

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

EDIMAR CARMO DA SILVA

**PERFIL MATERIAL DO PRINCÍPIO ACUSATÓRIO E MINISTÉRIO PÚBLICO:
IMPLICAÇÕES JURÍDICO-PROCESSUAIS**

Porto Alegre
2010

EDIMAR CARMO DA SILVA

**PERFIL MATERIAL DO PRINCÍPIO ACUSATÓRIO E MINISTÉRIO PÚBLICO:
IMPLICAÇÕES JURÍDICO-PROCESSUAIS**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de mestre em Ciências Criminais pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Orientador: Professor Doutor Luciano Feldens

Porto Alegre
2010

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

S586p Silva, Edimar Carmo da
Perfil Material do Princípio Acusatório e Ministério
Público: Implicações Jurídico-Processuais. / Edimar Carmo
da Silva. – Porto Alegre, 2010.
148 f. il.

Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) –
Faculdade de Direito, PUCRS, 2010.

Orientador: Prof. Dr. Luciano Feldens.

1. Direito Processual Penal. 2. Princípio Acusatório. 3.
Devido Processo Legal. 4. Ministério Público. 5.
Persecução Penal. I. Feldens, Luciano. II. Título.

CDD 341.4333

**Ficha Catalográfica elaborada por Nívea Bezerra Vasconcelos e Silva
CRB 10/1255**

EDIMAR CARMO DA SILVA

**PERFIL MATERIAL DO PRINCÍPIO ACUSATÓRIO E MINISTÉRIO PÚBLICO:
IMPLICAÇÕES JURÍDICO-PROCESSUAIS**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de mestre em Ciências Criminais pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Área de concentração: Sistema Penal e Violência

Linha de pesquisa: Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos

Aprovada em Porto Alegre-RS, 19 de março de 2010.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente: Professor Doutor Luciano Feldens
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Professor Doutor Aury Lopes Jr.
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Professor Doutor Diaulas Costa Ribeiro
Universidade Católica de Brasília / União Educacional do Planalto Central

AGRADECIMENTOS

À Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS pela confiança depositada na viabilidade do projeto, tornando possível a concretização da pesquisa.

Ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, pela concessão do afastamento para cumprimento das disciplinas e, nessa medida, oportunizando o aperfeiçoamento pessoal e institucional.

De modo especial ao professor orientador, doutor Luciano Feldens, pelas valiosas intervenções buscando o aprimoramento da pesquisa, pelas sábias lições transmitidas ao longo do curso e pela amigável e respeitosa relação pessoal.

A todos os professores do curso, cumprimentando-os na pessoa da coordenadora professora doutora Ruth Maria Chittó Gauer.

Aos colegas do curso, com os quais a troca de ideias propiciou um frequente aprendizado.

Aos funcionários da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS pela atenção e presteza no atendimento.

À memória de meus queridos pais, fonte maior de inspiração.

Aos meus irmãos, embora distantes, sempre presentes na lembrança.

Aos colegas de Ministério Público comprometidos com o aperfeiçoamento do sistema de justiça criminal.

ANTÍGONA – Tu o compreendeste. A tua lei não é a lei dos deuses; apenas o capricho ocasional de um homem. Não credito que tua proclamação tenha tal força que possa substituir as leis não escritas dos costumes e os estatutos infalíveis dos deuses. Porque essas não são leis de hoje, nem de ontem, mas de todos os tempos: ninguém sabe quando apareceram.

Sófocles

O que é aceito como racional aqui e agora pode se evidenciar como falso, sob condições epistêmicas melhores, diante de um outro público e contra objeções futuras.

Jürgen Habermas

No século doze, o geógrafo oficial do reino da Sicília, Al-Idrisi, traçou o mapa do mundo, o mundo que a Europa conhecia, com o sul na parte de cima e o norte na parte de baixo. Isso era habitual na cartografia daquele tempo. E assim, com o sul acima, desenhou o mapa sul-americano, oito séculos depois, o pintor uruguaio Joaquin Torres-Garcia. “Nosso norte é o sul”, disse. “Para ir ao norte, nossos navios não sobem, descem”.

Se o mundo está, como agora está, de pernas pro ar, não seria bom invertê-lo para que pudesse equilibrar-se em seus pés?

Eduardo Galeano

A aprovação da presente dissertação não significa o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

RESUMO

A presente dissertação, vinculada à linha de pesquisa sistemas jurídico-penais contemporâneos, trata do princípio acusatório como aspecto material do devido processo legal e sua repercussão nas funções do Ministério Público na persecução penal. Por meio de revisão bibliográfica, faz-se um delineamento do devido processo legal conduzido pela estrutura acusatória de processo, de modo a possibilitar uma revisão funcional dos atores públicos envolvidos na persecução penal. É apontada uma cultura histórico-legalista afinada com o método/ princípio inquisitivo na persecução penal brasileira, tomada como fator de resistência e não aceitação prática do princípio acusatório, nada obstante constitucionalmente adotado. A redefinição das funções constitucionalmente fixadas ao Ministério Público, como também ao Poder Judiciário, na persecução penal, torna necessária uma revisão da postura prática do órgão titular da ação penal pública. A adoção do princípio acusatório em sede constitucional implica rever a (in)compatibilidade procedimental das normas infraconstitucionais, em especial as editadas sob a ordem jurídica constitucional pretérita. As possibilidades de concretização do modelo de persecução penal conduzido pelo princípio acusatório, pelo Ministério Público, repercutem eficazmente no controle de abusos nas atividades pertinentes ao controle externo da atividade policial, ao devido processo atinente à restrição cautelar e definitiva de direitos fundamentais, na promoção da ação penal pública, no ônus processual probatório e na (de)limitação da intervenção judicial na condenação. Essa revisão busca (re)legitimar a restrição de direito fundamental na perspectiva do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Princípio Acusatório. Devido Processo Legal. Ministério Público. Persecução Penal.

RÉSUMÉ

La dissertation donnée, liée à la ligne de recherche de systèmes juridiques pénaux contemporains, s'occupe du principe accusatoire comme un aspect matériel du procès équitable et sa répercussion dans les fonctions du Ministère Public (du Brésil) dans la persécution pénale. Par moyen de la révision bibliographique, on trace un contour du procès équitable conduite par la structure accusatoire de procédure, afin de rendre possible une révision fonctionnelle des acteurs publics entourés dans la persécution pénale. Dans la persécution pénale brésilienne, il y est indiqué une culture historique légaliste accordée avec la méthode ou le principe inquisitoire. Celle est vue comme un facteur de résistance et de pas acceptation pratique du principe accusatoire, non obstant constitutionnellement adopté. La redéfinition des fonctions constitutionnellement fixées au Ministère Public, de même le Pouvoir Judiciaire, pendant la persécution pénale, rend nécessaire une révision de la posture pratique de l'organe titulaire de l'action pénale publique. L'adoption du principe accusatoire en siège constitutionnel implique une révision de la (in)compatibilité de la procédure des normes infraconstitutionnelles, en particulier celles édictées sous l'ordre juridique constitutionnel passé. Les possibilités de matérialisation du modèle de persécution pénale conduit par le principe accusatoire, par le Ministère Public, retentissent efficacement dans le contrôle des abus dans les activités pertinentes au contrôle externe de l'activité policière, au procès équitable par rapport à la restriction provisoire et définitive des droits fondamentaux, dans l'encouragement de l'action pénale publique, la charge processuelle probatoire et la (dé)limitation de l'intervention judiciaire dans la condamnation. Cette révision cherche (re)légitimer la restriction de droit fondamental dans la perspective de l'État démocratique de Droit.

Mots-clés: Principe Accusatoire. Procès Équitable. Ministère Public. Persécution Pénale.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 10 |
| 1 O DEVIDO PROCESSO LEGAL NA PERSECUÇÃO PENAL | 12 |
| 1.1 A Dimensão Processual do Devido Processo Legal na Persecução Penal | 12 |
| 1.2 A Dimensão Material do Devido Processo Legal na Persecução Penal | 18 |
| 1.3 O Poder Judiciário na Persecução Penal – Magistratura “Pró-Indivíduo” | 23 |
| 1.4 O Ministério Público na Persecução Penal – Magistratura “Pró-Sociedade” | 32 |
| 1.4.1 Estruturação moderna do Ministério Público | 32 |
| 1.4.2 Consolidação do Ministério Público brasileiro como magistratura “pró-sociedade” | 35 |
| 1.4.3 Ministério Público e a crise do passado no presente | 38 |
| 2 O PRINCÍPIO ACUSATÓRIO COMO NORMA CONSTITUCIONAL | 46 |
| 2.1 Princípio Constitucional: Força Normativa | 46 |
| 2.2 Breve Configuração Histórica do Princípio Acusatório na Persecução Penal | 48 |
| 2.3 O Princípio Regente na Persecução Penal | 50 |
| 2.3.1 Sistema ou princípio? | 50 |
| 2.3.2 Critérios determinantes para a configuração do princípio regente da persecução penal | 53 |
| 2.4 O Princípio Acusatório como Aspecto Material do Devido Processo Legal | 60 |
| 2.5 O Princípio Acusatório como Garantia na Persecução Penal | 65 |
| 2.5.1 O princípio acusatório como garantia da imparcialidade judicial | 67 |
| 2.6 O Princípio Acusatório e a (ainda) Necessária Superação do Paradigma Inquisitorial | 71 |
| 2.7 O Princípio Acusatório como Norma Constitucional de Aplicabilidade Imediata.... | 74 |
| 3 O PRINCÍPIO ACUSATÓRIO E MINISTÉRIO PÚBLICO | 76 |
| 3.1 O Necessário Controle Externo da Atividade Policial | 76 |

| | |
|--|------------|
| 3.1.1 Controle quanto à instauração do inquérito policial | 81 |
| 3.1.2 Controle quanto ao destinatário do inquérito policial | 82 |
| 3.1.3 Controle quanto ao arquivamento do inquérito policial | 86 |
| 3.2 Ministério Público e a Restrição Cautelar de Direito Fundamental | 92 |
| 3.3 O Princípio Acusatório e a Promoção da Ação Penal Pública | 102 |
| 3.4 O Princípio Acusatório e o Ônus Processual: A “Gestão Probatória” | 110 |
| 3.5 O Ministério Público como (De)Limite na Condenação | 118 |
| 3.5.1 Delimitações na condenação: breve aporte no direito comparado | 119 |
| 3.5.2 Delimitações na condenação: direito brasileiro | 123 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS | 134 |
| REFERÊNCIAS | 139 |

INTRODUÇÃO

Nesta pesquisa será investigada a possibilidade de conceber um perfil material ao princípio acusatório, em simetria ao aspecto material do devido processo legal, destacando sua repercussão nas funções institucionais basilares do Ministério Público na persecução penal. Nessa perspectiva, situar essa instituição, enquanto titular privativa para promover a ação penal pública, para além da conotação formal do princípio acusatório. Nessa abordagem será (re)visitada, na via reflexa e sob a mesma perspectiva material do princípio acusatório, a função reservada ao Poder Judiciário tendo como norte as normas estabelecidas na atual Constituição Federal brasileira.

Será analisado o critério identificador do princípio acusatório como norma nuclear regente da persecução penal nacional, notadamente como estrutura material do devido processo legal no controle de constitucionalidade da legislação ordinária e também para correção e prevenção de atos abusivos decorrentes da ofensa às funções institucionais do Ministério Público e do Poder Judiciário na persecução penal.

Parte-se da aceitação histórica acerca da necessidade de se estabelecer um método para conhecimento, aferição e concretização do poder punitivo em face de algum comportamento previsto como crime, ganhando significativa expressão a cláusula do devido processo legal. Para além de um conjunto de normas reguladoras do processo que possibilita a punição de alguém, como aspecto puramente procedimental, o devido processo legal é revisto na sua dimensão material como instrumento de contenção de atos abusivos e no (re)direcionamento do procedimento de apuração criminal orientado pelas normas e valores constitucionais.

Serão analisadas algumas perspectivas de (re)direcionamento prático das funções da autoridade judiciária e do Ministério Público na consequência jurídica do crime, consideradas a partir das normas editadas pela Constituição Federal brasileira de 1988. Ao Poder Judiciário, a função de magistratura pró-indivíduo, como garante dos direitos individuais fundamentais; ao Ministério Público, a de magistratura pró-sociedade, como garante da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Ainda nesse ponto, serão abordados alguns aspectos práticos e costumeiros que ainda retratam, sob uma perspectiva histórica, um Ministério Público não titular da ação penal pública e não responsável pelo controle da atividade policial, agora inconciliáveis com as atuais normas constitucionais, passíveis de engendrar uma crise de identidade institucional.

Em segundo momento, proceder-se-á à análise da superação teórica da legalidade para um Estado constitucional, sendo acolhido o princípio acusatório como norma de aplicabilidade imediata. Nesse contexto, serão analisados os critérios possíveis de estruturação de um sistema ou de um princípio regente na persecução penal nacional, fundados nas distintas funções conferidas aos órgãos da acusação e de julgamento. Será analisado o princípio acusatório como aspecto material do devido processo legal, assim concebido para confrontar e afastar a legislação infraconstitucional inconciliável com o princípio regente da persecução constitucionalmente estabelecido, além de corrigir abusos decorrentes da viciada prática persecutória inquisitiva. Neste último aspecto, serão ponderadas algumas perspectivas históricas procurando a superação do sistema inquisitivo em direção à estrutura acusatória a partir do fim do *Ancien Régime*, referindo-se às percepções de Beccaria e Marat.

Buscar-se-á aferir a superação do apego ao primado da lei que, repercutindo no modelo inquisitivo de persecução, implica em obstaculizar a mudança de paradigma em direção à estrutura acusatória de processo penal.

Serão ainda analisadas as repercussões do princípio acusatório nas funções institucionais do Ministério Público, pontualmente quanto ao controle externo da atividade policial, na restrição cautelar de direitos fundamentais, na titularidade privativa para promover a ação penal, na assunção da carga probatória e como (de)limite na condenação.

Por fim, buscar-se-á aferir a (in)compatibilidade da legislação aplicada frente às funções institucionais conferidas, na Constituição Federal, ao Ministério Público, com perspectiva de uma atuação prática dirigida pelo princípio acusatório. Para essa conformação constitucional, será considerada a persecução penal ajustada à noção de procedimento na busca de consenso, advinda do Estado Democrático de Direito, o que implica na rejeição de decisão autoritária; vale dizer, solitária e em desconformidade com o pedido das partes, sobretudo com o pleito absolutório da acusação.

1 O DEVIDO PROCESSO LEGAL NA PERSECUÇÃO PENAL

1.1 A Dimensão Processual do Devido Processo Legal na Persecução Penal

A intervenção do Ministério Público na persecução penal, para fins de atender ao regime das garantias constitucionais, pode-se adiantar, não poderá desvincular-se da necessária atenção ao procedimento estabelecido em lei. Contudo, o procedimento a que se refere não basta estar previsto em lei, mas na lei conforme a Constituição. Dessa compreensão, pareceu pertinente iniciar por uma incursão no devido processo legal.

Prescindindo de revolver o histórico do que se convencionou por devido processo legal, tal designação é compreendida no presente estudo como fruto de uma gradual construção que remonta desde a *law of the land*, do direito inglês, ao *due process of law* estadunidense, como instrumento de proteção da vida, da liberdade, da propriedade, da razoabilidade das leis e sua recepção no direito brasileiro.¹

Nada obstante, mostra-se oportuno apontar que, desde as sociedades arcaicas, houve adoção de instrumentos, ou, precisamente, de métodos para possibilitar o conhecimento e a decisão de determinadas condutas consideradas como transgressoras das regras estabelecidas no âmbito social. Nesse sentido, sabe-se da existência de rigorosos ritos nos julgamentos típicos das sociedades deístas, como também da forma escrita, praticados desde os babilônicos e os egípcios.²

Essa constatação referenda a compreensão de que, superada a legitimação da vingança privada pelo ofendido e, conseqüentemente, com a criação de um poder penal, já por ocasião das primeiras organizações sociais, buscou-se a adoção de um procedimento para legitimar e instrumentalizar a aplicação de pena contra quem incorresse na prática de conduta proibida.

¹ SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido Processo Legal: Due Process of Law*. 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 15-36; BONATO, Gilson. *Devido Processo Legal e Garantias Processuais Penais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003. p. 05-25; PAMPLONA, Danielle Anne. *Devido Processo Legal: Aspecto Material*. Curitiba: Juruá Editora, 2004. p. 35-73.

² GIORDANI, Mário Curtis. *História do Direito Penal entre os Povos Antigos do Oriente Próximo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 21-22.

Concebendo, de agora, a existência de regras escritas previamente por um poder central para viabilizar a apenação de alguém, parte-se, então, da vigência do Estado de Direito, aqui compreendido como superação do poder absoluto ou, consoante Streck e Morais, do

Estado que, nas relações com os indivíduos, se submete a um regime de direito quando, então, a atividade estatal apenas pode desenvolver-se utilizando um instrumental regulado e autorizado pela ordem jurídica, assim como, os indivíduos – cidadãos – têm a seu dispor mecanismos jurídicos aptos a salvaguardar-lhes de uma ação abusiva do Estado.³

Notadamente a partir do Estado Democrático de Direito – que “tem um conteúdo transformador da realidade” e como princípios uma Constituição como garantia jurídica; uma organização democrática da sociedade; um sistema de direitos fundamentais, a justiça social; a igualdade articulando uma sociedade justa; a divisão de poderes; a legalidade como medida do direito e de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio; e a segurança jurídica⁴ - é assente, na cultura ocidental, que a restrição de algum direito fundamental fica vinculada à observância do primado das normas procedimentais estruturadoras do devido processo legal.

Relembre-se, por oportuno, o consignado na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), no que pertine:

Artigo IX. Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado;

Artigo X. Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele;

Artigo XI. 1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. 2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.⁵

Não diferente é o disposto no inciso 2 do artigo 7 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH): “Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou *pelas leis de acordo com elas promulgadas*” (destaque não original). Ainda como

³ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 91-92.

⁴ STRECK; MORAIS, op. cit., p. 97-99.

⁵ BRASIL. Nações Unidas no Brasil. *Declaração dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em: 24 abr. 2009.

balizador de um conjunto normativo mínimo do devido processo legal é o inteiro teor do artigo 8 da referida Convenção Americana (CADH) que traz o seguinte regramento:

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza;
2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal; b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior;
3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza;
4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos;
5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.⁶

Por sua vez, a atual Constituição Federal brasileira assegura, no artigo 5º, inciso LIV, no rol dos direitos e garantias fundamentais, a cláusula do devido processo nos seguintes termos: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Verifica-se, nos mencionados documentos, a dimensão tomada pela exigência de atenção aos ditames formais para que o poder estatal possa se legitimar à restrição de algum direito fundamental, sob pena de arbitrariedade.

Por certo que a estruturação do devido processo legal, desde a advertência de que *iudicium est actun trium personarum*, estão autor, juiz e defesa. Nessa perspectiva, sem perder de vista a essencialidade da defesa, toma-se no presente estudo, preponderantemente, a situação jurídica do autor da ação penal pública na persecução penal.

⁶ BRASIL. Ministério da Justiça. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/conv_americana_dir_humanos.htm>. Acesso em: 29 jun. 2008.

Retomando, afigura-se que a institucionalização de um procedimento formal constituiu o que Maier refere por função material do Direito Processual Penal,⁷ assim considerado devido ao evidente caráter instrumental das formas legais. Em outros dizeres, o processual penal possibilita a efetivação concreta do Direito Penal e, assim, a restrição de algum direito fundamental como consequência jurídica do crime legitimamente demonstrado nas suas circunstâncias e respectiva autoria.

A mencionada natureza instrumental do processo penal, para além do mero reconhecimento da obediência às formas componentes do devido processo legal, repercute seriamente na controvertida questão da natureza jurídica do processo que, de há tempos, ainda não encontrou unanimidade na literatura jurídico-processual. Certamente, esse pode ser considerado um dos pontos de maior discórdia na literatura processual, cujo consenso está longe do possível em vista das diferentes opções teóricas.

Embora não se tenha a pretensão, nesta rápida análise, de indicar algum caminho seguro ou não sujeito a riscos, um esclarecimento acerca da opção teórica de base mostra-se oportuna.

Quando se faz referência ao caráter instrumental do processo, aparentemente estar-se-ia a sugerir uma compreensão geral e adequada a toda modalidade de processo, nos variados ramos do Direito, especialmente entre o Direito Processual Civil e o Direito Processual Penal.

Nessa perspectiva, poder-se-ia indagar acerca da possibilidade da adoção de uma teoria geral para essas duas categorias de processos, cujos objetos sejam tão distintos. Para melhor evidência da problemática, cabível outra indagação, a saber, se ao adimplemento de uma obrigação ou à reparação de um dano civil o processo seria de todo imprescindível. Uma resposta mais próxima do razoável, para ambas as questões, pende para uma negação. Por certo, tanto o inadimplente quanto o devedor poderão, respectivamente, adimplir na totalidade a obrigação e realizar a reparação do dano de modo tal que contratante e credor prescindam do aparato judiciário; vale dizer, dispensam o processo judicial como instrumento de resolução/ decisão nas ditas hipóteses.

Sem mudar de rumo, poder-se-ia formular a mesma indagação acerca da consequência jurídica de algum fato definido como crime: nos moldes do atual Estado de Direito é possível apenas alguém sem o devido processo? A resposta possível e afinada ao

⁷ MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal: Fundamentos*, Tomo I. 2. ed. 3. reimp. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 84.

atual estágio de comprometimento do Estado com os direitos e garantias fundamentais é negativa.

Dos questionamentos acima indicados advém uma conclusão passível de consenso. Por certo que, enquanto na esfera cível alguns direitos materiais podem ser realizados sem a atuação judicial, frise-se, sem as formalidades do processo, de outro ponto, afigura-se que o direito material penal, qual seja, a norma penal incriminadora, não incide no plano concreto sem o processo judicial. Daí o acerto de Maier em ter como pertinente a frase de Ernst Beling, no sentido de que, sem o processo, o direito penal não toca sequer um pelo do delinquente. Precisamente: “El Derecho penal no le toca al delincuente un solo pelo”.⁸ Essa a razão da máxima *nulla poena sine iudicio* ou *nulla culpa sine iudicio*.

Havendo, pois, essa flagrante, mas necessária, disparidade na realização do direito material, particularmente entre o Direito Civil e o Direito Penal, tendo em conta seus respectivos objetos, afigura-se adequada a proposta teórica de Goldschmidt,⁹ a qual sustenta as devidas distinções na efetivação dos mencionados Direitos e lhes atende, preservando o Direito Penal como concretizável “esencialmente en el proceso”.¹⁰ Diversamente do Direito Privado, o Direito Penal “é despido de coerção direta”, “não tem atuação nem realidade concreta fora do processo”, esse é o fundamento do princípio da necessidade do processo em relação à pena.¹¹ Nesse contexto fica em evidência do descabimento de uma teoria geral do processo. Nessa direção, com estribo em Goldschmidt, é o posicionamento de Lopes Jr.¹² Não diferente, mas com aporte na filosofia da linguagem, Morais da Rosa e Silveira Filho também rejeitam a proposta de uma teoria geral do processo.¹³

Desse modo, a necessidade de atenção às normas procedimentais conformadoras do devido processo legal, imprescindível para a concretização do direito penal material, extrapola a consideração de mero procedimento para despontar-se como verdadeiro direito fundamental da pessoa. A violação de direito fundamental, por seu turno, pode repercutir na dignidade da pessoa. Assim, para além da cláusula do devido processo legal

⁸ MAIER, tomo I, 2004, p. 84.

⁹ GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Justicial Material*. Trad. de Catalina Grossmann, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959. p. 15-160; GOLDSCHMIDT, James. *Teoria Geral do Processo*. Trad. Leandro Farina, Leme: Fórum. 170 p.

¹⁰ GOLDSCHMIDT, James. *Principios Generales del Proceso* – II, Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961. p. 44.

¹¹ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal: e sua Conformidade Constitucional*. Vol. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 21-25.

¹² LOPES JR., op. cit., p. 31-34.

¹³ MORAIS DA ROSA, Alexandre; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. *Para um Processo Penal Democrático: Crítica à Metástase do Sistema de Controle Social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 64-70.

constitucionalmente fixada, dentre os fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro está a dignidade da pessoa humana, consoante inciso III do artigo 1º da atual Constituição Federal. Esse fundamento, não apenas pela topografia constitucional, mas por se revestir de núcleo fundante do próprio Estado Democrático, propositalmente não consta no rol dos direitos e garantias fundamentais para ser compreendido como princípio jurídico-constitucional fundamental, irradiando efeitos para toda ordem jurídica.¹⁴

Nesse sentido, do modo como disciplinado constitucionalmente, é possível conceber a obediência às normas conformadoras do devido processo legal como requisito de validade da jurisdição penal. Dentre tais normas, destacam-se o direito de ação, o juiz competente, a sentença que atenda aos requisitos da congruência e a motivação, como componentes do devido processo. Para além, a isonomia entre as partes no processo, a garantia da assistência jurídica, o exercício do contraditório, a ampla defesa, a licitude probatória, a inafastabilidade da jurisdição, o duplo grau de jurisdição, a publicidade, a imparcialidade nos julgamentos, dentre outros, como princípios corolários do devido processo legal.

Importa assentar, de outro ponto, que a ordem jurídica infraconstitucional brasileira, no plano da atualidade e em pertinência à persecução penal, mostra-se desconforme aos propósitos constitucionais comprometidos com o Estado Democrático de Direito. Ainda que sejam cumpridos, na inteireza, os atuais ditames legais, não terão dignidade de expressão do devido processo legal. Referida cláusula encerra mais que a estrita obediência à lei, senão, e necessariamente, obediência à lei conforme a Constituição.

Nesse contexto, a legislação brasileira pertinente à persecução penal mostra-se afinada a outro princípio que não o adotado constitucionalmente, daí a necessidade de se alcançar não apenas o aspecto formal do devido processo, mas também a dimensão material - concebida em sede constitucional - para (re)direcionar o procedimento culminante na restrição de direito fundamental.

Em suma, apenas o conjunto de normas conforme a Constituição compõe o devido processo legal material. Esse último aspecto, a seguir delineado, mostra-se suficientemente, ao fim e a um só tempo, digno de atenção na preservação do princípio norteador da persecução penal.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 6. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 70-87.

1.2 A Dimensão Material do Devido Processo Legal na Persecução Penal

Como adiantado, para além da concepção meramente processual do devido processo legal, consubstanciado na observância de um procedimento previsto em lei conforme a Constituição, vinga há muito sua natureza material/ substantiva. Essencialmente, conforme Canotilho, consiste em que o legislador não conceba “qualquer processo em processo equitativo”, mas reclame a “necessidade de critérios materiais informadores do processo devido expressa ou implicitamente revelados pelas normas da Constituição”.¹⁵

Essa nova configuração (material), atribuída formalmente ao devido processo legal, teve início no direito estadunidense, em que preponderava “nítido preconceito contra o Legislativo (surgido no período colonial, por causa das opressões exercidas pelo Parlamento londrino)”.¹⁶ Resultou de um lento mas rigoroso produto histórico da razão e da “inabalável confiança na força da fé democrática”,¹⁷ cujo ponto marcante foi a consagração da teoria do exame judicial (“*judicial review*”) da constitucionalidade das leis e dos atos do governo em geral, pelo Poder Judiciário, agora não apenas pelo aspecto formal perante a Constituição, mas também sob a ótica da razoabilidade e da racionalidade da norma em questão. Enaltecendo esse modelo, Tocqueville reconheceu que o “juiz americano” “é dotado de um imenso poder político”, vez que a este foi reconhecido “o direito de fundar suas decisões na *constituição*, em vez de nas leis”.¹⁸

Apenas para registro, pondere-se que essa vocação do Direito estadunidense, para o controle dos atos legislativos e de governo em geral, teve assento na ideia lockeana que concebe os direitos naturais dos indivíduos anteriores à lei positiva; diferenciando-se, nesse particular, da influência inglesa, que tinha os atos do Parlamento, órgão da soberania, não sujeitos a controle.¹⁹ Como sabido, esse mesmo fundamento inspirou a Suprema Corte estadunidense, desde *Marbury versus Madison* (1803), a estabelecer a supremacia da norma constitucional diante dos atos legislativos ordinários que a

¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. 2. reimp. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 494.

¹⁶ DERGINT, Augusto do Amaral. Aspecto Material do Devido Processo Legal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 83, vol. 709, p. 250, nov. 1994.

¹⁷ DERGINT, loc. cit., p. 250.

¹⁸ TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América*. Livro 1, Leis e Costumes. Trad. de Eduardo Brandão, São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 113.

¹⁹ DANTAS, San Tiago. *Problemas de Direito Positivo: estudos e pareceres*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 26-33.

contrariassem.²⁰ Esse modelo liberal, teorizado por Alexander Hamilton e James Madison,²¹ reconhece no direito a competência do poder judicial exercer o controle das leis perante a Constituição.

Foi de tal vulto essa compreensão jurídica estadunidense, que atravessou o Atlântico e chegou à Europa quando vingava um forte debate acerca do melhor tratamento político-jurídico a ser conferido à independência dos poderes. Devido à concentração de poderes na Assembleia Nacional, na França, fez reavivar essa teoria em muitos, como em Alexis de Tocqueville e em Benjamin Constant, especialmente neste último, ao elaborar a teoria do poder moderador. Esse modelo teórico repercutiu em França, em Portugal e no Brasil imperial. No tocante ao controle judicial dos atos legislativos e de governo, Hespanha concluiu que ficava afeto aos juristas “a última palavra sobre o direito constituído”,²² outrora pertencente ao parlamento.

Retomando, Martel extrai do devido processo legal substantivo estadunidense sua “razão abstrata”, vale dizer, sua compreensão como princípio-garantia constitucional “que proíbe privações arbitrárias e desarrazoadas dos direitos de vida, propriedade e liberdade dos indivíduos, advindas do conteúdo das leis e dos atos executivos e das fundamentações das decisões judiciais”.²³ Pondere-se a referência feita pela Constituição estadunidense ao direito à vida, na cláusula do devido processo legal, ante a sabida possibilidade de aplicação de pena de morte na consequência jurídica do crime, o que não se verifica na ordem jurídica nacional, salvo no caso de guerra declarada.

Muito embora Martel apregoe que “o foco irradiador da arbitrariedade não está na atuação judicial, mas no ato normativo que o Poder Judiciário dispõe para o caso”,²⁴ referindo-se ao direito material aplicável ao caso concreto, cabe ponderar, de outro ponto, ser função desse Poder atuar procedendo à necessária moldagem das leis à Constituição.

Nessa direção, a feição material do devido processo legal incide como parâmetro ao legislador e ao Poder Judiciário, impondo-lhes o necessário respeito aos direitos fundamentais, instrumentalizando, assim, a forma de controle do arbítrio legislativo e da

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 03-10.

²¹ BARROSO, op. cit., p. 05-06; HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia*: Síntese de um Milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 357.

²² HESPANHA, op. cit., p. 359.

²³ MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Devido Processo Legal Substantivo: Razão Abstrata, Função e Características de Aplicabilidade – A Linha Decisória da Suprema Corte Estadunidense*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 308.

²⁴ MARTEL, op. cit., p. 302.

discrecionariedade governamental.²⁵ Para além, no que mais interessa em particular, viabiliza o controle dos atos judiciais arbitrários ou em desconformidade com as normas constitucionais pertinentes à persecução penal.

A cláusula material do devido processo legal possui, pois, “fonte inesgotável de interpretação hermenêutica” para servir de instrumento de adaptação da legislação ordinária à realidade jurídica emergente da Constituição. O devido processo legal substantivo faz com que, especialmente nos sistemas de constituição rígida, possa atuar como “Constituição viva”.²⁶

Certamente, no sistema de constituição rígida mostra-se adequado que o Poder Judiciário possa adaptar as normas infraconstitucionais como um processo de mutação aos novos valores jurídicos e sociais constitucionalmente fixados, em especial na persecução penal, visando superar, exemplificando, a cultura inquisitiva.

No tocante à persecução penal brasileira, o atual momento reclama, com certa urgência, uma maior e melhor adequação à realidade constitucional. Ainda perdura um enorme distanciamento entre a legislação instrumental – concebida e idealizada sob um dos mais fortes períodos ditatoriais brasileiros, o Estado Novo – e as atuais normas constitucionais, de evidente caráter democrático. Daí um campo fértil para a incidência do devido processo legal material/ substantivo como valioso instrumental tanto no controle de atos legislativos quanto na vigília de possível perpetração de atos abusivos pelas autoridades públicas atuantes na persecução penal.

Nesse particular, merece lembrar a lúcida colocação de Giacomolli quando enfatiza ter o mencionado Código Processual Penal brasileiro recebido forte influência do processo penal italiano de 1930, sendo este último gestado por Vincenzo Manzini, “penalista casuísta, raivosamente partidário da tradição inquisitorial italiana, cujas objeções foram defendidas pelo Ministro Alfredo Rocco”. Acerca do mencionado Código italiano, inspirador do Código nacional, Giacomolli assim expõe:

O referido Código Rocco, assim denominado, era dotado de um invejável “espírito reacionário”, onde o Ministério Público era um “*médium* do Poder Executivo”, “equiparado ao juiz”, e a defesa, em nome do segredo, como regra, era considerada supérflua. Os acusados, nesse modelo, são presumidamente culpados e sobre eles recai a regra da prisão, cuja detenção preventiva é indefinida; desaparecem as nulidades absolutas (o silêncio do interessado sana

²⁵ DERGINT, loc. cit., p. 250.

²⁶ DERGINT, loc. cit., p. 251, 253.

toda nulidade), os recursos são obstaculizados por disposições taxativas, inclusive quando o acusado se oculta ou foge.²⁷

Aliás, por oportuno, difícil compreender como o Código de Processo Penal de 1941, de inspiração fascista - conforme indicado na leitura da exposição de motivos²⁸ e reconhecido na literatura²⁹ - e de evidente caráter inquisitivo,³⁰ é tomado por vigente.

Diante desse quadro, até certo ponto fica difícil uma exata compreensão, a saber, de como o mencionado Código de Processo Penal brasileiro, inspirado e acolhedor de grande parte dos caracteres do Código Rocco, vem alcançando tão longa vida, considerando ter sido engendrado no seio de uma Constituição outorgada, a de 1937, de “cunho extremamente autoritário”,³¹ passou incólume pela democrática Constituição de 1946; em seguida, conformou-se com a Constituição de 1967, bem como com a respectiva Emenda nº 1 de 1969; por fim, ainda reputado vigente e aplicado sem maiores questionamentos práticos durante anos sob a luz normativa e democrática da atual Constituição Federal.

Essa pode ser reputada, com razoável dose de acerto, como exemplo de resistência normativa ou dos costumes. A tanto, a justificativa mais próxima de aceitação pode ser encontrada na história da cultura inquisitiva reinante na persecução penal brasileira desde as ordenações portuguesas aos dias atuais,³² como também no imaginário da extirpação da criminalidade pela eficácia da pena, tendo o juiz como protagonista da proteção social e da segurança pública.

No contexto acima, fica evidente estar o Código de Processo Penal de 1941 conforme o método inquisitivo, apto, portanto, a ensejar a produção de atos abusivos em prejuízo de direitos e garantias fundamentais. Pondere-se, nada obstante, que apenas um diminuto número desses atos vem à tona por meio da jurisprudência dos tribunais nacionais, além de escassos dados estatísticos.

No que respeita à estatística, mostra-se oportuno apontar que, das 469.546 pessoas da população carcerária brasileira, segundo informações prestadas pelos diversos

²⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do Processo Penal: Considerações Críticas - Provas, Ritos Processuais, Júri, Sentenças*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008a. p. 7.

²⁸ BRASIL. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 1941. Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Min. Francisco Campos. *Código de Processo Penal*. Org. Juarez de Oliveira, 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 5-16.

²⁹ BONATO, loc. cit., p. 101-102.

³⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. atual. de acordo com a reforma processual penal de 2008 (leis 11.689, 11.690 e 11.719). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 06-07

³¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 332.

³² PIERANGELI, José Henrique. *Processo Penal: Evolução Histórica e Fontes Legislativas*. 2. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2004. 786 p.

estados federativos ao Ministério da Justiça, referente a junho de 2009, 149.514 eram presos provisórios,³³ perfazendo um quantitativo superior a 31% do total de presos. Aqui fica um ponto de interrogação, a saber, acerca do procedimento adotado em cada uma dessas segregações provisórias, precisamente se levadas a cabo em conformidade com o devido processo legal constitucionalmente estabelecido, vale dizer, se foram requeridas e decretadas pelos órgãos legitimados a tanto (conf. 3.2).

Relembre-se ser a prisão processual um dos “problemas mais sensíveis do processo penal”,³⁴ em outra oportunidade percebida e chamada a atenção para a necessidade de humanização do processo penal, por Giacomolli, tal como acima referido, apontando para o significativo número de presos sem condenação definitiva.

Como enfatizado, essa legislação processual penal, mesmo incompatível com o atual modelo constitucional democrático, frise-se, traduz-se em um fértil terreno para invocação do devido processo legal material/ substantivo para contraditar o procedimento porventura ofensivo às normas constitucionais pertinentes à persecução penal, notadamente tendo em conta a observância, pelos agentes públicos, dos limites de suas respectivas funções institucionais.

Afigura-se que, nessa direção, a referida dimensão material/ substantiva do devido processo legal, para o que interessa no particular, mostra-se como expressivo instrumento a reclamar a conformidade das normas da persecução penal com a Constituição Federal. Consubstancia-se na compreensão de que as normas tendentes a viabilizar a restrição de direito fundamental, na persecução penal, somente concretizem-se pela legislação conforme a Constituição.

O devido processo legal material/ substantivo reclama, para os planos do processo penal, normas legais não apenas conforme a Constituição, mas também proporcionais aos fins a que se destinam.

Sem força de expressão, pode-se ir além. Considerando a evidente desconformidade constitucional das leis ordinárias regradoras da persecução penal, como ocorre na ordem jurídica brasileira, não basta que a lei seja elaborada de acordo com o

³³ BRASIL. Ministério da Justiça. Sistema Prisional. Infopen – Estatística. Brasil jun/2009. Disponível em: < <http://www.mj.gov.br/data.htm> >. Acesso em: 28 out. 2009.

³⁴ GIACOMOLLI, José Nereu. Resgate necessário da humanização do processo penal contemporâneo. In: WUNDERLICH, Alexandre (Coord.). *Política Criminal Contemporânea – Criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal: Homenagem do Departamento de Direito Penal e Processual Penal pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008b. p. 336-337.

procedimento legislativo, ou que alcance o fim a que se destina. Para além, requer esteja em estreita harmonia com o princípio/ sistema de persecução constitucionalmente adotado e, assim, seja expurgada, conforme San Tiago Dantas, a “sensação íntima do arbítrio, traduzida na ideia de lei injusta”.³⁵

Nesse contexto, a cláusula material/ substantiva do devido processo legal reclama um procedimento em contraditório,³⁶ adotado na restrição de direito fundamental, seguido conforme o modelo normativamente extraído da Constituição Federal. Importa, em um primeiro momento, reclamar que, pelas disposições constitucionais brasileiras, não basta tão somente a mera separação entre os órgãos de acusação e de julgamento, como muitas vezes é invocado, mas sim, e essencialmente, a saber, a partir do papel conferido ao órgão de julgamento (autoridade judiciária competente).³⁷ Partindo desse pressuposto, o devido processo legal material/ substantivo pode servir, como dito, de instrumento para (re)avaliar as funções exercidas pelos órgãos públicos atuantes na persecução penal.

Seguindo essa linha de compreensão, buscar-se-á desenvolver, em rápidas passadas, as respectivas funções conferidas aos dois protagonistas estatais envolvidos no necessário devido processo legal, constitucionalmente assegurado, a legitimar a restrição de direito fundamental na consequência jurídica do crime: Poder Judiciário e Ministério Público.

Nessa perspectiva será estabelecido, a seguir, um esboço procurando (re)estabelecer uma possível conformidade constitucional das funções reservadas ao Poder Judiciário e ao Ministério Público na persecução penal.

1.3 O Poder Judiciário na Persecução Penal – Magistratura “Pró-Indivíduo”

Como antes referido, no contexto das normas estruturantes do devido processo legal, uma dentre elas desponta em tom de consenso: a que trata da posição da autoridade judiciária na persecução penal. Nesse sentido, é corrente nos documentos

³⁵ DANTAS, loc. cit., p. 34.

³⁶ FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Trad. Elaine Nassif, Campinas: Bookseller, 2006. p. 109-128.

³⁷ DÍAZ CABIALE, José Antonio. *Principios de Aportación de Parte y Acusatorio: la Imparcialidad del Juez*. Granada/ESP: Editorial Comares, 1996. p. 191-317.

internacionais, como se viu inicialmente na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Convenção Americana de Direitos Humanos, reclamar a existência efetiva de um juiz ou de um tribunal competente e imparcial na estrutura do devido processo legal.

A presente análise do Poder Judiciário - doravante também nominado de autoridade judiciária, autoridade judicial, juiz ou tribunal - na persecução penal é feita em especial atenção ao modelo jurídico-constitucional brasileiro, nada obstante desponha alguma referência, em simetria ou discordância, a outro modelo alienígena.

A Constituição é aqui concebida como a sede da estruturação dos poderes estatais e da distribuição das respectivas competências. Na linha de Canotilho, entenda-se por Constituição o “documento escrito, mediante o qual se garantem os direitos fundamentais e se organiza, de acordo com o princípio da separação de poderes, o poder político”.³⁸ Tem-se, nesse solene documento, o caminho seguro e necessário para saber com mais precisão acerca das funções fixadas ao Poder Judiciário na persecução penal.

Nessa direção, a atual Constituição Federal brasileira, promulgada em 05 de outubro de 1988, por meio de diversos dispositivos, institui a autoridade competente do Poder Judiciário como única legitimada a restringir direitos e garantias fundamentais individuais na consequência jurídica do crime, ressalvada a competência conferida, no seu § 3º, do artigo 58, às Comissões Parlamentares de Inquérito criadas pelo Poder Legislativo.

A restrição de direito fundamental, aqui compreendida, diz respeito à restrição legal³⁹ – indireta à Constituição – imposta a um direito fundado na norma constitucional, de modo a diminuir ou limitar as possibilidades de ação e da eficácia de sua proteção jurídica, mas resultado da consequência jurídica de fato-crime conhecido, debatido e decidido sob a estrita obediência ao devido processo legal.

Especificamente em relação ao Poder Judiciário, incumbe ao órgão competente desse Poder zelar, consoante alguns incisos do artigo 5º da Constituição Federal brasileira de 1988: a) pela garantia da inviolabilidade do domicílio (inciso XI); b) pela inviolabilidade do sigilo da comunicação telefônica (inciso XII); c) pela reserva da jurisdição da apreciação de lesão ou ameaça a direito (inciso XXXV); d) pela aferição da regularidade/necessidade/ legalidade da restrição da liberdade de qualquer pessoa, que seja decorrente de

³⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 12.

³⁹ CANOTILHO, op. cit., p. 603.

sentença condenatória penal, decorrente de flagrante e/ou de natureza cautelar (incisos LIII, LXI, LXII, LXV e LXVI).

