

Tribunais

Procedimentos sumários e o Ministério Público

Tema que se tornou atual e fruto de discussões, é o ligado à recente Lei Orgânica do Ministério Público e as ações contravencionais e procedimentos sumários, conhecidos também por procedimentos judicialiformes e processos *ex-officio*.

A Lei Orgânica do Ministério Público (40/81), lei complementar, estabelece no art. 3º — "São funções institucionais do Ministério Público: II — promover a ação penal pública". "E art. 55: 'É vedado o exercício das funções do Ministério Público a pessoas a ele estranhas'".

Examinando-se esses dois textos, artigos da Lei, suscitam entre os juristas uma série de posicionamentos e reflexões; após acurada meditação há alguns questionamentos que julgamos oportunos serem analisados e sopesados. Artigos publicados anteriormente, em *O Estado de S. Paulo*, mostraram-se bastante elucidativos mas abrangeram a questão sempre por alguns ângulos, parecendo-nos deva o tema ser abordado de todas as facetas possíveis.

I — Ordem legal e constitucional

A Lei ora em exame — 40/81 — sobre o Ministério Público é lei complementar por imposição da própria Constituição Federal que, em seu art. 96 é único, dispôs que deverão ser baixadas "normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual".

Trata-se, pois, de norma constitucional, em sua natureza, pois complementa a Constituição. Na hierarquia das leis, a norma complementar — precedida apenas da Constituição e de emenda constitucional; as demais leis: ordinárias, decretos-leis, leis delegadas, decretos legislativos lhe são subordinadas, incluindo aí os códigos, e, no caso vertente, o Código de Processo Penal.

Em caso de divergência, pois, a norma complementar predomina sobre a ordinária; ainda que fosse norma do mesmo nível — apenas para argumentar —, o fato de ser editada posteriormente, e existindo divergência, prevalece a editada a poste-

riori.

A lei ordinária não pode destarte — mesmo sendo posterior — revogar a lei complementar, sendo evidentemente nula toda lei ordinária ou parte dela que contrastar com lei constitucional ou complementar.

À maneira inversa, a lei complementar, por força de sua posição hierárquica, revoga as leis ordinárias, impondo-lhes a sua normativa.

I — Ordem processual

Já vem dos práticos a paremia de que o processo é um ato do qual participam três pessoas: o acusador, o juiz e o defensor. É o que poderíamos chamar de triplice subjetividade.

Ademais, o procedimento sumário — chamado também de *ex-officio* — apresenta uma série de falhas: a) não é processo, pois este só o é quando estão presentes juiz, acusador e réu, sendo o juiz e o acusador pessoas diversas, em funções diversas. Conclui-se, pois, que no procedimento judicialiforme inexistente relação jurídica processual

Esta só se perfaz quando chegando os autos a juízo, o Ministério Público e o juiz o examinam completando-se e formando-se a relação processual. Se inexistente processo pode ser extinto (nesse sentido, nosso artigo in *Vox Legis*, 155, pág. 65, *Extinção em Juízo de Processo Judicialiforme*) e, também, iniciado com a denúncia.

b) trata-se, nesses casos, de procedimento inquisitório, condenado por penalistas e processualistas, por atentar contra o direito de defesa. Ora, o procedimento acusatório tem por escopo justamente coibir abusos estabelecendo diferenciação

No processo inquisitório (que surgiu em Roma, com Diocleciano e teve seu destaque no Direito canônico) tem-se a introdução do juiz como órgão de acusação, assumindo em uma só pessoa o papel de acusador e, ao mesmo tempo, do julgador; ademais o procedimento é em segredo.

c) do que se depreende dos art. 531 e 533 do Código de Processo Penal, a portaria não se equipara à

denúncia, não sendo pois necessário que contenha a descrição do fato criminoso, suas circunstâncias e tudo o mais, com isso, dificulta-se, e mais, a tarefa da defesa. Não há, na legislação vigente, nenhuma referência a que a portaria desses procedimentos tenha de se ater aos preceitos do art. 41 CPP.

Pelos termos da lei (art. 533) a portaria deve conter apenas a citação do réu para se ver processar e a designação de audiência de oitiva das testemunhas.

