 do CPP, para impugnar a constitucionalidade do art. 26 do CPP, dispositivo legal colocado frente ao art. 24 do CPP, “que consagrou o sistema acusatório, segundo o qual se deve ao Ministério Público a incoação do processo penal”.²

A titularidade da ação penal pública, atribuída à iniciativa do Ministério Público, o legislador constituinte a instituiu, segundo uma técnica apta a afastar qualquer dificuldade exegética, quando previu, expressamente, a única exceção à norma do art. 129, I da CF, a ação penal privada subsidiária da pública, art. 5.º, LIX. Não fosse este tratamento excepcional, a ação penal privada, substituindo a atividade do Ministério Público (art. 29 do CPP), estaria proscribita de nosso ordenamento processual, decorrência da Ação Penal Pública, como monopólio do Ministério Público.

2. Requisição judicial de inquérito policial

O art. 5.º, II, 1.ª parte, do CPP, confere ao Juiz legitimidade para requisitar da Autoridade Policial a instauração de inquérito policial nos crimes, cuja Ação Penal for Pública Incondicionada, conforme a regra do art. 100 do CP.

Inequivocamente, cuida-se de iniciativa de caráter persecutório, já na fase investigatória, colidente, portanto, com a posição acusatória mais moderna de nossa Lei Maior, que não pode prevalecer diante de seu art. 129, I. A propósito, decidiu o Tribunal Regional Federal da 2.ª Região, com sede na cidade do Rio de Janeiro, anulando inquérito policial por ilegitimidade do requisitante, Juiz Federal da 4.ª Vara — Rio, decisão da qual foi relator o Desembargador Federal, Sérgio Andréia Ferreira, com a seguinte ementa:

Habeas Corpus. Trancamento de inquérito policial para apuração de eventual caracterização do crime do art. 334, *caput*, c/c art. 14, II, do CP; instaurado em razão de requisição do Juízo impetrado, de competência criminal, formulada em processo de mandado de segurança, a final concedido, requerido pelo paciente, para liberação de mercadoria estrangeira apreendida no aeroporto internacional do Rio de Janeiro, mandado para o qual era competente o coator, por força do disposto no art. 61 da Lei 5.010/66. Concessão da ordem para o fim de anular o inquérito instaurado, por falta de legitimidade do requisitante, em face da nova sistemática consti-

1. Paulo Cláudio Tovo, *Apontamento e Guia Prático sobre a Denúncia no Processo Brasileiro*, p. 26.

2. Hélio Ivo Agrisani Dória, *Estudos de Direito Processual*, p. 20.

tucional, que exige a adequação do disposto nos arts. 5.º, II, e seu § 3.º e 40 do CPP, em termos de iniciativa do Judiciário na matéria. Incidência dos arts. 5.º, LV e LVII; 127, VII e VIII, 144, §§ 1.º, 4.º e 5.º, da CF (HC 0174-RJ, DJU 31.12.91).

A incursão do titular da jurisdição na seara alheia da persecução penal, sobre não ser recomendável em face de proibição legislativa, afeta o princípio da imparcialidade do Juiz, que o legislador procurou preservar, como garantia para uma melhor distribuição da justiça.

A requisição, como *notitia criminis* oficial, só está legitimado a promovê-la quem esteja investido da titularidade da Ação Penal, visto que a finalidade da abertura de inquérito policial deve residir no ministrar elementos probatórios, aptos a influírem na formação da *opinio delicti* do acusador, ao contrário da instrução criminal, que é atividade processual impulsionada no escopo de ensejar a base probatória ao *judicium causae* e ser proferido pelo magistrado. Tanto é correta e coerente tal assertiva que o pedido de devolução de inquérito policial à Polícia Judiciária (art. 10, § 3.º do CPP) deve ser submetido a parecer do Ministério Público, posto que o titular da ação penal pública poderia prescindir das novas diligências aventadas, prelecionam Tourinho Filho³ e Paganella Boschi.⁴

Subtrair ao órgão da acusação a intervenção mencionada seria como tirar-lhe o encargo da formação da *opinio delicti*, elemento básico requisitado na deflagração da ação penal.

No mesmo passo em que a Constituição Federal situa a titularidade da ação penal pública numa das atribuições específicas do MP, ela confere a esta instituição, e somente a ela, recursos que forem avaliados como relevantes para a propositura da ação penal, através da denúncia (art. 129, VIII da CF).