A partir das mencionadas disposições contidas no rol dos direitos e deveres individuais, evidente que a Constituição Federal brasileira confere ao Poder Judiciário não apenas uma espécie de reserva para restringir direito e garantia individual fundamental. Para além, está a conferir à autoridade judiciária competente a relevante função de garante desses mesmos direitos e garantias. Vale dizer, somente caberá a restrição de algum direito fundamental quando a autoridade judiciária competente, mediante o devido processo legal, aferir a presença dos motivos autorizadores e dos demais pressupostos exigidos pela Constituição e por lei com ela conforme.

Nesse contexto, é possível assentar que a dimensão funcional conferida constitucionalmente à autoridade judiciária, na persecução penal, é a de garante dos direitos fundamentais, devendo zelar por esse mister como instrumento de *ultima ratio* na defesa desses direitos, cujo relaxamento criará espaço para o arbítrio e para a derrocada das normas constitucionais.

Não por outra razão que, em sede de análise da estrutura dos órgãos de soberania portugueses, precisamente dos tribunais no plano constitucional, Canotilho concebe como função jurisdicional, dentre outras, “assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, (...)”.⁴⁰

Essa relevante função da autoridade judiciária, como garante dos direitos fundamentais, consubstancia-se num dos “princípios-garantia”, que por sua vez é traduzido em força vinculante às demais normas, paralela aos princípios do juiz natural e ao *in dubio pro reo*, dentre outros, além de expressão de garantia para os cidadãos.⁴¹

Na história jurídico-constitucional brasileira, registre-se, somente a Constituição Federal de 1988 contemplou essa relevante função de garante dos direitos fundamentais na persecução penal ao Poder Judiciário. Nem a tanto chegou a também democrática Constituição de 1946, do mesmo modo a de 1934 e, menos ainda, as demais que, quando muito, apenas asseguravam a possibilidade de relaxamento da prisão ilegal pelo juiz competente.⁴²

⁴⁰ CANOTILHO, 1993, p. 759.

⁴¹ CANOTILHO, 1993, p. 173.

⁴² BRASIL. *Constituições do Brasil*: de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas alterações. Brasília: Senado Federal, 1986. p. 170, 287.

A posição da autoridade judiciária no âmbito do processo penal, como mais adiante buscar-se-á desenvolver, mostra-se adequada a um dos mais destacados critérios de legitimação da persecução penal: existência de uma autoridade julgadora imparcial e independente. Essa exigência de imparcialidade e de independência da autoridade judiciária não se opõe à relevante função constitucional de garante dos direitos fundamentais, mas, ao contrário, confere a ela a possibilidade ímpar de atuar como legitimadora do procedimento em contraditório que, por sua vez, ganha refinado toque democrático com a ampliação do espaço de fala das partes, verdadeiros interessados na causa em debate.

Convém um breve esclarecimento acerca da proposta de um direito processual penal democrático. Tal compreensão busca a superação da tradicional cultura jurídica brasileira, que tem o juiz como ocupante do vértice do triângulo processual, de nítido caráter inquisitivo e conducente mais a um julgador de “valorações, diagnósticos ou suspeitas subjetivas do que de provas de fato”, para um modelo cujo julgador se pauta na certeza processual alcançada por uma “comprovação de fatos objetivos”.⁴³ Nesse sentido, Morais da Rosa e Silveira Filho atribuem a nota de “paradigma ideal do Estado de Direito”, cuja característica fica exposta por meio do “exercício de poder horizontal e democrático e pela concretização de medidas convencionalistas (no plano do direito penal) e cognotivistas-acusatórias (no plano do direito processual penal)”.⁴⁴

Por certo que a referência a um processo penal democrático não significa e não guarda relação com o possível consenso da maioria - muito embora assim seja objetivamente constatável em vista de a sentença judicial poder aderir à tese defensiva ou à tese acusatória -, mas porque voltado para os valores extraídos da Constituição democrática.

Aderindo à compreensão de Goldschmidt, pode-se afirmar que a estrutura de um processo penal de uma nação não é senão o termômetro da Constituição: “Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución”.⁴⁵ Nesse contexto, é possível conceber a repercussão dos efeitos da Constituição democrática na sentença judicial penal, a qual deverá estar pautada em alguma das teses propostas pelas partes em contraditório.

Retomando a posição do Poder Judiciário, diferentemente dos demais agentes políticos escolhidos diretamente pelo processo democrático, vale destacar que o

⁴³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: Teoria do Garantismo Penal. Trad. de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 36-37.

⁴⁴ MORAIS DA ROSA; SILVEIRA FILHO, loc. cit., p. 53-54.

⁴⁵ GOLDSCHMIDT, 1961, p. 110.

fundamento da legitimidade dos juízes - de igual modo para os órgãos do Ministério Público - é diverso e indireto ao sistema da opção política. Funda-se na própria Constituição, que traz em si a vontade constituinte originária no regular funcionamento das instituições, na organização e no equilíbrio entre os poderes e, por fim, no respeito aos direitos fundamentais. O provimento dos cargos iniciais por meio de concurso público aberto às pessoas que preencham os requisitos constitucionais e legais contém uma evidente inspiração democrática. Assentada essa premissa, pondere-se, ainda, que a manutenção dessa legitimidade democrática originária da vontade constitucional fica condicionada na vinculação dos juízes às normas constitucionais e às leis constitucionais.⁴⁶

Feito o posicionamento do órgão do Poder Judiciário na persecução penal, como garante dos direitos fundamentais, afigura-se que a manutenção de uma legislação em desconformidade com as normas constitucionais, aliada à cultura inquisitiva histórica, sejam os principais obstáculos à concretização, no Brasil, desse modelo de autoridade judiciária constitucionalmente estabelecida.

Nessa direção, é fácil constatar que o Código de Processo Penal brasileiro, de 1941, contempla uma autoridade judiciária concorrente com a iniciativa da ação penal em certas hipóteses; que exerce o controle e destinatária dos atos de investigação da Polícia; que aspira a uma vontade garantidora da segurança e da ordem pública; afinada com a Constituição e com as aspirações adequadas ao Estado Novo. Esse protótipo de autoridade judiciária inserido no referido Código procedimental, adequado à estrutura inquisitiva, segundo o qual prepondera um juiz como figura única de autoridade pública, a um só tempo responsável pela - e destinatário da - investigação criminal, elaborador de um julgamento solitário, mostra-se de todo incompatível com os atuais valores constitucionais democráticos delineados no Brasil a partir de 1988. Incompatível, em especial, com a função de garante dos direitos fundamentais.

Guardadas algumas ressalvas, a configuração da autoridade judiciária como garante dos direitos fundamentais não difere da compreensão de Ferrajoli. Afigura-se ser de domínio público, notadamente na literatura jurídica, a estreita vinculação que Ferrajoli faz - quase ao extremo - da função jurisdicional ou, precisamente, do direito à legalidade estrita, possivelmente buscando evitar, desse modo, a flexibilização das garantias por ele invocadas.

⁴⁶ SILVA, Germano Marques da. *Curso de Processo Penal*. Vol. I, 4. ed. rev. e ampl. Lisboa: Editorial Verbo, 2000. p. 225-227.

Superando esse particular, muitos dos pontos desenvolvidos pelo mencionado jusfilósofo servem ao propósito deste trabalho.

Tratando da verdade e da liberdade como valores da jurisdição, Ferrajoli consigna alguns contornos segundo os quais, pela independência e separação dos poderes, é possível identificar a “jurisdição penal com a imunidade dos cidadãos contra o arbítrio e a intromissão inquisitiva” e “como instrumento de prevenção dos delitos, mas também como verdadeira técnica de minimização da violência e do arbítrio na resposta ao delito”.⁴⁷ Ferrajoli delinea, pois, uma estrutura condizente com a função do juiz no Estado de Direito, cuja legitimidade pode ser aferida quando mostrar-se de acordo com os parâmetros constitucionais.

Nesse contexto, Ferrajoli assevera que a independência do Poder Judiciário o mantém legitimado para a questão penal, seja sob o ponto de vista interno da Constituição, segundo o qual cabe aos juízes e aos juristas aferirem o parâmetro de garantia dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados; seja sob o ponto de vista externo, quando o Poder Judiciário deve absorver e tolerar a crítica advinda da opinião pública. Daí esclarece:

É por essas duas vias que o Poder Judiciário se afina à soberania popular: a garantia dos direitos fundamentais de todos, enunciados formalmente pela Constituição mas (sic) concretamente verificados e substanciados pela sua tutela e possibilidade de serem judicialmente exigidos, e a crítica e o controle popular sobre a justiça. E é unicamente sobre esta base que se pode novamente fundar uma cultura não corporativista da independência do poder judicial como contrapoder institucional, é dizer, como instrumento de tutela do cidadão em conflito potencial com os demais poderes do Estado.⁴⁸

Na literatura nacional, algumas vozes aderem a essa compreensão teórica que reclama uma aproximação com a vivência prática. Nessa direção, afinado com a proposta constitucional de ter o Poder Judiciário como garante dos direitos fundamentais, está Prado.⁴⁹ No mesmo sentido é a doutrina de Silveira, fortemente inspirada no modelo e na independência do juiz estadunidense.⁵⁰

Não diferente é a compreensão de Bonato quando deixa assente que: “Em verdade, o juiz foi posto na posição de garante do exercício dos direitos fundamentais, cabendo-lhe fazer valer as garantias decorrentes desses direitos”.⁵¹ Daí o porquê da autoridade judiciária não poder, de ofício, restringir direito fundamental ou adotar medida/ providência

⁴⁷ FERRAJOLI, loc. cit., p. 438, 439.

⁴⁸ FERRAJOLI, loc. cit., p. 671.

⁴⁹ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 156, 232.

⁵⁰ SILVEIRA, loc. cit., p. 239.

⁵¹ BONATO, loc. cit., p. 105.

gravosa contra o suspeito/ acusado, além do pretendido pela acusação, tendo o crime como pressuposto.

Com peculiar afinação aos novos parâmetros constitucionais, Ribeiro, após traçar contornos pertinentes ao Ministério Público, faz referência à nova função do Poder Judiciário na persecução penal, cuja síntese atualizada conduz a uma profícua reflexão digna de registro:

Nessa linha de pensamento, o juiz, apesar de garante dos direitos fundamentais do indivíduo, não se equipara a um advogado. Embora sem compromisso com a garantia dos interesses permanentes da sociedade, não possui uma posição necessariamente a ela contraposta. “Não recai sobre ele, digamos assim, *um dever de absolvição*, mas antes um *dever de objetividade*”. E por não ter compromisso com a sociedade – titular do interesse de restringir direitos individuais dos criminosos: *quivis ex populo* – o juiz não pode perseguir o acusado em seu nome, em nome da sua magistratura. A garantia judicial dos direitos individuais deve ser exercida com respeito aos princípios da lealdade e de objetividade; e é nesse que reside a diferença do papel do defensor e do garante dos *direitos individuais*.⁵²

Essa colocação de Ribeiro, referindo-se a um juiz “sem compromisso com a garantia dos interesses permanentes da sociedade”, situa-se em franca harmonia constitucional com a posição de garante dos direitos fundamentais. Assumindo essa relevante função de garantia, descabe à autoridade judiciária somar forças ou aliar esforço com a acusação no implemento de medidas contra o crime. Diz respeito, pois, ao contraponto existente entre as funções de garante dos direitos individuais e de garante do interesse social, não significando possam estar sempre em divergência, conforme adiante buscar-se-á esclarecer.

Sem mudança de direção, autorizada literatura lusitana, ao tratar dos papéis das autoridades públicas atuantes na investigação da notícia do crime, acentua: “Parece-nos que o nosso legislador encontrou um muito razoável equilíbrio ao atribuir à jurisdição, na fase do inquérito, uma função de garantia, mas não lhe atribuindo a responsabilidade da luta contra a criminalidade”.⁵³

Merece registro, em posição contrária a aqui sustentada, a compreensão de Grinover, segundo a qual “os objetivos da jurisdição e do seu instrumento, o processo, não se colocam com vista à parte, a seus interesses e a seus direitos subjetivos, mas em função do Estado e dos objetivos deste”.⁵⁴ Essa posição culmina na manutenção do antigo papel do juiz

⁵² RIBEIRO, Diaulas Costa. *Ministério Público: Dimensão Constitucional e Repercussão no Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 112.

⁵³ SILVA, vol. 1, loc. cit., p. 54.

⁵⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. A Iniciativa do Juiz no Processo Penal Acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 31, p. 144-169, jul./set. 2000.

como destinatário e senhor único da condução dos rumos da persecução; cabendo a ele configurar a direção do processo de acordo com suas valorações subjetivas, inclusive na produção de prova de ofício, em detrimento da posição das partes. Essa arcaica doutrina continua sendo acolhida pela ampla maioria dos profissionais do Direito, notadamente do Poder Judiciário e do Ministério Público, fazendo manter uma estrutura autoritária de processo, vale dizer, não democrático.

Diferentemente do que se procura delinear no presente estudo, mantém-se, ainda, um processo autoritário pela adoção da fórmula da “inquisitividade do juiz” como “dever processual” ou cláusula necessária para a busca da “verdade material” na persecução penal, defendida por reconhecida doutrina.⁵⁵

Os últimos aportes teóricos indicados referendam não apenas a posição clássica de um modelo histórico de processo penal fundado na tradição e na autoridade. Para além, contemplam um discurso teórico aparentemente renovador e adequado ao Estado Democrático de Direito. Diz-se aparente na medida em que a concretização dessas propostas teóricas não rompe a esfera da manutenção de um arquétipo procedimental autoritário. Assim compreende-se porque sustentam e têm por fundamento a situação clássica do Poder Judiciário na persecução penal como principal protagonista, não como órgão de direção de um procedimento em contraditório atento aos direitos fundamentais, que toma em consideração a fala das partes e cujo contraditório desenvolva-se a partir do que é produzido e sustentado pelas partes.

Chamando a atenção sobre a fidelidade do juiz à lei penal no modelo do Estado democrático, Prado enfatiza os ditames da lei e das reformas legislativas voltados para reduzir as garantias do processo penal, o endurecimento das regras de aplicação do direito penal material, incluindo a flexibilização dos direitos fundamentais. Nesse sentido, aduz que o “arsenal de combate ao crime voltou a vulgarizar-se, expandindo-se por intermédio dos meios de comunicação de massas a percepção de que estamos em uma guerra a ser vencida a qualquer custo!”. Diante desse quadro Prado denuncia o perigo de o Estado legitimar-se pelo

⁵⁵ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. O Juiz Penal e a Pesquisa da Verdade Material. In: PORTO, Hermínio Alberto Marques; SILVA, Marco Antônio Marques da (Orgs.). *Processo Penal e Constituição Federal*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993. p. 72-77.

resultado ao invés de pelo procedimento, fazendo emergir a “confusão entre acusador e juiz”.⁵⁶

A não tão nova posição da autoridade judiciária como garante dos direitos fundamentais, ora sustentada e concebida na ordem jurídica brasileira desde a promulgação da atual Constituição Federal permite, no dizer de Ribeiro,

uma revisão do seu desenho funcional a partir da transformação do juiz num *guardião dos direitos individuais*, numa *magistratura pró-indivíduo*, como ilustra o art. 8.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem: “Toda pessoa tem o direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos individuais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei”.⁵⁷

Primando pela necessária manutenção de um sistema de garantias pelo qual o juiz criminal deve compromisso com a Constituição Federal brasileira de 1988, Giacomolli deixa assente que

O desafio do magistrado, na atualidade, é colaborar na construção do direito como um sistema artificial de garantias constitucionais, na direção da tutela dos direitos fundamentais, mormente na preservação da dignidade do ser humano. A própria Constituição Federal, em seu artigo 1º diz que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, tendo como um de seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana.

Por isso, no Estado de Direito, os juízes e tribunais criminais têm um relevante papel na construção da norma ao caso concreto. Não devem sujeitar-se, incondicionalmente, às leis, mas somente àquelas leis conforme à Constituição Federal. Espera-se do magistrado contemporâneo que possa declarar e questionar a constitucionalidade das leis, reinterpreta-las e adequá-las à Constituição.⁵⁸

Essa é a nova postura que se está a esperar do Poder Judiciário brasileiro há mais de vinte anos. Paralelo a tanto, seja superada a cultura inquisitorial histórica e torne possível dar efetividade ao papel de garante dos direitos fundamentais, não como partícipe da acusação na luta contra o crime.

Por último, merece ponderar que o reconhecimento da autoridade judiciária como magistratura pró-indivíduo não significa esteja tal autoridade desvinculada de uma atuação social. Contudo, essa atuação não pode estar desvinculada da função de garante dos direitos fundamentais individuais, nem da imprescindível intervenção do titular - como titular - da ação penal para qualquer providência que culmine na restrição de direito fundamental.

⁵⁶ PRADO, Geraldo. Processo Penal e Estado de Direito no Brasil: Considerações sobre a Fidelidade do Juiz à Lei Penal. *Revista de Estudos Criminais*, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, ano 4, n. 14, p. 95-112, 2004.

⁵⁷ RIBEIRO, loc. cit., p. 107-108.

⁵⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. Atividade do Juiz Criminal Frente à Constituição: Deveres e Limites em Face do Princípio acusatório. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Coord.). *Sistema Penal e Violência*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 217.

1.4 O Ministério Público na Persecução Penal – Magistratura “Pró-Sociedade”

1.4.1 Estruturação moderna do Ministério Público

Não se tem por meta inserir divagações buscando saber a provável origem do Ministério Público, seja na dimensão ocidental, mundial ou apenas brasileira. Contudo, afigura-se conveniente ceder aos apontamentos no sentido de que no final do século XVIII, frise-se, no pós-Revolução Francesa, começou a configuração do modelo de Ministério Público mais próximo dos atuais. Vale dizer, de um Ministério Público não mais ocupado exclusivamente com os interesses da Coroa, mas com a função de zelar pela legalidade e de sustentar a acusação pública.⁵⁹

Essa primeira versão do Ministério Público foi idealizada já por ocasião do plano de legislação criminal de Marat, quando engendrou a figura de um servidor público nominado de “vingador público”.⁶⁰ Apesar do referido plano não ter sido adotado na França, serviu ele, certamente, de parâmetro para a discussão e implementação do Código Penal francês de 25 de setembro de 1791.⁶¹ A partir dessa incipiente legislação, procurou-se reestruturar o Ministério Público francês, “*le parquet*”, afinado com a nova realidade procedimental, destacando-se pela superveniente legislação napoleônica que sedimentou os órgãos dessa instituição em hierarquia e subordinados, inclusive o procurador-geral, ao ministro da justiça.⁶²

Acrescente-se, contudo, que, pouco antes do mencionado Código Penal francês, pelo Decreto 16, de 24 de agosto de 1790, o “direito revolucionário” suprime o antigo quadro dos procuradores do rei (*gens du roi*) e institui o Ministério Público com duas funções principais: a) velar pela aplicação da lei e execução das decisões e b) servir de acusador

⁵⁹ DIAS, João Paulo; FERNANDO, Paulo; LIMA, Teresa Maneca. O Ministério Público em Portugal. In: DIAS, João Paulo; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (Coords.). *O Papel do Ministério Público: estudo comparado dos países latino-americanos*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 29-30.

⁶⁰ MARAT, Jean-Paul. *Plano de Legislação Criminal*. Introdução e estudo preliminar de João Ibaixe Jr., trad. de Carmensita Ibaixe e João Ibaixe Jr., São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 33-34.

⁶¹ MARAT, op. cit., p. 56.

⁶² BÉLIVEAU, Pierre; PRADEL, Jean. *La Justice Pénale dans les Droits Canadien et Français: Étude comparée d’un système accusatoire et d’un système inquisitoire*. 2. ed. Québec: Bruylant, Édition Yvons Blais, 2007. p. 88-91.

público, sustentando a acusação perante o tribunal. Esse modelo de Ministério Público serviu de inspiração nas diversas reformas empreendidas em países que receberam essa instituição.⁶³

Esse novo perfil de Ministério Público - ora representante do Estado perante os tribunais, ora exercendo a ação penal, ora postulando na tutela de pessoas juridicamente hipossuficientes - foi posteriormente acolhido na legislação napoleônica, notadamente no Código de Processo de 1808 e na Ordenação Judicial de 1810. Para mais, serviu de parâmetro e acolhida, de algum modo, em diversos países da Europa e da América.⁶⁴

Conforme Maier, a inserção do Ministério Público na persecução penal, dirigido por critérios objetivos, vale dizer, de “perseguir a los contraventores de la ley, pero también, proteger a los oprimidos”, foi a motivação originária do então ministro da justiça prussiano, von Mühler, atribuir-lhe a alcunha de “Wächter der Gesetz” ou “custodio de las leys”.⁶⁵

Merece esclarecer, por oportuno, que o critério da objetividade não se confunde com a sempre em voga expressão “fiscal da lei”, sob o risco de incorrer na inadmissível fiscalização da lei pela lei, prescindindo da atenção às normas constitucionais, daí que mais acertada a noção de fiscal da ordem jurídica ou “*fiscal da Constituição*”, como observado por Feldens.⁶⁶

Referindo-se especificamente ao “princípio da objetividade” voltado ao Ministério Público, a doutrina processual penal chilena acentua que os órgãos dessa instituição, no exercício de suas funções, deverão investigar com igual zelo não só os fatos e as circunstâncias que fundam ou agravam a responsabilidade penal do imputado, senão, também, os que a eximem, a extingam ou a atenuem. Acrescenta, ainda, que a tarefa do Ministério Público consiste não só em estabelecer o delito e a responsabilidade penal, mas em

⁶³ TRASSARD, Cédric. O Ministério Público em França. In: DIAS, João Paulo; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (Coords.). *O Papel do Ministério Público: estudo comparado dos países latino-americanos*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 126-127.

⁶⁴ MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal: Parte general: Sujetos procesales*, Tomo II. 1. reimp. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 300-302.

⁶⁵ MAIER, tomo II, 2004, p. 301.

⁶⁶ FELDENS, Luciano. Ministério Público, Processo Penal e Democracia: Identidade e Desafios. In: MALAN, Diogo Rudge; PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas (Orgs.). *Estudos em Homenagem aos 20 Anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 01-26.

“velar, a favor del imputado, porque se obtenga todo el material de descargo y porque ninguno de sus derechos procesales sea menoscabado”.⁶⁷

Para Binder, a doutrina não é muito clara quanto ao alcance do princípio da objetividade em relação ao Ministério Público. Não se trata de algo assimilável à imparcialidade judicial, nem decorre da mera “defesa ‘abstrata’ da lei”. Binder delinea a objetividade como decorrente da observância das regras procedimentais estabelecidas em lei. Assim expressa:

(...), as formas processuais dão ao Ministério Público um marco legal que ele deve respeitar, quer a forma esteja a serviço dos princípios que protegem o imputado, quer seja manifestação concreta da tutela judicial. As formas processuais são, para o fiscal, mecanismos de ordem para o cumprimento de suas funções. Regulam sua atividade no processo e objetivam sua atuação, mas não introduzem uma função distinta da defesa da tutela judicial ou a garantia dos princípios de proteção do imputado. Fórmulas de ordem que fazem parte do princípio de objetividade e processam sua atividade através da senda da lei.⁶⁸

A partir da diversidade de funções conferidas ao Ministério Público nos mais variados países que o adotam, torna-se possível concluir pela inexistência de um modelo universal a ele atribuído. Concebido como uma instituição, tomando-se por instituição a organização reconhecida no seio social como ente jurídico pela força intrínseca da sua destinação e pela permanência no tempo e no espaço,⁶⁹ o Ministério Público possuirá as características conferidas pela ordem jurídica na qual inserido, seja em sede constitucional ou em sede legal.

Assim considerado, tem-se que, para melhor compreender a dimensão do Ministério Público brasileiro, destacadamente para as funções institucionais voltadas para a persecução penal, mostra-se conveniente refletir a ordem jurídica estabelecida, conforme a Constituição Federal, não deixando de ter em conta as repercussões e os substratos estatutários e funcionais existentes em outros países.

Por oportuno, registre-se a adoção da recomendação REC (2000) 19, aprovada pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa, em 06 de outubro de 2000,

⁶⁷ LENNON, Maria Inês Horvitz; MASLE, Julián López. *Derecho Procesal Penal Chileno: principios, sujetos procesales, medidas cautelares, etapa de investigación*, Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003. p. 152-153.

⁶⁸ BINDER, Alberto M. *O Descumprimento das Formas Processuais: Elementos para uma Crítica da Teoria Unitária das Nulidades no Processo Penal*. Trad. de Ângela Nogueira Pessoa, revisão de Fauzi Hassan Choukr, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 112-113.

⁶⁹ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 22-25.

versando sobre o papel do Ministério Público no sistema de justiça criminal. Dentre outros, assim dispõe o item 1:

O Ministério Público é uma autoridade pública encarregada de zelar, em nome da sociedade e no interesse público, pela aplicação da lei, quando o incumprimento da mesma implicar sanção penal, tendo em consideração os direitos individuais e a necessária eficácia do sistema de justiça penal.⁷⁰

Esse regramento, para além de sugerir uma reflexão a melhor situar essa instituição no mundo jurídico, lança um triplo desafio: contribuir para o desenvolvimento da cidadania; saber sua real função na persecução penal; reconhecer ainda tratar-se de uma instituição cuja maturidade parece não ter sido alcançada.⁷¹

1.4.2 Consolidação do Ministério Público brasileiro como magistratura “pró-sociedade”

A atual Constituição da República Federativa do Brasil contempla o Ministério Público, paralelo à Advocacia Pública, à Advocacia e à Defensoria Pública, como função essencial à Justiça, conforme artigos 127 a 130 da seção I do capítulo IV do título IV, no trato da organização dos poderes.

Cabe registrar, por oportuno, o tratamento dispensado ao Ministério Público pela redação do artigo 127, *caput*, e § 1º, da mesma Constituição Federal:

O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

§ 1. São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

Consta ainda na mencionada Constituição, precisamente nas alíneas do inciso I do § 5º do artigo 128, para um efetivo zelo no cumprimento das funções institucionais, a concessão de garantias aos órgãos da carreira do Ministério Público assemelhadas às conferidas ao Poder Judiciário, quais sejam: a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos.

⁷⁰ PORTUGAL. Procuradoria Geral da República. Conselho da Europa. *O Papel do Ministério Público no Sistema de Justiça Penal*. Disponível em <[http://www.pgr.pt/Rec\(2000\)19.htm](http://www.pgr.pt/Rec(2000)19.htm)>. Acesso em: 13 jun. 2009.

⁷¹ MAIER, Julio B. J. El Ministerio Público: ¿un adolescente?. In: GUARIGLIA, Fabrício O.; RUSCONI, Maximiliano A. (Orgs.). *El ministerio público en el proceso penal*. Buenos Aires: AD-HOC, 1993. p. 15-36.

Essa nova configuração do Ministério Público brasileiro segue uma tendência ocidental no sentido de lhe atribuir a função de garante da ordem jurídica, sem descuidar, contudo, dos interesses da vítima e do imputado. Muito embora possa parecer impraticável, eis a realidade jurídica colocada a cargo e ainda esperada dessa instituição. Nesse sentido, Ribeiro assim descreve a posição da magistratura pró-sociedade:

O Ministério Público não se confunde nem é movido pelo sentimento da vítima. Tal como o juiz na garantia dos direitos individuais, busca assegurar os interesses sociais com objetividade, “na medida em que é orientado, da mesma maneira [que os juízes] para o valor jurídico. Em sua condição de magistratura, tem o dever de impedir injustiças contra o acusado, comprometendo-se com o *respeito* a seus direitos individuais. Seu dever ético-funcional faz com que assim haja, tanto em relação à sociedade quanto em relação ao indivíduo. Não é função do Ministério Público, com efeito, sustentar *a todo custo* a acusação contra o argüido; (...) não recai sobre aquele, digamos assim, um *dever* de acusação, mas antes um *dever de objetividade*: ele não é parte, pelo menos no sentido de que possui um interesse necessariamente contraposto ao do argüido.⁷²

A referida magistratura pró-sociedade, delineada constitucionalmente e ora adotada, parece ainda não ter sido percebida a ponto de concretizar os valores democráticos constitucionais necessários no processo penal. Despertando para esses valores, certamente o Ministério Público poderá assumir a titularidade da ação penal pública na plenitude e exercer a contento o controle da atividade policial. Tais funções institucionais ainda não foram exercidas satisfatoriamente desde a promulgação da atual Constituição Federal, situação essa que retrata uma deficiente atuação comprometida com a contenção de atentados contra os direitos fundamentais.

Diferentemente de alguns modelos de origem latina, o Ministério Público brasileiro foi normatizado no plano jurídico-constitucional de modo suficiente a torná-lo distinto, peculiar a qualquer outro. Restringindo-se à persecução penal, o inciso I do artigo 129 da atual Constituição Federal confere a titularidade privativa para a promoção da ação penal pública, admitindo exceção a essa regra na hipótese de iniciativa privada subsidiária, quando dita ação penal não for intentada no prazo estabelecido, consoante inciso LIX, do artigo 5º, da mencionada Constituição.

Em paralelo à titularidade para a promoção da ação penal pública estão duas funções de relevo, auxiliares daquela, cuja dimensão certamente ainda não foi assimilada na ordem jurídica brasileira. A primeira diz respeito à função institucional prevista no inciso VI do artigo 129 da Constituição Federal, assim expressa: “expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos

⁷² RIBEIRO, loc. cit., p. 110-111.

para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva”. A segunda, prevista no inciso VII do artigo 129, da mesma Constituição, cuida da não menos relevante função de exercer o controle externo da atividade policial.

Regulamentando a Constituição Federal brasileira de 1988 foram editadas a Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, como Estatuto do Ministério Público da União, e a Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, como a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispondo acerca das regras gerais para a organização do Ministério Público dos Estados. As mencionadas leis orgânicas mostram-se afinadas com as normas constitucionais e regulamentam, notadamente a Lei Complementar nº 75/1993, as três atribuições nucleares da instituição no tocante à persecução penal, quais sejam, já anteriormente citadas, a titularidade para a promoção da ação penal pública, a formação de procedimento para viabilizar suas funções institucionais e o exercício do controle externo da atividade policial.

Como em outra parte será melhor delineado, pode-se adiantar, por hora, que essas três atribuições nucleares conferidas ao Ministério Público na persecução penal – titularidade da promoção da ação penal pública, realização de investigação por procedimentos próprios e exercício do controle externo da atividade policial - parecem não ter sido bem assimiladas pela comunidade jurídica e sequer pelos próprios órgãos da instituição, possivelmente influenciados por uma forte prática irrefletida no âmbito institucional, além, e ainda, por uma arcaica doutrina vinculada aos valores da ordem jurídica pretérita.

Nesse sentido, pode-se adiantar que a Polícia ainda compartilha da titularidade da ação penal pública manejando, diretamente e indevidamente, instrumentos jurídicos com natureza de medida cautelar; há forte resistência a que a instituição proceda à investigação por meio/ instrumento próprio; o Poder Judiciário ainda continua a imiscuir-se - em juízo positivo - na titularidade privativa da ação penal pública. Contudo, frise-se, esses particulares serão enfrentados em outro momento (conf. 3.2 e 3.3).

1.4.3 Ministério público e a crise do passado no presente

Para além da necessidade de absorção desse novo modelo teórico e normativo de Ministério Público como magistratura pró-sociedade, a prática concretizadora dessa nova realidade requer uma cesura similar entre a ordem jurídica passada e a condizente com a nova realidade constitucional.

Com efeito, registre-se que a prática atual do Ministério Público na persecução penal demonstra um olhar frequentemente voltado para o passado, como se desprezando a modernidade pretendida e perpetuando a antiguidade que se rejeita, parafraseando Ribeiro.⁷³

Nessa direção, mostra-se com peculiar lucidez a lição de Ribeiro ao retratar, com evidente preocupação, acerca da falta de percepção da nova realidade constitucional pelo Ministério Público brasileiro e a ser implementada na função processual penal estrita:

Não se perdeu, porém, a tentação de fazer previsões para um futuro que se espera próximo. Isso porque o Ministério Público brasileiro ainda não tem um presente ideal. Mas tem, no próprio passado brasileiro - no que inovou de Portugal -, o adversário que surge na imagem invertida do retrovisor, ameaça constante de ressurreição daquilo que já foi, como se o antes pudesse também estar adiante: *objects in mirror are closer than they appear*. Trata-se de um futuro que se quer contra o passado que foge numa realidade sem espaço nem tempo, tendo como limite a imaginação de políticos e juristas. Isso porque a distância entre o antigo e o moderno Ministério Público não passa de um ponto único na imagem refletida. Em torno desse ponto, dois muros formam um cerco em movimentos esquizofrênicos - as velhas barreiras e as novas fronteiras -, impedindo o estabelecimento do novo no velho Ministério Público; o Ministério Público que foi e o que deve ser, ou seja, a função processual penal do Ministério Público como instituição constitucional que a realizou para a função e a instituição Ministério Público que precisa realizá-la.⁷⁴

Daí o desafio proposto aos órgãos do Ministério Público, como protagonistas da realização de um projeto constitucional, para um novo modelo de persecução penal que se inaugura a partir, em especial, da relevante função constitucional de garante da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

A proposta de Ribeiro, pois, parece direcionar, sim, para o futuro com base na realidade presente. A direção para esse futuro depende, necessariamente, de retirar o olhar do retrovisor, direcionando-o para frente: presente e futuro. Nas entrelinhas está a propor a

⁷³ RIBEIRO, loc. cit., p. 4.

⁷⁴ RIBEIRO, loc. cit., p. 5.

superação de um modelo misto de representação do Estado, de consultoria jurídica, do órgão sem a titularidade privativa para a promoção da ação penal pública, sem a responsabilidade de controlar a atividade policial, vale dizer, de uma instituição meramente figurativa no plano da persecução penal, como foi no passado recente e ainda insiste em sê-lo.

Essa falta de mudança prática por parte do Ministério Público brasileiro, desvinculado dos valores constitucionais atuais, pode conduzir a uma crise institucional pela falta de legitimidade. Aliás, oportuno registrar que o modelo institucional de Ministério Público, no Chile, em 1875, alcançou tal dimensão de perda de legitimidade que reputado prescindível, vale dizer, então regulado na “ley de organización y atribuciones de los tribunales”, posteriormente foi parcialmente desmantelado pelo ato normativo DFL nº 476, de 1927, que declarou vacantes todos os cargos de promotores fiscais nos processos penais de primeira instância. Lennon bem retratou esse modelo assim:

En efecto, en el antiguo sistema el ministerio público era concebido como un funcionario “cuasi-judicial”, con un rol secundario, burocrático, de mera colaboración con el juez. Su función acusadora era meramente formal pues constituía un trámite realizado sobre la base de la actuación previa del juez, verdadero protagonista de la instrucción. Este órgano, al igual que en el resto de Latinoamérica, era solo “la quinta rueda del carro” y por ello fueron declarados “no indispensables” y suprimidos en primera instancia en nuestro país, decisión que hoy nos parece razonable y menos hipócrita a la luz de la evolución habida en la región.⁷⁵

Essa situação jurídica retratada por Lennon no antigo modelo chileno de Ministério Público não difere muito do idealizado e vingado antes das atuais normas constitucionais brasileiras e que, sem razão jurídica de ser, senão a mera força dos costumes, insiste na manutenção do modelo pretérito - *status quo ante* - fazendo *tabula rasa* da nova realidade jurídico-constitucional. Essa postura pode conduzir a uma gradual perda de legitimidade porque desvinculada dos atuais valores constitucionais.

Nessa direção, de modo semelhante ao vivenciado na realidade pretérita chilena parece ser o quadro jurídico brasileiro, como bem sopesado por Ribeiro, ao retratar a inadequação prática com o novo horizonte delineado constitucionalmente, no Brasil, a partir de 1988. Assim, deixa assente:

Hoje, mesmo com outro *status* constitucional, sua intervenção é quase a mesma que fazia no Império, na implantação da República, nas ditaduras do Estado Novo e do Regime Militar de 1964 a 1985. Continua propondo ações penais ou submetendo ao Poder Judiciário o arquivamento dos inquéritos policiais; interpõe recursos e mantém uma participação tímida no denominado controle externo da atividade policial e por consequência na investigação criminal preparatória da ação penal. No mais, visita presídios e emite pareceres *pro forma*

⁷⁵ LENNON; MASLE, tomo I, loc. cit., p. 121.

sobre recursos interpostos, seguindo o ritual do modelo funcional empírico-primitivo comum na América Latina. (...). No processo penal, o Ministério Público é o mesmo de antes: o que fazia no começo do século XX, continuou fazendo no fim.⁷⁶

Aliás, é de bom alvitre consignar que, mesmo diante da nova realidade jurídico-constitucional, é comum se ouvir dizer acerca da manutenção de um “princípio da obrigatoriedade da ação penal” dirigido ao Ministério Público brasileiro.

Acerca desse particular, registre-se, em primeiro ponto, conforme preconizado por Almeida Silva, a referida norma da obrigatoriedade da ação penal não se trata de princípio, mas, sim, de uma regra que não encontra fundamento constitucional sequer no princípio da legalidade, senão apenas no princípio da oficialidade para fins de evitar um pretenso desmando do poder político do Estado na consolidação do positivismo jurídico científico do Estado liberal de direito. Em segundo, conforme a referida autora, a obrigatoriedade da ação penal diz respeito a um instrumento político no processo penal afinado com o conseqüente fortalecimento da política criminal simbólica, pouco ou nada comprometida com os fins a que visa informar. Para além, procura conferir um fundamento constitucional à obrigatoriedade da ação penal com pretensão de evitar uma atuação discricionária dos órgãos do Estado e, com isso, engendrando uma ideia de segurança jurídica.⁷⁷

De outro modo é a posição de Oliveira, para quem o “processo penal público” é visto como instrumento para a proteção de direitos fundamentais, tal como a ação penal pública como garantia constitucional individual, cuja obrigatoriedade, para o Ministério Público, decorre do disposto no inciso LIX do artigo 5º da atual Constituição Federal brasileira. Conforme Oliveira, o órgão titular exerce a ação penal sob vigília do ofendido. Referido autor não adentra aos aspectos classificatórios da obrigatoriedade da ação penal pública, se princípio ou se regra, nada obstante utilize com mais frequência o termo princípio.⁷⁸

De todo modo, a colocação do tema pertinente à obrigatoriedade da promoção da ação penal pública, no presente ponto, busca apenas situar a posição do atual Ministério Público que, vinculado e circunscrito às injunções legais, não raras vezes prescinde

⁷⁶ RIBEIRO, loc. cit., p. 93-94.

⁷⁷ ALMEIDA SILVA, Kédyma Cristiane. *La Incorporación del Principio de Oportunidade en el Proceso Penal: un análisis de política criminal*. 2008. 549 p. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Derecho Penal, Procesal e Historia del Derecho, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2008. Disponível em: <<http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/5484>>. Acesso em: 20 nov. 2009.

⁷⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 41-64.

de atentar para as normas constitucionais, especificamente para o princípio reitor da persecução penal.

Como adiantado, se o principal desafio do Ministério Público brasileiro é exatamente deixar de olhar para seu próprio passado, caberá, portanto, empreender a busca de uma nova postura afinada às normas constitucionais. Nesse sentido, deverá ter a consciência jurídica de que a promoção da ação penal pública não decorre da disposição legal por um mero exercício retórico de subsunção.

Apesar de melhor analisada em outro momento (conf. 3.3), a obrigatoriedade dessa promoção somente terá legitimidade se afinada aos valores insculpidos no artigo 127, *caput*, da atual Constituição Federal. Esse é o norte do Ministério Público, destacadamente em sede de persecução penal. Aferindo, na situação fática e nos seus efeitos jurídicos, a um só tempo, o resguardo dos interesses sociais e dos individuais indisponíveis, legitimada estará a ação penal e daí admitir a sua obrigatoriedade para viabilizar o processo como instrumento na tutela de direitos fundamentais. Com esse propósito, e ao fim, pode-se invocar o devido processo como instrumento viabilizador de um interesse público primário, aqui compreendido como o interesse “pertinente à sociedade como um todo e só ele pode ser validamente objetivado, pois é o interesse que a lei consagra e entrega à compita do Estado como representante do corpo social”.⁷⁹

Contudo, como bem ressaltado por Ribeiro, antes referido, o Ministério Público ainda continua, salvo raras exceções, a imprimir uma atuação arcaica e descomprometida com os valores constitucionais. Aliás, afigura-se precisa a crítica pertinente a um atuar que se mantém como nos idos do início do século XX, sem qualquer alteração ou mudança, seja de forma ou de fundo. O que se constata nos últimos tempos, destacando-se para o período pós-Constituição de 1988, generalizando, é tão somente o manejo da acusação como modo de deflagrar a jurisdição penal, nada mais. Não se deu um passo adiante. Em muito se avançou na seara da tutela dos direitos difusos e coletivos, mas pouco no plano da persecução penal.

Apesar de não se ter em mãos uma pesquisa empírica a retratar com maior precisão o modo de atuar dos órgãos do Ministério Público brasileiro nos tempos atuais, pode-se afirmar, com mínima margem de desacerto, que não se teve uma mudança de postura a concretizar, na plenitude, sequer a titularidade privativa da ação penal pública. Nesse

⁷⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 8. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 55.

particular, pode-se afirmar que, ao contrário da norma constitucional, os órgãos do Ministério Público continuam a compartilhar a titularidade da ação penal com delegados de polícia e com juízes de direito; movidos, não raras vezes, com espírito e com interesses corporativos, em flagrante ofensa ao devido processo legal.

Em efeito, mencione-se a situação das medidas cautelares na persecução penal, apesar de mais adiante ser analisada com mais detalhe (conf. 3.2). Muito embora a Polícia possa representar ao Ministério Público para noticiar acerca da necessidade de alguma medida a atender aos fins da apuração da infração penal, o que se constata, nos tempos atuais, é a assunção e a prática, por parte de delegados de polícia, de atos típicos de titular da ação penal pública. Vale dizer, está-se a exercer a capacidade postulatória, formulando expressamente pedido/ requerimento judicial, como se fazia na ordem jurídica pretérita à atual Constituição brasileira. Para além, a intervenção do órgão do Ministério Público, nesses casos, ainda não ocorre como órgão titular da ação penal pública, mas como consultor do Poder Judiciário. Essa anomalia, praticada antes da atual Constituição Federal brasileira, continua sendo feita às escâncaras com a complacência de um Ministério Público ainda não tão consciente da dimensão das funções institucionais típicas. Desse modo, é inegável que essa instituição está a permitir que agente estranho à carreira exerça e compartilhe atribuição constitucionalmente reservada de modo privativo.

Quem é titular para promover a ação principal, também titular para promover as ações/ medidas acessórias/ cautelares daquela. Esse é um ponto de crise instaurado na atualidade. Desse modo, a crise de legitimidade fica estabelecida, vez que pessoa/ agente (delegado de polícia) não legitimado está a exercer parcela da titularidade privativa do Ministério Público na busca da restrição cautelar de direito fundamental.