Esses são os dois grandes fundamentos pelo qual a Lei Orgânica do Ministério Público derogou os procedimentos judicialiformes. Mas há, ainda outros.

III - Sistemática processual.

A adoção da denúncia do Ministério Público — segundo alguns — em procedimentos judicialiformes viria a ferir toda a sistemática processual e causar transtornos aos processos já em andamento.

Há aqui que se examinar: no Código de 1890, o Ministério Público ofertava denúncia nas contravenções (art. 407§2º); nos anteprojetos e projetos — dentro da processualística moderna — firmou-se a extinção da ação penal ex-officio, por **excrecência processual** a que Galdino Siqueira já quando da edição do Código Processual afirmava que “a tendência da nossa legislação é de abolir esse procedimento ‘ex-officio’”.

Não se pode pois, com embasamento jurídico, alegar que a extinção dos procedimentos judicialiformes venham a ferir ou quebrar a sistemática processual, pois é da nossa tradição o Ministério Público apresentar denúncia em contravenções.

O argumento central do trabalho do ilustrado Damasio E. de Jesus — publicado em O Estado de S. Paulo — contrário à inovação pois não acredita que “o legislador tenha desejado modificar todo um sistema alterando com algumas letras dezenas de dispositivos, cancelando princípios, introduzindo outros, com enormes reflexos nas ações penais em andamento, derivando daí até efeitos de natureza penal”.

Quanto aos processos em andamento, há que se salientar que esses correm pelo rito antigo — pelo princípio da economia processual — não acarretando assim nenhum reflexo de monta; ou, se o acusado optar, ingressará desde logo no rito ordinário, com a denúncia do Ministério Público.

Quem fala em “sistemática vigente” não atentou para o fato de que essa sistemática processual vigente, atual, é uma confusão de procedimentos. Assim há contravenções onde ao lado do procedimento ex-officio, o Ministério Público tem legitimidade para denunciar. Assim podem ser elencados: as contravenções previstas no art. 58 e § 1º e art. 60, do Decreto-Lei nº 6.259, combinado com o art. 1º da Lei nº 1.508, de 19-12-51; 2 - as contravenções florestais, art. 65, da Lei nº 4.771, de 15-9-65; 3 - as contravenções referentes à caça art. 34 da Lei nº 5.197, de 3-1-67; 4 - as contravenções eleitorais, previstas no Código Eleitoral.

É essa a sistemática que o ilustrado autor denomina — e seus seguidores — de “um sistema harmônico e conciso a respeito da iniciativa da ação penal, sistema contido no Código de Processo Penal e em leis extravagantes”? Cumpre salientar que sequer existe sistema — que supõe encadeamento lógico-racional ordenado de normas ou procedimentos — e, então, muito menos harmônico, como explicitamos.

Assim, sabendo-se que os projetos de futuro Código de Processo Penal, abrogam tal procedimento porque desde já não se adotar o que dispõe o projeto de Código de Processo Penal no art. 7º, in verbis: “Não se admite procedimento criminal ex-officio. A relação processual penal para constituir-se, depende da acusação do Ministério Público, nos casos de ação penal pública, ou do

ofendido quando se tratar de ação penal privada.”

Reassalta óbvio, pois, que a sistemática do nosso direito — a tradicional e a moderna — ao contrário do afirmado, é frontalmente contrária ao procedimento penal ex-officio.

IV — Celeridade processual

Com toda essa gama de falhas, pergunta-se como se escolheu um procedimento como esse ex-officio? A resposta é simples: quando da criação desse rito procedimental saltou-se — na Exposição de Motivos, de 1941 — que o mesmo seria mantido visando a celeridade desses feitos. Em verdade, não se alcançou a celeridade e se perdeu na garantia dos direitos de defesa.