3. Órgãos destinatários da *notitia criminis*

Se ao Juiz, em virtude de adoção do sistema acusatório, delineado na titularidade da ação penal pública, atribuído seu exercício, com exclusividade, ao Ministério Público, é-lhe defeso a iniciativa de qualquer atividade persecutória. Por igual razão, não lhe é dada legitimidade para recepcionar a *notitia criminis*. Destinatários da *notitia criminis* somente pode sê-lo os órgãos da persecução Penal: Autoridade Policial e Ministério Público, aliás, como já o previa o art. 7.º do Projeto, tantas vezes aqui lembrado.

4. Recurso *ex officio*. Pertinência

No âmbito do processo civil, a partir de 1974, o chamado recurso *ex officio*, oficial, obrigatório, como temos no processo penal (arts. 574, II do CPP) foi substituído pelo chamado duplo grau de jurisdição (art. 475 do CPC). Sobrevive, no processo penal, a figura esdrúxula do recurso oficial, emanada do próprio prolator do decisório, embora prevista sua extinção

3. Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo Penal*, 1/238.

4. José Antônio Paganella Boschi, *Persecução Penal*. p. 114.

conforme o projeto de Código de Processo Penal, que restringe os recursos à iniciativa das partes, o recurso voluntário, como é de essência da atividade recursal.

O recurso *ex officio*, de interposição obrigatória pelo próprio prolator da decisão, não encontra mais respaldo legal para se manter em vigência, durante a inovação constitucional, bastante divulgada (art. 129, I da CF). Assumindo o Ministério Público a titularidade (art. 129, I da CF) da ação penal pública, afasta-se qualquer amparo jurídico à sobrevivência do anômalo recurso obrigatório. Recurso obrigatório, impulsionado por quem não foi parte na relação processual.

O fundamento doutrinário e jurisprudencial, justificador da interpretação acima, vem na caracterização do recurso como um prolongamento da ação, daí decorrendo a revogação do recurso necessário, visto que, da atividade acusatória sendo afastada qualquer participação judicial (portaria), mais que natural seu alheamento no evoluir procedimental da mesma. Na doutrina, entre outros autores, ocorre-nos o nome do consagrado processualista fluminense, Prof. Afrânio da Silva Jardim.

“O recurso é uma continuação do direito de ação que se está exercendo através do processo”.⁵ Na interpretação jurisprudencial temos presente, vários destaques, sobressaindo-se elucidativos julgados do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, relator o eminente Juiz, Luiz Felipe Vasques de Magalhães: “Assim, constituindo a apelação de ofício forma de iniciativa da ação penal e sendo esta, quando pública, privativa do Ministério Público, segue-se como tendo sido revogado pelo art. 129, da CF as normas que obrigam os juízes a recorrer de ofício (arts. 574, I, II, do CPP e 7.º da Lei 1.521/51) pela excrescência jurídica que encerram e pela dicotomia decorrente do Princípio Processual”.⁶

Mais recentemente, o mesmo tribunal, em acórdão da lavra do eminente Juiz e emérito professor, Vladimir Giacomuzzi (Rec. 291132470) sufraga, também, o entendimento anteriormente adotado.

O não conhecimento do recurso *ex officio* (arts. 574, I, II; 746, CPP e 7.º da Lei 1.521), erige-se, assim, em corolário lógico do princípio da exclusividade da ação penal pública, atribuída à iniciativa do Ministério Público.

5. Prisão temporária. Juízo da imprescindibilidade

Recentemente, através da televisão, o talentoso advogado criminal, Dr. Wanderley de Medeiros, comentando revogação de prisão temporária de um seu cliente, teve a oportunidade de afirmar, com muito entusiasmo, que o juízo da imprescindibilidade da prisão temporária para a investigação do inquérito policial, é conferido ao juiz (art. 1.º, I — Lei 7.960, de 21.12.89). Do mesmo sentir é a posição do nosso maior processualista penal, o Prof. Fernando da Costa Tourinho Filho, assim prelecionando: “Quem vai julgar

5. Afrânio da Silva Jardim, *Ação Penal Pública — Princípio da obrigatoriedade*, p. 113.

6. RT 656/301.

essa imprescindibilidade não será a Autoridade Policial, e sim o Juiz. Aquela deverá demonstrá-la, mas o juízo de admissibilidade é do juiz.⁷

No vigor da Constituição atual, a atribuição ao magistrado do juízo da imprescindibilidade da prisão temporária, ainda que atenuada pela prévia manifestação do Ministério Público, sem dúvida que corporifica flagrante inconstitucionalidade, eis que o dispositivo da lei ordinária referido entra em conflito manifesto com o modelo constitucional (art. 129, I da CF).

6. Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público

Em face do objetivo do presente tópico, vai nos interessar, apenas, o aspecto relacionado à definição do destinatário do inquérito policial, remetido pela Autoridade Policial.