A partir do atual quadro constitucional brasileiro, pois, a restrição de direito fundamental da pessoa, ainda que em sede cautelar, na persecução penal, cuja iniciativa seja pública, estará fatalmente deslegitimada por inconstitucionalidade se a iniciativa da ação/ medida partir de outro agente/ pessoa/ órgão estranho à instituição Ministério Público. Ainda assim, frise-se, tanto o Poder Judiciário como um todo, quanto os próprios órgãos do Ministério Público, parecem não ter se dado conta dessa inconstitucionalidade e continuam na prática afinada com a ordem jurídica pretérita à atual Constituição.

Outro ponto de crise é a evidente falta de um exercício efetivo do controle externo da atividade policial. O não exercício eficaz dessa atribuição tem conduzido a situações explícitas de abuso e desrespeito à pessoa alvo da apuração criminal. A

concretização do abuso parece estar facilitada, em certa medida, em vista de o órgão do Ministério Público, de regra, não ter a cultura de acompanhar de perto o que se apura, como se apura, porque se apura, o que se busca na apuração, quem é alvo da apuração, enfim, de todas as particularidades do fato e da suspeita de autoria. Somente a partir do momento em que o órgão titular da ação penal pública fique suficientemente a par dessas questões, poderá então ter razoável controle da atividade-fim policial.

Toda essa prática irrefletida mantém-se conforme ao antigo “promotor público”, não titular privativo para promover a ação penal pública. Nesse sentido, é comum analisar algum procedimento de apuração, notadamente em inquérito policial, e constatar uma manifestação do órgão do Ministério Público dirigida à autoridade judiciária para que o delegado de polícia adote determinada providência ou apenas para o retorno do procedimento à delegacia para a continuidade da apuração, olvidando ser ele - Ministério Público - o destinatário do procedimento da apuração. Ora, sendo o destinatário da apuração, à referida instituição caberá deferir, ou não, o retorno do procedimento à unidade policial ou decidir, de logo, se promove, ou não, a ação penal.⁸⁰ Sendo o Ministério Público o destinatário da apuração criminal, é inconcebível invocar/ requerer, desnecessariamente, a intervenção judicial nessas hipóteses. Essa relação deve ser direta entre Polícia e Ministério Público. Trata-se da necessária e ainda impraticável atuação conjunta entre o órgão controlador e o agente controlado, assim feito para melhor controle e até para o aperfeiçoamento da apuração criminal.

Sendo o Ministério Público o destinatário da apuração, nenhuma razão jurídica justifica dirigir-se à autoridade judiciária para o cumprimento de alguma diligência na apuração, como se fosse, a autoridade judiciária, a destinatária da apuração da infração penal. Para além, estabelece-se uma irracional relação triangular, na fase pré-processual, entre o Ministério Público, autoridade judiciária e Polícia, aos moldes da “relação processual”, de modo suficiente a que esta última fique livre do controle direto e imediato do primeiro, passando a submeter, inclusive, todos os atos da apuração à autoridade judiciária. Nesse último aspecto, registre-se que, nada obstante o tempo de vigência da atual Constituição Federal brasileira, a Polícia continua a dirigir/ endereçar/ encaminhar todos os atos da apuração, notadamente o relatório final da apuração diretamente ao Poder Judiciário, como se esse Poder fosse o destinatário da apuração criminal.

⁸⁰ MAIER, Julio B. J. *La Investigación Penal Preparatória del Ministerio Público* – intrucción sumaria o citación direta. Buenos Aires/Córdoba: Lerner Ediciones, 1975. p. 40.

Aliás, ressalte-se que o cotidiano uso da expressão “polícia judiciária”, por parte do setor policial, pretende dizer algo que a Constituição Federal efetivamente não diz. Trata-se da simbologia do termo a manter no presente uma realidade (ultra)passada. Nesse sentido, registre-se que a Constituição Federal não instituiu nenhuma “polícia judiciária”, mas sim diversas polícias (Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, Polícia Ferroviária Federal, Polícias Civis, Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares) como órgãos da segurança pública, assim regrado no artigo 144 da atual Constituição brasileira. A norma constitucional tão somente atribuiu às Polícias Federal e Civis “as funções de polícia judiciária”. Conferiu, a tais polícias, sem caráter privativo, a função de cumprir as ordens/ mandados judiciais para a realização de determinados atos como, exemplificando, a busca e apreensão domiciliar, a prisão de pessoa, em suma, no cumprimento de ordem decorrente de decisão judicial, seja em sede cautelar ou definitiva, autorizadora da restrição de direito fundamental. Nada além.

Confira-se que o § 4º do mencionado artigo 144 da atual Constituição Federal brasileira atribui às Polícias Civis e Federal a apuração das infrações penais. Nesse sentido, afigura-se evidente que a nomenclatura “polícia judiciária”, contida no artigo 4º do Código de Processo Penal, não foi recepcionada pela Constituição Federal no que respeita aos atos da apuração/ investigação criminal, mas tão somente para cumprimento de certos mandados judiciais. Sem embargo, esse termo, inaugurado desde o artigo 3º do Regulamento nº 120, de 31 de janeiro de 1842,⁸¹ sugere que a Polícia fique sob as ordens do Poder Judiciário, recusando o Ministério Público como titular do controle da atividade-fim. Contudo, é corrente os atores do Direito insistirem em nominar a(s) polícia(s) incumbida(s) da apuração de infrações penais de “polícia judiciária”, nomenclatura inadequada com a regência constitucional.

Para além da simbologia do termo, é evidente que a Polícia extrai da referida terminologia atitudes típicas de não se submeter ao controle externo e não reconhecer a titularidade privativa da ação penal pública ao Ministério Público, destinatário da apuração criminal. Nesse sentido, registre-se que, ainda nos dias atuais, todas as providências adotadas na apuração criminal pelos delegados de polícia são endereçadas ao Poder Judiciário, não ao Ministério Público. Nesse sentido são os relatórios indicando o término da apuração, as solicitações de retorno do inquérito à unidade policial e, por fim, as representações para fins de medidas judiciais de intervenção em direito ou garantia individual.

⁸¹ PIERANGELI, loc. cit., p. 262.

Esses particulares serão sopesados no decorrer da pesquisa, mais especialmente em outro momento (conf. 3.1, 3.2 e 3.3). Contudo, pode-se adiantar que certas terminologias, para além do simbólico e do plano formal, findam por vincular e manter uma prática inconciliável com a atual ordem jurídica constitucional, trazendo com elas uma carga aprisionadora dos atores jurídicos a um passado orientado por valores diversos dos preconizados pela atual Constituição Federal.

A manutenção dessa situação incompatível com as normas constitucionais é corroborada, pois, por atos de um Ministério Público que não muda de postura, prendendo-se às atribuições exercidas no passado. Vale enfatizar, uma instituição que insiste na arcaica prática incompatível com a titularidade privativa da ação penal pública, finda por inviabilizar o necessário controle direto e imediato da atividade policial.

Não diferente é o manejo de procedimentos próprios para viabilizar as funções institucionais. Em outros termos, pode e deve o Ministério Público instaurar procedimentos adequados e viabilizadores do cumprimento das funções institucionais, em especial na persecução penal. Esse particular fica em maior evidência quando são conhecidos e apurados fatos consubstanciados, exemplificativamente, em abuso de autoridade por parte de policiais⁸² e em infração penal atribuída a pessoa com prerrogativa de foro, notadamente nessa última hipótese, quando mais vulnerável à (in)gerência política.

Como dito, esses particulares serão melhor abordados em outro momento do presente estudo. Cumprirá, a seguir, traçar algumas linhas diretivas do princípio regente da persecução penal, acrescidas de aspectos gerais da incisiva resistência à mudança de paradigma, tomando-se em conta o arraigado princípio inquisitivo outrora regente da persecução penal no Brasil. Por oportuno, toma-se por paradigma, seguindo Kuhn, “as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”.⁸³

⁸²PRADO, 2001, p.155.

⁸³ KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. Trad. de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira, São Paulo: Perspectiva, 2009. p. 13.

2 O PRINCÍPIO ACUSATÓRIO COMO NORMA CONSTITUCIONAL

2.1 Princípio Constitucional: Força Normativa

Mostra-se conveniente expor a compreensão acerca do princípio. Toma-se por princípios jurídicos “as normas-chaves de todo o sistema jurídico; normas das quais se retirou o conteúdo inócuo de programaticidade, mediante o qual se costumava neutralizar a eficácia das Constituições em seus valores reverenciais, em seus objetivos básicos, em seus princípios cardeais”.⁸⁴

Para além da qualificação de norma, o princípio, cujo assento esteja em sede constitucional, já se mostra, pois, como uma norma fundamental superior e regedora de uma determinada matéria e cuja legislação infraconstitucional reguladora não poderá, com ele, estar em desconformidade. Daí a feliz definição de princípio como um

mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.⁸⁵

Parte-se da corrente aceitação, pela atual dogmática constitucional, acerca da supremacia da Constituição⁸⁶ perante a lei, sobretudo da compreensão da natureza jurídica do princípio constitucional como norma jurídica, dotado de eficácia irradiante para o ordenamento jurídico. Vale frisar, de princípio, ou da Constituição como um todo, para além de compor a mera retórica política ditada pelos fatores reais do poder,⁸⁷ de caráter orientador ou meramente programático,⁸⁸ mas com força normativa vinculante e com exigência de conformação de todos os atos normativos infraconstitucionais pertinentes à matéria.

Essa peculiaridade da posição hierárquico-normativa da Constituição foi bem realçada por Canotilho. Referindo-se ao Direito Constitucional, esse autor destaca o

⁸⁴ BONAVIDES, loc. cit., p. 257.

⁸⁵ MELLO, loc. cit., p. 545-546.

⁸⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Trad. de Marina Gascón, 7. ed. Madrid: Trotta, 2007. p. 33-34.

⁸⁷ LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. 40 p.

⁸⁸ BONAVIDES, 1994, p. 228-232.

procedimento de criação e a posição hierárquica das suas normas, caracterizando-o em um plano superior relativamente aos outros ramos do Direito. Tais normas constituem a *lex superior*, são normas de normas, pois são fundantes – “fontes primárias de produção jurídica” - da ordem jurídica inferior.⁸⁹ Daí a ideia de escalonamento normativo que recepciona a Constituição no ápice e como fonte originária das demais normas.⁹⁰

A metodologia jurídica tradicional, vinculada à distinção entre regras e princípios, resta superada. É dominante na atual dogmática constitucional que regras e princípios são espécies de normas jurídicas.⁹¹ No dizer de Alexy: “Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser”.⁹²

Ao propósito do trabalho, importa ter presente a consolidada força normativa da Constituição⁹³ como norma superior e vinculante em relação às demais normas do ordenamento jurídico a que se refere, possibilitando, desse modo, a necessária superação da legalidade⁹⁴ como fonte ou estrutura única legitimadora do procedimento, em especial quando está em jogo algum direito fundamental.⁹⁵

⁸⁹ CANOTILHO, 1993, p. 136-137.

⁹⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*: introdução à problemática científica do direito (versão condensada pelo próprio autor). Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 95-112.

⁹¹ CANOTILHO, 1993, p. 166; GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p.73-120; COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 79-87; ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva da 5ª ed. alemã *Theorie der Grundrechte*, São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 85-144.

⁹² ALEXY, op. cit., p. 87.

⁹³ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição* (Die normative Kraft der Verfassung). Trad. de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. 40 p.

⁹⁴ GROSSI, Paolo. *Mitologias Jurídicas da Modernidade*. Trad. de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 93; HESPANHA, loc. cit., p. 378.

⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional do Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coords.). *A Constitucionalização do Direito*: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 235-238.

2.2 Breve Configuração Histórica do Princípio Acusatório na Persecução Penal

Uma vez que a pesquisa não busca analisar modelos acusatórios, não se fará comparação ou referência à configuração acusatória do *common law* ou *adversary system*.⁹⁶ Sem embargo, autorizada literatura (re)conhece como marcos históricos de sistemas acolhedores do princípio acusatório o da antiga Atenas e o da Roma republicana.⁹⁷ Esses dois marcos são suficientes para expor os traços marcantes, numa perspectiva histórica, da persecução penal conduzida pela estrutura acusatória. Afigura-se que os caracteres desses dois parâmetros possibilitam saber se determinada prática de persecução penal seja, ou não, considerada acusatória.

Na antiga Atenas a persecução circunscrevia-se aos seguintes traços: acusação conferida ao ofendido para os chamados delitos privados e acusação por iniciativa de algum cidadão nos casos dos delitos públicos; publicidade dos atos do processo; ônus do acusador de provar e sustentar a acusação; neutralidade do órgão julgador.⁹⁸ Na Roma republicana, por sua vez, não idêntico, mas bem semelhante, a persecução penal era conduzida pelas seguintes notas: direito popular de acusação; obrigação de o acusador prosseguir até a decisão final; ônus da prova a cargo do acusador; admissão da prisão preventiva - no caso de confissão -, cabendo a liberdade mediante caução; publicidade dos atos do processo.⁹⁹

Merece observar que Almeida Júnior aponta o órgão julgador, na antiga Atenas, com a nota da neutralidade, evidenciando a proeminência de árbitro, vale dizer, que decide aderindo a uma das pretensões sustentadas pelas partes. Também Ferrajoli sustenta que na estrutura acusatória ateniense e na Roma republicana destacava a “natureza arbitral”¹⁰⁰ do julgador.

Tendo exatamente em questão a adoção do princípio acusatório na estrutura da persecução é que Díaz Cabiale também, na linha originária do modelo acusatório, enfatiza a postura de neutralidade do órgão jurisdicional. Diz ele que:

⁹⁶ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores*. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 104-105.

⁹⁷ FERRAJOLI, loc. cit., p. 453.

⁹⁸ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O Processo Criminal Brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1911. p. 07-21.

⁹⁹ ALMEIDA JÚNIOR, op. cit., p. 22-31.

¹⁰⁰ FERRAJOLI, loc. cit., p. 453.

(...), el órgano jurisdiccional vendría a ocupar una posición distante de las partes, de *neutralità*, que le permitiera apreciar la contienda sin apasionamiento, sin desequilibrar la posición de las partes, y alcanzar un resultado más justo y sobre todo plenamente respetuoso con los derechos del acusado.¹⁰¹

Não se está a apregoar a existência da neutralidade do juiz na estrutura acusatória. Considerada a gama de fatores subjetivos condutores do comportamento humano, já se evidenciou que a neutralidade é de difícil alcance, senão mesmo impossível.¹⁰² Apenas deixa consignada a percepção, por parte da doutrina, acerca do papel do órgão julgador nas duas mencionadas referências históricas.

Muito embora os traços originários do modelo acusatório de persecução penal deixem em evidência o “caráter predominantemente privado da acusação”,¹⁰³ afigura-se possível compreender que a instituição de um acusador público - Ministério Público - não desnatura a estrutura acusatória, cuja nota distintiva seria a discricionariedade da ação. Nesse sentido, nada obstante a necessária observância, pela acusação pública, das normas procedimentais e a atenção à legalidade estrita do Direito Penal, tais vinculações situam-se como garantia pró-indivíduo, não podendo ser invocadas para configurar um Ministério Público como acusador *outrance*, vale dizer, em excesso e por obrigação. Aliás, o Ministério Público dispõe de mecanismo e de autonomia para, quando for o caso, não promover a ação penal pública.

A exigência de uma postura adequada dos órgãos públicos na estrutura acusatória não decorre tão somente da visibilidade de órgãos distintos na acusação e no julgamento. Centra-se, sobretudo e essencialmente, nas distintas funções atribuíveis a cada qual no jogo processual.

Essa prévia colocação acerca da estrutura originária do princípio acusatório - sem desconhecer os apontamentos de Andrade sustentando a “coexistência” entre o “sistema inquisitivo e o sistema acusatório” no processo ateniense¹⁰⁴ - tem o propósito de fixar as bases, ou as diretivas, do que se propõe nos pontos seguintes.

¹⁰¹ DÍAZ CABIALE, loc. cit., p. 192.

¹⁰² PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O Juiz e a Emoção: Aspectos da Lógica da Decisão Judicial*. 3. ed. Campinas, SP: Millennium, 2005. 193 p.

¹⁰³ FERRAJOLI, loc. cit., p. 453.

¹⁰⁴ ANDRADE, loc. cit., p. 50-68.

2.3 O Princípio Regente na Persecução Penal

2.3.1 Sistema ou princípio?

Uma questão inicial merece ser enfrentada no presente ponto, antes da busca da identificação do princípio regente no modelo brasileiro de persecução penal e de seus fundamentos. Trata-se de saber quanto à existência ou à adoção de um determinado princípio na persecução penal. Não é ponto tranquilo na literatura processual e que, neste breve estudo, não se tem a pretensão de alcançar ou colocar ponto final na discussão.

É corrente a doutrina apontar que a atual Constituição Federal brasileira adotou ou adota determinado “sistema” de persecução penal. Ora apregoa, em maior ou menor proporção, a adesão constitucional a um determinado “sistema” processual,¹⁰⁵ muito embora não deixe de fazer referência também a determinado princípio norteador do “sistema”, ora dá maior ênfase ao(s) princípio(s) regente(s) de certo sistema processual penal.¹⁰⁶ Amodio, por sua vez, referindo-se ao rumo tomado pela persecução penal italiana, a partir da reforma de 1988, trata apenas da adoção de um modelo no novo sistema processual penal.¹⁰⁷

A questão a ser enfrentada, pois, neste primeiro momento, é saber se a Constituição Federal brasileira adota um sistema ou um princípio regente da persecução penal, ou ambos.

Como antes visto, as normas constitucionais possuem, como espécies, as regras e os princípios. Na acepção do que se compreende por sistema, como se verá a seguir, toma-se por adequado a Constituição lançar as normas basilares de uma determinada disciplina jurídica. Quando assim o faz, não é incomum utilizar, expressamente, a palavra “sistema”, como feito no trato do “sistema tributário nacional” nos artigos 145 a 169 da atual

¹⁰⁵ PRADO, 2001, p. 65-81; LOPES JR., vol. 1, 2008, p. 55-60; ARMENTA DEU, Teresa. *Principio Acusatorio y Derecho Penal*. Barcelona: J. M. Bosch Editor S.A., 1995. 124 p.

¹⁰⁶ MAIER, Tomo I, 2004, p. 443-446; FERRAJOLI, loc. cit., p. 450-460; ANDRADE, loc. cit., 503 p.; RIBEIRO, loc. cit., p. 323-361; SILVA, vol. 1, loc. cit., p. 58-63.

¹⁰⁷ AMODIO, Ennio. O Modelo Acusatório no Novo Código de Processo Penal Italiano. *Revista de Processo*, trad. de Ana Cristina Bonchristiano, São Paulo, n. 59, ano 15, p. 135-155, jul./set. 1990.

Constituição Federal brasileira. No mesmo sentido é a disciplina do “sistema financeiro nacional” no agora vazio artigo 192 da mesma Constituição.

A atual Constituição Federal brasileira contempla normas estruturantes e faz menção a esses dois modelos de “sistemas”: tributário e financeiro. Essa opção constitucional possibilita a (co)existência de sistemas, os quais reclamam harmonia e abertura¹⁰⁸ para o contexto do ordenamento jurídico como um todo, aqui incluídos os atos normativos ordinários. Tal compreensão guarda estreita pertinência com o trato de outras disciplinas enquanto “sistemas” expressamente admitidos constitucionalmente, como nas hipóteses do sistema único de saúde, do sistema sindical, do sistema eleitoral etc.

Esses sistemas constitucionais contêm apenas as normas basilares, cuja regulamentação é feita por meio de atos normativos infraconstitucionais. Nessa medida, afigura-se possível conceber, na Constituição, a existência de sistemas reitores que reclamam razoável harmonia em relação à Constituição como um todo.

A Constituição pode acolher determinado “sistema”, ainda que não o revele expressamente, mas de modo implícito, assim compreendido pelo conjunto das disposições dispensadas a certa matéria/ disciplina. Não menos certo parece, ainda, que em nenhuma dessas situações a expressão “sistema” é tomada na sua real dimensão, eis que o texto constitucional não adentra a pormenores no disciplinamento da matéria por ela contemplada, cuja regulamentação, de regra, faz-se por meio de atos normativos complementares e ordinários, como reclamam a disciplina penal e a processual penal.

Após considerar uma gama de definições diferentes do que se compreende por sistema jurídico, desde as primeiras definições clássicas às modernas, Canaris assinala que sobressaem, dentre todas, duas características: “a da ordenação e a da unidade”. Explica ele, no que respeita à ordenação, “pretende-se, com ela, - quando se recorra a uma formulação muito geral, para evitar qualquer restrição precipitada – exprimir um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, isto é, fundado na realidade”; no tocante à unidade, busca “não permitir uma dispersão numa multitude de singularidades desconexas, antes devendo deixá-las reconduzir-se a uns quantos princípios fundamentais”.¹⁰⁹

A partir dessa configuração, segundo Canaris, o sistema jurídico é compreendido pela ordem de princípios gerais do Direito, daí a definição de sistema como

¹⁰⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Introd. e trad. de A. Menezes Cordeiro, 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 103-105.

¹⁰⁹ CANARIS, op. cit., p. 12-13.

“uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais do direito”.¹¹⁰ Pondere-se, contudo, que, muito embora Canaris adequadamente coloque os princípios como verdadeiras estruturas do sistema jurídico, sua compreensão de princípio, talvez pela época em que tomada (1968), está em descompasso com a atual literatura jurídica constitucional, eis que não o assimila como norma.¹¹¹

Tomado, pois, o sistema jurídico pela ordenação e pela unidade, dirigido e estruturado por princípios, afigura-se razoável indagar se apenas as disposições constitucionais podem configurar um determinado sistema, no caso, o sistema de persecução penal. Ora, essa disciplina em particular - persecução penal -, em sede constitucional, contém apenas algumas disposições estruturantes do modelo de processo penal a serem observadas pelos atos normativos infraconstitucionais. Aqui está o ponto de estrangulamento que objetivou este questionamento: saber se esse conjunto de normas constitucionais contempla um sistema ou um princípio regente da persecução penal.

Da análise das normas constitucionais brasileiras pertinentes à persecução penal, que são poucas, mas suficientes em si, afigura-se possível concluir que delas emanam tanto o princípio regente da persecução penal quanto um sistema constitucional de persecução penal. Não muito diferente dessa compreensão é a posição de Prado, quando nomina de “sistema ou subsistema, como conjunto harmônico de normas e princípios constitucionais aplicáveis ao processo, voltada tal estrutura para a concretização da persecução penal”.¹¹² Também Andrade visualiza a possibilidade de formação, na persecução penal, de subsistemas ou de sistemas parciais, com a diferença de não se referir ao conjunto das normas constitucionais.¹¹³

O destaque quanto a um sistema constitucional pertinente à persecução penal, reduzindo-o apenas às normas constitucionais, é feito de propósito. Com efeito, no caso brasileiro, de regra, os atos normativos infraconstitucionais mostram-se, ainda, em desconformidade com a Constituição Federal, situação essa que desconfigura a noção de sistema pela não evidência tanto da ordenação quanto da unidade como requisitos harmonizadores do que se compreende por sistema, seguindo Canaris. Daí a razão da referência restrita a um sistema constitucional da persecução penal, e não a um sistema que considere todo o ordenamento jurídico.

¹¹⁰ CANARIS, loc. cit., p. 77.

¹¹¹ CANARIS, loc. cit., p. 96.

¹¹² PRADO, 2001, p. 77.

¹¹³ ANDRADE, loc. cit., p. 33-35.

Ademais, as normas essenciais e configuradoras do sistema constitucional de persecução penal, no modelo brasileiro, podem ser resumidas na posição do órgão competente do Poder Judiciário em relação aos direitos fundamentais, como estabelecido nos diversos incisos do artigo 5º da atual Constituição Federal, acrescida das demais disposições pertinentes ao referido Poder e que estabelecem os fundamentos asseguradores do exercício do cargo, garantias, vedações e normas de competência, consoante artigos 92 e seguintes; acrescentem-se as normas pertinentes ao Ministério Público com a titularidade privativa para promover a ação penal pública, ter procedimentos administrativos próprios e exercer o controle externo da atividade policial, estatuídas nos incisos I, VI e VII do artigo 129 da referida Constituição; e, ainda, de Polícias como órgãos da segurança pública, especificamente das Polícias Cíveis e Federal, para a apuração das infrações penais, conforme artigo 144 da mesma Constituição.

Esse conjunto de normas é, basicamente, a estrutura da persecução penal brasileira, daí podendo concluir-se acerca da adoção de um sistema constitucional ou do princípio reitor da persecução. Contudo, as normas estruturantes, das quais se extrai o princípio reitor do modelo de persecução penal, ainda que implicitamente, são as que regulam a dimensão funcional conferida, de um lado, ao Poder Judiciário e, de outro, ao Ministério Público enquanto titular da ação penal pública.

Discorrer acerca da configuração do sistema constitucional e a natureza do princípio reitor da persecução penal, na ordem jurídica brasileira, é o que se propõe a seguir.

2.3.2 Critérios determinantes para a configuração do princípio regente da persecução penal

A configuração do princípio constitucional norteador do sistema constitucional de persecução penal mostra-se suficiente para definir qual o sistema adotado. Não se pode perder de vista, pois, que princípio é aqui tomado como mandamento de otimização¹¹⁴ ou como mandamento nuclear do sistema.

¹¹⁴ ALEXY, loc. cit., p. 96.

A Constituição da República portuguesa, de 1976, pelo nº 5 do artigo 32º, dispõe expressamente que “o processo criminal tem estrutura acusatória”.¹¹⁵ Como adiantado, a atual Constituição Federal brasileira não nominou, expressamente, qual o modelo de persecução penal adotado, como o fez a Constituição portuguesa, o que não impede de sabê-lo, contudo, tomando o conjunto das normas pertinentes. Nesse mesmo sentido é a posição de Lopes Jr., em especial quando destaca que a consagração de um sistema processual “não decorre da ‘lei’, mas da interpretação sistemática da Constituição”.¹¹⁶

Dos sistemas possíveis, nada obstante parte da doutrina apregoar a existência de três, quais sejam, o acusatório, o inquisitivo e o misto, aqui são levados em consideração apenas o acusatório e o inquisitivo. Assim se faz, propositadamente, afinado à compreensão de que o caráter definidor do modelo misto, como sendo a “junção entre os processos acusatório e inquisitório”,¹¹⁷ não tem razão/ fundamento jurídico suficiente porque leva em consideração a fase antecedente ao processo penal, qual seja a fase preliminar ou pré-processual.

Como conhecida, a fase antecedente ao procedimento em contraditório diz respeito tão somente à investigação/ apuração oficiosa da notícia acerca da existência de fato certo, determinado, passível de conformação com algum tipo penal e a respectiva autoria. Nela não se cogita da existência de uma acusação formal levada a cabo pelo titular da ação penal e não tem como necessária, em um primeiro momento, a intervenção do órgão jurisdicional. Essa fase de apuração mais se ajusta como expressão do poder de polícia estatal para que o titular da ação penal conheça as informações necessárias e pertinentes à ocorrência de fato tipicamente possível e sua autoria.

Em suma, o caráter oficioso da apuração, por decorrer do poder de polícia, a ser viabilizada sob controle do Ministério Público, em nada repercute na determinação de certo modelo/ sistema, salvo se nela admitida ou tolerada a intervenção, também oficiosa, do órgão jurisdicional competente para o julgamento. Ainda que assim ocorresse, não se teria um “sistema misto”, mas, sim, o modelo/ sistema inquisitivo. De outro ponto, quando a intervenção do órgão julgador, na referida fase, ocorrer tão somente para assegurar o respeito ao devido processo legal e resguardar direitos fundamentais, quando provocado por parte interessada e legítima, ter-se-á o modelo acusatório. De se ver, pois, insustentável a configuração de um modelo/ sistema misto na persecução penal.

¹¹⁵ SILVA, vol. 1, loc. cit., p. 58.

¹¹⁶ LOPES JR., vol. 1, 2008, p. 428.

¹¹⁷ FERRAJOLI, loc. cit., p. 454.

Também apontando dificuldades – senão mesmo a inviabilidade teórica – na caracterização de um sistema misto estão Coutinho e Lopes Jr. Por certo, ambos concordam que o entrave na existência de um sistema misto é exatamente a falta de um “princípio unificador próprio”¹¹⁸ ou, não diferente, na dificuldade da “identificação do núcleo fundante”.¹¹⁹ Com razão, pois, praticamente incabível defender a (co)existência de um sistema cujos princípios reitores são organicamente antagônicos, daí decorrendo a perda não somente de uma, mas das duas características da noção de sistema, quais sejam, a ordenação e a unidade (conf. 2.3.1).

De todo modo, como sendo etapa necessária para que o órgão titular da ação penal conheça da melhor maneira possível determinado fato e respectiva autoria, daí ser a fase pré-processual – não se restringindo ao inquérito policial - reputada, por autorizada literatura, como imprescindível. Por certo, sem ela ter-se-ia um processo irracional e inconciliável com os “postulados básicos do processo penal constitucional”.¹²⁰

No que respeita ao modelo inquisitivo, afigura-se possível configurá-lo, de regra, quando se admitir/ tolerar a prática ordinária de algum ato inconciliável com o acusatório. Desse modo, ter-se-á um modelo inquisitivo por exclusão ao acusatório. Pode-se assegurar que a todo ato realizado pelo órgão julgador, incompatível com a exigência da (im)possível imparcialidade, ter-se-á a configuração do modelo inquisitivo. Exemplificativamente, podem consubstanciar-se em atos dessa natureza quando o julgador empreende: a iniciativa da acusação, o exercício da carga probatória ou a restrição oficiosa de direito e garantia fundamental.

É corrente a literatura tomar um único critério como fundamental na distinção entre os modelos/ sistemas acusatório e inquisitivo. Trata-se da compreensão ordinária de que as funções de acusação e de julgamento são realizadas, necessariamente, por pessoas distintas.

Sem buscar definições exaustivas na doutrina, merece registro a posição de Andrade que, procurando uma definição “mais segura e correta” do princípio acusatório e tentando argumentar como imprecisas as posições de autores diversos, arremata ser “aquela

¹¹⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001a. p. 17-18.

¹¹⁹ LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal* (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional). 4. ed. rev. Atual. ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 174-175.

¹²⁰ LOPES JR., vol. 1, 2008, p. 207.

que reflete a necessária presença de um acusador distinto do juiz no processo penal”, como “um dos elementos fixos do sistema acusatório”.¹²¹

Por sua vez, Prado analisa a configuração do princípio acusatório como integrante do sistema acusatório e cujo alicerce está na “divisão, entre três diferentes sujeitos, das tarefas de acusar, defender e julgar”, além de aludir o referido princípio a um processo de partes.¹²²

Ferrajoli, a seu turno, não define princípio, mas o contextualiza com o sistema acusatório como sendo o “sistema processual que tem o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, (...)”.¹²³ Segundo Maier, a característica fundamental do modelo acusatório

reside en la división de los poderes ejercidos en el proceso, por un lado, el acusador, quien persigue penalmente y ejerce el poder requirente, por el outro, el imputado, quien puede resistir la imputación, (...), y, (...), el tribunal, que tiene en sus manos el poder de decidir.¹²⁴

Maier vai adiante e lança a ideia de que o princípio fundamental, que dá nome ao sistema acusatório,

se afirma en la exigencia de que la actuación de un tribunal para decidir el pleito y los limites de su decisión están condicionados al reclamo (acción) de un acusador y al contenido de ese reclamo (*nemo iudex sine actore y ne procedat iudex ex officio*) y, por outra parte, a la posibilidad de resistencia del imputado frente a la imputación que se le atribuye.¹²⁵

Muito embora Lopes Jr. faça referência a uma garantia do sistema ou do modelo acusatório, registra os seguintes pontos característicos: a titularidade da ação penal pública por parte do Ministério Público; o contraditório e a ampla defesa; o devido processo legal; a presunção de inocência; e a exigência de publicidade e fundamentação das decisões judiciais, todos com assento na atual Constituição Federal brasileira.¹²⁶ Não muito diferente é a posição, apenas nesse particular, registre-se, de Lima.¹²⁷

De significativa expressão é a posição de Silva, referindo-se ao sistema acusatório e não propriamente ao princípio acusatório, quando assevera que esse sistema

¹²¹ ANDRADE, loc. cit., p. 254.

¹²² PRADO, 2001, p. 125.

¹²³ FERRAJOLI, loc. cit., p. 453.

¹²⁴ MAIER, tomo I, 2004, p. 444.

¹²⁵ MAIER, tomo I, 2004, p. 444.

¹²⁶ LOPES JR., vol. 1, 2008, p. 174-175.

¹²⁷ LIMA, Marcellus Polastri. *Ministério Público e Persecução Criminal*. 4. ed. rev. atual. acres. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 140.

procura a igualdade de poderes de actuação processual entre a acusação e a defesa, ficando o julgador numa situação de independência, super “partes”, apenas interessado na apreciação objetiva do caso que lhe é submetido pela acusação. O processo inicia-se com a acusação pelo ofendido ou quem o represente e desenvolve-se com pleno contraditório entre o acusador e o acusado, pública e oralmente, perante a passividade do juiz que não tem qualquer iniciativa em ordem à aquisição da prova, recaindo o encargo da prova sobre o acusador. O acusado presume-se inocente até que a sua responsabilidade seja definitivamente definida e em consequência permanece em liberdade no decurso do processo.¹²⁸

Tomando-se em conta o apregoado por Silva, é possível concluir que um determinado sistema adotará o princípio acusatório quando: houver uma possibilidade de atuação igualitária no âmbito processual; houver um órgão julgador independente das partes, desinteressado no objeto do processo, guiado pelo critério da objetividade; quando o caso, ou o objeto do processo, for submetido ao julgador pela acusação; quando o processo se desenvolver em contraditório público e oral entre acusador e acusado; houver um juiz passivo, vale dizer, sem iniciativa da prova; a produção da prova a cargo do acusador; a presunção de inocência do acusado até julgamento definitivo; e a liberdade como regra.

A partir dessa compreensão, não da definição do que seja o princípio acusatório, mas precisamente da dimensão e da repercussão de seus efeitos na ordem jurídica, em especial sobre os agentes estatais, pode-se concluir pela sua adoção, seja em sede constitucional, seja infraconstitucional. Em outros termos, afigura-se que, a partir dos papéis conferidos e tolerados aos agentes públicos envolvidos na persecução penal, será possível aferir qual o princípio adotado.

Nesse sentido, merece destaque o regramento dispensado pela atual Constituição Federal brasileira em relação ao órgão do Poder Judiciário, lá nominado em diversos incisos do artigo 5º por “autoridade judiciária”, tendo-o como garante dos direitos fundamentais na consequência jurídica do crime (conf. 1.3). Mesmo no capítulo constitucional contemplador das normas pertinentes à estrutura organizacional, às garantias e vedações decorrentes do cargo, aos deveres processuais etc., não há uma regra explícita acerca da função desse Poder no tocante à persecução penal. Daí tomar por adequada a inovadora função conferida aos órgãos do Poder Judiciário, na persecução, contida nos diversos incisos do artigo 5º da atual Constituição Federal brasileira, vale frisar, de garante dos direitos fundamentais, inexistente nas Constituições nacionais pretéritas.

¹²⁸ SILVA, vol. 1, loc. cit., p. 58-59.

A partir da compreensão da função conferida aos órgãos do Poder Judiciário, de garantes dos direitos fundamentais na consequência jurídica do crime, é que se começa a delinear o princípio regente da persecução penal brasileira.

Aliado a tanto está o papel também estabelecido em sede constitucional ao órgão da acusação. Afigura-se não exagerado reconhecer no artigo 127, *caput*, da atual Constituição Federal brasileira, além da essencialidade à função jurisdicional do Estado, o parâmetro da legitimação de todas as atribuições conferidas ao Ministério Público: “(...) defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Também no artigo 129 da mesma Constituição brasileira estão relacionadas as normas basilares da estrutura normativa do Ministério Público na persecução penal, acrescidas de outras previstas em lei com elas em conformidade.

Nessa direção, (re)toma-se a compreensão feita inicialmente em relação aos órgãos do Ministério Público, tal como aos órgãos do Poder Judiciário, no sentido de que a atual Constituição Federal brasileira promoveu significativa mudança dos papéis a eles conferidos na persecução penal. Agora, no atual regime normativo constitucional brasileiro, a autoridade judiciária, frise-se, na persecução penal, é afastada da tradicional figura única de autoridade garantidora da legalidade, da ordem social, da segurança e da paz pública, vez que muitas dessas atribuições foram conferidas ao Ministério Público, consoante normatizado no artigo 127, *caput*, e seguintes.¹²⁹ O papel conferido ao Ministério Público, na persecução penal, possibilita, inclusive, a concretização da nova função do Poder Judiciário como garante dos direitos fundamentais.

A plenitude da concretização das atribuições constitucionais conferidas ao Ministério Público, por si, é suficiente para assegurar a autoridade judiciária como privativa garantidora dos direitos fundamentais, vez que viabiliza seu afastamento da atividade investigatória, da carga probatória e de qualquer ato oficioso na restrição de direito/ garantia fundamental. Agora, a autoridade judiciária, na apuração criminal, somente poderá intervir quando legitimamente provocada para decidir acerca de possível restrição cautelar de direitos fundamentais ou para a correção de atos ilegais ou abusivos.

Nessa perspectiva, o Ministério Público, como destinatário único da apuração de infrações penais - circunscritas, pois, à iniciativa pública -, ante a titularidade estabelecida no inciso I do artigo 129 da Constituição Federal brasileira, viabiliza e reclama o

¹²⁹ RIBEIRO, loc. cit., p. 108.

afastamento do Poder Judiciário como acréscimo da acusação na luta contra o crime, verdadeiro ranço do modelo histórico-inquisitivo, lamentavelmente passível de constatação na praxe forense atual.

Ainda no delineamento do princípio regente da persecução penal, de se ver que a Constituição Federal brasileira de 1988 confere ao Ministério Público, frise-se, a relevante função de garante da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses coletivos e individuais indisponíveis (artigo 127, *caput*). No que mais interessa, confere ainda a legitimidade privativa para promover a ação penal pública (artigo 129, inciso I), instaurar e instruir procedimento administrativo próprio para cumprimento das atribuições (artigo 129, inciso VI) e exercer o controle externo da atividade policial (artigo 129, inciso VII). Tem à disposição, desse modo, os instrumentos adequados e viáveis ao exercício das funções institucionais na persecução penal.

Do que até então externado, é possível vislumbrar uma vigorosa linha divisória e diferenciadora entre os papéis conferidos constitucionalmente, em sede de persecução penal, aos órgãos do Poder Judiciário como garantes dos direitos fundamentais da pessoa; aos órgãos do Ministério Público como garantes da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Nessa compreensão, tem-se como acertado que não basta a separação dos órgãos de julgamento e da acusação para a configuração do princípio acusatório, como ordinariamente proposto. Em efeito, relembre-se de algumas leis esparsas (dentre várias, a que regula a prisão temporária, a que regula a escuta telefônica, a que trata das organizações criminosas etc.) e o regramento contido no Código de Processo Penal brasileiro de 1941 que, mesmo em face de algumas recentes alterações, ainda contemplam o Poder Judiciário e o Ministério Público como se aliados na luta contra o crime; o primeiro, como garante da ordem pública e da legalidade; o segundo, como coadjuvante dessas finalidades, atuando mais como órgão de assessoramento e referendando as decisões daquele Poder.

Não basta, para configuração do princípio acusatório, a mera previsão de um órgão distinto do juiz para, deflagrando a jurisdição, iniciar o processo penal com uma acusação formal. Para além, é inconciliável com tal princípio a possibilidade de o órgão julgador realizar/ praticar atos procedimentais em flagrante desvantagem do acusado, seja restringindo direito fundamental oficiosamente, seja tomando iniciativa na carga probatória, próprios da acusação. Contudo, esses particulares serão enfrentados em outro momento (conf. 3.2 e 3.4).

Circunscrever o fundamento constitucional do princípio acusatório apenas na separação dos órgãos de julgamento e de acusação, como sustentado por certa doutrina,¹³⁰ ter-se-ia como consequência a manutenção do mesmo modelo idealizado pelo Código Processual Penal brasileiro de 1941, em completo desprezo das normas constitucionais. Essa compreensão equivale a insistir, em afronta às normas constitucionais, na inconciliável prática inquisitiva de se ter não um órgão titular da acusação, senão um mero deflagrador da jurisdição, sem responsabilidade com a carga probatória e cuja posição - ou pronunciamento - final do mérito debatido no processo penal possui a natureza de uma mera “opinião” ou de um “parecer”, como insiste a irrefletida prática forense/ inquisitiva no trato das promoções do Ministério Público. Tal postura mostra-se inadequada com o modelo de Ministério Público contemplado na Constituição Federal brasileira de 1988.

Em suma, a partir da (re)definição das funções estabelecidas em sede constitucional aos órgãos estatais titulares, respectivamente, da garantia dos direitos fundamentais individuais e da garantia da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses coletivos e individuais indisponíveis, pode-se perceber, com maior clareza, o princípio adotado na persecução penal. De um lado, o órgão do Poder Judiciário atuando como magistratura “pró-indivíduo”; de outro, o órgão do Ministério Público como magistratura “pró-sociedade”¹³¹ (conf. 1.3 e 1.4.2).

Para além da mera distinção entre os órgãos da acusação e os órgãos de julgamento, mas, essencialmente, pela divisão funcional inserida e a repercussão dessas funções no Estado Democrático de Direito, o princípio regente da persecução penal no Brasil é o acusatório, cuja dimensão e efeitos na atuação do Ministério Público serão oportunamente explorados.

2.4 O Princípio Acusatório como Aspecto Material do Devido Processo Legal

Do que visto até o presente, pode-se assentar que o devido processo legal, para além da dimensão processual, contém uma face material/ substantiva, de modo a

¹³⁰ ANDRADE, loc. cit., p. 243-254.

¹³¹ RIBEIRO, loc. cit., p. 109.

expressar não apenas um processo penal justo (conf. 1.2). Significa dizer, seguindo a referida dimensão substantiva, que toda pessoa tem o direito de, quando for a hipótese, somente ter como possível a restrição da liberdade, de algum bem ou outro direito ou garantia fundamental individual, por meio de um processo especificado em lei que esteja em conformidade com as normas constitucionais.

Nessa perspectiva, ante a relevante função constitucionalmente atribuída, em matéria penal, ao Poder Judiciário, como garante dos direitos fundamentais individuais, bem como ao Ministério Público, titular privativo para a promoção da ação penal pública, e, por fim, orientado pelo interesse público primário, inadmissível qualquer lei infraconstitucional, seja de natureza material ou instrumental, que contrarie ou perturbe essas funções basilares.

Assim, toda regra infraconstitucional anterior à Constituição Federal de 1988 que se antagonize com essas novas diretrizes constitucionais conferidas aos referidos órgãos estatais não terá dignidade de vigência ante o fenômeno da não recepção. As editadas posteriormente não merecem acolhimento pela mácula da inconstitucionalidade.