Justificando a manutenção desse procedimento — e apresentando como seu único argumento plausível — Nelson Ferraz, em páginas de O Estado de São Paulo, escreve: "Contudo, o maior inconveniente seria pôr, sem dúvida, a inversão da moderna tendência em matéria procedimental, que é justamente a abreviação da instrução de tais infrações, consoante se pode constatar através da sistemática do Anteprojeto de Processo Penal, que no seu art. 586 colocou os delitos culposos de homicídio e lesões corporais e as contravenções no procedimento sumaríssimo. E observe-se que esta disposição do Anteprojeto teve por objetivo aumentar a celeridade da prestação jurisdicional."

Em verdade a celeridade aí é o que menos conta: procedimentos judicialiformes, sem embasamento nenhum, já não se diga no aspecto probatório mas, em especial, no aspecto da inexistência de conduta criminosa (tipicidade) são comuns no Foro e que não podem ser liquidados, devendo-se seguir todo o instrumental processual terminando por uma sentença que, a priori, já se sabia que não poderia ser senão a absolvição, acarretando — isso sim é importante — ao réu ofensa do seu status civitatis e pior atingindo o seu status dignitatis, ferindo-o com a peca de réu e as conseqüências que daí derivam.

Ainda que, ad argumentandum, realmente existisse essa celeridade, não é justificativa para subverter outros princípios e ferir a garantia das liberdades individuais do cidadão.

V — Aumento de processos

Há, ainda, os que se atemorizam com o acréscimo de serviço, especialmente os membros do Ministério Público, com a adoção da titularidade nesses procedimentos e o conseqüên-

te acúmulo de processos. Como se vê não é esse um argumento jurídico.

Consideremos apenas os procedimentos ligados a acidentes de trânsito. Na maior cidade do País e com o maior número de veículos — São Paulo — já de há muito os procedimentos da Lei n° 4.011/65 não são iniciados pela autoridade policial: esses feitos, instruídos normalmente, vão ao Promotor Público que examinando — amplamente o concerto probatório — denuncia ou não. E isso — ainda que se configure em um aumento de feitos — acaba, em regra geral, por minimizar e reduzir os feitos em andamento, justamente por passar pelo crivo do órgão da acusação e não depender — como no procedimento sumário — da abertura indiscriminada de procedimentos judicialiformes, aí sim atravancando as varas criminais.

E outra não foi a posição do legislador no Anteprojeto: em sua Exposição de Motivos, n° 5: "O Anteprojeto aboliu o chamado procedimento ex-officio que, além de não se casar com os princípios do sistema acusatório, em nada contribuiu para a celeridade e eficiência do procedimento penal, mas ao reverso, vinha criando, ultimamente, depois que se estendeu a todos os delitos culposos, problemas vários em detrimento da boa aplicação da lei penal".

VI — Dúvidas procedimentais

Algumas dúvidas poderão surgir com a abolição da portaria e respectivo procedimento judicialiforme. Que valor terão então — mesmo quando a autoridade policial baixa a portaria — tais procedimentos? Para nós simplesmente de Inquérito policial, como os demais, não passando de atos meramente investigatórios, atos preliminares, despidos de qualquer conteúdo procedimental.

Qual será, então, o rito a ser seguido? Dúvida nenhuma também persiste: o previsto nos art. 538 e 539 do Código de Processo Penal. Que prazo terá o Ministério Público para ofertar a denúncia? O prazo normal: 5 (cinco) dias se for réu preso (flagrante); 15 (quinze) dias, nos demais casos.

Assim agindo, ter-se-á então um procedimento e processo penal, com todos os atores — a triplice subjetividade — e não um arremedo como é o procedimento inquisitório.

Cabe aqui a observação de Eberhardt Schmidt: "O processo penal começa com as primeiras medidas de investigações das autoridades encar-

regadas da persecução e especialmente do Ministério Público. Só

com a promoção da acusação existe um objeto concreto do processo e... a partir da promoção da acusação, o objeto do processo penal é uma determinada situação de fato..." (Los fundamentos teóricos - constitucionales del Derecho Procesal Penal, B. Aires, 1957, pág. 42).