Seria o Judiciário ou o Ministério Público? Como é prevista a matéria sob a legislação ordinária? (art. 10, §§ 1.º, 3.º e 23 do CPP).

Ora, mesmo prescindindo do concurso do novo texto constitucional (art. 129, I e VIII do CF) o destinatário do Inquérito Policial é o órgão da acusação. O Ministério Público, como regra, posto que a investigação formalizada através do procedimento policial justifica-se, unicamente, pela finalidade de fornecer o suporte necessário à invocação da tutela jurisdicional, sem o qual não prosperaria, atingida que seria, pela eiva da inépcia, a denúncia resultante.

Uma exceção apenas contempla a Constituição Federal (art. 5.º, LXV, da CF): a comunicação da prisão em flagrante ao juiz competente, que a relaxará, de ofício, se for o caso, exercendo, assim, o magistrado, nesta hipótese, o controle externo da atividade policial.

O Inquérito Policial, concluído ou não, deve ser remetido ao Ministério Público, como órgão eleito pela Constituição para o exercício exclusivo da ação penal pública. A remessa do mesmo ao Judiciário significaria, ainda que um tanto sutil, a intervenção do órgão jurisdicional no juízo de propositura da inicial acusatória. Nem todos os inquéritos policiais que chegam aos Cartórios Criminais, vão ter ao Ministério Público, alguns deles, alcançados pela prescrição, inviabilizando a atividade acusatória.

Ilustrativo é rememorarmos que o Código de Processo Penal do Rio Grande do Sul, Lei 24, de 15.8.1898, decretado e promulgado por Antônio Augusto Borges de Medeiros, então Presidente do Estado, em seu art. 88, § 9.º, corretamente estatua: "O relatório com todos os anexos ou sejam requerimentos, autos de corpo de delito ou de exame, de busca ou de prisão, remeter-se-ão ao agente do Ministério Público a quem corresponda promover a ação penal".⁸

A Lei Maior, preleciona o Prof. Paulo Claudio Tovo, não fala em exercer controle externo, mas o controle interno. Seriam exceções, prossegue o mestre gaúcho, as do art. 5.º, XI, XII, (última e penúltima hipótese), LXI, LXII, LXV etc. pois aí o juiz competente também exerce o controle externo.⁹

7. Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo Penal*, 3/351.

8. Paulo Cláudio Tovo, *Primeiras Linhas sobre o Processo Penal em face da Nova Constituição*, p. 43.

9. Idem, ob. e pp. citis.

Encontra-se em vigor, na Corregedoria-Geral de Justiça, do Estado do Rio de Janeiro, provimento segundo o qual os inquéritos policiais só têm entrada no judiciário, quando seguido da ação penal proposta.

7. A assistência ao Ministério Público e a Constituição de 1988

Marcellus Polastri Lima, culto Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro, em seu trabalho: "A Assistência ao Ministério Público e a Constituição de 1988" sustenta que, com a iniciativa da ação penal pública deferida ao Ministério Público, a figura do Assistente da Acusação foi afastada de nossa legislação Processual Penal, trazendo à colação referência a lapidar parecer do Prof. Sérgio Demoro Hamilton na Ap. 114/90:

"Apelação do ofendido — Não conhecimento — O art. 598 parágrafo único, do CPP está derogado pela Constituição Federal (art. 129, I). Atualmente, a Carta Magna estabelece que ao Ministério Público, compete, privativamente, promover a ação penal pública. Ora, ao recorrer o ofendido está, sem dúvida promovendo a ação penal pública, uma vez que a ação e processo de declaração ficam prorrogados com o recurso. Portanto, não tendo havido recurso do Ministério Público, a ação penal não pode ter prosseguimento. Não conhecimento de recurso por falta de qualidade".¹⁰

O STF, entretanto, entendeu, em acórdão publicado pela excelente revista jurídica, que é a *Revista Jurídica* 174/129, editada em Porto Alegre, n. 5.532, que a titularidade privativa do MP (CF, art. 129, I) guarda compatibilidade com o art. 598, que legitima o ofendido ou seu sucessor (CPP, art. 31) para apelar, quando não o tenha feito o MP.¹¹

8. Conclusões

a) As restrições à atividade judicial, decorrente do texto constitucional (arts. 5.º, LIX; 129, I, VIII da CF) e Código Penal (art. 100, § 1.º) só na aparência se confirmam. Um mínimo de conhecimento de processo evitaria tais interpretações, salvo a visão corporativa, que é de difícil aceitação em ambientes, nos quais deveriam prevalecer o primado do estudo científico sobre quaisquer outros questionamentos.