Necessário e natural efeito do reconhecimento do devido processo legal material/ substantivo em sede constitucional é o de exatamente impedir/ evitar que o legislador ordinário desnature as normas constitucionais em detrimento de direitos e garantias individuais fundamentais.¹³²

No particular interesse deste trabalho e lembrando que o princípio acusatório emerge não apenas da distinção entre os órgãos de acusação e de julgamento, mas, essencialmente, das distintas funções a eles delineadas constitucionalmente, torna possível concluir que toda norma infraconstitucional que tenha como consequência/ efeito a possibilidade de o órgão julgador adotar postura ativa/ unilateral em desfavor da pessoa suspeita/ indiciada/ acusada, como na hipótese de restrição oficiosa da liberdade e na iniciativa probatória, fatalmente incorrerá na eiva da inconstitucionalidade ante a afronta/ violação do mencionado princípio. Para mais, tais práticas atentam, ainda, contra a propagada exigência de imparcialidade do órgão julgador, da ampla defesa e do contraditório, além de negar vigência à relevante função de *garante* dos direitos fundamentais.

Nessa compreensão, pode-se conceber, pois, o devido processo legal material/ substantivo como fórmula de contenção de regras abusivas e arbitrárias inseridas no

¹³² DERGINT, loc. cit., p. 249.

plano legislativo ordinário, atuando, desse modo, como norma mantenedora da coerência dos atos legislativos infraconstitucionais pertinentes à persecução penal.

Por meio da ordenação e da unidade - do sistema jurídico para além do sistema constitucional -, vale dizer, agora tomada a expressão sistema jurídico como todo o ordenamento jurídico pela junção das normas constitucionais e infraconstitucionais, afigura-se que o princípio acusatório, enquanto norma regente da persecução penal, e que tem como núcleo essencial as distintas funções dos órgãos de julgamento e acusação, ganha um colorido diferenciado e com efeito de rejeitar ato normativo que vise a inverter, mitigar ou interferir no regular funcionamento dessas funções.

Tendo o princípio acusatório a nota distintiva de (de)limitar as funções públicas do julgador e do acusador na persecução penal, significa dizer que serve de parâmetro normativo para eliminar do sistema jurídico a legislação infraconstitucional que macule ou perturbe o regular exercício desses órgãos. Ganha, pois, nítido aspecto material do devido processo legal, enquanto limitador de arbítrios¹³³ do legislador ordinário quando estabelece/ confere/ possibilita, por exemplo, a iniciativa ou a alteração da acusação, a iniciativa na produção da prova ou, de qualquer modo, atue de ofício em desfavor da pessoa suspeita/ acusada de fato delituoso. Essa regra incide em qualquer fase da persecução, pré-processual ou processual.

Desse modo, o princípio acusatório mostra-se como faceta do devido processo legal material, voltado especificamente para coibir abusos e arbítrios na persecução penal. Possibilita, ademais e em especial, questionar a constitucionalidade de atos normativos que são aprovados e promulgados em desacordo com as normas diretrizes da persecução, notadamente quando tais atos normativos - de regra leis ordinárias - estabelecem/ autorizam/ possibilitam, aos órgãos públicos dela participantes, a prática de ato desconforme com as respectivas funções estabelecidas constitucionalmente. Exemplifique-se, por hora, as funções impróprias previstas em lei autorizando o órgão julgador a participar ativamente na apuração criminal - como previsto na lei que dispõe sobre a repressão de ações praticadas por organizações criminosas, Lei nº 9.034/95, artigo 3º e §§ - e, nessa condição, agir oficiosamente em detrimento de direitos fundamentais da pessoa.

Nada obstante mencionada lei - Lei nº 9.034/95 - ter sido reconhecida parcialmente inconstitucional, em tímido acórdão retratando o desafino do Supremo Tribunal

¹³³ DANTAS, loc. cit., p. 43.

Federal¹³⁴ no trato das regras constitucionais pertinentes à persecução penal, certo é que esse ato normativo bem retratou o grau de (in)compreensão do legislador ordinário com a função de garantia dos direitos fundamentais reservada à autoridade judiciária, fazendo *tabula rasa* da reclamada imparcialidade judicial e, por conseguinte, do devido processo legal. Nessa hipótese, mostra-se cabível a atuação do princípio acusatório, como um perfil material do devido processo legal, no afastamento da legislação desconforme com a Constituição e na prevenção de possível ato abusivo pelo inadequado trato da função conferida ao Poder Judiciário na persecução penal.

Desse ponto de partida, no presente estudo, o aspecto material do princípio acusatório consiste na possibilidade jurídica de contestar a constitucionalidade de atos normativos infraconstitucionais e de atos concretos contrários às normas constitucionais definidoras das funções de cada órgão estatal participante na persecução penal. Precisamente, serve de norma-parâmetro ao controle de constitucionalidade das leis que fixam atividades/funções anômalas e impróprias aos referidos órgãos, inconciliáveis, portanto, com o princípio acusatório constitucionalmente adotado.

Por certo que não se está a desconhecer a distinção que labora e distingue, em outra perspectiva, a doutrina, entre princípio acusatório formal e material. Essa distinção tem como fundamento a versão originária do princípio acusatório, destacadamente no modelo vivenciado na Atenas antiga, segundo a qual, de regra, a acusação partia de pessoa privada, precisamente do ofendido ou de outro cidadão, não de um órgão público. Nesse sentido é a posição de Andrade, segundo a qual, apoiado na doutrina estrangeira, leva em conta a natureza particular ou pública do acusador. Conforme expressões do mencionado autor, vale consignar:

Assim, o princípio acusatório seria considerado *material* sempre que esse acusador fosse de natureza privada ou popular, ao passo que, sempre que o acusador fosse público, esse mesmo princípio acusatório seria considerado formal.

A origem dessa divisão dicotômica do princípio acusatório se explica a partir da compreensão do conceito de parte no processo penal, e sua classificação em *parte material e parte formal*, segundo a titularidade do direito perseguido. Com isso, o acusador particular ou popular seria considerado *parte material*, o que levaria à personificação do *princípio acusatório material*. Quanto ao acusador público, seria ele considerado *parte formal* nesse processo, o que expressaria a manifestação do *princípio acusatório formal*.¹³⁵

¹³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade. ADI nº 1.570/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa. Requerente: Procurador-Geral da República; requerido: Congresso Nacional. DJ 22 outubro de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 29 nov. 2009.

¹³⁵ ANDRADE, loc. cit., p. 255.

Não diferente é a posição de Armenta Deu. Para essa autora, o modelo acusatório tem como núcleo essencial a necessidade de separar as funções acusatória/instrutória e decisória/julgadora. Nessa ordem, a introdução do Ministério Público – “Ministerio fiscal” – no processo penal conduz a uma flexibilização “del acusatorio ‘stricto sensu’ que ha obligado a adicionar el calificativo ‘formal’ a su enunciado”.¹³⁶

Tomando ainda em conta a distinção entre parte privada e parte pública no processo penal, Borges vislumbra, por sua vez, não um modelo formal ou material, mas a configuração de um “princípio acusatório do tipo misto”. Assim expõe tal compreensão:

Nas legislações que se seguiram ao Iluminismo, a parte do impulso processual penal deixou de ser privada para constituir-se em “parte pública”, com a denominação de Ministério Público. Assegura-se a duplicidade de juízo, o juízo de proposição e o de julgamento, dividindo-se a perseguição com duas fases e consagrando o princípio acusatório misto.¹³⁷

A denominação “princípio acusatório misto”, mencionada por Borges, notadamente no contexto em que está inserida, não significa uma variante do princípio acusatório, senão propriamente da caracterização de um modelo misto de persecução penal, cuja efetiva configuração mostra-se no mínimo duvidosa, como anteriormente apontado quando da análise da configuração do princípio regente da persecução penal. Em outros termos, a natureza mista é de difícil configuração. Ou se terá a estrutura inquisitiva, ou a estrutura acusatória, tudo a depender das funções reservadas ao órgão da acusação e ao órgão julgador (conf. 2.3.2).

De todo modo, a única distinção aparentemente percebida na persecução penal, tomando-se em conta o critério material ou formal do órgão acusador, se privado ou público, não ultrapassa a nota “evolutiva” da natureza privada/originária do Direito Penal. Vale dizer, inicialmente conferida ao ofendido a iniciativa da persecução, posteriormente a qualquer cidadão, culminando no caráter público do Direito Penal com a instituição do Ministério Público.¹³⁸

Ferrajoli compreende que a existência de um órgão público para promover a ação penal, em substituição ao acusador privado, de regra, o ofendido, não desnatura o princípio acusatório. Em efeito, essa substituição, quando muito, poderia refletir na adoção dos critérios da obrigatoriedade ou da discricionariedade do exercício da ação penal,

¹³⁶ ARMENTA DEU, loc. cit., p. 33.

¹³⁷ BORGES, Edinaldo de Holanda. O Sistema Processual Acusatório e o Juizado de Instrução. *Boletim Científico*, Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, ano II, n. 6, p. 54, jan./mar. 2003.

¹³⁸ FERRAJOLI, loc. cit., p. 455.

notadamente em face da exigência de cuidado com o princípio da legalidade por parte do acusador público. Contudo, ainda assim, não significa que ao Ministério Público seja vedado arquivar o procedimento no caso de fato penalmente irrelevante, sem interesse público ou, do mesmo modo, de pleitear a absolvição ante a insuficiência probatória a amparar condenação.¹³⁹

Nada obstante essa classificação doutrinária, que toma o princípio acusatório material sob a ótica da existência da parte privada – de regra ofendido ou seu representante – como legitimada para a promoção da ação penal, a compreensão do aspecto material do princípio acusatório, no presente estudo, como se pretende assinalar, é diversa.

Vale frisar, a estrutura material do princípio acusatório diz respeito a uma proposta de superação da mera separação das funções acusatória e julgadora para alcançar a possibilidade de, tomando esse princípio como parâmetro, questionar a constitucionalidade das normas infraconstitucionais e de atos concretos pertinentes à persecução penal que contrariem as funções constitucionalmente conferidas ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, possibilitando, desse modo, o manejo de instrumentos jurídicos adequados para corrigir/ impedir abusos/ arbitrariedades decorrentes da confusão/ inversão dessas funções.

2.5 O Princípio Acusatório como Garantia na Persecução Penal

Estabelecido o princípio acusatório para além da separação entre o órgão da acusação e o órgão julgador, mas no efetivo respeito das funções a eles fixadas em sede constitucional, como ocorre no modelo brasileiro, a feição material do mencionado princípio exterioriza-se quando o devido processo legal, configurado constitucionalmente, é violado por atos normativos ordinários ou por atos concretos que atentem contra a regularidade das normas regentes da persecução penal.

A observância do princípio acusatório, como expressão do devido processo legal material/ substantivo, passa a constituir uma garantia em prol da pessoa suspeita ou acusada de fato delituoso.

¹³⁹ FERRAJOLI, loc. cit., p. 454-457.

Mais uma vez, recorre-se à doutrina de Bonavides para expressar a compreensão do termo *garantia* como instrumento de defesa de um determinado bem passível de ameaças e atentados, inclusive como limite ao poder.¹⁴⁰ Não diferente é a posição de Canotilho quando se refere aos “princípios-garantia”, aos quais é “atribuída uma densidade de autêntica norma jurídica e uma força determinante, positiva e negativa”, referindo-se, exemplificativamente, às normas do “*nullum crimen sine lege e de nulla poena sine lege*”, a do “juiz natural”, ao “*non bis in idem*” e “*in dubio pro reo*”.¹⁴¹

Nesse contexto, uma determinada norma ganha *status* e dignidade de garantia, seja na forma de princípio ou de regra, quando tenha por fim assegurar determinados bens jurídicos relacionados à liberdade individual, ao patrimônio etc., cuja restrição somente pode ser alcançada em estrita obediência ao devido processo legal.

O princípio acusatório, adotado constitucionalmente como aspecto material do devido processo legal na persecução penal, antes sinalizado, contempla a separação de funções próprias do órgão da acusação e do órgão julgador de tal modo que nenhum deles pode, sob qualquer pretexto, imiscuir-se nas funções do outro. Desse modo, atentar, solitariamente, contra algum direito fundamental na consequência jurídica do crime abrirá margem à mácula da inconstitucionalidade e de abuso. Como adiante buscar-se-á deixar assente, a restrição a direito fundamental será possível quando a decisão resulta de um consenso entre acusação e julgador (conf. 3.2, 3.5).

A adoção constitucional do princípio acusatório já possibilita que a pessoa interessada o invoque como norma de garantia buscando a correção da prática de ato procedimental que, a pretexto de previsão legal, mostre-se com ele – princípio acusatório – incompatível. Essa postura realiza o devido processo legal em sua dimensão material para coibir práticas abusivas das autoridades envolvidas na persecução penal.

Aqui, o aperfeiçoamento da vivência do processo como termômetro da Constituição ganha significativa expressão. O princípio acusatório não se compraz com a intervenção judicial na fase investigativa, senão, como antes consignado, quando provocada pelo titular da ação penal para aferir a possibilidade de restrição de direito fundamental ou para salvaguardar direitos e garantias fundamentais.

¹⁴⁰ BONAVIDES, loc. cit., p. 484-486.

¹⁴¹ CANOTILHO, 1993, p. 173.

Giacomolli, no contexto de situar o juiz/ tribunal criminal em harmonia com as normas fundantes/ estruturais do modelo acusatório de processo penal, em sede de conclusão, assevera que

o princípio acusatório é uma garantia essencial do processo penal, o qual não existe sem uma acusação formalizada por um sujeito diverso do que irá julgar. De outra banda, o julgador é um terceiro imparcial, impedido de exercer qualquer atividade acusatória, seja antes, durante ou após o processo cognitivo.¹⁴²

Nessa medida, o princípio acusatório, como elemento nuclear do sistema de persecução penal, possui dimensão de garantia em favor não apenas da pessoa interessada - suspeita ou acusada de ilícito penal -, na condição de parte processual, mas de toda pessoa. Sobreleva, nesse particular, o Ministério Público, na posição de garante da ordem jurídica, para buscar a correção de ato desconforme com a norma regente da persecução penal.

2.5.1 O princípio acusatório como garantia da imparcialidade judicial

Inegavelmente que um dos principais pilares do princípio acusatório está fincado na exigência de imparcialidade do órgão julgador da questão penal, muito embora não se possa afirmar em que grau ou medida tal desiderato seja alcançado.

Certamente que o conceito do que seja imparcialidade ou o seu alcance na atuação judicial diz respeito à peculiar ordem jurídica na qual está inserido, sobretudo na persecução penal, tendo em conta os direitos fundamentais em questão.¹⁴³ Nessa linha, toma-se por imparcialidade a exigência de que o juiz “debe evitar cualquier tipo de inclinación hacia una de las partes, debiendo permanecer equidistante como tercero supra partes”.¹⁴⁴

Ainda conforme Díaz Cabiale, pode-se assentar a imparcialidade na necessidade de o juiz/ tribunal não participar da produção da prova e, desse modo, não se constituir apenas um desiderato, senão “que há se transformado en una exigencia a través de su constitucionalización y consagración en los Tratados internacionales y muy especialmente

¹⁴² GIACOMOLLI, 2006, p. 228.

¹⁴³ DÍAZ CABIALE, loc. cit., p. 401.

¹⁴⁴ DÍAZ CABIALE, loc. cit., p. 407.

en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”.¹⁴⁵ Nesse contexto, faz referência à imparcialidade objetiva quando o juiz não tenha relação com o objeto do processo, ou interesse nele; ou à imparcialidade subjetiva, retratada tanto na convicção pessoal do juiz ao caso concreto, quanto à vinculação com alguma das partes.¹⁴⁶ Na mesma direção aponta Montero Aroca.¹⁴⁷ Também Lopes Jr. faz essa mesma distinção com apoio em decisões do TEDH - Tribunal Europeu de Direitos Humanos e do Tribunal Constitucional espanhol.¹⁴⁸

Sem embargo, orientado nessa compreensão, serão tomados, no presente ponto, apenas alguns aspectos distintivos que reforçam a exigência de imparcialidade da autoridade judiciária, levando-se em conta uma atuação positiva do Ministério Público na concretização do princípio acusatório.

Quando o Ministério Público adotar uma praxe voltada para os valores extraídos do princípio acusatório, por certo que dará, para além do dever funcional, uma colaboração ímpar para se alcançar, na melhor medida possível, a não vinculação objetiva ou subjetiva do juiz na questão penal levada a julgamento. Contudo, certamente que não se terá por meta aprofundar nas variadas situações pelas quais o juiz poderá estar vinculado à questão penal, objeto do julgamento, mas tão somente, frise-se, nas situações concretas e relacionadas com as funções institucionais do Ministério Público.

Com efeito, não por outra razão fez-se consignar, no ponto pertinente ao devido processo legal (conf. 1.1), a proeminência da imparcialidade judicial na persecução penal. Muito embora a atual Constituição Federal brasileira não tenha dispositivo expresso acerca da imparcialidade judicial, essa exigência é extraída sistematicamente das normas constitucionais pertinentes ao julgamento público, da necessária fundamentação das decisões (inciso IX do artigo 93) e da posição da autoridade judiciária como garante dos direitos fundamentais na questão penal (incisos do artigo 5º). Acresça-se, a tanto, a existência de parte acusadora pública - Ministério Público (artigo 129, inciso I) - como garante da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (artigo 127, *caput*), reforçando a independência e imparcialidade do juiz/ tribunal.

Nesse particular, merece destaque a posição dos documentos/ tratados internacionais acolhidos na ordem jurídica nacional, seja porque ratificados, seja em vista do

¹⁴⁵ DÍAZ CABIALE, loc. cit., p. 404.

¹⁴⁶ DÍAZ CABIALE, loc. cit., p. 407-411.

¹⁴⁷ MONTERO AROCA, Juan. *Principios del Proceso Penal: Una explicación basada en la razón*. Valencia, ESP: Tirant lo Blanch, 1997. p. 86-89.

¹⁴⁸ LOPES JR., vol. 1, 2008, p. 122-125.

disposto no § 2º do artigo 5º da Constituição Federal, tais como o artigo 10 da DUDH e o inciso I do artigo 8 da CADH, os quais expressam como garantia individual um juiz/ tribunal imparcial na persecução penal.

A invocação dos tratados internacionais que contemplam a imparcialidade judicial na persecução penal constitui uma das maiores expressões de garantia individual, como desponha Díaz Cabiale ao fazer referência, na órbita do direito espanhol, ao disposto no nº 1 do artigo 6º da CEDH-Convenção Europeia de Direitos Humanos.¹⁴⁹ Também Marques invocou, com ênfase, em um dos seus últimos escritos, o estabelecido nos mencionados documentos internacionais de proteção aos direitos do homem, como determinante para configuração de um Judiciário independente e imparcial.¹⁵⁰

Retomando, especificamente no tocante ao exercício das funções institucionais do Ministério Público como fator de preservação da imparcialidade e da independência do órgão julgador,¹⁵¹ cabe ressaltar o exercício do controle externo da atividade policial e a promoção privativa da ação penal pública. Muito embora as particularidades dessas funções institucionais sejam vistas em outro momento (conf. 3.1 a 3.3), pode-se afirmar que a realização plena delas, pelo Ministério Público, resultará em reforço à exigência da imparcialidade judicial.

O controle da atividade policial requer uma atenção voltada diretamente para os atos policiais levados a cabo na apuração de fato potencialmente criminoso. Essa postura equivale a um dever de observância da regularidade do procedimento extrajudicial sob várias óticas, preponderando para os critérios legais, para a vedação de abuso, arbitrariedade ou qualquer ato atentatório contra a dignidade da pessoa suspeita/ investigada.

Seguramente que a realização prática dessa função institucional, pelo Ministério Público, conduzirá ao necessário afastamento da autoridade judiciária dessa fase pré-processual. Nessa etapa, necessária para a obtenção de informações mínimas acerca do fato delituoso e da autoria, como já delineado em outro ponto, a intervenção judicial somente terá cabimento quando provocada na condição de garante dos direitos fundamentais.

Para tanto, torna-se condição necessária uma relação direta entre Polícia e Ministério Público, o que até o presente não se tem verificado satisfatoriamente no âmbito

¹⁴⁹ DÍAZ CABIALE, loc. cit., p. 404.

¹⁵⁰ MARQUES, José Frederico. O Processo Penal na Atualidade. In: PORTO, Hermínio Alberto Marques; SILVA, Marco Antônio Marques da (Orgs.). *Processo Penal e Constituição Federal*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993. p. 15.

¹⁵¹ SILVA, vol. 1, loc. cit., p. 246.

nacional, visto que as Polícias Cíveis e a Polícia Federal, empiricamente de fácil constatação, relutam a submeter-se à norma constitucional que apregoa o controle externo da atividade policial pelo Ministério Público, mantendo relação direta tão somente com o Poder Judiciário. Esse é, certamente, um dos obstáculos mais evidentes para a não realização de um efetivo controle da atividade policial, acrescido da falta de medida concreta, pelo Ministério Público, a superar esse óbice. Assim ocorrendo, essa promíscua relação direta entre a autoridade judiciária e a Polícia mantém aquela (autoridade judiciária) como autoridade primeira a tomar conhecimento de todo e qualquer ato da apuração criminal, cujo destinatário único é o titular da ação penal. Não raras vezes, esse primeiro contato da autoridade judiciária implica seriamente no comprometimento da necessária imparcialidade.

Como aferido em outro ponto, o princípio acusatório apregoa não somente a separação da parte acusadora do órgão julgador, senão necessariamente pela estrita obediência às funções institucionais reservadas a cada um deles enquanto participantes na persecução penal. Ocorrendo alguma quebra no cumprimento dessas funções, fatalmente estarão comprometidos, a um só tempo, o devido processo legal, o princípio acusatório e, por conseguinte, a imparcialidade judicial.

Não diferente ocorre em relação à titularidade da ação penal pública. A partir de quando o órgão titular privativo, Ministério Público, não viabilizar concretamente a assunção dessa titularidade, permitindo que outros agentes – como delegados de polícia – compartilhem dessa titularidade, como se verifica, às escâncaras, nas diversas medidas cautelares como prisão preventiva, prisão temporária, busca e apreensão residencial etc., ter-se-á o comprometimento da imparcialidade judicial. Com efeito, decidir provocado por quem não legitimado equivale a decidir de ofício. Nesse particular, merece adiantar a peculiar situação concreta de delegado de polícia representar por alguma medida cautelar que, ao fim, não requerida pelo Ministério Público, seja deferida pela autoridade judiciária. Essa anômala situação jurídica ainda praticada pelo Poder Judiciário e tolerada pelo Ministério Público, resquício do método inquisitivo, conduz à quebra da imparcialidade judicial, vez que atende pedido de quem não possui legitimidade para pedir - vale dizer, de quem não detém capacidade postulatória -, além de se traduzir, nessa consequência, como restrição cautelar ofensiva de direito fundamental.

Dessa perspectiva parece evidente, como antes ponderado, que a realização plena das funções institucionais do Ministério Público - pelo Ministério Público -, em muito contribuirá para a imparcialidade judicial, tendo como orientação o princípio acusatório.

Não por outra razão Díaz Cabiale, que muito aprofundou no tema da imparcialidade, toma alguns aportes jurisprudenciais do Tribunal Constitucional espanhol no sentido de que o direito a um juiz imparcial decorre, no Estado de Direito, do princípio acusatório.¹⁵²

2.6 O Princípio Acusatório e a (ainda) Necessária Superação do Paradigma Inquisitorial

Desde Beccaria, como de conhecimento, está-se a apregoar um modelo de punição e de procedimento que rompa com o *Ancien Régime* - expressão que vingou na França referindo-se ao Estado absolutista vigente antes da Revolução.¹⁵³ Nesse sentido são as invocações do referido autor para a vedação das acusações secretas que, como se sabe, ocorriam na forma de “denúncia” (típica do sistema inquisitorial), além do destacado reclame para o fim da tortura como meio de obtenção da “prova” maior: a confissão.¹⁵⁴

Como bem adverte Ibaixe Jr. no estudo preliminar ao plano de legislação criminal de Marat, esse último manifestava desconfiança no “*vingador público*” (Ministério Público, representante da Coroa), possivelmente devido aos vínculos com o poder da época que o distanciava da realidade social, além de apregoar a adoção de um modelo acusatório no qual “as provas jamais serão produzidas pelos juízes”. Enfim, “num século iluminado pela razão, Marat despreza a prova da confissão por considerá-la, em todos os aspectos, anêmica ante o fato de ser produzida pelo próprio acusado”.¹⁵⁵

Tal como Beccaria, Marat foi fortemente influenciado pelo momento político-social que o cercava. Residiu um período na Inglaterra, em Newcastle, onde presenciou as condições em que a miséria assolava “o jovem proletariado nas manufaturas do Norte”; na França, conheceu as várias obras publicadas por Voltaire em defesa de Jean Calas, um protestante acusado de matar o próprio filho e condenado à morte “mesmo sem qualquer

¹⁵² DÍAZ CABIALE, loc. cit., p. 430-435.

¹⁵³ GROSSI, loc. cit., p. 44.

¹⁵⁴ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Trad. de Torrieri Guimarães, São Paulo: Editora Martin Claret, 2002. p. 59-66.

¹⁵⁵ MARAT, loc. cit., p. 32-36.

evidência ou prova dos fatos, à exceção de sua confissão, obtida a custa de suplícios e torturas” (método de “justiça” então vigente), dentre outros.¹⁵⁶

Não por outro motivo, Ibaixe Jr. acentua a “visível preocupação humanista, não com o criminoso propriamente dito, mas com a figura do cidadão que é acusado de um crime” nos trabalhos de Beccaria e Marat. Para mais, finda em arrematar que os mencionados iluministas “são um libelo contra a tortura, contra as arbitrariedades, contra a violência; em ambos encontra-se a preocupação com o homem que suportará a acusação, o processo e a condenação”.¹⁵⁷

Nesse contexto, Marat finda o prólogo do plano de justiça criminal percorrendo em tom de análise o modelo vigente na época e assim arremata:

Quando se estuda o direito criminal dos diferentes povos, revolta-nos ver a justiça imersa num tenebroso caos. Que digo! Vendo por toda parte homens submetidos a injustas leis e entregues ao furor da tirania, causa-nos assombro o poder da superstição. Os tempos têm mudado (bem o sei); o espírito filosófico tem penetrado em todas as partes; os novos conhecimentos fazem sentir os antigos abusos; procure-se já corrigi-los; porém, não obstante, com o progresso dos conhecimentos e o desejo de uma reforma das leis penais, temo não haver muito tempo para lastimar a sorte da humanidade, enquanto os sábios não puderem redimi-la. Que eles continuem, contudo, esclarecendo o mundo; a medida que as luzes se estendam, o que dirá mudar a opinião pública e, pouco a pouco, os homens chegarão a conhecer seus direitos; enfim, eles quererão possuí-los e então, somente então, impacientes pelos erros aos quais se sujeitem, buscarão um modo de rompê-los.¹⁵⁸

Certamente que Beccaria e Marat não compreenderiam o porquê de, passados mais de duzentos anos de seu tempo, a prática da persecução penal ainda não ter alcançado a tão esperada evolução. Aliás, sequer obteve êxito de desvencilhar-se, por completo, das amarras inquisitivas, como ocorre no modelo brasileiro, a despeito da adoção constitucional do princípio acusatório.

O método/ princípio inquisitivo, a se justificar, traz em si uma relação estreita com as noções de segurança, estabilidade e de juízos de verdade, todos mantendo entre si um quê totalizante.

Por seu turno, o modelo acusatório de persecução penal, opondo-se ao inquisitivo, sinaliza uma abertura para a democratização do processo penal, oportunizando, certamente, não somente a fala das partes, mas a análise do conteúdo dessa fala em espaço público e democrático. Para além, reconhece, nos direitos fundamentais, efeito irradiante na

¹⁵⁶ MARAT, loc. cit., p. 50-52.

¹⁵⁷ MARAT, loc. cit., p. 42.

¹⁵⁸ MARAT, loc. cit., p. 68.

dimensão de princípio elementar da ordem jurídica. As partes envolvidas têm direito não apenas de argumentar, senão que seus argumentos componham o processo decisório, vez que a decisão não mais é prolatada com amparo na íntima convicção, mas pelo discurso racional voltado para o consenso¹⁵⁹ alcançado pelo melhor argumento.¹⁶⁰ Nesse particular, a decisão deverá estar pautada em um dos fundamentos defendidos pelas partes, jamais isoladamente (conf. 3.5). O modelo acusatório não se compraz com o absoluto, nem com o autoritarismo, mas com a participação das partes em contraditório.

Ademais, e nada obstante, é fácil constatar, na prática da persecução penal, um costume arraigado não a uma legalidade conforme a Constituição, mas à legalidade conforme a lei, hermética em seus próprios conceitos, a qual produz uma eficácia paralisante do princípio acusatório constitucionalmente adotado, vez que até as leis mais recentes não se harmonizam com o nominado princípio estruturante da persecução.

Diante desse quadro é que se faz necessária uma mudança de postura do Ministério Público. Sendo o princípio norma de aplicabilidade imediata (conf. 2.7), afigura-se ser necessário empreender uma prática conforme o princípio regente da persecução por todos os atores envolvidos na questão criminal, notadamente pelo Ministério Público na condição de garante da ordem jurídica.

Sem embargo, essa providência prática, em um primeiro momento, poderá ser mal interpretada devido à inexistência de vivência e da falta de reflexão acerca do tema, não se traduzindo, tais empecilhos, em cláusulas impeditivas a que as funções institucionais dos atores públicos sejam efetivamente conformadas com as normas constitucionais e com as normas orgânico-regulamentares do Ministério Público, já afinadas constitucionalmente.

Nessa perspectiva é que se propõe delinear a repercussão do princípio acusatório regente da persecução penal, mas como aspecto material do devido processo legal, num inafastável, frequente e equilibrado contato com as funções conferidas ao Ministério Público e ao Poder Judiciário. Antes, porém, convém enfatizar o princípio nuclear da persecução penal como norma de aplicabilidade imediata.

¹⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade. Vol. II, trad. Flávio Beno Siebeneichler, 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 146-147, 319-325; HABERMAS, Jürgen. *Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada*. Trad. Lúcia Aragão; rev. Daniel Camarinha da Silva, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002. p. 57-70.

¹⁶⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade. Vol. I, trad. Flávio Beno Siebeneichler, 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 137.

2.7 O Princípio Acusatório como Norma Constitucional de Aplicabilidade Imediata

Por certo que tocar na questão da aplicabilidade da norma jurídica possa ensejar uma (re)tomada conceitual acerca de categorias jurídicas como as da eficácia plena, da eficácia contida e da eficácia limitada ou reduzida, já por demais sedimentadas na literatura constitucional.¹⁶¹ Do mesmo modo, afigura-se prescindível revolver os planos da existência, da validade ou da eficácia da norma ou do fato jurídico.¹⁶²

Importa ter presente que “toda a constituição é feita para ser aplicada. Nasce com o destino de reger a vida de uma nação, construir uma nova ordem jurídica, informar e inspirar um determinado regime político-social”. Mesmo as (de)nominadas normas constitucionais de eficácia “contida” ou “limitada” possuem eficácia – capacidade de produzir efeito jurídico – de “condicionar a atividade discricionária”, “estabelecer dever”, “condicionar legislação futura” em relação aos Poderes Públicos a voltarem as práticas e atos normativos ordinários conforme por elas preceituado.¹⁶³

Para o presente propósito, satisfaz-se em reconhecer o caráter normativo do princípio constitucional, vale dizer, como norma superior que não apenas reclama, mas manda à ordem jurídica infraconstitucional estar em harmonia com a Constituição. Esse mandado de otimização, contudo, finda por estabelecer um embate, senão mesmo um paradoxo, acerca de como adequar a persecução penal nacional aos valores constitucionais em vista da inadequada legislação ordinária.

A partir dessa questão, ganha vulto o princípio acusatório como aspecto material do devido processo legal, na medida em que não se compraz com a mera observância do procedimento previsto em lei, mas com o procedimento conforme a Constituição, buscando a correção/ evitação de práticas abusivas na persecução penal. Nessa perspectiva, o princípio acusatório serve de parâmetro para a regularidade procedimental inadequada com as funções institucionais conferidas aos órgãos de julgamento e da acusação.

Sem embargo, certamente que, para o caso da persecução penal nacional, a aceitação dos efeitos resultantes da aplicabilidade imediata do princípio acusatório demandará

¹⁶¹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 63-166.

¹⁶² MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*. 6. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 55-81.

¹⁶³ SILVA, op. cit., p. 103-208, 262.

tempo, considerada a histórica cultura inquisitiva por aqui reinante. É necessário alcançar a compreensão de se ter na Constituição o “instrumento básico de garantia jurídica”.¹⁶⁴

Exatamente dessa compreensão jurídica, tomando em consideração a supremacia das normas constitucionais, é que Martel, mesmo admitindo a plasticidade dos princípios, vale dizer, sua maior capacidade de adaptação e adequação a novas situações, diferente das regras, que valem ou não valem, enaltece a “capacidade de amoldamento do princípio”.¹⁶⁵

Assim, urge assentar que, na linha de Canotilho, a qualidade de *lex superior* das normas de direito constitucional já traz em si seu fundamento de validade. A “superioridade normativa das normas constitucionais implica o princípio da conformidade de todos os actos dos poderes políticos com a Constituição”.¹⁶⁶

Caracterizado, como visto, o princípio acusatório em sede constitucional, daí a exigência da vinculação de todos os atos normativos e de todas as práticas pertinentes à persecução penal, eis que em tal sede prepondera o interesse de realização dos direitos fundamentais.¹⁶⁷

É nessa perspectiva que se partirá, doravante, na análise da repercussão do princípio acusatório como norma de aplicabilidade imediata na persecução penal brasileira, destacando seus efeitos em algumas das funções institucionais do Ministério Público.

Para muitos, certamente, as proposições adiante formuladas soarão como “o direito ao delírio”.¹⁶⁸ Contudo, elas já vingam no plano normativo constitucional brasileiro desde 05 de outubro de 1988; apenas reclamam uma vontade prática de obediência à Constituição. Nessa direção é que a seguir serão tomados alguns aspectos - ou efeitos - do princípio acusatório, aqui reputados vinculantes do Ministério Público na persecução penal.

¹⁶⁴ STRECK; MORAIS, loc. cit., p. 98.

¹⁶⁵ MARTEL, loc. cit., p. 309-322.

¹⁶⁶ CANOTILHO, 1993, p. 137.

¹⁶⁷ ALEXY, loc. cit., p. 543-544.

¹⁶⁸ GALEANO, Eduardo. *De Pernas pro Ar: a escola do mundo ao avesso*. Trad. de Sérgio Faraco, 8. ed. Porto Alegre: L & PM, 1999. p. 341-344.

3 O PRINCÍPIO ACUSATÓRIO E MINISTÉRIO PÚBLICO

Pretende-se, nesta etapa, considerada a estrutura acusatória adotada pela atual Constituição Federal brasileira, situar, em alguns particulares da persecução penal, como o Ministério Público, na relação com o Poder Judiciário, pode contribuir para a concretização das normas constitucionais.

Tem-se como meta aferir a possibilidade do Ministério Público seguir o princípio acusatório, mostrando alternativas para superação das amarras inquisitivas ainda reinantes na praxe dessa instituição.

Para tanto, serão abordadas determinadas fases nucleares da persecução penal e a postura possível, dessa instituição, afinada com as normas constitucionais pertinentes às suas funções institucionais. Dentre elas, destacam-se: o controle externo da atividade policial; a questão pertinente à restrição cautelar de direitos individuais fundamentais; a titularidade da promoção da ação penal pública; o ônus probatório da acusação; por fim, uma atuação como (de)limite na condenação.

A análise da atuação do Ministério Público na persecução penal não se fará, necessariamente, por meio de estudo comparado, apesar de alguns apontamentos em situações particulares.

A incursão nas possibilidades jurídicas de aproximar a prática dessa instituição ao modelo de garantias constitucionalmente fixado, sob a regência do princípio acusatório, funda-se na atenção ao devido processo legal a legitimar a restrição de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito.

3.1 O Necessário Controle Externo da Atividade Policial

Merece destacar o pronunciamento feito por Roxin, por ocasião da conferência realizada em 1969, na Alemanha, em festejo aos cem anos de existência do Ministério Público em Hamburgo. Naquela oportunidade, tratando da posição jurídica e das

tarefas futuras dessa instituição, Roxin expôs os três fins principais perseguidos com a criação do Ministério Público: o primeiro diz respeito a ser um meio para se abolir o antigo método inquisitivo, vez que cindia em pessoas diversas as funções de acusar e julgar; o segundo, não ser apenas órgão acusador, mas dirigido por critérios de objetividade de modo a também velar para os direitos do imputado; o terceiro, a exercer o controle dos atos da polícia.¹⁶⁹

Mencione-se, ainda na lúcida colocação de Roxin por ocasião da mencionada conferência, lembrando palavras de Friedrich von Savigny, segundo a qual

cuando él exigió para el ministerio público "que la policía criminal sea puesta en lo posible en sus manos y le sea concedido un imperio material sobre todos sus funcionarios, de tal manera que éstos estén obligados a subordinar su actividad de policía criminal a la autoridad del fiscal, a satisfacer sus instrucciones en este sentido y, donde él intervenga, a apartarse de una intervención autónoma. Precisamente en las operaciones de los funcionarios de policía preliminares a una investigación, subyace el peligro cercano" —así sentenció Savigny— "de una lesión jurídica, y la experiencia enseña como, no raramente, los agentes de policía de menor jerarquía son los responsables de tales lesiones jurídicas, en perjuicio de la persona afectada. Remediar esa mala situación y dar una base jurídica a las primeras intervenciones policiales debería ser, con toda propiedad, tarea del ministerio público; ello se sigue del principio que está en la base de la institución y su solución daría, además, a la nueva institución creada la mejor consideración a los ojos del pueblo".¹⁷⁰

O controle da atividade policial situava-se, pois, como um dos fins institucionais concebidos por ocasião da criação do Ministério Público na antiga Prússia, assim feito para conhecer e corrigir possíveis abusos por parte de agentes da polícia.

Para melhor compreensão, afigura-se proveitoso revolver breves aspectos históricos da relação polícia-acusação-julgador na persecução penal brasileira.

A persecução penal, no Brasil, historicamente dirigida pelo princípio inquisitivo, não teve no Ministério Público o órgão necessário e suficiente para superação do mencionado método de persecução como concebido e idealizado na antiga Prússia, lembrado por Roxin. Nesse sentido, registre-se que durante mais de duzentos anos das Ordenações Filipinas vigia na plenitude o sistema inquisitivo no Brasil colônia, destacando-se para a concentração da jurisdição civil e penal, com poderes de acusação e julgamento outorgados aos donatários, passando essa mesma competência aos juízes nomeados e eleitos no período do Governo-Geral.¹⁷¹

¹⁶⁹ ROXIN, Claus. Posición jurídica y tareas futuras del ministerio público. Trad. de Julio B. J. Maier y Fernando J. Córdoba. In: GUARIGLIA, Fabrício O.; RUSCONI, Maximiliano A. (Orgs.). *El ministerio público en el proceso penal*. Buenos Aires: AD-HOC, 1993. p. 37-57.

¹⁷⁰ ROXIN, op. cit., p. 42.

¹⁷¹ PIERANGELI, loc. cit., p. 58-67.

Em 1636 foi instalado o Tribunal da Relação da Bahia (primeiro tribunal de segundo grau do Brasil colonial). Esse tribunal, equivalente à Casa de Suplicação de Lisboa, era composto de três desembargadores, um chanceler, um ouvidor-geral e um juiz dos feitos da Coroa e Fazenda. Havia ainda um procurador da Coroa e Fazenda que servia com funções de “promotor de justiça”, como auxiliar da “justiça pública” - ou “justiça real” - bem como os tabeliães e os oficiais de justiça.¹⁷² Esse procurador compunha um corpo de “procuradores fiscaes”, posteriormente nominados de “promotores da justiça”, atuando na provocação dos juízes criminais nos casos de crimes que pudessem resultar no confisco de bens em favor da Coroa. Esse procurador foi reputado como sendo a origem do Ministério Público com atuação criminal em Portugal.¹⁷³

Como se vê, longe da busca da tutela dos interesses sociais e individuais indisponíveis, o critério inicial, orientador e determinante das funções do Ministério Público brasileiro, foi de fiscal dos interesses da Coroa no confisco de bens.

Mesmo a partir das primeiras legislações adotadas no período pós-/independência, como ocorreu em relação à Lei de 29 de novembro de 1832, que instituiu o Código de Processo Criminal de Primeira Instância, não havia disposição acerca de controle dos atos policiais. Aliás, somente a partir da Lei nº 261, de 03 de dezembro de 1841, é que foi instituída a “Polícia” para exercer atribuições então cometidas aos juízes de paz e oficiais de justiça. Em cada província e no município da Corte, haveria um “Chefe de Polícia” escolhido dentre desembargadores e juízes de direito; haveria, ainda, delegados e subdelegados escolhidos dentre juízes e cidadãos, todos indicados pelo imperador ou pelos presidentes das províncias. Merece destacar que todas as “Auctoridades Policiaes são subordinadas ao Chefe de Polícia”,¹⁷⁴ mas, como apontado, o “Chefe de Polícia” compunha o então “Poder Judicial”.

Devido à subordinação direta das “auctoridades policiaes” aos órgãos do então “Poder Judicial”, sobreveio o Regulamento nº 120, de 31 de janeiro de 1842, adotando o nominativo “polícia judiciária” e conferindo a tais autoridades a parcela da “competência” antes cometida aos juízes de paz. Essa relação estreita entre a Polícia e o Poder Judiciário, pela qual os atos da apuração criminal realizados por aquela eram e deviam ser submetidos a este, foi contemplada na edição do Código de Processo Penal de 1941 e, para muitos, ainda vigente.

¹⁷² PIERANGELI, loc. cit., p. 70-71.

¹⁷³ ALMEIDA JÚNIOR, loc. cit., p. 102.

¹⁷⁴ PIERANGELI, loc. cit., p. 203-240, 243.

Essa rápida visão histórico-legislativa é trazida à tona com o propósito de enfatizar a tonalidade normativa conferida ao controle dos atos da polícia da investigação criminal, legislação essa que não conferiu aos então “promotores públicos” referida função.

Uma análise mais detalhada acerca da natureza e do significado de “controle da atividade policial” e das possibilidades de concretização pelo Ministério Público diante das diversas polícias consta no estudo realizado por Ribeiro.¹⁷⁵ Também Choukr expôs pontos importantes, e ainda não superados, na difícil relação entre Ministério Público e a Polícia.¹⁷⁶

Pode-se sublinhar que a prática legalista (conf. 1.4.3) e os interesses corporativos da Polícia – acrescido do apego do Ministério Público à antiga praxe de não acompanhar o que é investigado, como se investiga, quem é investigado, porque se investiga, prática essa que remonta à época em que exercia a função de assessoramento e auxiliar do Poder Judiciário –, tudo contribui para a não concretização de um eficaz controle da atividade policial.

Destaca-se a histórica postura legalista em seguir as arcaicas regras ditadas pela legislação procedimental de 1941 que reproduzem, na essência, uma rotina compatível com a legislação processual de 1832. Em outros termos, de uma Polícia subordinada ao Poder Judiciário e de um Ministério Público distante do dever de zelo e respeito com os interesses sociais e individuais indisponíveis, não titular da ação penal pública e isento da obrigação de conhecer e coordenar os atos da investigação.