E, por último, mas não menos importante a **inconstitucionalidade** do procedimento *ex-officio* (inquisitório) — como o era o recurso *ex-officio*, hoje em desuso — e que decorre de duas vertentes: a) a interferência de poderes — Em sendo a ação penal pública atribuição institucional do Ministério Público não pode ela permanecer em mãos de quem não pertença aos quadros da instituição; a atividade do magistrado aí se configura em uma indevida interferência na área dos poderes constituídos.

b) o direito da defesa e do contraditório: é dispositivo constitucional ambos os direitos, o de ampla defesa como a garantia do contraditório ("a instrução criminal será contraditória", dispõe o legislador maior).

Ora o procedimento inquisitório usado nos procedimentos judicialiformes fere o princípio da ampla defesa, que é uma das garantias de liberdades individuais do cidadão. Pimenta Bueno já havia profligado essa posição de acusador-juiz' julgador e parte adversa do delinqüente" e como se antecipando ao tempo perguntava se "havia nisso garantia alguma".

Frederico Marques — em artigo publicado nesse jornal — realça: "Mas agora em que a Lei Orgânica do Ministério Público vem propiciar a excomunhão total do procedimento policial e do procedimento judicial *ex-officio*, que vinham sendo tolerados não se pode perder tão excelente oportunidade, para a consecução desse salutar saneamento do processo penal pátrio".

Em síntese, em sendo atribuições institucionais do Ministério Público a promoção da ação penal, vedada essas funções estranhas a pessoas que não pertençam a instituições—leigas, bacharéis, advogados, juizes e delegados de polícia — tem-se que o procedimento *ex-officio* foi revogado.

Fica pois abolida a portaria como peça inaugural de procedimentos, passando a ter valor apenas de abertura de inquérito; a Lei nº 40/81 acabou, a nosso ver, com os procedimentos judicialiformes.

E, apenas como ponto de reflexão, entendemos também que a ação penal privada subsidiária da pública ficou abrogada, derogando-se as-

sim o art. 29 do CPP, que dispõe: "Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal..."

Como se sabe, essa inovação foi transplantada do Código de Processo Penal austríaco (§ 48) e, entre nós, tem sido de utilização quase nula; os anteprojetos, acertadamente, têm abolido referida ação. A Lei Orgânica do Ministério Público — art. 3º, II e o art. 55 — ao dispor a vedação a "pessoas estranhas" evidentemente alcançou — por via indireta —, mas de maneira também inequívoca, a ação penal subsidiária da pública.

Mas voltemos ao nosso tema: há ainda aqueles que entendem que a Lei Complementar nº 40/81 estabelece normas gerais, a serem adotadas na Organização do Ministério Público estadual. E, em sendo estadual, não pode alcançar o federal e portanto não revoga o procedimento judicialiforme, senão — afirmam — como ficariam esses procedimentos na esfera federal? A primeira questão é que o grosso dos procedimentos judicialiformes são de alçada estadual (à exceção, de em casos raros, as contravenções eleitorais e as de caça, que são federais).

Aqui — mais uma vez — observamos que ao fazer-se essa crítica não se estudou devidamente a lei. Em seu capítulo I — Das Disposições Preliminares — está insculpido a definição do Ministério Público (art. 1º), seus princípios institucionais (art. 2º) e suas funções institucionais (art. 3º). E essas pertencem tanto à órbita do Ministério Público estadual quanto ao federal. Ademais, e aqui cumpre observar o princípio de hermenêutica, o capítulo I contém apenas Disposições Preliminares — sem mais nenhum adendo, enquanto que o capítulo II — Dos Órgãos do Ministério

Público e III — Das Atribuições do Ministério Público são complementados com a expressão "Dos Estados". Com isso, excluiu-se o capítulo I que é, pois, abrangente, enquanto que os demais II, III e seguintes, são restritivos aos Estados. Parece-nos que a lei é clara e a hermenêutica também, daí o *Intelligentibus pauca*.

Em conclusão, a Lei n° 40'81, Lei Orgânica do Ministério Público Estadual, derogou o procedimento *ex-officio* e todas as leis que a ele se reportam como os arts. 531 a 537 do Código de Processo Penal e o art. 26 do mesmo diploma; o art. 1° da Lei n° 1.508/51, o art. 33 letras "a" e "b" da Lei n° 4.771/65, art. 32 da Lei n° 5.197/61 e art. 1° da Lei n° 4.611/65.