A Constituição Federal, antecipando-se ao legislador ordinário (Projeto 83, arts. 5.º, I, 7.º e 212), vem de consagrar o princípio mais elevado do processo penal, o princípio da imparcialidade do juiz, retirando deste funções anômalas, que em nada vinham contribuindo para a justa resolução da lide.

b) A titularidade da Ação Penal Pública, reconhecida ao Ministério Público, com todas as conseqüências normais decorrentes, não significa o fortalecimento da instituição do Ministério Público, com prejuízo indevido para a atividade jurisdicional, como insinuam pessoas, pouco dadas, ou nada afeitas ao convívio com o estudo do processo penal, como ciência e dogmática.

Se esvaziamento da magistratura há, com redução de seu campo de atuação, repercutindo na ocupação de maior espaço processual pelo

10. Marcellus Polastri Lima, *Livro de Estudos Jurídicos*, pp. 3-257.

11. *Revista Jurídica* 174/128 (Porto Alegre), n. 5.532.

Ministério Público, tal situação se deve ao labor jurisdicional, ultimamente elaborado, a partir, inclusive, de interpretação do Supremo Tribunal, sem que para tanto tenha concorrido a legislação ordinária e constitucional. Criação pretoriana, obras dos tribunais, na construção da jurisprudência.

Os tribunais do país vêm decidindo, até com certa regularidade, como ato pleno de normalidade processual, decisão que decreta Prisão Preventiva, ainda que a fundamentação da mesma (arts. 315, CPP e 93, IX, 2.^a parte da CF) se limita ao simples acolhimento do pedido cautelar do Ministério Público.

Decisões de pronúncia têm sido consagradas nos pronunciamentos das Câmaras Criminais, sob a justificativa de que a inicial acusatória preencheria suas graves falhas, prescindindo tais atos jurisdicionais de total, absoluta ausência de demonstração da ocorrência de qualificadoras articuladas na denúncia e acolhidas no juízo do encerramento de formação da culpa. Até mesmo no momento processual do *judicium causae*, julgamentos desfavoráveis ao réu têm sido proclamados com supedâneo em manifestação do Ministério Público, dispensando seu prolator a fundamentação, seu dado formal, além dos limites do pronunciamento do *Parquet*, exarado nos autos, engrandecendo-se, assim, repita-se, o espaço do Ministério Público na relação processual, por obra de construção pretoriana.

Recentemente, a RT 671/339-340, assim decidiui, tendo por tema o delito de Desacato: "Sentença — Denúncia". Não é requisito obrigatório da sentença condenatória por desacato a menção expressa das expressões que constituiriam o delito. O essencial é que tais expressões venham na denúncia, porque é dos fatos narrados na denúncia que o réu se defende. Desde que a sentença no tocante a tais expressões, se reporte ao que consta de prova e ao que vem descrito pela acusatória, já preenche ela todos os requisitos fundamentais para sua validade.¹²

Na decisão acima ementada, teríamos um verdadeiro modelo de Processo Penal sem Juiz, segundo o preconício do grande Carnelutti, colocado em seu último livro, lembrado por Wasith Aidar Tuma. Apenas a atuação do Ministério Público na busca da aplicação do *ius puniendi* seria suficiente para a atividade de distribuição da justiça,¹³ como ocorre no processo eleitoral, em vários países do mundo desenvolvido, atividade que fica afeta, em regra, ao Ministério da Justiça.

É do saudoso Professor e Jurista baiano, Orlando Gomes, numa das obras primas da ciência jurídica, *A Crise do Direito*, observando a Crise do Judiciário: "O juiz moderno ganha em profundidade o que perde em extensão. Se não é mais um mero aplicador da lei, entretanto, seu campo de atuação está cada vez mais reduzido, sua competência cada vez mais limitada".¹⁴

Decisões da instância singela até o Pretório Excelso, vêm perdendo conteúdo em favor da atividade do Ministério Público, sem prejuízo do aperfeiçoamento da tutela jurisdicional. Muito pelo contrário.

12. RT 671/339.

13. Wasith Aidar Tuma, "Ministério Público como Parte na Relação Processual", *Justitia* 75/129.

14. Orlando Gomes, *A Crise do Direito*, p. 103.

c) Privativo do Ministério Público o exercício da ação penal pública, como uma de suas funções institucionais, estabelecida na Constituição Federal (art. 129, I) consequência necessária da posição acima adotada, é o afastamento do titular da jurisdição da área da *notitia criminis*, quer como destinatário, como na condição de sujeito ativo, construção legal que reflete, favoravelmente, na solução justa do litígio, visto que, de tudo resulta, reforçado, o princípio da imparcialidade do juiz, que se completa com a eliminação do esdrúxulo recurso oficial, obrigatório, por quem foi o prolator da decisão.