Apesar do presente trabalho não estar amparado em dados estatísticos/empíricos, pode-se afirmar, sem temor de equívocos, que grande parte dos órgãos do Ministério Público não tem conhecimento do que a Polícia realiza em cada procedimento (inquérito policial) em trâmite nas respectivas promotorias/ procuradorias. De regra, ficam a par dos atos praticados somente quando concluída a apuração, seguindo, à risca, as regras do Código Processual de 1941. Essa postura legalista negligencia não apenas as normas constitucionais, mas também as leis orgânicas do Ministério Público e a própria razão jurídica dessa instituição.

Dispõe o inciso VII do artigo 129 da atual Constituição Federal brasileira como função institucional do Ministério Público exercer o controle da atividade policial, na

¹⁷⁵ RIBEIRO, loc. cit., p. 183-322.

¹⁷⁶ CHOUKR, Fauzi Hassan. O relacionamento entre o Ministério Público e a Polícia Judiciária no processo penal acusatório. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Coords.). *Processo Penal e Estado de Direito*. Campinas: Edicamp, 2002. p. 149-172.

forma da lei complementar. Essa regulamentação foi levada a cabo pelos artigos 3º, 9º e 10, todos da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. Muitas das medidas lá constantes já estavam expressas na legislação esparsa, tais como promover a ação penal por abuso de poder, requisitar instauração de inquérito policial, ter acesso a documentos relativos à atividade-fim policial, ingressar em estabelecimentos policiais ou prisionais, além de representar visando a sanar alguma omissão, prevenir e corrigir ilegalidade ou abuso de poder. Houve inovação quanto ao dever de comunicação imediata, da autoridade competente, ao Ministério Público da União, acerca da prisão de qualquer pessoa, com indicação do lugar onde se encontra e com cópia dos documentos comprobatórios da legalidade da prisão, consoante artigo 10 do mencionado Estatuto do Ministério Público da União.

Certo é que essa regulamentação não se mostrou suficiente para conduzir o Ministério Público a um razoável controle dos atos da Polícia. Para levar a cabo tal propósito, sem perder de vista que esse controle deve recair sobre a atividade-fim policial, vale dizer, nos atos praticados na apuração de infração penal, afigura-se possível alcançar esse desiderato quando: acompanhar o que se apura em cada procedimento (inquérito policial, registro de ocorrências etc); evitar a arcaica prática de apor carimbo pedindo ao juiz o retorno do procedimento à delegacia; ter em conta que a apuração destina-se ao Ministério Público, não ao Poder Judiciário (ainda seguido pela ampla maioria dos órgãos do Ministério Público devido ao ranço legalista inquisitorial); analisar cada momento da apuração para saber a suficiência das informações para promover, ou não, a ação penal; analisar o interesse/viabilidade jurídico do prosseguimento da apuração e, se o caso, promover o imediato arquivamento; por fim, requisitar, diretamente da Polícia, diligências complementares servíveis à apuração. Ponto culminante desse controle será notado quando se apurar não o que a Polícia quer, mas o que o titular da ação penal pública permitir.

O substantivo “controle” diz respeito ao ato de dirigir determinado serviço, fiscalizando-o e orientando-o do modo mais conveniente aos fins a que se destina. Também do francês “contrôle”¹⁷⁷ significa a verificação atenta e minuciosa da regularidade e validade de um ato. Daí, enquanto o Ministério Público não acompanhar de perto todos os atos praticados pela Polícia nos - e fora deles - procedimentos de apuração, dificilmente terá êxito nessa função institucional. Nesse particular Lopes Jr. tem enfatizado os pontos de entrave dessa função pelo titular da ação penal.¹⁷⁸

¹⁷⁷ LAROUSSE. *Dictionnaire de Français*. Manchecourt (Fr): Maury-Eurolivres, 1999. p. 91.

¹⁷⁸ LOPES JR., vol. 1, 2008, p. 242-244.

Para mais, o efetivo exercício dessa função possibilita, ainda, o afastamento do órgão do Poder Judiciário da apuração criminal, vez que incabível tal Poder, como não raro ocorrer, imiscuir-se na apuração atuando como garante da legalidade dos inquéritos policiais, lançando despachos, deferindo isso ou aquilo. Esse ônus é do Ministério Público. Como enfatizado na parte inicial do trabalho, a intervenção do Poder Judiciário na fase pré-processual, seguindo os efeitos do princípio acusatório, somente será justificada para a tutela de direitos fundamentais da pessoa (conf. 1.3).

Nada obstante, registre-se que sequer o atual Projeto de Lei em tramitação no Senado brasileiro, Projeto nº 156/2009, elaborado por uma “Comissão de Juristas”, ponderando constituir-se num avanço à atual legislação, não aderiu satisfatoriamente à configuração acusatória idealizada constitucionalmente. Nesse sentido, registre-se a previsão de um juiz de garantias que, embora pudesse ficar restrito à tutela de direitos e garantias fundamentais, ainda se (intro)mete em atos típicos de controle externo da polícia, reservada no plano constitucional ao Ministério Público, assim retratado, exemplificando, nas previsões de “prorrogar o prazo de duração do inquérito policial” e em poder “requisitar documentos, laudos e informações da autoridade policial sobre o andamento da investigação”, inseridas nos incisos IX e X do artigo 15 do referido Projeto de Lei.¹⁷⁹

Tendo-se em conta o procedimento policial - inquérito policial - para a apuração das informações necessárias acerca da ocorrência de infração penal e respectiva autoria, exatamente aí deve o Ministério Público dispensar maior atenção. Deve atentar que a regulamentação prevista no segundo título do Código de Processo Penal de 1941, precisamente nos artigos 4º a 23, contém regras incompatíveis com a nova realidade jurídico-constitucional brasileira.¹⁸⁰ Nesse sentido, seguem algumas de fácil constatação.

3.1.1 Controle quanto à instauração do inquérito policial

Consta no inciso II do artigo 5º do Código de Processo Penal que o inquérito, além de poder ser iniciado de ofício por delegado de polícia e por requisição do

¹⁷⁹ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 156/2009. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2009.

¹⁸⁰ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 66.

Ministério Público, pode(ria) também ser iniciado por requisição da autoridade judiciária. Nesse último particular, não pode mais. O princípio acusatório veda que a autoridade judiciária se imiscua na apuração criminal, sequer invocando interesse público, atual função do Ministério Público. Tal princípio reclama, pois, a imparcialidade do órgão julgador.

Analisando a possibilidade de a autoridade judiciária requisitar da Polícia Civil a instauração de inquérito ou diante da simples comunicação de fato criminoso ao Ministério Público, conforme previsto no artigo 40 do Código de Processo Penal brasileiro, Prado conclui que, nesses casos, somente não haverá violação ao princípio acusatório se a autoridade judiciária se afastar da análise do que apurado. Assim deixou expresso:

[...] qualquer que seja a modalidade de intervenção judicial, voltada à comunicação oficial da existência provável de infração penal a apurar, o magistrado que vier a noticiá-la estará comprometido na sua imparcialidade, razão por que, nas duas hipóteses, como sustentamos, quebrado estará um dos pilares básicos do sistema e, naturalmente, também do princípio acusatório, tal seja, a imparcialidade judicial.¹⁸¹

Sem embargo, essa é uma prática decorrente do vício no “legalismo”, considerado como “monopólio da manifestação do direito”,¹⁸² exercida por parcela significativa do Poder Judiciário, com a complacência do Ministério Público. Nas situações de fato, que reclamem uma apuração, deverá o Ministério Público tomar para si essa responsabilidade e ser o primeiro a adotar a medida necessária a tanto. Assim o fazendo, contribuirá para afastar o Poder Judiciário de questão afeta privativamente ao titular da ação penal pública.

Não diferente dessa compreensão é o posicionamento de Giacomolli quando apregoa o afastamento do Poder Judiciário da fase antecedente ao processo penal.¹⁸³

3.1.2 Controle quanto ao destinatário do inquérito policial

Consta nos §§ 1º e 3º do artigo 10 e no artigo 23, ambos do Código de Processo Penal de 1941, que, concluída a apuração, o inquérito deve ser relatado e enviado/

¹⁸¹ PRADO, 2001, p. 198.

¹⁸² HESPANHA, loc. cit., p. 378.

¹⁸³ GIACOMOLLI, 2006, p. 221.

remetido ao “juiz competente”, ou ainda, sendo o fato de difícil elucidação e estando o suspeito em liberdade, a autoridade policial “poderá requerer ao juiz a devolução dos autos, para ulteriores diligências, que serão realizadas no prazo marcado pelo juiz”.

Essas disposições, ainda irrefletidamente aplicadas, reproduzem na inteireza as vetustas regras contidas nos artigos 270, 285 a 290, todos do Regulamento nº 120, de 31 de janeiro de 1842, ato normativo que regulou “a execução da parte policial e criminal da Lei nº 261, de 03 de dezembro de 1841”. Mencionado regulamento instituiu no Brasil a “polícia judiciária” e reformou, em parte, o primeiro Código de Processo Criminal, de 1832. Até então a atividade persecutória concentrava-se nas mãos dos juízes, auxiliados pelos “escrivães de paz”, “inspectores de quarteirões” e “officiaes de justiça”.¹⁸⁴ No que interessa, tal regulamento regravava que o despacho no “processo da formação da culpa”, levado a cabo por delegado e subdelegado, devia ser remetido aos juízes municipais para sustentação ou revogação, exceto se as autoridades policiais não agissem acumulando as funções dos mencionados juízes.

Assim se procedia porque, naquela época, a atividade policial ora se confundia com a própria função judiciária, ora porque os atos dos delegados e subdelegados, quando não atuavam como juízes municipais, ficavam sob controle do “Chefe de Polícia” que, por sua vez, era um desembargador ou juiz de direito, antes mencionado (conf. 3.1).

Essa antiga relação direta entre Polícia-Poder Judiciário não foi recepcionada pela atual Constituição brasileira. Agora, as funções institucionais cometidas ao Ministério Público na persecução penal, aliadas à exigência de imparcialidade da autoridade judiciária, trazem como corolário o afastamento dessa última da apuração criminal e conduzem a uma única conclusão: que o inquérito policial deve ser encaminhado não ao “juiz competente”, mas ao órgão do Ministério Público com atribuição para conhecer, acompanhar e fiscalizar o apurado, ou em apuração.¹⁸⁵

Afigura-se que, apesar do novo regramento constitucional e sua regulamentação – pela Lei Complementar nº 75/1993 –, a prática do costume legalista parece ter, de fato, levado à já referida “fossilização intelectual”¹⁸⁶ dos atores do Direito ou falado mais alto à conveniência - ou *lobby* – da Polícia a não se submeter ao controle externo pelo

¹⁸⁴ PIERANGELI, loc. cit., p. 203-271.

¹⁸⁵ AMBOS, Kai. Controle da Polícia pelo Ministério Público x Domínio Policial da Investigação. In: CHOUKER, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Coord.). *Processo Penal e Estado de Direito*. Campinas: Edicamp, 2002. p. 245-279.

¹⁸⁶ FERRAJOLI, loc. cit., p. 462.

Ministério Público.¹⁸⁷ Em outros termos, com a complacência do Poder Judiciário, do Ministério Público, de advogados e defensores públicos, a atual Constituição Federal e a Lei Complementar nº 75/1993 continuam a ser interpretadas de acordo com o Código de Processo Penal de 1941, não o contrário. Essa modalidade de interpretação, a pior de todas, mereceu de Canotilho as alcunhas de “interpretação inconstitucional”, “legalidade da constituição” e, ainda, de “constitucionalidade da lei”,¹⁸⁸ vez que modo sub-reptício de negar vigência às normas constitucionais.

Quando do registro da notícia de algum fato delituoso pela Polícia, já vislumbra-se a necessidade de o Ministério Público empreender ato de controle da legalidade da atividade policial para conhecer o fato, saber do início da apuração ou decidir pela desnecessidade dela, procedendo ao arquivamento. Tal medida ganha expressiva dimensão, vez que, antes ou depois de deflagrado o inquérito policial, pode ocorrer o que Ribeiro, com apoio na doutrina americana, nominou de três graus de intervenção violenta da Polícia: “*a prisão*, como primeiro grau; *o transporte* do preso para o local de encarceramento, como segundo grau; e *o interrogatório*, como terceiro grau”.¹⁸⁹

Acerca da existência desses mencionados graus de violência, mencionados por Ribeiro, registre-se que a associação classista policial questionou no Supremo Tribunal Federal a constitucionalidade do artigo 10 da Lei Complementar nº 75/1993, dispositivo que estabelece dever de comunicação ao Ministério Público da União acerca da prisão de qualquer pessoa por parte de autoridade federal ou do Distrito Federal e Territórios, para fins de aferição da legalidade da medida. Contudo, negada a liminar, a ação direta foi arquivada sob fundamento de ilegitimidade de parte.¹⁹⁰ Esse ataque a uma garantia da pessoa enseja indagações e faz retomar as reminiscências da Polícia investigativa brasileira na figura do “capitão-do-mato”, a quem os senhores do engenho encarregava de investigar, perseguir e capturar os negros fugitivos, cuja remuneração se dava “mediante a apresentação de provas: o quilombola recuperado ou sua cabeça decepada”.¹⁹¹

Retomando, também digno de nota acerca do controle da regularidade da investigação e para evitar descompasso do que realiza a Polícia e do que efetivamente

¹⁸⁷ RIBEIRO, loc. cit., p. 212-219.

¹⁸⁸ CANOTILHO, 1993. p. 236-237.

¹⁸⁹ RIBEIRO, loc. cit., p. 153.

¹⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADI-MC n. 1142/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 12 de abril de 1996, p. 11.071. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/processual>>. Acesso em: 11 set. 2009.

¹⁹¹ DEL PRIORE, Mary; VENÂNCIO, Renato Pinto. *O Livro de Ouro da História do Brasil*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001. p. 76; RIBEIRO, 2003, p. 213.

necessita saber o órgão titular da ação penal, é que Lopes Jr. preconiza que o Ministério Público possa “intervir diretamente em um caso concreto”. Vale acrescentar, “dando **instruções específicas** sobre como deverá ser realizado o inquérito policial naquele caso, atendendo suas especiais circunstâncias”¹⁹² (negrito original). Pondere-se ser de conhecimento público que poucos órgãos do Ministério Público atuam/ oficiam no sentido preconizado buscando aprimorar a apuração e o zelo no controle da legalidade da apuração.

Também com mácula acerca da destinação das informações colhidas pela Polícia, preceituam os incisos do artigo 13 do Código de Processo Penal de 1941 que a autoridade policial fornecerá “às autoridades judiciárias as informações necessárias à instrução e julgamento dos processos”; “realizar diligências requisitadas pelo juiz”; entre outros. Nesse particular, é comum o Poder Judiciário juntar ao processo informações encaminhadas pela Polícia sem requerimento das partes.

Verifica-se que também o mencionado dispositivo traz ínsito o vício de ter a autoridade judiciária como destinatária final da apuração de infração penal. Tal disposição afronta de uma só vez a titularidade privativa para a promoção da ação penal pública e a função de exercer o controle da atividade policial, ambas afetas ao Ministério Público.

Nesse ponto, Rangel concluiu de modo incisivo que: “A regra constitucional do controle externo da atividade policial é um reforço ao sistema acusatório, pois deixa nítido e claro que ao Ministério Público é que é endereçada a *persecutio criminis*, afastando o Juiz de qualquer ingerência na colheita de provas”.¹⁹³

A compreensão aqui lançada alcança não apenas as apurações criminais cujos fatos e pessoas estejam, ao fim, afetos à competência do juiz de primeira instância, mas também nas hipóteses de prerrogativa de foro. Em relação a esses últimos a incompatibilidade legislativa com as normas constitucionais parece ser mais flagrante. Alguns regimentos internos de tribunais, exemplificativamente o do Supremo Tribunal Federal, as “atribuições” da “apuração criminal” são conferidas ao relator, a esse cabendo dirigir os atos da instrução dos inquéritos criminais e “deferir” diligências complementares,¹⁹⁴ sem que essa função fira sua imparcialidade subjetiva.

¹⁹² LOPES JR., Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*, 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 152.

¹⁹³ RANGEL, loc. cit., p. 66.

¹⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Regimento Interno. Artigos 21-A, 74 e 231, § 1º. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 31 jan. 2010.

Por fim, merece registro que o antes mencionado Projeto de Lei nº 156/2009, que trata da reforma do Código de Processo Penal, em tramitação no Senado Federal brasileiro, prevê no artigo 33 e seguintes a remessa direta do inquérito policial ao Ministério Público. Tal disposição pode e merece ser aprovada, ressalvada a possibilidade de alteração por meio de emenda parlamentar dos muitos representantes dos interesses corporativos policiais no Congresso Nacional brasileiro.

3.1.3 Controle quanto ao arquivamento do inquérito policial

Esse é um dos pontos determinantes na avaliação dos novos papéis conferidos ao Ministério Público e ao Poder Judiciário na persecução criminal. Melhor análise da questão não se faria sem ter em vista as funções institucionais conferidas constitucionalmente ao titular da acusação e à autoridade judiciária. Ao primeiro, privativo para promover a ação penal pública e para exercer o controle externo da atividade policial; à segunda, como garante dos direitos fundamentais da pessoa na consequência jurídica do crime.

O artigo 28 do Código de Processo Penal de 1941, referindo-se ao arquivamento de inquérito policial, ainda por muitos considerado vigente, contempla a seguinte redação:

Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou 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.

Quando a Constituição Federal de 1988 estabeleceu, no inciso I do artigo 129, como função institucional do Ministério Público, promover, privativamente, a ação penal pública, pretendeu também dizer que a referida função cabe à instituição Ministério Público, não a um órgão determinado. Significa dizer que somente aos órgãos de execução do Ministério Público foi conferida a titularidade para exame dos pressupostos fáticos e jurídicos para promover, ou não promover, a ação penal pública. Nenhum outro órgão, pessoa ou

instituição, estranho ao Ministério Público, pode imiscuir-se na análise desses pressupostos, sob pena de desconsiderar e negar vigência à referida titularidade.

Poder-se-ia indagar acerca do controle da decisão tomada pelo órgão do Ministério Público na promoção de arquivamento do inquérito policial ou outro procedimento de investigação. Contudo, o mecanismo de controle das decisões tomadas pelos órgãos do Ministério Público já está previsto em lei conforme a Constituição. Trata-se dos órgãos da administração superior de cada Ministério Público. No âmbito dos ramos do Ministério Público da União são as Câmaras de Coordenação e Revisão;¹⁹⁵ nos Estados, os respectivos procuradores-gerais de justiça.¹⁹⁶ A esses órgãos cabe, também de modo privativo, proceder à revisão da promoção de arquivamento de inquérito policial ou outro procedimento de apuração de infração penal.

Cabe ponderar ainda que, considerada a natureza administrativa tanto do inquérito policial quanto do procedimento de investigação originário do Ministério Público, por critério de coerência e de simetria, a necessária revisão de arquivamento desses procedimentos deve ser mantida na própria sede, conforme o princípio do paralelismo da forma do ato administrativo. Vale esclarecer, com origem e exaurimento na esfera administrativa.

Acrescente-se que da decisão de arquivamento do inquérito policial ou do procedimento originário de investigação instaurado pelo Ministério Público, a pessoa interessada - de regra, o ofendido - poderá ser notificada a tomar conhecimento da dita decisão, com abertura de prazo (dez dias) para possível manifestação, encaminhando-se tudo, posteriormente, ao órgão de revisão da administração superior do Ministério Público. Nesse exato sentido já constam recomendações, no âmbito do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, pelo Conselho Institucional das Câmaras de Coordenação e Revisão,¹⁹⁷ alcançando, porém, apenas os procedimentos internos de apuração.

O ponto relevante a reclamar o afastamento da autoridade judiciária da etapa de arquivamento do inquérito policial ou de outro procedimento administrativo de investigação criminal, como dito, impedindo juízo antecipatório acerca do fato apurado, é

¹⁹⁵ BRASIL. Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993, arts. 58-61, inciso IV do art. 62, arts. 132-135, inciso IV do art. 136, arts. 167-170, inciso V do art. 171.

¹⁹⁶ BRASIL, Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, art. 29, inciso VII.

¹⁹⁷ BRASIL. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Recomendações n. 05, de 15.5.2003, e n. 21, de 30.5.2006, ambas do Conselho Institucional das Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Disponível em: <<http://www.mpdf.gov.br/institucional>>. Acesso em: 16 out. 2009.

assegurar a imparcialidade enquanto requisito essencial do princípio acusatório. Ainda mais, da decisão do Ministério Público - de arquivamento - não constitui medida tendente a restringir direito fundamental de alguém, daí ficando mais evidente a desnecessidade da intervenção judicial. Assim, considerada a função constitucional precípua da autoridade judiciária como garante dos direitos fundamentais da pessoa, na consequência do crime, afigura-se, de pronto, que a decisão de arquivamento do inquérito policial ou outro procedimento investigatório, pelo Ministério Público, prescinde da intervenção judicial.

Em despacho paradigmático e, portanto, afinado com o ponto aqui traçado, proveio do então juiz federal substituto, Américo B. Freire Júnior. Após receber inquérito policial com promoção de arquivamento do procurador da república que acompanhou a apuração, deixou lúcida lição à magistratura brasileira ao apontar que não cabe intervenção judicial para exercer juízo de valor em relação ao arquivamento promovido pelo Ministério Público; a titularidade privativa para promoção da ação penal pública, conferida ao Ministério Público, constitui exigência de imparcialidade do juiz; o controle da “obrigatoriedade” da ação penal pública deve ser efetuado dentro da própria instituição; o princípio acusatório constitucionalmente adotado determina releitura do sistema processual penal brasileiro; a revisão da promoção de arquivamento do procurador da república deve ficar ao crivo da Câmara de Coordenação e Revisão Criminal do Ministério Público Federal.¹⁹⁸

Os mais atualizados doutrinadores já vêm, de algum tempo, preconizando para uma superação do critério estabelecido no Código Processual de 1941, critério esse considerado, pelos mais acomodados, como ainda vigente. Com a autoridade de quem procurou, com êxito, esgotar o assunto em referência, após lembrar de caso concreto de ingerência da autoridade judiciária na investigação e que o modelo brasileiro de arquivamento do inquérito é o mesmo previsto no código canônico para os crimes ocorridos na Santa Sé, assim asseverou Ribeiro:

É evidente que em casos como esses os juízes acabam por ultrapassar os limites da *magistratura pró-indivíduo*, imiscuindo-se em assuntos de interesse público. O juiz não pode dizer ao Ministério Público quando e como deverá ser oferecida a acusação. Inquérito não é pronúncia; querer impor ao Ministério Público o *timing* para a denúncia (sic) “ante as provas consideradas suficientes” equivale a dizer que o juiz já formou sua opinião contra eventuais suspeitos e que o julgamento será uma mera formalidade para se documentar uma condenação que

¹⁹⁸ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. Arquivamento de Inquérito Policial: Remessa pelo Juiz à Câmara de Coordenação e Revisão do MPF. *Boletim dos Procuradores da República*, ano V, n. 62, p. 05-06, jun. 2003. Disponível em: <<http://www.anpr.org.br/boletim>>. Acesso em: 16 out. 2009.

já havia sido decidida por ele. A sentença condenatória será, então, uma cerimônia providenciada muito antes do processo.¹⁹⁹

Esse particular situa-se na mesma compreensão de Prado quando enfatiza que qualquer controle do juiz acerca do apurado no inquérito ou peça de informação afronta o princípio acusatório, mesmo a pretexto de zelo da “obrigatoriedade” da ação penal pública que, agora, cabe a órgão superior do Ministério Público:

Com efeito, não há razão, dentro do sistema acusatório ou sob a égide do princípio acusatório, que justifique a imersão do juiz nos autos das investigações penais, para avaliar a qualidade do material pesquisado, indicar diligências, dar-se por satisfeito com aquelas já realizadas ou, ainda, interferir na atuação do Ministério Público, em busca da formação da *opinio delicti (sic)*. A imparcialidade do juiz, ao contrário, exige dele justamente que se afaste das atividades preparatórias, para que mantenha seu espírito imune aos preconceitos que a formulação antecipada de um (sic) tese produz, alheia ao mecanismo do contraditório, de sorte a avaliar imparcialmente, por ocasião do exame da acusação formulada, com o oferecimento da denúncia (sic) ou queixa, se há justa causa para a ação penal, isto é, se a acusação não se apresenta como violação ilegítima da dignidade do acusado.²⁰⁰

Dessas assertivas fica em evidência porque a intervenção da autoridade judiciária estará justificada em momento posterior à promoção da ação penal. Em outros dizeres, a exigência de imparcialidade e a função de garantia dos direitos fundamentais da pessoa na consequência jurídica do crime conduzem à conclusão de que somente após promovida a ação penal, seja de iniciativa pública ou privada – porque exatamente nesse momento é que há, por certo, pretensão de restringir direito fundamental da pessoa – é que justifica a intervenção da autoridade judiciária. Essa intervenção é necessária para aferição não da pretensa “obrigatoriedade” da ação penal, mas das condições mínimas para a instauração e o desenvolvimento regular do processo penal, vez que a análise aprofundada da questão de fato fica reservada após regular produção de provas em contraditório e com defesa técnica.

Ocorre que a disposição (artigo 28) do vetusto Código de Processo Penal de 1941, por constar no “Código”, pretende ainda regradar o procedimento relacionado ao arquivamento do inquérito policial. O projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional para corrigir essa anomalia jurídica de há muito não é votado. Assim, aparentemente ter-se-ia o seguinte paradoxo: como aplicar lei não recepcionada pela Constituição Federal? Há outra direção?

¹⁹⁹ RIBEIRO, loc. cit., p. 143.

²⁰⁰ PRADO, 2001, p. 198-199.

Afirmou-se, acima, aparentemente, vez que o paradoxo é apenas aparente. Já existe previsão em lei regulando a matéria, de modo a superar a antiga regra. Trata-se de dar efetividade às disposições da Lei Orgânica do Ministério Público da União e da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, as quais preveem os órgãos de revisão das promoções de arquivamento dos inquéritos policiais e dos procedimentos internos de investigação criminal. Essas leis estão em harmonia com as normas constitucionais (re)direcionadoras das funções conferidas ao Ministério Público na persecução penal, repercutindo no Poder Judiciário e, inclusive, para regular a tramitação direta dos inquéritos policiais entre Polícia-Ministério Público. Contudo, nega-se vigência às normas afinadas com a Constituição Federal e seguem-se as regras inquisitoriais de 1941.

Esse apontamento não é novo, tanto que já formulado por Ribeiro tempo antes, inclusive mencionando existência de anteprojeto de lei – agora projeto 4.209/2001 - para reforma do Código de Processo Penal, oportunidade em que assim registrou:

Em 2000, em mais um anteprojeto do Código de Processo Penal, apenas as medidas cautelares contra os direitos individuais – prisão, busca e apreensão domiciliares, interceptações telefônicas etc. – ficaram reservadas ao juiz. Esse, por sua vez, nenhuma interferência terá em relação à promoção da ação penal ou ao arquivamento do inquérito, que passaria a ser processado no âmbito interno do Ministério Público, sob fiscalização de órgão superior da instituição. Esse órgão – no Ministério Público da União já existe por criação da Lei Complementar n. 75: é a Câmara de Coordenação e Revisão da Ordem Jurídica Criminal – poderá homologar o arquivamento ou designar outro membro para o oferecimento da acusação. O modelo proposto é idêntico ao português, admitindo, inclusive, a participação da vítima no trâmite do arquivamento.²⁰¹

Com efeito, o agora Projeto de Lei - nº 4.209/2001 - contempla a possibilidade de terceiras pessoas interessadas tomarem ciência da promoção de arquivamento feita pelo Ministério Público; da obrigatoriedade de submeter a decisão de arquivamento ao órgão superior do próprio Ministério Público; da possibilidade de terceiros interessados provocarem o órgão superior em caso de omissão/ negligência do órgão ministerial de origem. Contudo, como adiantado, a matéria está regulada nas leis orgânicas do Ministério Público.

Na Espanha, por Armenta Deu, a homologação de arquivamento pelo Ministério Fiscal é submetida à revisão do respectivo Tribunal competente e em seguida ao Fiscal superior.²⁰² Contudo, merece esclarecer que, na Espanha, o controle judicial sobre os atos do Ministério Público – Ministério Fiscal – justifica-se porque lá o órgão estatal titular da ação penal está estritamente vinculado a princípio da unidade com hierarquia e aos ditames da

²⁰¹ RIBEIRO, loc. cit., p. 146-147.

²⁰² ARMENTA DEU, loc. cit., p. 39-41.

política criminal de governo. Mesmo sustentando a posição de garante da independência e imparcialidade do Tribunal, Armenta Deu assinala que o Ministério Fiscal está

[...] - sometido como es conocido a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica – actúe en comunicación y armonía con el Gobierno, la clave de coordinación y el elemento garantista irrenunciable es la sujeción de aquella actuación al principio de legalidad.²⁰³

Percebe-se que o modelo espanhol é bem diverso do brasileiro, vez que o Ministério Público nacional está fincado em princípios distintos daquele, em especial como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, além da independência funcional a imunizá-lo de possíveis ingerências de governo no cumprimento das funções institucionais.

Ainda quanto ao arquivamento do inquérito policial, registre-se a singular compreensão de Silveira, segundo a qual a regra do artigo 28 do Código de Processo Penal brasileiro contém uma mácula insanável. Para esse autor, quando o citado Código estabelece que o juiz “fica obrigado a atender o pedido de arquivamento” referendado pelo procurador-geral de justiça, ocorre, no caso, ofensa ao princípio da separação dos poderes, além das seguintes violações constitucionais:

1. O Judiciário invade a área privativa do Ministério Público, fiscalizando-o sem estar constitucionalmente autorizado a tanto, já que essa função não cabe ao Judiciário, mas sim ao próprio órgão, mediante controle interno, e à sociedade, através da mídia, eis que o Ministério Público é seu representante. (...);
2. Há violação evidente da cláusula do devido processo legal (*due process of law*), isso porque, ao fundamentar sua contrariedade, o juiz emite juízo de valor sobre a culpabilidade do réu, pelo menos a nível de recebimento da denúncia (sic), antecipadamente à colheita da prova e naturalmente fica vinculado à posição tomada – natural do ser humano -, com quebra da imparcialidade;
3. Sua fundamentação transforma-se em mera opinião, acatável ou não pelo órgão do Executivo, o que derruba a coluna-mestra da separação dos Poderes, no sentido de que os pronunciamentos judiciais são finais para os demais poderes do Estado, devendo ser obedecidos, sob pena de perda de legitimidade e, por conseqüência, da autoridade por parte do destinatário da ordem;
4. O Judiciário fica em posição subalterna, sendo obrigado a acatar decisão tomada fora do âmbito de seu poder, com a qual manifestou discordância.²⁰⁴

Os fundamentos considerados por Silveira firmam pela derrogação do artigo 28 do Código de Processo Penal, pela atual Constituição Federal brasileira, tanto em relação à posição do Poder Judiciário, quanto à nova organicidade do Ministério Público.

²⁰³ ARMENTA DEU, loc. cit., p. 34.

²⁰⁴ SILVEIRA, 2001, p. 357-358.

3.2 Ministério Público e a Restrição Cautelar de Direito Fundamental

A questão pertinente às ações cautelares em sede de investigação pré-processual é por demais delicada, vez que por meio dessas medidas extremas pode resultar na restrição de direito fundamental da pessoa, tendo como fundamento o frágil argumento da “existência do crime e indício suficiente de autoria”.

Diversamente do processo civil, o Código de Processo Penal de 1941 não dispôs em livro ou título específico do procedimento cautelar. Algumas medidas de urgência ora estão relacionadas à produção de provas, pela busca e apreensão, ora pertinentes à prisão de suspeito, ou, ainda, de cunho assecuratório para sequestro de bens obtidos da infração penal, além do previsto em leis especiais, sendo as mais usuais a interceptação de escuta telefônica, prisão temporária, quebra de sigilo bancário etc.

Novamente neste ponto são sopesados a titularidade da ação penal e o controle da atividade policial, além do novo papel reservado à autoridade judiciária na persecução criminal, sem desconsiderar, ainda, o princípio inquisitivo vigente à época da edição do Código processual de 1941.

Afigura-se assente, na literatura, que um dos princípios fundamentais da jurisdição é o de não haver demanda sem pedido da parte legítima, assim consubstanciado no *ne procedat iudex ex officio; nemo iudex sine actore*²⁰⁵ ou “onde sem queixoso/ querelante, sem juiz”²⁰⁶. Na mesma direção, acrescente-se que o procedimento (penal) cautelar tem natureza preponderantemente instrumental/ acessória, por meio do qual se busca um provimento jurisdicional útil a futuro processo de conhecimento/ principal.

Com base nessas premissas é possível asseverar que o autor legitimado para a busca do provimento jurisdicional, por meio de medida cautelar, necessariamente, deve ser o mesmo legitimado para o processo de conhecimento/ principal. Trata-se da capacidade de parte: de quem pode pedir. Aliada a tanto, questão também elementar de direito processual diz respeito à capacidade para postular em juízo. Nos casos de ação penal de iniciativa privada ou na representação do inquirido/ acusado, a referida capacidade postulatória é atendida por meio

²⁰⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro: Exposição Sistemática do Procedimento*, 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 04, 10.

²⁰⁶ ARMENTA DEU, loc. cit., p. 31, tradução nossa. (Wo kein Kläger, da kein Richter).

de advogado ou defensor público; nos casos de ação penal pública, privativamente por órgão do Ministério Público.

Relembre-se que, no regime do Código de Processo Penal de 1941, o Ministério Público não dispunha da titularidade privativa para promover a ação penal pública, estando também legitimados para a referida promoção, em algumas hipóteses, a autoridade judiciária e a autoridade policial,²⁰⁷ mantendo-se uma prática costumeira advinda desde o período colonial/ imperial. Nessa compreensão, em muitas disposições o referido Código prevê que delegado de polícia possa ir diretamente a juízo pleitear medidas assecuratórias, nas quais o Ministério Público se posiciona como fiscal da regularidade do procedimento. Nessa época, de triste memória e própria de regimes ditatoriais, onde o abuso do poder era a nota determinante, a relação entre autoridade policial e judiciária, como visto, era direta.

Com a superveniência da Constituição Federal de 1988, o cenário jurídico e pertinente à persecução mudou. O único legitimado para o manuseio de todo e qualquer processo/ procedimento/ medida tendente a preparar/ assegurar/ servir a ação penal pública é o Ministério Público. Ressalvado o direito constitucional do exercício da ação penal privada nos crimes de ação penal pública, se esta não for intentada no prazo legal,²⁰⁸ nenhuma outra pessoa/ agente/ órgão/ autoridade pode veicular pretensão de provimento judicial a servir a possível e futura ação penal pública, senão integrante da carreira do Ministério Público.

Por oportuno, cabe consignar que em alguns países é tolerado que, além do titular da ação penal - de regra, o Ministério Público -, integrantes da polícia criminal formulem requerimentos judiciais para obtenção de algumas medidas cautelares.²⁰⁹ Contudo, frise-se, em nenhum deles é prevista a titularidade privativa da ação penal pública ao Ministério Público, como ocorre na ordem jurídica brasileira.

No Chile, apesar de o Ministério Público não ser o titular privativo para promover a ação penal pública, a prisão preventiva e demais medidas cautelares pessoais somente podem ser decretadas a requerimento dessa instituição, consoante artigo 140, inciso I, do Código de Processo Penal chileno.²¹⁰

²⁰⁷ BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 03 de dezembro de 1941. *Código de Processo Penal*, arts. 531 e seguintes.

²⁰⁸ BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*, art. 5. inciso LIX.

²⁰⁹ ALMEIDA, Carlos Alberto Simões de. *Medidas Cautelares e de Polícia do Processo Penal em Direito Comparado*. Coimbra: Almedina, 2006. 284 p.

²¹⁰ LENNON; MASLE, tomo I, loc. cit., p. 418-437.

Esse novo paradigma – da titularidade privativa para promover a ação penal pública e exercer o controle externo da atividade policial – parece ainda não ter sido assimilado sequer pelos órgãos do Ministério Público, considerada a praxe dessa instituição.

Daí urge a necessidade de se proceder a uma interpretação conforme a Constituição da legislação que trata do manuseio do instrumento “representação” (previsto, por exemplo, no Código de Processo Penal de 1941; no artigo 2º da Lei nº 7.960/89; no inciso I do artigo 4º da Lei nº 9.613/98; no artigo 20 da Lei nº 11.340/2006; e no artigo 60 da Lei nº 11.343/2006 etc.) por delegados de polícia ou qualquer outra autoridade, mesmo militar.

A falta de maturidade no trato de função institucional nuclear, pelo Ministério Público, ainda é evidente. Digna de nota a peculiar situação de fato vinda à tona em *Habeas Corpus* julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, segundo o qual policiais militares teriam recebido notícia de que o paciente estivesse a comercializar “drogas” na própria residência. Assim feito, um oficial da Polícia Militar, de folga, telefonou para a autoridade judiciária e, desse modo, obteve um mandado de busca e apreensão que foi cumprido por volta das 20h na residência do “suspeito”, sendo encontrada e apreendida “pequena quantidade de material entorpecente”. Registre-se, o Ministério Público tomou conhecimento desses fatos ao receber o procedimento pertinente à prisão “em flagrante” do paciente. A referida diligência foi reputada adequada pelo Ministério Público, tanto pelo promotor de justiça quanto pelo procurador de justiça oficiante no mencionado *habeas corpus*. Contudo, e a bom tempo, o referido tribunal concedeu a ordem para declarar a nulidade não apenas do processo, mas também da “diligência probatória”.²¹¹ Por mais evidente ter sido a ilegitimidade de parte para pedir o provimento judicial que, ao fim, foi alcançado, em momento algum foi questionada a titularidade privativa do Ministério Público para o referido fim.

Não apenas pela peculiar situação acima retratada, mas em vários outros similares, a interpretação adequada à Constituição é considerar que a representação de qualquer autoridade deve ser dirigida ao Ministério Público para, sopesando a situação de fato, requerer, ou não, a intervenção judicial cabível. Na mesma razão jurídica, são também inconstitucionais os demais atos normativos que prescrevem a possibilidade de delegado de

²¹¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Quinta Turma Criminal. Relator Des. Geraldo Prado. *Habeas Corpus* nº 2008.059.04669. Julgamento em: 11 set. 2008. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw>>. Acesso em: 25 nov. 2009.

polícia formular “requerimento” judicial (dentre outros: inciso I do artigo 3º da Lei nº 9.296/96).

Muito embora não estivesse a tratar do presente tema, mas do agravamento das prisões provisórias no Brasil, toma-se como pertinente a expressão de Giacomolli, segundo a qual “o aumento do *peso acusatório* desequilibra o processo e ofende a dignidade do acusado”.²¹² Em efeito, a ampliação ilegítima de pessoa/ agente/ órgão, para além do titular da ação penal, a postular judicialmente a restrição de direito fundamental, ainda que em sede cautelar, ofende o princípio acusatório e, ao fim, o devido processo legal na dimensão material, pois redundando em prática abusiva, além de ofensa à dignidade da pessoa atingida pela (in)consequência jurídica da medida.

Versando sobre a exclusividade do *jus postulandi* do Ministério Público para a ação penal pública, já nos idos de 1991, vale dizer, antes mesmo da edição das atuais leis orgânicas do Ministério Público, Martins Júnior lançou reflexão acerca do tema. Ponderou os efeitos da titularidade privativa para a promoção da ação penal pública, controle externo da atividade policial, do afastamento da autoridade judiciária da investigação ante a exigência de imparcialidade, além da inconveniência do trâmite judicial dos inquéritos policiais. Assim consignou:

A outra questão que se examina é a respeitante à representação da autoridade policial com vistas à decretação judicial da prisão preventiva, da prisão temporária e da busca e apreensão domiciliar.

Ora, o Delegado de Polícia não tem, pela natureza de suas relevantes funções típicas, o **jus postulandi**, e não poderia, logicamente ter a possibilidade de oferecer esses pedidos em juízo, que interessam, sobremaneira, ao titular da ação penal.

Logo, esses pedidos devem ser deduzidos pelo **dominus litis** da ação penal, pública, o Promotor de Justiça, pois constituem apenas procedimentos cautelares do direito processual penal no interesse da futura instrução criminal em juízo.

Se o Promotor de Justiça tem o poder de requisitar inquéritos policiais e diligências, conceder prazos e de exclusivamente propor a ação penal pública, também tem o poder exclusivo sobre as cautelares acessórias da ação penal pública que lhe é exclusiva.

Preconiza-se a correção deste anacrônico distúrbio. O Delegado de Polícia deve submeter essas pretensões ao Promotor de Justiça, titular da ação penal pública e detentor do **jus postulandi** conseqüente em nome do povo, para que este, ao seu convencimento, provoque o Juízo.

Saliente-se que somente as partes têm o direito de provocar o Juiz de Direito.

A permanência dessa estrutura, atualmente, nulifica o direito exclusivo da ação penal pública cometido ao Ministério Público e franqueia ao órgão policial uma prerrogativa que ontologicamente não lhe pertence, usurpando do controle do

²¹² GIACOMOLLI, 2008b, p. 337.

Ministério Público a atividade policial e a condição da ação penal pública acessória ou cautelar, nulificando o **due process of law**.

Não se pode conceber que a parte pública autônoma não exerça todos os atos inerentes à sua condição, delegando àquela cuja tarefa é a investigação dos crimes e contravenções o **jus postulandi** que não é amoldado a suas funções.²¹³ (negritos originais)

Não bastasse, versou ainda acerca de possível paradoxo que pudesse decorrer da não observância das normas constitucionais acerca do tema, assim:

Aliás, é razoável formular-se a hipótese: manifestando o Ministério Público parecer (sic) desfavorável sobre o decreto de prisão preventiva ou busca domiciliar solicitado pela Polícia Civil, pode o Magistrado deferi-lo. A resposta, é certo, dentro da perspectiva constitucional dada ao Ministério Público, é negativa, pois se estará ordenando algo que o titular da ação penal pública não reputa necessário para a sociedade por ele representada em juízo, em flagrante prejuízo de sua liberdade de convicção na **opinio delicti** (sic) ou na análise do **meritum causae**. De outro lado, o exercício dessa parcela da soberania do Estado que lhe foi atribuído estará sendo usado por quem não a detém legitimamente, com prejuízos óbvios aos princípios da imparcialidade e do **ne procedat judex ex officio**.²¹⁴

Resta evidente que todo provimento judicial, sem pedido explícito e fundamentado do titular da ação penal, significará que a autoridade judiciária age de ofício. Contudo, é princípio geral de direito - *nullum iudicium sine accusatione* - no sentido de que a função jurisdicional não pode ser iniciada pelo próprio órgão judicante, uma das expressões do princípio acusatório.²¹⁵ De igual modo, agir provocada por pessoa não legítima equivale a agir de ofício.

Também destaca a autorizada reflexão de Siqueira acerca da prisão preventiva no processo penal acusatório. Após mencionar vários dispositivos do Código Processual Penal de 1941, não recepcionados pela atual Constituição Federal, Siqueira enfatiza a capacidade postulatória nos procedimentos afetos à ação penal pública como ato privativo do titular da ação nos seguintes termos pertinentes:

O acusatório, como sistema processual mais avançado, foi a opção do legislador constituinte de 88. [...].

De igual forma não pode o juiz manifestar em qualquer procedimento penal, mesmo que cautelar, sem que seja provocado pelo MP. Não sendo a representação da autoridade policial um requerimento, mas uma mera exposição sobre a conveniência da determinação da medida extrema, deve o magistrado encaminhá-la ao MP para que este, entendendo ser caso de decretação da preventiva, assim o requeira. [...].

²¹³ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. A Exclusividade do “Jus Postulandi” do Ministério Público na Ação Penal Pública e no Inquérito Policial. *Revista Justitia*, publicada pela Procuradoria-Geral de Justiça em convênio com a Associação Paulista do Ministério Público, São Paulo, a. 53, vol. 156, p. 17, out./dez. 1991.

²¹⁴ MARTINS JÚNIOR, op. cit., p. 18.

²¹⁵ FERRAJOLI, loc. cit., p. 75.

O requerimento da autoridade policial, no sentido de devolução do IP à delegacia de polícia originária para ulteriores diligências, deve ter como destinatário o titular da ação penal pública, o MP.

A representação da autoridade policial para a prisão preventiva deve ser encaminhada ao MP, não sendo possível a decretação de qualquer medida cautelar penal sem o requerimento do titular da respectiva ação, devendo ser considerado inconstitucional o art. 311 do CPP na parte que permite a decretação de prisão preventiva de ofício pelo juiz, bem como em relação à representação da autoridade policial dirigida ao órgão jurisdicional.²¹⁶

Certamente que qualquer pessoa, seja servidor público ou particular, ou até mesmo algum ofendido, pode, inadvertidamente, representar ou mesmo postular em juízo para o fim que lhe aprouver, observada a capacidade postulatória, vez que o direito de ação é público, subjetivo, abstrato e conexo instrumentalmente à situação concreta.²¹⁷ Contudo, caso a medida buscada não se insira na esfera própria e adequada das condições da ação e da capacidade postulatória, além da relação de pertinência com o pedido, tratando-se de situação afeta à ação penal pública a autoridade judiciária deve: a) encaminhar o procedimento ao Ministério Público para conhecimento e adoção das medidas pertinentes e b) arquivar, de logo, o procedimento com base nas condições da ação ou pressupostos processuais.

Nessa direção, a autoridade judiciária não pode, com base em notícia de terceira pessoa, que não o titular da ação penal, emitir/ conceder/ deferir provimento jurisdicional restringindo direito fundamental de alguém na persecução criminal. De outro, caso a autoridade judiciária restrinja direito fundamental da pessoa sem pedido expresso e fundamentado do titular da ação penal, estará: agindo de ofício; incorrendo em abuso; desincumbindo-se do papel reservado constitucionalmente de garante dos direitos fundamentais da pessoa na consequência do crime; negligenciando a cláusula do devido processo legal (conf. 1.3). Nessas hipóteses, o Ministério Público deve buscar, por meio do instrumento jurídico adequado, a correção do abuso judicial e a observância do devido processo legal.

No reiterado e irrefletido costume legalista, a Polícia continua até os dias atuais “postulando” em juízo por meio de petições iniciais travestidas de “representação”.²¹⁸ Assim faz porque conta com a complacência do Poder Judiciário que, tendo significativa parte

²¹⁶ SIQUEIRA, Geraldo Batista de. *Prisão Preventiva no Processo Penal Acusatório*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/>>. Acesso em: 03 abr. 2006.

²¹⁷ LOPES JR., vol. 1, 2008, p. 322-329.

²¹⁸ BRASIL. Terra. Notícias. Justiça Decreta a Prisão Preventiva do Casal Nardoni. Decisão na Íntegra no Processo nº 274/2008, 2º Tribunal do Júri da Capital de São Paulo. Disponível em: <<http://www.terra.com.br/noticias/caso-isabella/despacho/preventiva-nardoni.pdf>>. Acesso em: 07 maio 2008; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Habeas Corpus* nº 95.009-SP, Relator Ministro Eros Grau. Julgamento em 06 de novembro 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 05 dez. 2009.

de seus órgãos influenciada pelos efeitos do “legalismo” (conf. 2.6), agem parecendo ignorar o papel reservado a esse Poder na persecução penal. Conta ainda com um Ministério Público que compartilha a titularidade, apesar de privativa, da ação penal pública. Desse modo, a Polícia busca e alcança a restrição de direito fundamental da pessoa, em evidente inconstitucionalidade. Mesmo autorizada doutrina sugere não ter dispensado maior atenção ao tema, apregoando que esteja a Polícia inserida entre o(s) legitimado(s) a “requererem providências cautelares”.²¹⁹

Assim pode ser retratada a irrefletida praxe forense acerca das hipóteses acima mencionadas: a) delegado de polícia preside o inquérito e conduz a investigação de acordo com sua própria conveniência (subjativa); b) elabora, travestida de representação, “petição inicial” endereçada à autoridade judiciária, como se tivesse capacidade postulatória, dando razões de fato e de direito para obter determinada medida restritiva de direito fundamental de alguma pessoa suspeita da prática de crime; c) a secretaria do juízo/ vara autua a “petição inicial” do delegado de polícia e lança na capa do procedimento o delegado como “parte requerente” ao lado do *nomen iuris* da medida cautelar pretendida; d) autuado o procedimento, a autoridade judiciária lança despacho para que o Ministério Público emita seu “parecer”; e) chegando ao Ministério Público, o respectivo órgão analisa o “pedido” do delegado de polícia e emite seu “parecer” no sentido de que o “pedido” do delegado seja “deferido” ou “indeferido”; f) então, a autoridade judiciária faz referência ao “pleito” da autoridade policial e, sem aprofundar na situação de fato, “defere” o “pedido” não raras vezes limitando-se a conjecturas jurídicas e apoiado em julgado do tribunal local (“em-nome-do-pai”)²²⁰ sem vinculação à promoção do Ministério Público; g) em sequência, o procedimento retorna ao Ministério Público para tomar conhecimento da decisão; h) ao fim, a secretaria do juízo expede a ordem/ mandado judicial; i) encaminha-se a ordem/ mandado à autoridade policial que, ao fim, cumprirá a sua “pretensão”.

Esse esdrúxulo procedimento, inaugurado há 68 anos, ainda faz parte da praxe do Ministério Público que, dia a dia, abre mão da função institucional privativa de promover a ação penal pública, compartilhando-a com a Polícia; anui, em consequência, à ideologia no sentido de que a apuração criminal servirá à autoridade judiciária, não ao titular da ação penal. Não se sabe ao certo se assim age, a Polícia, para não submeter a atividade-fim ao controle do Ministério Público; ou, por comodismo, essa instituição flexibiliza o necessário

²¹⁹ PRADO, 2001, p. 206.

²²⁰ MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Decisão Penal: A Bricolage de Significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 311-312.

controle e, concomitante, não assume o ônus decorrente da titularidade da ação penal pública, como reclama a Constituição.

Mencione-se que, embora tardio, considerados os 21 anos de vigência da atual Constituição Federal, recentemente o Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União elaborou e aprovou um manual nacional do controle externo da atividade policial, lá deixando expresso que no contexto desse controle está o necessário exercício privativo, pelo titular da ação penal pública, das medidas cautelares.²²¹

A questão sob análise, longe de corporativismo, busca trazer à tona, e situar no regime das garantias constitucionais, a prática legalista do procedimento por meio do qual se busca e alcança a restrição cautelar de direitos fundamentais. Como notório, direitos fundamentais de pessoas, notadamente das menos favorecidas econômico-culturalmente,²²² são diuturnamente restringidos em afrontosa ofensa às normas constitucionais. Desse modo, evidencia-se que o titular da ação penal pública continua a compartilhar, como ocorria na vigência da Lei nº 261, de 03 de dezembro de 1841, a titularidade da ação penal pública com delegados de polícia. Consequência dessa prática é a autoridade judiciária, atendendo a “pedido” de quem não tem legitimidade para pedir e nem para postular em juízo, deferir provimento jurisdicional sem o pedido do titular da ação penal. Assim procedendo, estará a autoridade judiciária se desincumbindo da função constitucional de garante dos direitos individuais e se arvorando em ato típico de acusação.

Por oportuno, guardando estreita pertinência à prática judiciária nacional, referindo-se a ares corporativos pelo temor de “perda de poder”, quando da lei de reforma ao Código de Processo Penal, em 1998, Silva bem retratou a resistência dos juízes portugueses a não se vincularem ou de estarem delimitados, nas decisões das medidas de coação (privativas ou restritivas de liberdade), ao requerido pelo Ministério Público. Assim expressou:

Nesse contexto, é também surpreendente a oposição desencadeada pelo organismo representativo da magistratura judicial contra a proposta do n. 5 do art. 194, que estabelece que durante o inquérito não pode ser aplicada medida de coação de natureza diferente ou em medida mais grave do que a indicada no requerimento do Ministério Público.

Tendo as medidas de coação natureza estritamente processual e sendo o inquérito da responsabilidade do Ministério Público, não se alcança por que o juiz, que não o acompanha nem nele pode intervir a não ser nos casos estritos determinados

²²¹ BRASIL. Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União. Documentos. Manual nacional do controle externo da atividade policial, p. 67-68. Disponível em: <http://www.cnpg.org.br/arquivos/manual_controleexterno_Manual.pdf>. Acesso em: 24 out. 2009.

²²² ANDRADE, Lédio Rosa de. *Direito Penal Diferenciado*. Tubarão, SC: Editorial Studium, 2002. 117 p.

pela lei – todos em ordem à garantia dos direitos fundamentais das pessoas – possa decidir por si da conveniência de aplicar medidas cautelares mais graves ou diversas das que o *dominus* dessa fase processual entende por necessárias. Já ouvimos que a razão é a própria tutela do argüido, mas não entendemos de todo o argumento, porque medidas privativas ou restritivas da liberdade para proteção da própria pessoa sujeita a essas medidas é solução que nem a lei nem os princípios democráticos consentem. Parece-nos que a oposição assenta exclusivamente na resistência à perda do poder, o que a ser verdade é muito grave, porque o poder funcional atribuído às magistraturas não é para benefício próprio, mas exclusivamente ao serviço dos cidadãos, a quem deve servir. E quando dizemos ao serviço dos outros, pensamos imediatamente nos argüidos, cujos direitos devem ser salvaguardados pelos magistrados, particularmente pelos judiciais, pelo que não se percebe que em lugar de defensores se arroguem a função de perseguidores.²²³

Tal advertência ganha vulto, eis que pertinente à realidade nacional segundo a qual questões institucionais desdobram-se para interesses corporativos. Não raro, mesmo os mais jovens candidatos a ingressarem nas carreiras do Ministério Público e do Poder Judiciário já chegam com mentes antigas, eis que mal orientados por certa doutrina e pela jurisprudência conservadora que refletem, em relação à persecução penal, a ideologia inquisitorial do Código procedimental de 1941.

É possível que algum questionamento venha à tona e deixe reticências por quem talvez ainda não tenha refletido acerca de um processo penal com base nas normas constitucionais, especialmente com o (re)direcionamento das funções conferidas à autoridade judiciária e ao Ministério Público pela Constituição Federal de 1988. Diz respeito acerca do poder geral de cautela no processo penal.

Somente uma análise superficial e pautada na mera legalidade, notadamente da processual civil, pode concluir pela existência do poder geral de cautela da autoridade judiciária no processo penal. Nesse sentido, mas limitando-se às medidas típicas e não privativas de liberdade, é a posição de Lima.²²⁴ Contudo, concluir que autoridade judiciária dispõe de poder geral de cautela no processo penal é lançar por terra a posição de garante dos direitos fundamentais da pessoa na consequência jurídica do crime, dentre vários outros princípios pertinentes à jurisdição e a um processo penal de partes dirigido/ orientado pelo princípio acusatório.

Mencione-se a posição de Prado negando possa a autoridade judiciária dispor de um poder geral de cautela de modo a promover medidas cautelares sem provocação

²²³ SILVA, Germano Marques da. O Processo Penal Português e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Disponível em: <<http://www.cfj.jus.br/revista/número7/artigo9.htm>>. Acesso em: 09 jun. 2008.

²²⁴ LIMA, Marcellus Polastri. *A Tutela Cautelar no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 117-133.

da parte.²²⁵ Também Morais da Rosa não concebe possa o juiz decretar prisão de ofício.²²⁶ No mesmo sentido é Giacomolli.²²⁷

Em trabalho específico acerca do poder geral de cautela no processo penal, Pacheco Alves discorre acerca da negativa de admissibilidade da adoção de normas restritivas de direitos fundamentais inominadas, bem como da impossibilidade da decretação de medida de ofício pela autoridade judiciária, considerados os princípios *ne procedat iudex ex officio* e acusatório. Lembra, ainda, que qualquer medida restritiva de direitos fundamentais, como prisão e busca domiciliar, somente pode ser avaliada pela autoridade judiciária se requerida pelo titular da ação penal, vez que “[...] a referida *privatividade do exercício do direito de ação* não se refere apenas às ações de conhecimento de índole condenatória, mas também às ações cautelares e de execução”.²²⁸

Ainda fosse possível invocar as disposições da lei instrumental civil ter-se-ia uma série de obstáculos a admitir, no processo penal, o poder geral de cautela. Mais caberia, senão restritamente, para a regularidade do procedimento, como no caso de manter a ordem nas salas de audiência para prevenir risco na ordem dos atos processuais – artigos 251, 497 e 794, todos do Código procedimental de 1941 -, eis que de natureza eminentemente administrativa e não expõem a risco a exigência de imparcialidade do julgador.

Além da inadmissibilidade de uma teoria geral do processo cabível a todos os ramos do Direito (conf. 1.1), algumas particularidades do processo penal são obstáculos a possibilitar que a autoridade judiciária disponha de um poder geral de cautela. O papel reservado à autoridade judiciária na consequência do crime; o princípio da legalidade;²²⁹ a vedação de adoção de atos jurisdicionais de ofício pelo *ne procedat iudex ex officio*; a existência de parte pública no processo (via de regra, Ministério Público) como corolário do princípio acusatório; a evidente disparidade da pretensão que se busca pelo processo penal (restrição de direito fundamental) da que se busca no processo civil (de regra provimentos declaratórios ou com efeito patrimonial); dentre outros, já se mostram suficientes para concluir pela inadmissibilidade do poder geral de cautela em sede processual penal.

²²⁵ PRADO, 2001, p. 205-206.

²²⁶ MORAIS DA ROSA, 2006, p. 139.

²²⁷ GIACOMOLLI, 2006, p. 222.

²²⁸ ALVES, Rogério Pacheco. *O Poder Geral de Cautela no Processo Penal*. Disponível em: <<http://www.congressovirtualmprj.org.br/site/tesesaprovadas>>. Acesso em: 08 jun. 2006.

²²⁹ BONILHA, José Carlos Mascari. Prisão Cautelar. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Coord.). *Processo Penal e Estado de Direito*. Campinas: Edicamp, 2002. p. 173-198.

3.3 O Princípio Acusatório e a Promoção da Ação Penal Pública

Muito embora consignado em pontos anteriores (conf. 1.4.3; 3.1.3; 3.2), na linha de adequação prática da ação penal pública ao princípio acusatório, há necessidade de revisar a postura do Ministério Público. Essa mudança deve ultrapassar não somente as práticas típicas do princípio inquisitivo, mas, inclusive, até a nomenclatura de certos atos.

Ao Ministério Público brasileiro foi conferida a titularidade privativa para promover a ação penal pública, consoante inciso I do artigo 129 da atual Constituição Federal. Essa titularidade privativa traz em si uma exigência de mudança na postura do Ministério Público para iniciar e sustentar uma acusação responsável por meio do processo penal. A expressão “promover, privativamente, a ação penal pública” reclama uma atitude de órgão de execução de uma política criminal afinada não com certa política de governo, mas com as diretrizes conferidas constitucionalmente à persecução penal: afinada com o princípio reitor da persecução penal, qual seja, o princípio acusatório; que se preste a assegurar os interesses sociais e individuais indisponíveis; que sirva de mecanismo de tutela dos direitos fundamentais.

Nessa direção, a atual e democrática Constituição Federal brasileira reclama atitude suficiente do titular da ação penal pública na superação do método inquisitivo, daí porque essa titularidade privativa não condiz com o ato de “denunciar” ou “oferecer denúncia”, como regrado no Código brasileiro de 1941. No regime anterior à atual Constituição democrática, iniciava-se a persecução judicial por meio da “denúncia”. Após a promulgação da atual democrática Constituição Federal, em 1988, que propõe mudança do princípio reitor da persecução, continua o Ministério Público a “oferecer denúncia”, mesmo quando a mencionada Constituição confere a essa instituição a função privativa para promover a ação penal pública.

Explica-se. A “denúncia”, instrumento típico da persecução penal dirigida/orientada pelo princípio inquisitivo, é (era) uma das mais irresponsáveis formas de iniciar a persecução penal. Com efeito, desenvolve-se melhor o significado de “promover a ação penal”, afinada com o princípio acusatório, quando se tem em conta o real significado de “denunciar”.

No século XIII, o Papa Inocêncio III, o qual foi professor de Direito em Paris e Bolonha, decretou que, além da acusação, o procedimento criminal teria início por meio do inquérito e da “denúncia”, podendo ser procedida à *inquisitio* antes de qualquer procedimento. A “denúncia” passaria, em tese, a ser um refúgio dos fracos contra a prepotência dos senhores feudais.²³⁰

Nessa direção, Lopes Jr. menciona a instituição da “denúncia anônima” como sendo um dos primeiros passos na direção do abandono do *ne procedat iudex ex officio*, a qual aparecia, de regra, pela igreja, para receber as “denúncias anônimas de heresia”.²³¹ Nesse modelo, o denunciante era uma espécie de sujeito oculto, ficando tudo a cargo do “juiz inquisidor”. Assim equivale, ainda nos dias atuais, quando se “oferece denúncia” e não raramente se vê nos arquivos, registros e até em publicações oficiais constando o “autor da ação penal” como a “justiça pública”. No sistema inquisitivo, o denunciante não é considerado parte, vez que não suporta o ônus de provar o fato “denunciado”.

Com a instituição da “denúncia”, pois, houve drástica mudança no procedimento criminal, eis que, a partir de então, cessa a possibilidade de as partes participarem no processo da instrução, ficando a atividade probatória inteiramente nas mãos do juiz.²³² Esse método de deflagrar a iniciativa do juiz-inquisidor rompeu as barreiras da Igreja e foi, posteriormente, adotado em várias legislações, dentre as quais as Ordenações Afonsinas, chegando, por sua vez, ao território brasileiro, então colônia portuguesa. Esse método foi compilado pelas Ordenações Filipinas e no Brasil colonial vigiu por mais de duzentos anos. A “denúncia” foi assim retratada por Pierangeli:

A denúncia era a comunicação feita à justiça do cometimento de um crime público, para que o juiz procedesse de ofício. Assemelhava-se ao que, hoje, denominamos de *notitia criminis*. Os denunciantes faziam a comunicação ao juiz acerca da existência de um crime, ou de quem fosse o seu autor, mas sem querer tomar parte ativa no procedimento.

Nestas condições, acusador era aquele que perseguia alguém em juízo, quer para a vingança pública, quer pelo dano causado. O denunciante era o interessado no descobrimento do crime que revelava, sem interesse próprio, deixando, por consequência, o procedimento por conta da justiça.²³³

Para não ir muito longe, mas a uma das fontes seguras acerca da origem não apenas da expressão, mas da prática da “denúncia”, basta ver o significado a ela atribuído pelo

²³⁰ ALMEIDA JÚNIOR, loc. cit., p. 96; BONATO, loc. cit., p. 82.

²³¹ LOPES JR., 2006. p. 170.

²³² ALMEIDA JÚNIOR, loc. cit., p. 96.

²³³ PIERANGELI, loc. cit., p. 65.

directorium inquisitorum, quando versa acerca da investigação e abertura dos processos, conforme segue:

O inquisidor pergunta ao delator se quer ser o acusador no caso ou apenas se limitar a fazer a denúncia. Se quiser ser o acusador, saberá através do inquisidor que ficará inscrito na lei de talião. Se, depois de informado, continuar se mantendo na condição de acusador e desejar que se proceda pela acusação, será feita a sua vontade, e o processo se desenrolará a partir de sua acusação. Se, depois de informado, o delator não quiser mais assumir o papel de acusador e declarar que se contenta em ser delator (como acontece com mais freqüência), e se, além disso, não quiser figurar no processo (é também o que acontece com mais freqüência), então, procede-se de acordo com o que estava previsto anteriormente, ou seja, pela denúncia.²³⁴

Essa forma de iniciar o procedimento inquisitivo não difere do estabelecido no *malleus maleficarum*, aliás, assim sendo exatamente porque provinha da mesma fonte: as inquisições eclesiásticas. Eis o significado da “denúncia”, acrescido de seu aspecto diferenciador da acusação, como “método para dar início ao processo”:

No primeiro tem-se a acusação de uma pessoa por outra perante o Juiz, seja do crime de heresia, seja do de dar proteção a algum outro herege, sendo que o acusador se oferece para prová-lo e se submete à lei de talião, caso não o consiga.

No segundo tem-se a denúncia de uma pessoa por outra que não se propõe, contudo, a prová-lo e se recusa a envolver-se diretamente na acusação; mas alega que presta informação para o zelo da fé, ou em virtude de uma sentença de excomunhão prescrita pelo Ordinário ou pelo Vigário; ou em virtude do castigo temporal requerido pelo Juiz secular para aqueles que deixam de prestar tal informação.²³⁵

Esse modo de agir retrata o aspecto distintivo entre acusar e “denunciar” contido na Lei das Sete Partidas, ao tempo de D. Afonso X, o Sábio, rei de Castella, época em que “[...] *el denunciante no se compromete a probar el hecho, sino que se limita a manifestarlo provocando la actividad del juez para que lo averigüe*”.²³⁶

Pelo significado da “denúncia”, acima referido, pode-se observar que o denunciante age/ agia sem qualquer responsabilidade probatória acerca do fato “denunciado” ao juiz. Limitava-se a deflagrar a jurisdição entregando ao juiz/ inquisidor, que a tudo investigava e julgava como lhe fosse conveniente. Nesse sentido é, também, a lição de Almeida Júnior.²³⁷

²³⁴ EYMERICH, Nicolau. *Manual dos Inquisidores*. Comentários de Francisco Peña; trad. de Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos; Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1993. p. 105.

²³⁵ KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. *O Martelo das Feiticeiras – malleus maleficarum*. Introd. histórica: Rose Marie Muraro, prefácio: Carlos Byington, trad. Paulo Fróes, 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Rosa dos Tempos, 2007. p. 396.

²³⁶ PIERANGELI, loc. cit., p. 36.

²³⁷ ALMEIDA JÚNIOR, loc. cit., p. 73-74.

Esse modo inquisitivo de proceder em nada diferencia do que o Ministério Público, salvo raras exceções, faz atualmente quando se limita a “oferecer denúncia”, vez que, a partir daí, como se sabe, o senhor do processo, o juiz, atrai para si o ônus probatório, invocando a busca da inalcançável “verdade real”. Adotam, pois, tanto o titular da ação penal quanto o juiz, posturas típicas do método inquisitorial e inconciliáveis com o princípio acusatório constitucionalmente adotado.

Desse modo, afigura-se que, a partir de uma reflexão acerca da consequência jurídica da adoção do princípio acusatório, o Ministério Público possa, de modo responsável, quando cabível diante de uma situação concreta, não mais “oferecer denúncia”, mas “promover” a ação penal pública, como legitimado constitucionalmente.

Ademais, registre-se que nas hipóteses em que a Constituição Federal brasileira faz referência à palavra “denúncia”, assim o faz significando ato de delação por qualquer pessoa a apontar irregularidades no âmbito estatal, jamais como sinônimo de acusação penal. Aliás, nesse exato sentido é a utilização da palavra “denúncia” na estrutura acusatória chilena, vale dizer, de mera notícia levada a conhecimento do Ministério Público ou da Polícia acerca de algum delito de iniciativa pública.²³⁸

Também a Lei Complementar nº 75/1993 não prescreve possa o Ministério Público “oferecer denúncia” ou “denunciar” alguém como expressão de exercício da ação penal pública. Apenas na Lei nº 8.625/1993, que contempla regras de organização dos Ministérios Públicos Estaduais, dentre as atribuições conferidas ao procurador-geral de justiça, consta a expressão “oferecer denúncia”, mas evidente tratar-se de impropriedade/ erro do legislador ordinário. Também em nenhuma dessas leis de organização do Ministério Público brasileiro consta atribuição de emitir “parecer”, exceto para o Ministério Público do Trabalho que, como sabido, não possui atribuição para a persecução penal.

Também de todo inadequada a expressão “*opinio delicti*”. Era ela adequada a um modelo de Ministério Público não titular privativo da ação penal pública, remontando, pois, à época de vigência do princípio inquisitivo. Dessa expressão não se extrai outro sentido além do qual o Ministério Público não toma decisão quando acusa alguém, limitando-se a, dirigido por um aparente “princípio da obrigatoriedade”, servir de *longa manus* da Polícia e dar sua “opinião” ao juiz e para que ele (juiz) verifique a procedência ou improcedência da

²³⁸ LENNON; MASLE, tomo I, loc. cit., p. 473-478.

“denúncia”. Afigura-se adequada a um Ministério Público que “denuncia” e entrega o destino do “denunciado” nas mãos do senhor supremo do processo: o juiz-inquisidor.

Expressões como “oferecer denúncia”, “denunciar”, formar “*opinio delicti*”, emitir “parecer”, dentre outras, não mais se ajustam à natureza executiva reclamada pela Constituição Federal, nem às leis de regência do Ministério Público brasileiro. Contudo, certa doutrina,²³⁹ dentre outras, senão a maioria da doutrina nacional, com aparência de atualidade, ainda insiste nessas impropriedades terminológicas típicas de uma persecução orientada pelo princípio inquisitivo. A manutenção do uso dessas nomenclaturas parece impedir que o Ministério Público adote, no caso concreto, novas posturas adequadas ao princípio acusatório, visto que expressam comportamentos, ações e atitudes inconciliáveis com o mencionado princípio.

Para alguns, essa ponderação pode parecer de menor significância. Contudo, Khun expressa que, por meio da análise histórica, é possível aferir as implicações de se adotar os mesmos livros, as mesmas leis e teorias – no caso, as mesmas terminologias de um regime não recepcionado constitucionalmente –, daí resultar “um conceito de ciência com implicações profundas no que diz respeito à sua natureza e desenvolvimento”. Afirma, ainda, caber aos cientistas acrescentarem as novas informações que tornem o desenvolvimento um “processo gradativo”, de modo a possibilitar, paralelamente aos obstáculos, o desenvolvimento científico.²⁴⁰ Nessa direção, agregar novas terminologias adequadas à realidade jurídico-constitucional, no caso presente, ganha significativa expressão de aproximar atitudes práticas condizentes com o princípio acusatório.

Retomando o ponto, antes adiantado (conf. 3.1.3), a titularidade para promover a ação penal pública tem um sentido eminentemente vertical. Vale dizer, é conferida, privativamente, aos órgãos de execução ocupantes do cargo inicial ao último nível da carreira da instituição Ministério Público. A cada um desses órgãos de execução do Ministério Público cabe, de modo privativo, a análise dos pressupostos fáticos e jurídicos de algum fato determinado, daí resultando convencimento suficiente para decidir se promove, ou não, a ação penal pública.

A mencionada titularidade não admite horizontalidade, como previsto na arcaica e inconciliável regra do Código de Processo Penal de 1941 e também na legislação

²³⁹ DEMERCIAN, Pedro Henrique. *Regime Jurídico do Ministério Público no Processo Penal*. São Paulo: Verbatim, 2009. 329 p.

²⁴⁰ KUHN, loc. cit., p. 20-21.

extravagante. Dita horizontalidade é retratada quando órgãos e agentes de outras instâncias - Poder Judiciário e Polícia – se imiscuem na análise dos pressupostos fáticos e jurídicos acerca da ocorrência/ existência de algum fato delituoso. Exemplificativo dessas hipóteses é a regra do artigo 28 do mencionado Código procedimental, pela qual se permite ao órgão do Poder Judiciário revolver a situação fática já conhecida e decidida pelo Ministério Público, além de valorações jurídicas lançadas em relatórios conclusivos da apuração criminal.

Particularmente quanto aos relatórios de delegados de polícia, não raras vezes constam juízos negativos ou positivos acerca de possível consequência jurídica do fato apurado. Não diferente, registre-se que o indiciamento formal também extrapola os limites da apuração de infração penal, vez que inicia, sem o contraditório e sem a ampla defesa, a ofensa a direitos fundamentais como à privacidade, à honra, à imagem, sobretudo da presunção de inocência. Nesses casos há evidente usurpação da função institucional reservada em sede constitucional, privativamente, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário.

Feitos esses apontamentos, cumpre assinalar alguns aspectos relacionados à posição jurídica comumente conhecida por “obrigatoriedade da ação penal”, segundo a qual o Ministério Público não dispõe de discricionariedade acerca da promoção da ação penal.

Como de conhecimento, a “obrigatoriedade da ação penal” decorre de prática própria e adequada a um modelo de persecução afinado com o princípio inquisitivo. Aliás, merece consignar a provável razão jurídica dessa “obrigatoriedade”: outrora a persecução penal mantinha uma estreita relação entre o fato-crime à compreensão de que tal prática ofendia a autoridade real, a Deus ou à “Igreja Oficial”, a título de *laesae majestatis*.²⁴¹

Sem embargo, pondere-se que dita “obrigatoriedade da ação penal” não encontra guarida na Constituição Federal brasileira de 1988. Certamente que nenhuma disposição constitucional faz menção à obrigatoriedade de o Ministério Público promover a ação penal pública.

Para Oliveira, antes referido (conf. 1.4.3), a admissibilidade da “ação privada nos crimes de ação penal pública, se esta não for intentada no prazo legal”, prevista no inciso LIX do artigo 5º da Constituição Federal brasileira, traduz-se em uma “garantia fundamental” e, ainda, realça “a existência de uma tutela penal protetora de direitos

²⁴¹ DAL RI JÚNIOR, Arno. *O Estado e seus Inimigos: A Repressão Política na História do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 131-155.

fundamentais na ordem constitucional brasileira”. Daí, segundo Oliveira, resulta a dita obrigatoriedade.²⁴²

Para Noronha e Jardim, a “obrigatoriedade da ação penal” pública tem fundamento no princípio da legalidade.²⁴³ Contudo, pondere-se que o princípio da legalidade – que tem como corolários a legalidade estrita das incriminações, a irretroatividade das leis penais e a proibição de analogia – possui relevância como critério limitador da acusação, não como instrumento a tornar obrigatória a acusação, vez que a legalidade diz respeito a uma garantia pró-indivíduo, não pró-Estado.

Apesar da posição de Oliveira, afigura-se mais adequada a compreensão no sentido de que ao Ministério Público não decorre um dever de acusação, senão um dever de agir segundo critérios de objetividade²⁴⁴ (conf. 1.4.2). A “obrigatoriedade da ação penal”, porém, mais se aproxima de uma mitificação, assim compreendida como “processo de absolutização de noções e princípios relativos e discutíveis”²⁴⁵ (conf. 2.6).

O Ministério Público não está obrigado a acusar, mas a analisar objetivamente as informações necessárias à consecução de uma função institucional e, a partir daí, decidir se promove a ação penal, se promove o arquivamento ou se busca informações complementares. Situa-se, pois, em simetria à compreensão segundo a qual nem a todo fato noticiado à Polícia obriga à apuração; na ação penal subsidiária da pública, diante da inércia do Ministério Público, não está o particular/ interessado obrigado a promover a ação penal; nem a toda acusação está o juiz obrigado a condenar; nem a todo projeto de lei está o Legislativo obrigado a aprovar; nem todo projeto de lei aprovado pelo Legislativo torna o Executivo obrigado a sancioná-lo.

Apenas para ilustrar, ressalte-se que, mesmo em ordenamento jurídico onde consta expressamente a obrigatoriedade da ação penal pelo Ministério Público, como disposto no artigo 112 da vigente Constituição da Itália ditando que “Il pubblico ministero ha l’obbligo di esercitare l’azione penale”,²⁴⁶ vale dizer, “O Ministério Público tem o dever de exercer a ação penal” –, há margem para discricionariedade. Acerca da flexibilidade da dita

²⁴² OLIVEIRA, loc. cit., 2004, p. 45, 46-66.

²⁴³ NORONHA, E. Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*, 21. ed. atual. por Adalberto José Q. T. de C. Aranha. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 26; JARDIM, Afrânio Silva. *Ação Penal Pública: Princípio da Obrigatoriedade*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. 155 p.; dentre outros.

²⁴⁴ RIBEIRO, loc. cit., p. 106-154.

²⁴⁵ GROSSI, loc. cit., p. 12.

²⁴⁶ ITÁLIA. Senato della Repubblica. Costituzione della Repubblica Italiana. Disponível em: <<http://www.senato.it/documenti/repository/costituzione.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2009.

obrigatoriedade, na Itália, a literatura constatou a impossibilidade de o Ministério Público agir judicialmente em todos os crimes de que tem conhecimento. Nesse sentido,

(...). Isso implica que, por não poder agir judicialmente contra todos os culpados, o Ministério Público tenha, na realidade, de fazer escolhas, quer nas iniciativas penais, quer no uso dos recursos humanos e materiais que devem ser utilizados em cada caso específico.²⁴⁷

Dirigida pelo princípio acusatório, pois, a obrigação que se impõe ao Ministério Público não é de formular acusação, mas de proceder à análise das informações obtidas e, a partir delas, decidir, no prazo legal, se promove ou não a ação penal. Mais. Na primeira hipótese – de promover a ação penal – somente pode ser levada a cabo quando, numa “real perspectiva de condenação”, possa o Ministério Público formalizar a acusação. Caberá ao órgão da acusação, minimamente, elaborar um juízo prospectivo e daí avaliar se, da acusação, por critérios de objetividade, poderá advir condenação, visto que o processo não é um fim em si mesmo.

Não por outro motivo Feldens propõe como desafio ao Ministério Público no processo penal uma nova postura funcional: superar a compreensão do tradicional exercício da ação penal como viabilidade persecutória para uma perspectiva de viabilidade condenatória. Essa viabilidade condenatória, acrescenta Feldens, diz respeito a uma atuação comprometida com a dupla face dos direitos fundamentais,²⁴⁸ vale dizer, com uma intervenção penal vista sob as óticas da proibição de excesso e da proibição de proteção deficiente a direitos fundamentais.²⁴⁹

Também conforme Ribeiro, somente pode haver acusação se e quando o Ministério Público “concluir pela suficiência das provas (sic) para demonstrar a autoria, a materialidade, a ilicitude, a imputabilidade e a culpabilidade – provas da justa causa para a ação penal – deverá avaliar se elas poderão ser usadas e se são materialmente credíveis”.²⁵⁰ Não sendo as informações suficientes, deverá, fundamentadamente, promover o arquivamento e submeter essa decisão à necessária revisão da administração superior.

²⁴⁷ FABRI, Marco; CAVALLINI, Daniela. O Ministério Público em Itália. In: DIAS, João Paulo; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (Coords.). *O Papel do Ministério Público: Estudo Comparado dos Países Latino-Americanos*. Lisboa: Almedina, 2008. p. 180.

²⁴⁸ FELDENS, 2009, p. 18-19.

²⁴⁹ FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal: A Dupla Face da Proporcionalidade no Controle de Normas Penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. 223 p.; FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: Garantismo, Deveres de Proteção, Princípio da Proporcionalidade, Jurisprudência Constitucional Penal, Jurisprudência dos Tribunais de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. 134 p.

²⁵⁰ RIBEIRO, loc. cit., p. 152.

3.4 O Princípio Acusatório e o Ônus Processual: A “Gestão Probatória”

O critério costumeiro e de inspiração inquisitiva é no sentido de que a autoridade judiciária pode, independente de requerimento das partes, produzir a prova que melhor lhe aprouver invocando/ sugerindo alcançar a inatingível “verdade material”.²⁵¹

Apesar da exposição de motivos do Código processual penal de 1941 mencionar que cabe “ao juiz a faculdade de iniciativa de provas complementares ou suplementares, quer no curso da instrução criminal, quer a final, antes de proferir a sentença”, e que, nesse quadro, deixa de “ser um espectador inerte da produção de provas” para “não somente dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade”, a pretexto e corolário do “sistema de livre convicção do juiz”,²⁵² tal critério sustenta, tão somente, raízes inquisitoriais próprias de regime político autoritário.

A indicação da nota expositiva acima mencionada, do referido Código processual de 1941, passou a constar no artigo 156 assim:

A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

1. ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção de provas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e a proporcionalidade da medida;
2. determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Essa regra orientadora do procedimento de persecução brasileiro bate de frente com o princípio acusatório, sendo flagrantemente inconstitucional o termo “de ofício”. Certamente que pode haver a determinação de prova urgente, cabível de antecipação, mas somente quando requerida pela parte interessada e produzida em contraditório. De outro, incabível a realização de diligência para dirimir ponto relevante, vez que se há dúvida no

²⁵¹ MORAIS DA ROSA, 2006, p. 170-174, 186-192; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. *Revista de Estudos Criminais*, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, ano 1, n. 1, p. 49, 2001b.

²⁵² BRASIL. *Constituição Federal, Código Penal, Código de Processo Penal*. GOMES, Luiz Flávio (Org.), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 271-280.

conjunto probatório produzido pelas partes, há previsão legal para se decidir nesse estado, invocando o *in dubio pro reo*. Nesse sentido é a autorizada posição de Giacomolli.²⁵³

Mencione-se a linha acusatória desenvolvida pelo atual Código Processual italiano de 1988, em vigor desde 24 de outubro de 1989, o qual avançou na superação da nota inquisitorial proveniente do “Código Rocco” de 1930. Segundo Amodio, o atual Código italiano aboliu a figura do juiz-instrutor e redefiniu as funções do Ministério Público para a formação da prova. Fica reservado ao juiz, na fase preliminar, assegurar direitos fundamentais. Noticia ainda que, em matéria probatória, o princípio geral é que “o sistema deixa às partes o ônus de introduzir no processo o material probatório do qual o Juiz deve valer-se para efeito de decisão”. Contudo, ao juiz ficou estabelecida uma reserva de lei para produzir prova de ofício, em hipóteses taxativamente estabelecidas na lei. A exploração/obtenção da prova oral, em audiência, seguiu o critério denominado de “*esame diretto e incrociato*”, por meio do qual é subtraído do domínio do juiz o poder de fazer perguntas às testemunhas, cabendo, agora, às partes - de igual modo, o disposto no artigo 212 do Código de Processo Penal brasileiro -; somente em momento posterior ao “*esame diretto*” e do “*controesame*” conduzidos pelas partes o juiz poderá indicar “temas de prova novos ou mais amplos” para dirimir ponto controverso; ao juiz do julgamento é vedado conhecer, antes da audiência, os termos do interrogatório dos acusados e testemunhas, assim feito para evitar prévio convencimento sobre o acusado; ficou abolido o interrogatório do acusado fora dos casos de declaração espontânea mediante requerimento próprio ou consentir que se coloque em “*esame diretto e incrociato*”.²⁵⁴

As mudanças implementadas no processo penal italiano foram de tal monta que parte da doutrina já tem apontado uma série de dificuldades e entraves, muitos deles culturais devido a resistência de setores organizados e até mesmo de governo.²⁵⁵

Com base no modelo italiano já se percebe que o processo penal dirigido pelo princípio acusatório separa de vez as funções de acusar, defender e julgar, preponderando pelo ônus probatório à acusação e mantendo a autoridade judiciária o mais distante possível de fazer prévio convencimento acerca do fato objeto da acusação e da sua autoria.

No modelo de persecução penal brasileiro, a legislação infraconstitucional ainda permanece arraigada em bases inquisitivas, oposta, portanto, ao princípio acusatório

²⁵³ GIACOMOLLI, 2008a, p. 35-37.

²⁵⁴ AMODIO, loc. cit., p. 135-155.

²⁵⁵ CHIAVARIO, Mario. O Processo Penal na Itália. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). *Processo Penal e Direitos do Homem*. Barueri, SP: Manole, 2004. p. 43-57.

constitucionalmente adotado. Como sabido, a estrutura inquisitiva tem no “decisionismo processual” um dos elementos da epistemologia antiguarantista. Consoante Ferrajoli, “o caráter não cognitivo, mas potestativo do juízo e da irrogação da pena. O decisionismo é o efeito da falta de fundamentos empíricos precisos e da conseqüente subjetividade dos pressupostos da sanção nas aproximações substancialistas e nas técnicas conexas de prevenção e defesa social”.²⁵⁶ Esse critério, sub-reptício, possibilita ao juiz mostrar-se como o principal protagonista na promoção da segurança jurídica e da paz pública. Desse modo, nada obstante algumas recentes alterações parciais do Código de Processo Penal brasileiro, perdura a relação estreita do sistema de persecução com o princípio inquisitivo.²⁵⁷

Reconhecida doutrina sustenta que “Os objetivos da jurisdição e do seu instrumento, o processo, não se colocam com vista à parte, a seus interesses e a seus direitos subjetivos, mas em função do Estado e dos objetivos deste”. Mais ainda, reconhece que o “princípio da verdade real” “foi o mito de um processo penal voltado para a liberdade absoluta do juiz e para utilização de poderes ilimitados na busca da prova, significa hoje simplesmente a tendência a uma certeza próxima da verdade judicial”, pretendendo justificar que o princípio acusatório “não interfere com a iniciativa instrutória do juiz no processo”.²⁵⁸ Para outro, invocando apontamentos doutrinários referentes ao *adversarial system*, no qual as partes se encarregam da marcha do processo, da produção da prova e concebe o processo numa visão privatista; ao *inquisitorial system* que, por sua vez, tem no processo uma “função pública”, na fase de produção da prova há participação ativa do juiz. Aduz, ao fim, que esses dois modelos manifestam-se no “sistema acusatório”, daí admitindo a produção da prova pelo juiz mesmo em um “sistema acusatório”.²⁵⁹

Não diferente é a posição de Nascimento que, mesmo reinterpretao o processo penal a partir do princípio democrático, aduz que “Os interesses objeto da demanda no processo penal (segurança e liberdade) são públicos”, daí admitir a incursão judicial na produção da prova ao fundamento de que “O órgão do Ministério Público legitimado para formular a acusação não tem o monopólio do interesse público, o juiz também é defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos indisponíveis”.²⁶⁰

²⁵⁶ FERRAJOLI, loc. cit., p. 36-37.

²⁵⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As Reformas Parciais do CPP e a Gestão da Prova: Segue o Princípio Inquisitivo. *Boletim IBCCRIM*, ano 16, nº 188, p. 11-13, jul. 2008.

²⁵⁸ GRINOVER, loc. cit., p. 144-169.

²⁵⁹ ANDRADE, loc. cit., p. 218-219, 224-228.

²⁶⁰ NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. A Constitucionalização do Processo Penal: Reinterpretando o Processo Penal a partir do Princípio Democrático. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO,

Contudo, esses apontamentos, típicos da doutrina clássica, aderindo à possibilidade de o juiz tomar iniciativa na produção da prova a pretexto (1) da busca da “verdade material” e (2) da “função pública”, no processo penal, não têm sustentação (conf. 1.3.e 1.4). A primeira, porque estritamente vinculada ao princípio inquisitivo; a segunda, porque desconsidera o Ministério Público como parte no processo penal para sustentar/atender exatamente essa finalidade pública, além de revelar uma deficiente compreensão do significado instrumental da presunção de inocência. Esses pontos de vista não se coadunam com a estrutura acusatória de um Estado Democrático de Direito, como se verá mais adiante.

A admissão da prova de ofício pela autoridade judiciária remonta ao tempo em que essa autoridade compartilhava com o órgão acusador o mesmo fim: sustentar, a todo custo, o poder punitivo. Esse método de viabilizar o exercício do poder punitivo não mais se ajusta ao Estado Democrático de Direito cujo norte é, na ordem jurídico-constitucional brasileira, a cidadania e a dignidade da pessoa humana como fundamentos da República.

Ainda é tempo de recordar que, a pretexto da aproximação maior possível da verdade acerca da existência do fato-crime e da respectiva autoria, a famigerada regra da “verdade material” foi pressuposto lógico e medida de sustentação das maiores atrocidades que o mundo conheceu em toda história da perseguição criminal.²⁶¹

A busca da “verdade” substancial pela autoridade judiciária, certamente, é fruto do paradigma da intolerância sustentada por algum regime autoritário e pelo método inquisitivo de perseguição penal. Coutinho enfatiza a impossibilidade de o homem alcançar a “verdade” acerca do crime, compreendido como um dado histórico, além de sinalizar que o todo é demais para o homem, sendo possível obter apenas um juízo de “certeza”. Para tanto, considerou a mudança de posição jurídica tomada por Carnelutti no sentido de abandonar a crença não apenas na “verdade material”, mas também na “verdade processual” a ser obtida por meio do processo.²⁶²

Entender que a autoridade judiciária possa, a seu modo, alcançar um ideal de verdade acerca de fato determinado e suas circunstâncias diante de versões antagônicas e de imensuráveis avaliações subjetivas de cada participante do processo chega às raias da incompreensão. Poder-se-ia indagar: como um órgão público - o juiz - desconhecedor das

Daniel (Coords.). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 863.

²⁶¹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, tradução de Raquel Ramallete, 25. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. 262 p.

²⁶² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao Verdade, Dúvida, e Certeza, de Francesco Carnelutti, para os Operadores do Direito. *Revista de Estudos Criminais*, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, ano 4, n. 14, p. 77-94, 2004.

peessoas participantes da situação de fato, das suas intenções e motivações interiores, que não dispõe de um filme contendo a cena do evento, pode descobrir a verdade além do que possam trazer as partes interessadas acerca do que se pretende ver decidido? Na exata dimensão desse questionamento, autorizada doutrina tem firmado que:

[...]: son las partes las únicas que están en antecedentes del conjunto de hechos que se van a someter al órgano jurisdiccional, y por tanto también son ellas, en verdad, las únicas que están capacitadas para orientar la práctica de la actividad probatoria hacia esse fin.²⁶³

Ademais, a verdade alcançada no processo será sempre uma “verdade aproximada”.²⁶⁴ Trata-se, pois, apenas de uma conformidade do espírito com a realidade: “A verdade para a decisão do juiz é a conformidade do espírito do julgador com a realidade contida no processo, pois julga *secundum acta et probata*”,²⁶⁵ daí o acerto da proposição pela qual o possível retrato da realidade investigada, para a autoridade judiciária e para as partes, está restrito ao conteúdo do processo.

Partindo do pressuposto insuperável de que a Constituição Federal de 1988 adotou o princípio acusatório e redefiniu as funções da autoridade judiciária e do Ministério Público, a repercussão dessa realidade jurídica é tornar não recepcionados os dispositivos legais que possibilitam à autoridade judiciária proceder oficiosamente na produção de prova no processo penal.

Após deixar assente que no modelo de persecução penal, cujo juiz arvore-se na produção da prova, de ofício, e por si mesmo recolha o material que servirá ao julgamento, a fim de firmar o convencimento da existência do delito, Goldschmidt refere à configuração de um processo penal dirigido pelo princípio inquisitivo. De outro turno, em um modelo de processo penal cuja busca da prova compete às partes, continua Goldschmidt, ter-se-á um processo penal dirigido pelo princípio acusatório. Pelas palavras do mencionado autor:

El otro camino para llegar a la verdad, y a la justicia, es que el Juez encargado de la jurisdicción penal se limite al fallo de las solicitudes interpuestas y del material producido dejando la interposición de las solicitudes y la recogida del material a aquellos que, persiguiendo intereses opuestos, se representan como partes. El procedimiento penal se convierte de este modo en un litigio, y el examen del procesado no tiene otra significación que la de otorgar audiencia. Esta configuración del proceso, es decir, la aplicación del principio dispositivo o de instancia de parte al procedimiento criminal, es la acusatoria. Parte del enfoque, de que el mejor medio para averiguar la verdad y verificar la justicia, es dejar la invocación del Juez y la recogida del material procesal a aquellos que

²⁶³ DÍAZ CABIALE, loc. cit., p. 299.

²⁶⁴ FERRAJOLI, loc. cit., p. 35-57.

²⁶⁵ NASCIMENTO, Edmundo Dantès. *Lógica Aplicada à Advocacia: técnica de persuasão*, 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 55.

persiguen intereses opuestos y sostienen opiniones divergentes; pero descargando de esta tarea al que ha de fallar el asunto y garantizando de este modo su imparcialidad.²⁶⁶

Verifica-se, dessa lição de Goldschmidt, que a estrutura acusatória de processo penal não possibilita que o juiz/ tribunal possa, de ofício, incorrer na obtenção da prova cuja valoração recairá sobre o fato a ser por ele mesmo julgado. Incursão diversa lançaria por terra, certamente, a reclamada (dever-ser) imparcialidade do julgador.

Conveniente consignar que, nada obstante, a assunção da gestão da prova pelos juízes na atual realidade brasileira é a regra. Essa compreensão deve-se à profunda adesão ao primado da lei em detrimento da normatividade dos princípios e demais normas constitucionais. Amparados na vetusta legislação norteada pelo método inquisitivo, eles seguem adiante se substituindo ao órgão acusador na carga probatória.

Essa postura de se substituir ao acusador, tomando para si o ônus probatório, corrente na persecução penal brasileira, o juiz incorre na formação do que autorizada literatura nomina de “quadri mentali paranoidi”, visto partir do “primato dell’ipotesi sui fatti”.²⁶⁷ Quem se arvora na busca da prova, sabe, de antemão, o que procura. Exemplo dessa triste realidade fica evidente quando se leva a cabo uma fundamentação *ad hoc* para condenar alguém, vale dizer, uma fundamentação sem apoio no debate em contraditório, além de incursões em informações produzidas em sede extraprocessual, cuja inquisitividade não se discute. Desse modo, quando o órgão julgador se (intro)mete na busca delirante da verdade, corre o risco, como preconizado, de partir do primado da hipótese sobre o fato e, assim, possibilitar o alcance não de uma “verdade real”, mas de uma verdade construída.

A compreensão literária acima mencionada foi acolhida no plano nacional, destacadamente por Coutinho, além de Carvalho,²⁶⁸ Moraes da Rosa²⁶⁹ e Lopes Jr.,²⁷⁰ dentre outros. Segundo o magistério de Coutinho, em um sistema inquisitório os

direitos e garantias não seriam assegurados, como no sistema acusatório, pela dialética processual. A garantia, por excelência, estaria na lei, a qual viria respeitada indistintamente por todos, a começar pelos juízes. Algo do gênero, como visto, é impossível. Afinal, mais do que rápido a razão deforma a lógica e passa a vigor “o primado das hipóteses sobre os fatos”, criando “quadros mentais paranóicos”, isto é, quadros mentais onde o sujeito toma as imagens que tem na

²⁶⁶ GOLDSCHMIDT, 1961, p. 113-114.

²⁶⁷ CORDERO, Franco. *Guida alla Procedura Penale*. Torino: UTET, 1986. p. 51.

²⁶⁸ CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003. p. 172-177.

²⁶⁹ MORAIS DA ROSA, 2006, p. 313-326.

²⁷⁰ LOPES JR., 2006, p. 160-191.

cabeça como reais e, portanto, possíveis. O imaginário, para ele, passa a ser real. Não foi por outro motivo que a Europa medieval esteve, no medievo, tão “invadida” por “demônios”, “bruxas” e tantos agentes do inferno. Por eles, tudo o que fosse contra (na medida do inquisidor, obviamente) a Igreja seria heresia e, assim, quase que invariavelmente levava à fogueira. Para tanto, bastava que o réu (investigado, ou melhor, inquirido, mas sempre objeto de investigação) confessasse, razão por que a confissão passa a ser privada e obrigatória a partir do IV Concílio de Latrão, em 1215.²⁷¹

Tendo como característica fundamental do sistema inquisitivo a gestão da prova a cargo do julgador, o fato-crime passa a ser tratado como se pecado fosse, em simetria às perseguições contra a heresia. Daí, muitos julgadores contentarem-se com a confissão, visto consistir na mais expressiva “descoberta da verdade, e ninguém melhor do que o acusado para dela dar conta”.²⁷²

Para além, Coutinho resalta uma situação vivenciada em outrora, mas ainda peculiar à realidade nacional e que pode servir de advertência para os órgãos de acusação, os quais não raras vezes insistem em vislumbrar o processo como um fim em si mesmo. Assim expõe:

O problema é que o povo (em geral as pessoas eram incultas, como se sabe), em não sendo parvo de inteligência, logo percebeu o que era reservado aos que confessavam: absolvição, com morte na fogueira, ou seja, o processo passou a ter um fim terapêutico e sua conclusão nada era do que um remédio para a alma.²⁷³

Esse quadro, pois, possibilita uma compreensão de que, na persecução penal ainda aplicada na ordem jurídica brasileira, admitida/ tolerada pelo Ministério Público e demais atores jurídicos, as regras infraconstitucionais que conferem ao órgão julgador, de ofício, produzir prova na persecução penal, ao arrepio das partes, torna difícil a concretização de um processo penal orientado pelo princípio acusatório. Não por outro motivo é que em outro ponto (conf. 2.3.1) procurou-se sustentar a inexistência de um sistema acusatório no modelo da persecução penal nacional, mas apenas um sistema constitucional de natureza acusatória - por adotar o princípio acusatório -, princípio esse renegado pela legislação infraconstitucional e pela prática dos atores jurídicos, mormente pelos órgãos do Poder Judiciário e do Ministério Público.

Diz-se tolerada pelo Ministério Público em vista de ser essa instituição, como preconizado no artigo 127, *caput*, da atual Constituição Federal, incumbida, no

²⁷¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Inquisitório e o Processo em “O Mercador de Veneza”. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). *Direito e Psicanálise: Interseções a partir de “O Mercador de Veneza”* de William Shakespeare. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 167-168.

²⁷² COUTINHO, 2001a, p. 24-25.

²⁷³ COUTINHO, 2008, p. 168.

particular, da defesa da ordem jurídica e do regime democrático, mas que não estabelece uma estratégia prática no sentido de conformar a legislação infraconstitucional às normas constitucionais. Vale dizer, buscar uma atuação concreta de modo a fazer valer suas funções institucionais, constitucionalmente estabelecidas, afinadas com o princípio acusatório, por meio dos instrumentos jurídicos adequados a afastarem a legislação infra que contrarie a concretização desse princípio.

Pondere-se: garante da ordem jurídica, antes de significar tutelador da legalidade, significa buscar uma conformidade da legislação ordinária com as normas constitucionalmente estabelecidas. Exigir do Ministério Público, pois, uma atuação prática de modo a assumir o devido ônus probatório é medida que se impõe.

A preconizada mudança prática, pelo Ministério Público, para além da superação do “legalismo”, requer a consciência jurídica de que a implementação do princípio acusatório significa, em última instância, admitir um modelo de persecução penal afinado com a estrutura democrática de processo. Nesse quadro, os direitos e garantias são assegurados pela dialética processual, dada a atuação das partes em contraditório e do julgador como árbitro.

Estavam, pois, as regras expressas no Código de Processo Penal de 1941 em relação estreita com os valores da Constituição de 1937. Essa mesma simetria entre as normas de persecução penal e as atuais normas constitucionais necessita ser resgatada para conformação ao Estado de Direito preconizado no artigo 1º da Constituição Federal brasileira de 1988.

Trata-se de tornar o processo penal, conforme Goldschmidt, na sua real dimensão de termômetro da Constituição (conf. 1.3). Nesse contexto, afigura-se distante o Código de Processo Penal brasileiro de 1941 merecer dignidade de instrumento fiel às aspirações de um Estado Democrático de Direito.

Convém assentar a compreensão, na linha de Díaz Cabiale, no sentido de caber ao Ministério Público o ônus da carga probatória para fazer frente e mitigar a norma da presunção de inocência, enquanto garantia fundamental, de observância obrigatória pelo Poder Judiciário. De um ponto, na investigação pré-processual, a pessoa suspeita fica em desvantagem em relação ao Ministério Público. De outro, no início do processo, é o Ministério Público que fica em desvantagem em relação ao acusado, a favor de quem vinga a presunção de inocência. Tal situação jurídica pode ser assim compreendida:

(...) el juego de la presunción de inocencia, el proceso adversarial respondería al esquema siguiente: ventaja de quien comete el delito al actuar por sorpresa – ventaja de la acusación en la fase preliminar en la obtención de fuentes de prueba y aseguración de material irreplicable – ventaja de la defensa al jugar en su favor la presunción de inocencia.²⁷⁴

Em suma, conforme Díaz Cabiale, a presunção de inocência incide como medida de equilíbrio na questão probatória, daí a necessidade do Ministério Público alcançar prova suficiente para, mitigando essa presunção, possibilitar que a autoridade judiciária formalize sentença condenatória. A aplicação de pena, pois, somente terá cabimento quando a autoridade judiciária aferir a suficiência probatória em grau superior à presunção de inocência, cuja carga recai sobre a acusação como exigência do princípio acusatório.

3.5 O Ministério Público como (De)Limite na Condenação

Não se buscará a razão jurídica acerca do tratamento diferenciado dispensado à consequência dos pedidos de absolvição formulados em sede processual nos casos de infração penal cuja persecução seja de iniciativa privada em relação aos de iniciativa pública. Certamente que uma análise aprofundada no tema demandaria maiores incursões na estrutura teórica e filosófica envolta nos temas processo, ação e jurisdição. A propósito, a abordagem ficará circunscrita ao pedido de absolvição formulado pelo titular da ação penal pública.

Antes de sopesar a repercussão do princípio acusatório em relação ao pedido de absolvição feito pelo Ministério Público, como também da necessidade do pedido dessa instituição para a restrição de direito fundamental na consequência jurídica do crime, cuja iniciativa seja pública, no modelo brasileiro, mostra-se oportuno verificar o tratamento dispensado ao ponto em outros ordenamentos.

²⁷⁴ DÍAZ CABIALE, loc. cit., p. 309.

3.5.1 Delimitações na condenação: breve aporte no direito comparado

Em Portugal, o nº 5 do artigo 32º da Constituição da República dispõe que “o processo criminal tem estrutura acusatória”. Partindo dessa norma constitucional, renomada doutrina portuguesa prescreve que a disputa entre as partes situa-se como um duelo judiciário disciplinado pelo juiz ou tribunal que, apesar da “situação de supremacia e de independência relativamente ao acusador e ao acusado, não pode promover o processo (*ne procedat iudex ex officio*), nem condenar para além da acusação (*sententia debet esse conformis libello*)”.²⁷⁵ Silva vai além e explicita que o “processo de tipo acusatório” frequentemente é identificado com o “processo democrático”.²⁷⁶ Essa compreensão sinaliza que o processo penal orientado pelo princípio acusatório guarda certa identidade com uma estrutura democrática da decisão judicial. Vale dizer, na dialética travada entre as partes em amplo contraditório o tribunal deverá se apoiar. O espaço de consenso da decisão judicial ficará restrito ao debatido e requerido pelas partes em contraditório, nada além. Na estrutura democrática do processo, a decisão judicial passa a ser fruto de um natural consenso pela maioria de dois ou de três. A decisão deve adotar a tese da defesa ou da acusação, ou mesmo ambas - hipótese de a acusação requerer a absolvição -, mas jamais solitária, divorciada do sustentado pelas partes.

Contudo, parte considerável da doutrina diverge sobre o ponto analisado. Na Espanha, mencionada por Armenta Deu, a questão situa-se na análise da correlação entre a acusação e a sentença, além de não haver consenso tanto na jurisprudência quanto na doutrina.

Especialmente problemático es el supuesto en que las partes acusadoras soliciten la absolución en conclusiones definitivas. La cuestión es, si en este supuesto, el Tribunal puede plantear la tesis para poder condenar. La reciente jurisprudencia, en la línea tantas veces reseñada, niega tal posibilidad por entender que de esta manera se acogen posiciones acusadoras. La doctrina se divide.²⁷⁷

Merece deixar esclarecido o particular tratamento dispensado pela doutrina espanhola acerca da vinculação, ou não vinculação, da sentença aos limites da acusação. Analisando alguns aportes doutrinários, foi possível constatar que a compreensão acerca da correlação entre a acusação e a sentença, na Espanha, limita-se ao objeto do processo - “hecho

²⁷⁵ SILVA, vol. 1, 2000, p. 59.

²⁷⁶ SILVA, vol. 1, 2000, p. 61; BONATO, loc. cit., p. 88.

²⁷⁷ ARMENTA DEU, loc. cit., p. 78.

enjuiciado” ou “hecho punible” – fixado quando da pretensão acusatória inicial, não dispensando maior atenção ao conteúdo do pedido final - alegações finais absolutórias - do Ministério Público.²⁷⁸ Nada obstante, não tão recente doutrina lembra que o Tribunal Constitucional espanhol, pela sentença nº 75/2003, admitiu que a pretensão acusatória não se restringe à primeira instância, mas prossegue até a apelação.²⁷⁹

Bem distante de outros modelos estão parte da doutrina e, com maior destaque, a jurisprudência da Corte Suprema da Argentina. Lá vinga, em setor mais atualizado da doutrina afinada ao estudo do princípio acusatório, que o pedido - as razões do pedido, devidamente fundamentado - de absolvição formulado pelo Ministério Público vincula o tribunal. Frascaroli ressalta que, desde a decisão da causa “Tarifeño”, de 1989, até “Mostaccio”, de 2004, a Corte Suprema da Argentina tem firmado não ser possível a condenação quando o Ministério Público pede a absolvição. Vale dizer, o pedido de absolvição formulado pela acusação possui efeito vinculante em relação ao tribunal.²⁸⁰ Mencione-se, ainda, que os Códigos de Processo Penal das Províncias de Buenos Aires e de Córdoba contêm regra expressa acerca da vinculação do tribunal ao pedido de absolvição feito pelo Ministério Público, nada obstante tal disciplina não esteja prevista no Código de Processo Penal da Nação.

Nessa direção, Frascaroli observa que a acusação não se restringe ao requerimento inicial para instauração do processo, senão que essa mesma acusação necessita ser completada com um pedido expresso de pena no momento das alegações finais.²⁸¹ Referida autora lembra que o pedido de absolvição do Ministério Público decorre da manifestação do critério de objetividade que regulamenta sua atuação, assim feito ante a disposição do artigo 120 da Constituição Nacional, que contempla o Ministério Público como órgão independente e com autonomia funcional, tendo por função a promoção da justiça.²⁸² De outra ponta, Frascaroli funda em sustentar que, na hipótese de o Ministério Público constatar uma fundada dúvida em sentido estrito, assim considerada como “una indecisión del intelecto puesto a elegir entre la existencia o la inexistencia del objeto sobre el cual se está

²⁷⁸ ORTELLS RAMOS, Manuel. Correlación entre Acusación y Sentencia: Antiguas y nuevas orientaciones jurisprudenciales. *Justicia*, Barcelona, nº III, p. 529-550, 1991; MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés. El Principio Acusatorio: Teoría General y Desarrollo jurisprudencial. *Justicia*, Barcelona, nº IV, p. 833-879, 1992.

²⁷⁹ MARTÍNEZ GALINDO, Gema. Vigencia del Principio Acusatorio. *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, Madrid, nº I, año I, p. 83-103, enero 2004.

²⁸⁰ FRASCAROLI, Maria Susana. ¿Debe ser Vinculante para el Tribunal de Juicio el Pedido Fiscal de Absolución Fundado en el in dubio pro reo?. In: CAFFERATA NORES, José I. (Comp.). *Ejercicio Concreto del Poder Penal: Límites, abusos, desafíos*. Córdoba: editorial Mediterránea, 2006. p.141.

²⁸¹ FRASCAROLI, op. cit., p. 142-143.

²⁸² FRASCAROLI, op. cit., p. 145.

pensando, derivada del *equilibrio entre los elementos que inducen a afirmarla y los elementos que inducen a negarla*”,²⁸³ não deveria a acusação pedir a absolvição para não subtrair do tribunal a possibilidade de fazer valer o *in dubio pro reo*. De todo modo, ressalta Frascaroli que, em Córdoba, o Código de Processo Penal local prevê regras de controle do pedido formulado pelo Ministério Público. Assim,

la duda del Fiscal siempre es controlable por otro fiscal superior en caso de que el órgano jurisdiccional no la comparta (v.gr. si el fiscal pide el sobreseimiento por aplicación del art. 350 inc. 5, y el juez no cree que haya duda, este puede pedir la opinión (sic) de un fiscal superior); nunca la opinión (sic) de un solo fiscal puede generar la desincriminación definitiva del imputado si no cuenta con la aquiescencia de un órgano jurisdiccional, o en caso de disconformidad de ésta, con el apoyo de un fiscal superior.²⁸⁴

Especificamente acerca do controle de legalidade do requerimento de absolvição feito pelo Ministério Público, também considerando a jurisprudência da Corte Suprema argentina acerca do “carácter vinculante que, para el órgano jurisdiccional, tiene dicho requerimiento fiscal desincriminante”,²⁸⁵ Cornejo acentua a exigência de fundamentação do pedido absolutório, vale dizer, deve conter as razões e mostrar os elementos de convicção em que se funda, sob pena de nulidade. Nesse sentido, atendo-se às disposições do Código Processual de Córdoba, ressalta:

(...) la fundamentación del requerimiento fiscal de absolución, se trata de una formalidad prescripta bajo pena de nulidad – absoluta –, ya que atañe a la correcta intervención del actor penal público (art. 185 inc. 2 CPP), y su inobservancia atenta contra la garantía constitucional del ‘debido proceso’, razón por la cual, el tribunal de juicio debe examinar de oficio la observancia de dicho requisito legal que concierne, como dijimos, a la actuación del Ministerio Público Fiscal.²⁸⁶

Para além, certa doutrina argentina confere maior dimensão ao pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público. Há voz indicando que na hipótese da ação penal de iniciativa do ofendido, com pedido de condenação, havendo intervenção do Ministério Público pela absolvição, mesmo nesse caso estaria o tribunal vinculado a absolver. Assim é compreendido em vista do disposto no já mencionado artigo 120 da Constituição Nacional argentina que confere ao Ministério Público, dentre outros, a competência da promoção da justiça. Nada obstante essa norma constitucional não explicita, como feito pela atual Constituição Federal brasileira, acerca da titularidade privativa para a promoção da ação

²⁸³ FRASCAROLI, loc. cit., p. 149.

²⁸⁴ FRASCAROLI, loc. cit., p. 153

²⁸⁵ CORNEJO, Roberto Ignacio. El Control de Legalidad del Requerimiento Fiscal de Absolución. In: CAFFERATA NORES, José I. (Comp.). *Ejercicio Concreto del Poder Penal: Límites, abusos, desafíos*. Córdoba: editorial Mediterránea, 2006. p. 109-110.

²⁸⁶ CORNEJO, op. cit., p. 124-125.

penal pública, nem faça distinção entre ação de iniciativa pública ou privada, Vitale tem como certo dela extrair o poder de persecução penal como pertencente ao Estado, cujo protagonista é o Ministério Público. Nesse sentido, conclui o referido autor, “*no hay juicio ni pena sin promoción de acción penal por parte del Ministerio Público Fiscal*”.²⁸⁷

Apesar dessa posição de Vitale, registre-se que, no julgamento do caso “Santillán”, de 13 de agosto de 1998, a Corte Suprema argentina admitiu a condenação sem pedido do Ministério Público, mas com acusação e pedido final de condenação feito pelo ofendido/ particular.²⁸⁸

De todo modo, como lembra Vitale, desde “la incorporación de Eugenio Raúl ZAFFARONI como nuevo ministro”, a Corte Suprema tem referendado a jurisprudência no sentido de não admitir condenação criminal quando o Ministério Público requer a absolvição. Nesse sentido é a sentença proferida no mencionado caso “Mostaccio”, de 17 de fevereiro de 2004, enfatizando que o pedido de condenação do Ministério Público constitui condição de legitimidade da sentença condenatória e, ainda, o artigo 18 da Constituição da Nação Argentina constitui garantia de observância das formas substanciais do juízo relativas à acusação, defesa, prova e sentença ditadas por juízes naturais.²⁸⁹ Mencionado artigo 18 trata de direitos e garantias individuais fundamentais na questão penal, dentre outros a necessária anterioridade da lei penal, o juiz natural, o direito de não prestar declarações contra si, de ninguém ser preso senão por ordem da autoridade competente, da inviolabilidade do domicílio e da correspondência epistolar.²⁹⁰

De outro norte, Lennon e Masle seguem a orientação do modelo processual chileno. Advertindo que a vinculação do juiz/ tribunal ao pedido de absolvição do Ministério Público pauta-se no princípio da congruência entre a acusação e sentença, segundo literatura argentina, por Frascaroli; nesse sentido, a acusação seria, materialmente, o pedido feito em juízo. Contudo, concluem que o modelo chileno segue caminho diverso. Para Lennon e Masle, a acusação não se restringe ao pedido de condenação feito em juízo, mas ao que nela (acusação) está (de)escrito, de modo a possibilitar o exercício do direito de defesa e que o juiz/ tribunal decida dentro dos limites dessa acusação. Sustentam que:

²⁸⁷ VITALE, Gustavo L. Acusación Fiscal y Condena Penal (una relación imprescindible). Disponível em: <http://www.pensamientopenal.com.ar/31052007/vitale_pdf>. Acesso em: 16 nov. 2009.

²⁸⁸ ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Caso “Santillán”, expediente n° S.XXXII de 13.8.1998. Disponível em: <http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/toc_fallos.jsp>. Acesso em: 26 nov. 2009.

²⁸⁹ ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Caso “Mostaccio”, expediente n° M.528.XXXV de 17.2.2004. Disponível em: <http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/toc_fallos.jsp>. Acesso em: 26 nov. 2009.

²⁹⁰ ARGENTINA. Senado de la Nación. Constitución Nacional. Disponível em: <<http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/capitulo1.php>>. Acesso em: 26 nov. 2009.

En consecuencia, el principio acusatorio no significa que el *jus puniendi* pertenezca al ministerio público, pues éste corresponde al Estado, del que forman parte también los jueces. En fin, el acusador no tiene un *derecho subjetivo* a la imposición de la pena, ni tampoco un poder vinculante que pueda apartar al tribunal del ejercicio de su jurisdicción.²⁹¹

O posicionamento de Lennon e Masle, contudo, nesse particular, guarda estreita relação com o modelo espanhol que, generalizando, não prestigia o pedido final da acusação, mas apenas o objeto do processo delimitado na acusação inicial.

3.5.2 Delimitações na condenação: direito brasileiro

Assinale-se que o princípio acusatório, trazendo em si a necessária (re)visão das funções institucionais conferidas ao Ministério Público e ao juiz/ tribunal, não se mostra passível com a tese segundo a qual a acusação esgota-se na (de)limitação do fato imputado - em prejuízo de possíveis desdobramentos fáticos e jurídicos verificáveis na regular instrução em contraditório - e, assim, seja suficiente a que o órgão julgador, ante as provas produzidas pelas partes, tenha total liberdade de decidir mesmo ante o pleito absolutório da acusação.

Admitir essa possibilidade, como ordinariamente ocorre no Brasil em decisões dentre as quais alguma sequer faz referência ao princípio acusatório, significa retornar/ manter o método inquisitivo, para o qual o órgão da acusação não passa de deflagrador da jurisdição e o julgador como senhor único do exame de mérito do processo. Exatamente nesse sentido, merece registro a peculiar situação concreta veiculada em recente julgado do Superior Tribunal de Justiça (*H.C. nº 106.308/DF*), que pode assim ser sintetizada: o MPDFT - Ministério Público do Distrito Federal e Territórios - acusou certa pessoa por participação em fato previsto como latrocínio; ante a não localização do acusado, para citação pessoal, o processo ficou suspenso por alguns anos; posteriormente foi cumprida a prisão preventiva, antes decretada por ocasião do artigo 366 do Código de Processo - suspensão do processo e do prazo prescricional -; procedeu-se a instrução e, ao fim, o Ministério Público

²⁹¹ LENNON, Maria Inês Horvitz; MASLE, Julián López. *Derecho Procesal Penal Chileno: la etapa intermedia o de preparación del juicio, la prueba, la etapa del juicio oral, los recursos, los procedimientos especiales, ejecución de las sentencias condenatorias y de las medidas de seguridad, la acción civil en el proceso penal*, Tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004. p 330.

requereu a absolvição por falta de provas; o juiz condenou por roubo circunstanciado, juntando às insuficientes provas em contraditório alguns depoimentos realizados em sede policial como reforço de uma fundamentação *ad hoc*; o Ministério Público interpôs apelação buscando a absolvição, sustentando, em questão de ordem, o princípio acusatório como determinante a não recepção do artigo 385 do Código procedimental de 1941; o tribunal local negou provimento limitando-se a reiterar os fundamentos da sentença; ante o acórdão, o procurador-geral de justiça não interpôs recurso especial, daí a impetração de *habeas corpus* enfatizando a repercussão do princípio acusatório; o Superior Tribunal de Justiça denegou a ordem, invocando precedente, sem enfrentar a questão de direito pertinente ao princípio acusatório.²⁹²

Desse modo, prescinde-se da nota determinante do modelo acusatório, democrático, que leva em consideração a dialética das partes em contraditório, remanescendo o inconstitucional método inquisitivo e uma decisão fundada no mencionado “decisionismo processual” (conf. 3.4). Mesmo ante a visível inquisitorialidade acima retratada, certa doutrina sustenta a desvinculação total da decisão judicial às partes e, para além, apregoa “controle judicial sobre os atos das partes, e, em especial, da figura do acusador”,²⁹³ invertendo as funções institucionais deste(s) sobre aquele.

Para situar, o Código de Processo Penal brasileiro prevê nos incisos do artigo 60 várias hipóteses segundo as quais considera perempta a ação penal de iniciativa privada. Não havendo disposição similar em relação à ação de iniciativa pública, tentar-se-á deixar em evidência a incongruência de o pedido de absolvição, formulado pelo Ministério Público, no modelo de persecução penal regido pelo princípio acusatório, não vincular o juiz/tribunal.

O Código Processual brasileiro prevê no artigo 385 que a autoridade judiciária pode condenar alguém mesmo quando o Ministério Público “tenha opinado” pela absolvição: “Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada”.

Tratando da desvinculação do pleito absolutório formulado pelo Ministério Público ao juiz/tribunal, tal regra remonta à época em que o Ministério Público, para além de

²⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. *Habeas Corpus* nº 106.308/DF, Rel. Min. Celso Limongi. DJ 21.9.2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 28 nov. 2009.

²⁹³ ANDRADE, loc. cit., p. 262-266.

não ser titular privativo para promover a ação penal pública, mas certamente legitimado para “oferecer denúncia”, “opinava”. Assim, aparentemente justificada a liberdade conferida à autoridade judiciária para decidir, vez que compartilhava da persecução criminal, inclusive na iniciativa da ação penal em certos casos (conf. 3.3).

Afigura-se, de início, que o ponto de estrangulamento da questão possui duas dimensões: uma de natureza material, outra de natureza instrumental/ processual. Ver-se-á antes a primeira porque certamente menos complexa.

Sob uma perspectiva material, o enfrentamento da questão se dá pela aferição da (in)compatibilidade da função constitucional conferida à autoridade judiciária como garante dos direitos fundamentais da pessoa, na consequência jurídica do crime, com a possibilidade de condenar contrariando os pedidos absolutórios das partes (Ministério Público e acusado), em especial o formulado pelo Ministério Público.

A mudança do campo normativo jurídico-constitucional, pela adoção do princípio acusatório na atual Constituição Federal, não somente exige uma drástica separação – funcional - entre o órgão acusador e o órgão julgador, como também estabelece limites a cada qual na consequência jurídica do crime (conf. 1.3 e 1.4).

Pode-se adiantar que, dirigida pelo princípio acusatório, a promoção do Ministério Público, seja pretendendo a absolvição ou não requerendo medida cautelar restritiva de direito fundamental da pessoa, tendo o crime como pressuposto, tem caráter vinculativo e (de)limita a atuação da autoridade judiciária a não mais poder agravar a situação jurídica do acusado. Agindo diferente, a autoridade judiciária lança por terra a função constitucional a ela reservada de garante dos direitos fundamentais da pessoa, além de fulminar toda a compreensão teórica pertinente à ampla defesa e ao contraditório, uma vez que tais atitudes defensivas são tomadas em relação à acusação, jamais em perspectivas do julgador. Assim, quando a decisão condenatória se desvincular dos pedidos absolutórios formulados pelas partes fatalmente estará evidenciada a violação da ampla defesa e do contraditório, daí a pertinência do brocardo medieval segundo o qual “aquele que tem um juiz como acusador, precisa de Deus como defensor. E, às vezes, isso não é suficiente”.²⁹⁴ Aliás, exatamente a tese da inviabilidade defensiva - ofensa ao contraditório - é que constitui uma das razões jurídicas invocadas pela Corte Suprema argentina para admitir como vinculante o

²⁹⁴ PRADO, 2001, p. 203.

pedido de absolvição feito pelo Ministério Público, vez que o contraditório se concretiza em face da parte acusadora, não em face do juiz.

Reitere-se, sequer invocando a tutela do interesse público poderá, a autoridade judiciária, proferir condenação sem requerimento do Ministério Público na persecução de iniciativa pública, visto que, agora, quem fala e age em nome do interesse público na questão criminal é a referida instituição (conf. 1.4.2). Quando essa requer a absolvição, limitada estará a atuação do julgador.

Diferentemente de outrora, em que o órgão ministerial mais se mostrava como órgão consultivo do juiz e ambos faziam força contra o acusado, no atual cenário jurídico-constitucional brasileiro a situação está a merecer compreensão diversa. Nas palavras de Ribeiro, agora:

[...] há o confronto do Ministério Público com o juiz; há freios e contrapesos entre a *magistratura pró-sociedade* e a *magistratura pró-indivíduo*. A primeira, senhora da ação penal pública; a segunda, senhora da liberdade individual. Há um “*juge devant le juge*”; “*Ein Richter vor dem Richter*”. O juiz criminal, nesse novo contexto, não tem poder de *iniciativa* para aplicar pena como consequência de infração, seja ela com que finalidade for. Não lhe cabe, em nome da sociedade vitimizada, fazer nem executar a política criminal, nem lhe cabe perseguir ou punir mais severamente certos crimes ou deixar de perseguir e punir outros, sob justificativa da finalidade preventiva da pena. Também não lhe cabe agir de ofício para reprimir criminosos.²⁹⁵

Novamente, o ponto nodal consiste na revisão das funções constitucionais reservadas aos atores públicos no processo penal afinado com o Estado Democrático de Direito. Caso pudesse a autoridade judiciária condenar sem pedido da acusação, poder-se-ia questionar acerca da assunção, concomitante, das funções acusatória e julgadora, tal qual de negligenciar o papel de garante dos direitos fundamentais; de outro, poder-se-ia indagar que a vinculação da autoridade judiciária ao pedido de absolvição do acusador transmudaria esse último, a final, nas funções de acusar e julgar, vez que, não sustentando a acusação, estaria “inviabilizando o julgamento”.²⁹⁶

Essa última posição parece não ter sustentação na ordem jurídica nacional. É que a Constituição Federal de 1988, pelo artigo 5º, inciso XXXV, adequadamente assegura o princípio da inafastabilidade da jurisdição na “lesão ou ameaça a direito”. Ocorre, porém, que o pedido de absolvição deduzido pelo Ministério Público não se traduz em lesão ou ameaça a direito, mas, exatamente o contrário, estará, sim, a evitar possível restrição de

²⁹⁵ RIBEIRO, loc. cit., p. 135.

²⁹⁶ BARROS, Antônio Milton de. *Processo Penal Segundo o Modelo Acusatório: os limites da atividade instrutória judicial*. Leme, SP: Editora de Direito, 2002. p. 195-197.

direito fundamental do acusado, renunciando à pretensão anteriormente exercida. Conforme Giacomolli, “O que vale é a última delimitação acusatória e não a existente quando da formulação da acusação”, deixando evidente a dimensão do “provimento ministerial absolutório ou desclassificatório”.²⁹⁷

A posição de vincular o juiz/ tribunal ao pedido absolutório do Ministério Público, contudo, possui mecanismo de controle, conforme antes lembrado pela doutrina argentina. Para a hipótese segundo a qual seja constatada suspeita de má-fé na atuação do órgão ministerial, ao pedir absolvição, poderá a autoridade judiciária encaminhar o processo à administração superior do Ministério Público para revisar a promoção absolutória, daí esse pedido pode ser ratificado ou recusado. No primeiro caso (se ratificado), está o juiz/ tribunal vinculado ao pedido de absolvição; no segundo (se recusado), fica o juiz/ tribunal livre para decidir, fundamentadamente, com base nas provas obtidas em contraditório.

Não é demais enfatizar que a vinculação aqui sustentada diz respeito tão somente ao pleito absolutório, não ao condenatório. Busca-se, pois, um (re)ajustamento no regime das garantias constitucionais ao Estado Democrático de Direito e o respeito às respectivas funções dos atores públicos no devido processo legal.

O segundo ponto diz respeito à perspectiva processual/ instrumental da consequência do pedido de absolvição feito pelo Ministério Público.

Nesse particular, é necessário firmar que acusação e ação penal não se confundem. Enquanto a primeira diz respeito à pretensão acusatória consignada quando da promoção da ação penal pública pelo fato-crime lá descrito, a segunda diz respeito à dedução em juízo pelo Ministério Público, buscando a instauração do processo judicial. Em outros dizeres, por meio da ação é que se veicula a acusação/ pretensão.

Por oportuno, o conceito de pretensão acusatória, aqui adotado, rompe com a tão propagada “pretensão punitiva”, vez que essa última confunde o conceito de pretensão do processo penal como adequada à do direito civil onde o credor pede a adjudicação de um direito próprio. Com efeito, o Ministério Público não veicula o poder de punir por caber ao Estado-juiz, nem alguma relação de “credor” frente ao imputado.²⁹⁸

A partir do juízo positivo das condições da ação e dos pressupostos processuais pertinentes, forma-se o processo penal. Por meio da ação penal é veiculada a

²⁹⁷ GIACOMOLLI, 2006, p. 222-223.

²⁹⁸ LOPES JR., vol. 1, 2008, p. 98-103.

pretensão acusatória, assim compreendida como o “direito potestativo de acusar (Estado-acusação) decorrente do ataque a um bem jurídico e cujo exercício é imprescindível para que se permita a efetivação do poder de penar (Estado-juiz)”.²⁹⁹ Assim, é possível admitir ação penal sem pretensão condenatória quando, na fase procedimental adequada, o órgão titular da ação, diante das provas em contraditório, requer a absolvição; de outro, não há pretensão acusatória sem ação penal, consideradas as exigências clássicas do devido processo legal e da inafastabilidade de apreciação, pelo Poder Judiciário, de lesão ou ameaça a direito.

Adequado, ainda, firmar que o objeto do processo penal é a situação de fato descrita como infração penal na promoção da ação penal pública, consubstanciada (situação de fato) como aspecto objetivo da pretensão acusatória, vale dizer, do fato que, em tese, ofende algum bem penalmente tutelado.

Desse apontamento fica evidente que o pedido de absolvição, feito pelo Ministério Público, certamente, retira a pretensão de o acusado ser punido, o que não fere a famigerada regra da indisponibilidade da ação penal pública. Apesar de a ação penal pública continuar incólume, dada sua natureza potestativa, pública, autônoma, abstrata e conexa instrumentalmente à situação concreta, o requerimento de absolvição equivale à retirada da pretensão acusatória. Remanesce a ação penal, mas agora vazia. Não muito diferente é a compreensão de Lopes Jr.³⁰⁰

Com outros fundamentos, mas firmando pela possibilidade de vinculação do juiz/ tribunal ao pleito absolutório formulado pelo Ministério Público, Rangel defende que

[...]: a ação deflagra a jurisdição e instaura o processo. O processo tem um objetivo que é a pretensão acusatória. Se a pretensão acusatória deixa de ser exercida pelo MP, não pode o juiz, **no sistema acusatório**, fazê-lo. Nesse caso, sustentada a desclassificação ou a absolvição pelo MP, **deverá** o juiz atender. O exercício da pretensão acusatória é a energia que anima todo o processo. Retirada a pretensão, deve o acusado ser absolvido, ou conforme o caso, a infração penal ser desclassificada³⁰¹ (destaques originais).

Sem embargo, apesar de possível, constata-se certa dificuldade de, pela análise das questões estritamente jurídico-dogmáticas, estabelecer um ponto pacífico acerca da vinculação do juiz/ tribunal ao pedido absolutório da acusação. Daí seja melhor avaliar e revolver a estrutura orgânica do Estado na persecução penal, tendo-se em conta o papel de cada Poder estatal e a função da acusação dirigida pelo princípio acusatório.

²⁹⁹ LOPES JR., vol. 1, 2008, p. 82.

³⁰⁰ LOPES JR., vol. 1, 2008, p. 103-104.

³⁰¹ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, 11. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 62.

Nessa direção, afigura-se que Prado deu um grande passo, mas não empreendeu a necessária caminhada. Muito embora estivesse tratando da questão das provas, mas assim feito no contexto acusatório, firmou a seguinte proposição:

Na projeção da divisão dos poderes do Estado, no processo penal, típica do princípio democrático, conformador do acusatório, consoante aludimos anteriormente, enquanto ao juiz cabe julgar, isto é, apresentar imperativamente a solução do conflito de interesses, e ao executivo deduzir a pretensão condenatória ou encarregar-se da investigação criminal, ao legislador incumbe prover as regras de garantia que viabilizem o justo julgamento.³⁰²

Por seu turno, Rodrigues foi além e ressaltou a intervenção do Ministério Público como participante na “formação da vontade do Estado” no exercício do poder punitivo. Em apertada síntese, aduz que na concretização do “direito de punir estatal” atuam o Legislativo e o Executivo criando a norma jurídica repressora, que denomina de “*jus puniendi in abstracto*”; em seguida atua o Ministério Público com o manejo da ação penal; finalmente, o Judiciário aplicando a lei impondo ou não a sanção penal. Acrescenta:

Disso resulta que as etapas de concretização do poder-dever de punir estatal não são estanques, carecendo de uma complementariedade. Assim, a norma penal criada pelo Executivo e Legislativo requer um órgão que promova a sua aplicação (Ministério Público, titular exclusivo (sic) da ação penal pública, art. 129, I, CF), e este, por sua vez requer um órgão que aplique a norma ao caso concreto (Judiciário). Só depois de tudo isso é que se pode falar, realmente, na concretização do direito de punir do Estado. Após isso, esse direito de punir transmuda-se em *jus executionis*, ou seja, o Estado passa a deter o poder de executar a sanção penal.³⁰³

Com maior precisão, Ribeiro tocou a espinha dorsal da questão relacionada à correlação entre a acusação e a sentença adequada ao processo penal regido pelo princípio acusatório, segundo a qual o órgão da acusação, tendo o fato-crime como pressuposto, (de)limita o âmbito da intervenção judicial na restrição de direito fundamental.

Trata-se da teoria da *quadridimensão* funcional do Estado Democrático de Direito na consequência jurídica do crime. Para essa teoria, a intervenção do Ministério Público, por meio da acusação concreta, busca, em nome do interesse da sociedade, a restrição de direito fundamental/ individual de alguém, impondo limite ao objeto da decisão judicial.

Nesse sentido, consoante a referida proposta teórica, a operacionalização da restrição de direito fundamental/ individual no Estado Democrático de Direito inicia-se pela função legiferante ao votar e aprovar projeto de lei, criando o tipo e os limites da escala penal;

³⁰² PRADO, 2001, p. 164.

³⁰³ RODRIGUES, João Gaspar. *O Ministério Público e um Novo Modelo de Estado: Princípios Institucionais, Questões Atuais, Proposta de uma Nova Divisão de Poderes*. Manaus: Editora Valer, 1999. p. 146.

a função executiva sanciona e promulga essa mesma lei, podendo, inclusive, exercer veto; a função persecutória, ao promover a ação penal com base na mesma lei, delimita os fatos e o processo de individualização da pena a ser aplicada; por fim, a função judicial, assegurando o direito individual, pode vetar parcial ou total a acusação do Ministério Público.³⁰⁴

A *quadridimensão* funcional do Estado, conforme Ribeiro, estabelece uma necessária harmonia/ conformação entre os princípios institucionais de cada função estatal que repercute na restrição de direito fundamental como consequência jurídica do crime. Estabelece vedações constitucionais a cada Poder. Veda ao Executivo a iniciativa de lei penal por meio de medida provisória ou outros atos normativos autônomos; veda o Poder Legislativo a aprovar ato normativo em exclusividade - sem intervenção do Poder Executivo; proíbe vetos parciais pelo Poder Legislativo; tudo buscando um equilíbrio no Estado Democrático de Direito.³⁰⁵

Esse equilíbrio entre as participantes da *quadridimensão* funcional do Estado, em apertada síntese, assim pode ser também compreendida: a primeira dimensão decorre da competência legislativa delimitada pela Constituição Federal; na segunda dimensão também a Constituição Federal estabelece limites ao Poder Executivo quanto ao exercício de veto, daí resulta na lei promulgada como fruto do “*espaço de coincidência* e de *continência* encontrado pelo Executivo no exercício do controle que deve exercer sobre o projeto de lei aprovado pelo Legislativo”; na terceira dimensão faz cumprir o princípio acusatório, segundo a qual, diante de fato concreto, o Ministério Público, por meio da pretensão acusatória e do processo orientado por critérios de objetividade, começa a adequar o “*espaço de coincidência do interesse público no direito individual*”; por fim, a quarta dimensão, pela qual o juiz atuará como garante dos direitos fundamentais de “*forma objetiva, imparcial*”.³⁰⁶

Verifica-se que, pela atual Constituição Federal brasileira, de estrutura eminentemente democrática, cada uma das funções estatais limita a outra, cuja concreção na persecução penal deve pautar-se nos princípios da legalidade conforme a Constituição e o acusatório. Da colocação antes formulada fica evidente que, conforme Ribeiro, pela *quadridimensão* das funções estatais, desde a criação da lei penal à condenação, cuja novidade é o protagonismo do Ministério Público a partir de 1988, segue uma estrutura democrática na restrição de direitos individuais, daí adequado constatar que

³⁰⁴ RIBEIRO, loc. cit., p. 328-331.

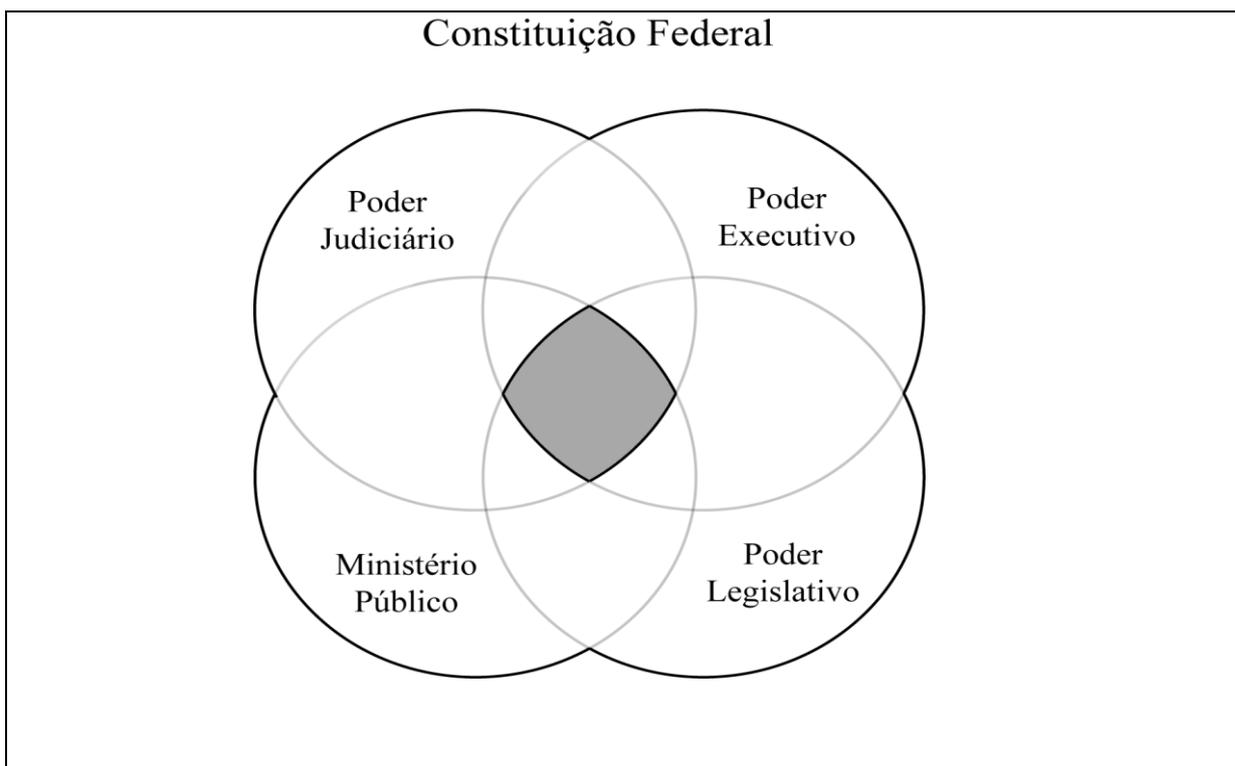
³⁰⁵ RIBEIRO, loc. cit., p. 332.

³⁰⁶ RIBEIRO, loc. cit., p. 334-336.

(...): é a Constituição que limita o Poder Legislativo, que por sua vez limita o Poder Executivo, que por sua vez limita o Ministério Público, que por sua vez limita o Poder Judiciário, que por sua vez limita os direitos individuais que estão garantidos pela mesma Constituição.³⁰⁷

A partir desses pressupostos fundados na *quadridimensão* funcional do Estado Democrático, na consequência jurídica do crime, é possível estabelecer, ilustrativamente, o ponto central e nuclear da coincidência necessária dessas funções basilares, indireta e diretamente, na restrição de direito fundamental à luz do princípio acusatório.

Assim, a restrição de algum direito fundamental na persecução penal estará legitimada, pois, apenas quando as mencionadas funções – legislativa, executiva, acusatória e judiciária – mutuamente consentirem, coincidirem e convergirem para esse drástico ato estatal, conforme o seguinte diagrama.³⁰⁸



A partir de uma configuração mais clara e detalhada, como proposta pela teoria da *quadridimensão* funcional do Estado Democrático de Direito, na consequência jurídica do crime, como antes exposta, afigura-se que nenhum poder suplanta a Constituição Federal ou as leis com ela conforme.

³⁰⁷ RIBEIRO, loc. cit., p. 336-337.

³⁰⁸ RIBEIRO, loc. cit., p. 334.

De todo modo, mesmo ante a aceitabilidade de se ter nas decisões do Poder Judiciário a nota distintiva da definitividade em relação aos demais poderes, na persecução penal o princípio acusatório impõe, pela atuação do órgão acusador, limites de conhecimento e de decisão ao juiz/ tribunal. Nessa perspectiva, o Poder Judiciário não pode agravar, como adiantado, a situação jurídica do acusado além do requerido pelo Ministério Público, sob pena de lançar por terra a posição de garante dos direitos fundamentais do acusado e, desse modo, desestabilizar o ponto necessário de coincidência resultante da dialética adequada ao princípio acusatório no Estado Democrático de Direito. A proximidade entre democracia e sistema acusatório foi, acertadamente, também percebida por Lopes Jr. ao assentar que ambos “compartilham uma mesma base epistemológica”.³⁰⁹

As ponderações formuladas até o presente ponto, quanto à aceitação da teoria da *quadridimensão funcional do Estado*, na consequência jurídica do crime, estão afinadas com a proposta do princípio acusatório como aspecto material do devido processo legal para além do mero procedimento previsto em lei. Pretendem preservar as funções institucionais afetas ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, enquanto participantes na persecução penal, de modo que cada qual respeite os limites da estrutura acusatória constitucionalmente estabelecida.

Eis o motivo jurídico porque em outra oportunidade foi recusada a possibilidade de haver decisão solitária do julgador na restrição de direito fundamental (conf. 1.3). Nesse direção, mostra-se oportuno assentar, para além de Moraes da Rosa,³¹⁰ que a sentença penal condenatória, no Estado Democrático de Direito, deve ser co-produzida democraticamente considerando o alegado e sustentado pelas partes em contraditório, sem fundamentação extra pedido. Essa é a proximidade entre o modelo acusatório de persecução penal e o Estado Democrático de Direito, no qual as funções estatais interagem numa perspectiva residual de controle, de freios e contrapesos, sempre buscando os espaços de coincidência legitimadores da restrição de direito fundamental.³¹¹

Há mais um motivo jurídico-constitucional e procedimental para o necessário espaço de consenso na restrição de direito fundamental. Diz respeito à eleição e elevação do direito à dignidade de direito fundamental. Trata-se de uma opção política do

³⁰⁹ LOPES JR., vol. 1, 2008, p. 174.

³¹⁰ MORAIS DA ROSA, Alexandre. O Processo (Penal) como Procedimento em Contraditório: Diálogo com Elio Fazzalari. *Novos Estudos Jurídicos*, Universidade Vale do Itajaí, Itajaí, vol. 11, n. 2, p. 219-233, jul./dez. 2006. Disponível em: <<http://www.univali.br/nej>>. Acesso em: 1º dez. 2009.

³¹¹ RIBEIRO, loc. cit., p. 334.

Poder Constituinte originário, representante direto do povo. Evidente, pois, a base democrática para a normatização constitucional dos direitos fundamentais. Esses, por seu turno, encontram seu fundamento na dignidade da pessoa humana, valor e princípio fundamental da República.³¹² Nesse sentido, a restrição de algum desses direitos, mormente da liberdade e dos bens, como ato do Estado Democrático, tem como necessária a participação dos Poderes constituídos acrescida da estrutura acusatória, ficando visível a simetria existente tanto na instituição quanto na restrição dos referidos direitos. O consenso é a nota fundamental da estrutura democrática e a ele se ajusta o processo de estrutura acusatória.

Na perspectiva da teoria *quadridimensão* funcional do Estado, aqui acolhida, incabível o juiz/ tribunal, pois, proferir sentença condenatória quando o Ministério Público requer a absolvição. Não se olvide, porém, das medidas de controle e de revisão dos atos do Ministério Público quando o respectivo órgão atue de má-fé, desidiosamente ou sem fundamentação. Tais hipóteses possibilitam o acionamento tanto do órgão da administração superior para revisar o ato, quanto a instância incumbida do controle externo da instituição, qual seja o Conselho Nacional do Ministério Público.

Por fim, oportuno ponderar que uma análise mais aprofundada nessa seara, qual seja a similaridade entre o princípio acusatório e o Estado Democrático de Direito, muito embora instigante, certamente extrapolaria o limite proposto na presente pesquisa.

³¹² SARLET, loc. cit., p. 70-79.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das posições tomadas no decorrer do trabalho é possível chegar a algumas considerações finais, não tomadas, certamente, como ponto de chegada, senão com a percepção de que para além se pode avançar.

Tem-se, de início, como assente, a reconhecida imprescindibilidade do processo penal como instrumento - meio - necessário para a concretização do poder punitivo. Nesse sentido, a partir do Estado de Direito, o procedimento ganha sentido não apenas de legitimação da punição, mas com a dimensão de direito fundamental da pessoa, cuja desatenção às normas previamente estabelecidas pode macular e evitar a aplicação do direito material penal. Essa é a nota distintiva do processo penal em relação aos demais procedimentos. Tem aquele o caráter de essencialidade, sem o qual não se pune alguém, considerando o fato-crime como pressuposto da punição. Nessa direção, o devido processo legal repercute em documentos internacionais (ex.: DUDH e CADH), também acolhido na atual Constituição Federal brasileira no artigo 5º, inciso LIV, assegurando que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

A imprescindibilidade do devido processo para a privação da liberdade individual considera a nota distintiva do objeto do processo penal. Nesse sentido, incabível estabelecer uma teoria geral no trato do direito instrumental, seguindo a orientação de Goldschmidt e Lopes Jr., dentre outros. Contudo, firmou-se que não apenas a existência e/ ou a obediência às normas procedimentais estabelecidas mostram-se suficientes, mas, sobretudo, a lei e o procedimento conforme a Constituição.

A exigência de estarem as normas procedimentais em estrita observância à Constituição, especificamente as pertinentes à persecução penal, leva em consideração a necessária contenção de excessos que possam ser traduzidos em abusos e arbitrariedades na restrição de direito fundamental. Em relação às práticas abusivas, foi percebida uma simetria entre o regramento do Código de Processo Penal de 1941 e a Constituição do Estado Novo, aquele na linha da persecução penal dirigida pelo princípio inquisitivo e ambos de inspiração fascista. Daí perceber que o Código procedimental brasileiro, de 1941, mostra-se como fonte potencial de práticas inquisitivas que repercutem até tempos atuais.

Na aferição de alguns direitos e garantias individuais previstos em incisos do artigo 5º da atual Constituição Federal brasileira, foi possível verificar que, na questão

penal, o Poder Judiciário é colocado como garante dos direitos fundamentais. A atual Constituição Federal brasileira reserva, pois, de modo ímpar, ao Poder Judiciário, a mencionada função, não prevista nas Constituições pretéritas. Deixa, nessa perspectiva, o órgão do Poder Judiciário, a vetusta figura de autoridade garante do interesse público e do controle do crime, para magistratura “pró-indivíduo”, consoante Ribeiro. O juiz deixa de ser autoridade única na questão penal, pois, agora, em paralelo, está o Ministério Público como garante da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. O Ministério Público assume a relevante função de magistratura “pró-sociedade”, garante do interesse público primário na persecução penal. Agora são duas autoridades públicas que tutelam interesses diversos e contrapostos, não impedindo, contudo, em situações concretas, mostrem-se convergentes.

Pôde-se observar a influência de uma prática legalista cujos valores, como se absolutos, estão retratados na lei, expressão maior da vontade estatal, dotada de supremacia e empreendedora da segurança jurídica. Essa compreensão absolutista constitui cláusula impeditiva a conceber as normas constitucionais com maior eficácia, com destaque para o princípio acusatório na regência da persecução penal.

Destaca-se a superação do Estado legal para o Estado constitucional, onde as normas constitucionais mostram-se em superioridade à legislação infra, compreensão essa não assimilada na praxe forense, notadamente pelos órgãos públicos atuantes na persecução penal. A estruturação do princípio acusatório como norma constitucional, dotado de eficácia imediata, é rejeitada em preponderância das regras procedimentais inquisitivas de 1941.

Antes da configuração do princípio regente da persecução penal brasileira, mostrou-se necessário enfatizar a possibilidade de se admitir um sistema constitucional de persecução penal - conforme Canaris -, mas não um sistema que tome a ordem jurídica como um todo, visto que, ainda, as normas infraconstitucionais de persecução penal mostram-se inconciliáveis com a Constituição Federal brasileira.

O princípio regente da persecução penal pode ser aferido, para além da mera separação dos órgãos de acusação e de julgamento, essencialmente nas distintas funções a eles reservadas, funções essas que repercutem na promoção da ação penal, no controle da atividade policial, no ônus probatório e na “gestão probatória”, na linha de Cordero, Coutinho e Lopes Jr., além de estabelecer limite para a condenação.

O princípio acusatório reveste-se do aspecto material do devido processo legal quando instrumentaliza o controle de constitucionalidade aferindo a compatibilidade do procedimento com a Constituição e um controle da atuação prática dos órgãos de acusação e julgamento. Nessa perspectiva, possibilita a correção de práticas inconciliáveis na persecução penal. Contudo, a cultura inquisitorial, historicamente praticada na persecução penal nacional - legalista -, constitui uma resistência impeditiva de uma prática conduzida pelo princípio acusatório.

Na linha de Kuhn, muito embora sejam esperadas rupturas nas mudanças de paradigmas, elas não ocorrem senão em lentos processos gradativos de superação de um paradigma então reinante a outro mais adequado e apropriado à realidade. Torna-se necessária, inclusive, mudança de gerações para aceitação de determinado paradigma. Daí se explica, possivelmente, a resistência ao modelo acusatório de persecução penal.

Tomado o princípio acusatório como regente da persecução penal e condutor de uma mudança prática do Ministério Público, afigura-se possível firmar algumas posições a título de considerações finais, segundo as quais:

a) a imprescindibilidade do processo penal como instrumento de viabilização do direito penal material, tendo em conta a natureza do bem jurídico em jogo, tal como o objeto do processo, distinguindo-o dos demais procedimentos, rejeita adoção de uma teoria geral do processo;

b) o devido processo legal reclama, além da adequação formal, o aspecto material como instrumento de um processo que respeite as funções dos atores estatais participantes na persecução penal, notadamente para correção de abusos;

c) a revisão funcional do Ministério Público e do Poder Judiciário na persecução penal, tomada pelos valores extraídos do artigo 5º e do artigo 127, *caput*, ambos da Constituição Federal brasileira, tem no primeiro como garante do interesse público primário, magistratura “pró-sociedade”, cabendo ao segundo a garantia dos direitos fundamentais da pessoa, na dimensão de magistratura “pró-indivíduo”;

d) a prática legalista na persecução penal, afinada com a cultura histórico-inquisitiva brasileira, constitui obstáculo a que o Ministério Público assuma e concretize uma postura típica de execução das funções institucionais na persecução penal;

e) a desconformidade entre as normas infraconstitucionais da persecução penal, diante da atual Constituição Federal brasileira, torna inadequado falar de adoção de um

“sistema de persecução”, senão de sistema constitucional da persecução penal, em face da ausência da ordenação e da unidade jurídicas;

f) a Constituição Federal brasileira de 1988 adotou o princípio acusatório como norma nuclear na persecução penal, redefinindo as funções institucionais conferidas aos órgãos da acusação e de julgamento na questão penal;

g) o princípio acusatório, constitucionalmente adotado, é instado a ser compreendido como norma jurídica e, desse modo, dotado de força normativa suficiente para superar a cultura legalista na persecução penal;

h) o princípio acusatório, como dimensão material do devido processo legal, viabiliza a concretização do controle da conformação constitucional das normas procedimentais, além da regularidade material das funções constitucionais conferidas aos órgãos públicos na persecução penal;

i) o princípio acusatório encontra-se afinado ao regime constitucional de garantias, vedando algum acréscimo punitivo além do pretendido pela acusação;

j) na execução do controle externo da atividade policial, cabe ao Ministério Público conhecer, coordenar, supervisionar e dirigir os atos da apuração criminal, devendo saber o que se investiga, como se investiga, quem é investigado, além de manter relação direta com a Polícia, de modo suficiente a afastar a intervenção do Poder Judiciário da fase pré-processual;

k) como titular privativo para promover a ação penal pública, cabe ao Ministério Público veicular a pretensão de medida/ ação cautelar assecuratória daquela, tornando inconstitucional e, portanto, ilegítima, a restrição cautelar de direito fundamental não pretendido direta e fundamentadamente pela referida instituição;

l) na titularidade privativa para promover a ação penal pública, somente aos órgãos da carreira do Ministério Público cabe analisar os pressupostos de fato e de direito para decidirem se promovem, ou não, a ação penal pública, cujo controle, também privativo, está reservado aos órgãos de execução da administração superior, titulares para a revisão da promoção de arquivamento, numa relação de verticalidade;

m) como titular privativo para promover a ação penal pública, a Constituição reclama do Ministério Público ato de responsabilidade nessa promoção, deixando o vício secular de “oferecer denúncia” como mero provocador da jurisdição;

n) o princípio acusatório reclama do Ministério Público postura de parte processual, daí decorrendo o dever exclusivo de suportar a carga probatória suficiente a demonstrar o fato em suas circunstâncias como objeto da acusação;

o) na titularidade privativa para promover a ação penal pública, somente o Ministério Público detém a capacidade postulatória para veicular pretensão judicial de restringir direito fundamental da pessoa na consequência jurídica do crime;

p) no Estado Democrático de Direito, acolhedor da estrutura acusatória de persecução penal, secundado pela *quadridimensão* funcional do Estado na consequência jurídica do crime, é ilegítimo e inconstitucional a autoridade judiciária condenar sem pedido fundamentado do Ministério Público, sob pena de se sobrepor ao órgão acusador, prescindir do consenso estatal a legitimar a restrição de direito fundamental, além de lançar por terra a função de garante dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008. 669 p.
- ALMEIDA, Carlos Alberto Simões de. *Medidas Cautelares e de Polícia do Processo Penal em Direito Comparado*. Coimbra: Almedina, 2006. 284 p.
- ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O Processo Criminal Brasileiro*, 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1911. 441 p.
- ALMEIDA SILVA, Kédyma Cristiane. *La Incorporación del Principio de Oportunidad en el Proceso Penal: un análisis de política criminal*. 2008. 549 p. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Derecho Penal, Procesal e Historia del Derecho, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2008.
- ALVES, Rogério Pacheco. *O Poder Geral de Cautela no Processo Penal*. Disponível em: <<http://www.congressovirtualmprj.org.br/site/tesesaprovadas>>. Acesso em: 16 out. 2009.
- AMBOS, Kai. Controle da Polícia pelo Ministério Público x Domínio Policial da Investigação. In: CHOUKER, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Coords.). *Processo Penal e Estado de Direito*. Campinas: Edicamp, 2002. p. 245-279.
- AMODIO, Ennio. O Modelo Acusatório no Novo Código de Processo Penal Italiano. *Revista de Processo*, trad. de Ana Cristina Bonchristiano, São Paulo, n. 59, ano 15, p. 135-155, jul./set. 1990.
- ANDRADE, Lédio Rosa de. *Direito Penal Diferenciado*. Tubarão, SC: Editorial Studium, 2002. 117 p.
- ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores*. Curitiba: Juruá, 2008. 503 p.
- ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Caso “Mostaccio”, expediente nº M.528.XXXV de 17.2.2004. Disponível em: <http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/toc_fallos.jsp>. Acesso em 26 nov. 2009.
- _____. _____. Caso “Santillán”, expediente nº S.XXXII de 13.8.1998. Disponível em: <http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/toc_fallos.jsp>. Acesso em: 26 nov. 2009.
- _____. Senado de la Nación. Constitución Nacional. Disponível em: <<http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/capitulo1.php>>. Acesso em: 26 nov. 2009.
- ARMENTA DEU, Teresa. *Principio Acusatorio y Derecho Penal*. Barcelona: J. M. Bosch Editor S.A., 1995. 124 p.
- BARROS, Antônio Milton de. *Processo Penal Segundo o Modelo Acusatório: os limites da atividade instrutória judicial*. Leme, SP: Editora de Direito, 2002. 233 p.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional do Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coords.). *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 203-249.

_____. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2004. 299 p.

BÉLIVEAU, Pierre; PRADEL, Jean. *La Justice Pénale dans les Droits Canadien et Français: Étude comparée d'un système accusatoire et d'un système inquisitoire*. 2. ed.. Québec: Bruylant, Édition Yvons Blais, 2007. 960 p.

BINDER, Alberto M. *O Descumprimento das Formas Processuais: Elementos para uma Crítica da Teoria Unitária das Nulidades no Processo Penal*. Trad. de Ângela Nogueira Pessoa, revisão de Fauzi Hassan Choukr, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 122 p.

BONATO, Gilson. *Devido Processo Legal e Garantias Processuais Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 207 p.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 1994. 553 p.

BONILHA, José Carlos Mascari. Prisão Cautelar. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Coords.). *Processo Penal e Estado de Direito*. Campinas: Edicamp, 2002. p. 173-198.

BORGES, Edinaldo de Holanda. O Sistema Processual Acusatório e o Juizado de Instrução. *Boletim Científico*, Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, ano II, n. 6, p. 47-56, jan./mar. 2003.

BRASIL. Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União. Documentos. Manual nacional do controle externo da atividade policial, p. 67-68. Disponível em: <http://www.cnpq.org.br/arquivos/manual_controleexterno_Manual.pdf>. Acesso em: 24 out. 2009.

BRASIL. *Constituição Federal, Código Penal, Código de Processo Penal*. GOMES, Luiz Flávio (Org.), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. 907 p.

_____. *Constituições do Brasil: de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas alterações*. Brasília: Senado Federal, 1986. 593 p.

_____. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 1941. Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Min. Francisco Campos. *Código de Processo Penal*. Org. Juarez de Oliveira, 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 5-16.

_____. Ministério da Justiça. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/conv_americana_dir_humanos.htm>. Acesso em: 29 jun. 2008.

_____. _____. Sistema Prisional. Infopen – Estatística. Brasil jun/2009. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/data.htm>>. Acesso em: 28 out. 2009.

_____. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Recomendações n. 05, de 15.5.2003, e n. 21, de 30.5.2006, ambas do Conselho Institucional das Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Disponível em: <<http://www.mpdft.gov.br/institucional>>. Acesso em: 16 out. 2009.

_____. Nações Unidas no Brasil. *Declaração dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em: 24 abr. 2009.

_____. Senado Federal. Projeto de Lei nº 156/2009. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 09 dez. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. *Habeas Corpus* nº 106.308/DF, Rel. Min. Celso Limongi. DJ 21.9.2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 28 nov. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Regimento Interno. Artigos 21-A, 74 e 231, § 1º. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 31 jan. 2010.

_____. _____. Tribunal Pleno. Ação direta de inconstitucionalidade. ADI nº 1.570/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa. Requerente: Procurador-Geral da República e requerido Congresso Nacional. DJ 22 outubro de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 29 nov. 2009.

_____. _____. _____. ADI-MC n. 1142/RJ. Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 12 de abril de 1996, p. 11.071. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/processual>>. Acesso em: 16 out. 2009.

_____. _____. _____. Petição nº 2.509 Agravo regimental-MG. Rel. Min. Celso de Mello, DJU 26.6.2004, p. 03. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 25 out. 2009.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Quinta Turma Criminal. Relator Des. Geraldo Prado. *Habeas Corpus* nº 2008.059.04669. Julgamento em: 11 set. 2008. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw>>. Acesso em: 25 nov. 2009.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Introd. e trad. de A. Menezes Cordeiro, 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. 302 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. 1228 p.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. 2. reimp. Coimbra: Edições Almedina, 2003. 1522 p.

CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003. 288 p.

CHIAVARIO, Mario. O Processo Penal na Itália. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). *Processo Penal e Direitos do Homem*. Barueri, SP: Manole, 2004. p. 43-57.

CHOUKR, Fauzi Hassan. O relacionamento entre o Ministério Público e a Polícia Judiciária no processo penal acusatório. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Coords.). *Processo Penal e Estado de Direito*. Campinas: Edicamp, 2002. p. 149-172.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. 104 p.

CORDERO, Franco. *Guida alla Procedura Penale*. Torino: UTET, 1986. 485 p.

CORNEJO, Roberto Ignacio. El Control de Legalidad del Requerimiento Fiscal de Absolución. In: CAFFERATA NORES, José I. (Comp.). *Ejercicio Concreto del Poder Penal: Límites, abusos, desafíos*. Córdoba: editorial Mediterránea, 2006. p. 109-139.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As Reformas Parciais do CPP e a Gestão da Prova: Segue o Princípio Inquisitivo. *Boletim IBCCRIM*, ano 16, nº 188, p. 11-13, jul. 2008.

_____. Glosas ao Verdade, Dúvida, e Certeza, de Francesco Carnelutti, para os Operadores do Direito. *Revista de Estudos Criminais*, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, ano 4, n. 14, p. 77-94, 2004.

_____. Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. *Revista de Estudos Criminais*, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, ano 1, n. 1, p. 26-51, 2001.

_____. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 03-55.

_____. Sistema Inquisitório e o Processo em “O Mercador de Veneza”. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). *Direito e Psicanálise: Interseções a partir de “O Mercador de Veneza” de William Shakespeare*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 155-177.

DAL RI JÚNIOR, Arno. *O Estado e seus Inimigos: A Repressão Política na História do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006. 396 p.

DANTAS, San Tiago. *Problemas de Direito Positivo: estudos e pareceres*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 330 p.

DEL PRIORE, Mary; VENÂNCIO, Renato Pinto. *O Livro de Ouro da História do Brasil*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001. 197 p.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. *Regime Jurídico do Ministério Público no Processo Penal*. São Paulo: Verbatim, 2009. 329 p.

DERGINT, Augusto do Amaral. Aspecto Material do Devido Processo Legal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 83, vol. 709, p. 249-255, nov. 1994.

DIAS, João Paulo; FERNANDO, Paulo; LIMA, Teresa Maneca. O Ministério Público em Portugal. In: DIAS; João Paulo; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (Coords.). *O Papel do Ministério Público: estudo comparado dos países latino-americanos*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 27-69.

DÍAZ CABIALE, José Antonio. *Principios de Aportación de Parte y Acusatorio: la Imparcialidad del Juez*. Granada/ESP: Editorial Comares, 1996. 578 p.

EYMERICH, Nicolau. *Manual dos Inquisidores*. Comentários de Francisco Peña; trad. de Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos; Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1993. 253 p.

FABRI, Marco; CAVALLINI, Daniela. O Ministério Público em Itália. In: DIAS, João Paulo; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringelli de (Coords.). *O Papel do Ministério Público: estudo comparado dos países latino-americanos*. Lisboa: Almedina, 2008. p. 167-221.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Trad. Elaine Nassif, Campinas: Bookseller, 2006. 780 p.

FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal – A Dupla Face da Proporcionalidade no Controle de Normas Penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. 223 p.

_____. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. 134 p.

_____. Ministério Público, Processo Penal e Democracia: Identidade e Desafios. In: MALAN, Diogo Rudge; PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas (Orgs.). *Estudos em Homenagem aos 20 Anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 01-26.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Trad. de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. 766 p.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, tradução de Raquel Ramallete, 25. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. 262 p.

FRASCAROLI, Maria Susana. ¿Debe ser Vinculante para el Tribunal de Juicio el Pedido Fiscal de Absolución Fundado en el in dubio pro reo?. In: CAFFERATA NORES, José I. (Comp.). *Ejercicio Concreto del Poder Penal: Límites, abusos, desafíos*. Córdoba: editorial Mediterránea, 2006. p. 141-155.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. Arquivamento de Inquérito Policial: Remessa pelo Juiz à Câmara de Coordenação e Revisão do MPF. *Boletim dos Procuradores da República*, ano V, n. 62, p. 05-06, jun. 2003. Disponível em: <<http://www.anpr.org.br/boletim>>. Acesso em: 16 out. 2009.

GIACOMOLLI, Nereu José. Atividade do Juiz Criminal Frente à Constituição: Deveres e Limites em Face do Princípio acusatório. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Coord.). *Sistema Penal e Violência*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 209-230.

_____. *Reformas (?) do Processo Penal: Considerações Críticas - Provas, Ritos Processuais, Júri, Sentenças*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008a. 157 p.

_____. Resgate necessário da humanização do processo penal contemporâneo. In: WUNDERLICH, Alexandre (Coord.). *Política Criminal Contemporânea – Criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal: Homenagem do Departamento de Direito Penal e Processual Penal pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008b. p. 331-344.

GIORDANI, Mário Curtis. *História do Direito Penal entre os Povos Antigos do Oriente Próximo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 68 p.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Justicial Material*. Trad. de Catalina Grossmann, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959. 160 p.

_____. *Principios Generales del Proceso: II, Problemas Jurídicos y Politicos del Proceso Penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961. 243 p.

_____. *Teoria Geral do Processo*. Trad. Leandro Farina, Leme: Fórum. 170 p.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. 362 p.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A Iniciativa do Juiz no Processo Penal Acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 31, p. 144-169, jul./set. 2000.

GROSSI, Paolo. *Mitologias Jurídicas da Modernidade*. Trad. de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. 150 p.

HABERMAS, Jürgen. *Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada*. Trad. Lúcia Aragão; rev. Daniel Camarinha da Silva, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002. 111 p.

_____. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler, 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 2 v.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um Milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. 551 p.

ITÁLIA. Senado della Repubblica. Costituzione della Repubblica Italiana. Disponível em: <<http://www.senato.it/documenti/repository/costituzione.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2009.

JARDIM, Afrânio Silva. *Ação Penal Pública: Princípio da Obrigatoriedade*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. 155 p.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito: introdução à problemática científica do direito* (versão condensada pelo próprio autor). Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. 159 p.

KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. *O Martelo das Feiticeiras – malleus maleficarum*. Introd. histórica: Rose Marie Muraro, prefácio: Carlos Byington, trad. Paulo Fróes, 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Rosa dos Tempos, 2007. 528 p.

KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2009. 260 p.

LAROUSSE. *Dictionnaire de Français*. Manchecourt (Fr): Maury-Eurolivres, 1999. 455 p.

LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. 40 p.

LENNON, Maria Inês Horvitz; MASLE, Julián López. *Derecho Procesal Penal Chileno: la etapa intermedia o de preparación del juicio, la prueba, la etapa del juicio oral, los recursos, los procedimientos especiales, ejecución de las sentencias condenatorias y de las medidas de seguridad, la acción civil en el proceso penal*, Tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004. 659 p.

_____. *Derecho Procesal Penal Chileno: principios, sujetos procesales, medidas cautelares, etapa de investigación*, Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003. 638 p.

LIMA, Marcellus Polastri. *A Tutela Cautelar no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. 391 p.

_____. *Ministério Público e Persecução Criminal*. 4. ed. rev. atual. acres. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 316 p.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal: e sua Conformidade Constitucional*. Vol. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 663 p.

_____. *Introdução Crítica ao Processo Penal (fundamentos da Instrumentalidade Constitucional)*. 4. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. 315 p.

_____. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. 384 p.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1998. 675 p.

MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal – Fundamentos*, Tomo I. 2. ed. 3. reimp. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. 918 p.

_____. _____.: Parte general: Sujetos procesales. Tomo II. 1. reimp. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. 810 p.

_____. El Ministério Público: ¿un adolescente?. Trad. de Julio B. J. Maier y Fernando J. Córdoba. In: GUARIGLIA, Fabrício O.; RUSCONI, Maximiliano A. (Orgs.). *El ministerio público en el proceso penal*. Buenos Aires: AD-HOC, 1993. p. 15-36.

_____. *La Investigación Penal Preparatoria del Ministerio Público – instrucción sumaria o citación directa*. Buenos Aires/Cordoba: Lerner Ediciones, 1975. 173 p.

MARAT, Jean-Paul. *Plano de Legislação Criminal*. Introdução e estudo preliminar de João Ibaixe Jr., trad. de Carmensita Ibaixe e João Ibaixe Jr., São Paulo: Quartier Latin, 2008. 191 p.

MARQUES, José Frederico. O Processo Penal na Atualidade. In: PORTO, Hermínio Alberto Marques; SILVA, Marco Antônio Marques da (Orgs.). *Processo Penal e Constituição Federal*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993. p. 13-20.

MARTEL, Leticia de Campos Velho. *Devido Processo Legal Substantivo: Razão Abstrata, Função e Características de Aplicabilidade – A Linha Decisória da Suprema Corte Estadunidense*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. 425 p.

MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés. El Principio Acusatorio: Teoría General y Desarrollo jurisprudencial. *Justicia*, Barcelona, nº IV, p. 833-879, 1992.

MARTÍNEZ GALINDO, Gema. Vigencia del Principio Acusatorio. *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciário*, Madrid, nº I, año I, p. 83-103, enero 2004.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. A Exclusividade do “Jus Postulandi” do Ministério Público na Ação Penal Pública e no Inquérito Policial. *Revista Justitia*, publicada pela Procuradoria-Geral de Justiça em convênio com a Associação Paulista do Ministério Público, São Paulo, a. 53, vol. 156, p. 17, out./dez. 1991.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. 624 p.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*. 6. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1994. 231 p.

MONTERO AROCA, Juan. *Principios del Proceso Penal: Una explicación basada en la razón*. Valencia, ESP: Tirant lo Blanch, 1997. 191 p.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Decisão Penal: A Bricolage de Significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 412 p.

_____. O Processo (Penal) como Procedimento em Contraditório: Diálogo com Elio Fazzalari. *Novos Estudos Jurídicos*, Universidade Vale do Itajaí, Itajaí, vol. 11, n. 2, p. 219-233, jul./dez. 2006. Disponível em: <<http://www.univali.br/nej>>. Acesso em: 1º dez. 2009.

_____; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. *Para um Processo Penal Democrático: Crítica à Metástase do Sistema de Controle Social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 113 p.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro: Exposição Sistemática do Procedimento*, 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. 343 p.

NASCIMENTO, Edmundo Dantès. *Lógica Aplicada à Advocacia: técnica de persuasão*, 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1991. 236 p.

NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. A Constitucionalização do Processo Penal: Reinterpretando o Processo Penal a partir do Princípio Democrático. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 857-878.

NORONHA, E. Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*, 21. ed. atual. por Adalberto José Q. T. de C. Aranha. São Paulo: Saraiva, 1992. 498 p.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. atual. de acordo com a reforma processual penal de 2008 (leis 11.689, 11.690 e 11.719). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. 782 p.

_____. *Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 237 p.

ORTELLS RAMOS, Manuel. Correlación entre Acusación y Sentencia: Antiguas y Nuevas Orientações Jurisprudenciales. *Justicia*, Barcelona, nº III, p. 529-550, 1991.

PAMPLONA, Danielle Anne. *Devido Processo Legal: Aspecto Material*. Curitiba: Juruá Editora, 2004. 172 p.

PIERANGELI, José Henrique. *Processo Penal: Evolução Histórica e Fontes Legislativas*. 2. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2004. 786 p.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. O Juiz Penal e a Pesquisa da Verdade Material. In: PORTO, Hermínio Alberto Marques; SILVA, Marco Antônio Marques da (Orgs.). *Processo Penal e Constituição Federal*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993. p. 72-77.

PORTUGAL. Procuradoria Geral da República. Conselho da Europa. *O Papel do Ministério Público no Sistema de Justiça Penal*. Disponível em <[http://www.pgr.pt/Rec\(2000\)19.htm](http://www.pgr.pt/Rec(2000)19.htm)>. Acesso em: 13 jun. 2009.

PRADO, Geraldo. Processo Penal e Estado de Direito no Brasil: Considerações sobre a Fidelidade do Juiz à Lei Penal. *Revista de Estudos Criminais*, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, ano 4, n. 14, p. 95-112, 2004.

_____. *Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. 300 p.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O Juiz e a Emoção: Aspectos da Lógica da Decisão Judicial*. 3. ed. Campinas, SP: Millennium, 2005. 193 p.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. 630 p.

_____. _____. 11. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 854 p.

RIBEIRO, Diaulas Costa. *Ministério Público: Dimensão Constitucional e Repercussão no Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2003. 613 p.

RODRIGUES, João Gaspar. *O Ministério Público e um Novo Modelo de Estado: Princípios Institucionais, Questões Atuais, Proposta de uma Nova Divisão de Poderes*. Manaus: Editora Valer, 1999. 237 p.

ROXIN, Claus. Posición jurídica y tareas futuras del ministerio público. Trad. de Julio B. J. Maier y Fernando J. Córdoba. In: GUARIGLIA, Fabrício O.; RUSCONI, Maximiliano A. (Orgs.). *El ministerio público en el proceso penal*. Buenos Aires: AD-HOC, 1993. p. 37-57.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 6. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. 164 p.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O Método do Direito Penal sob uma Perspectiva Interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. 224 p.

SILVA, Germano Marques da. *Curso de Processo Penal*. Vol. I, 4. ed. rev. e ampl. Lisboa: Editorial Verbo, 2000. 412 p.

_____. O Processo Penal Português e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Disponível em: <<http://www.cfj.jus.br/revista/número7/artigo9.htm>>. Acesso em: 09 jun. 2008.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998. 270 p.

SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido Processo Legal (Due Process of Law)*. 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. 301 p.

_____. _____. 3. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. 712 p.

SIQUEIRA, Geraldo Batista de. *Prisão Preventiva no Processo Penal Acusatório*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos>>. Acesso em: 16 out. 2009.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. 211 p.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América*. Livro 1, Leis e Costumes. Trad. de Eduardo Brandão, São Paulo: Martins Fontes, 2005. 560 p.

TRASSARD, Cédric. O Ministério Público em França. In: DIAS, João Paulo; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (Coords.). *O Papel do Ministério Público: estudo comparado dos países latino-americanos*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 125-165.

VITALE, Gustavo L. Acusación Fiscal y Condena Penal (una relación imprescindible). Disponível em: <http://www.pensamientopenal.com.ar/31052007/vitale_pdf>. Acesso em: 16 nov. 2009.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Síntese de uma História das Ideias Jurídicas: da Antiguidade Clássica à Modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. 231 p.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Trad. de Marina Gascón, 7. ed. Madrid: Trotta, 2007. 156 p.